



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

RESPONSABILIDAD CIVIL EN ACTIVIDADES PELIGROSAS

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Sebastián Andrés Fuentes Clavel

Javier Andrés Maturana Oyanedel

Profesora guía: María Paz Gatica Rodríguez

Santiago, junio de 2019.

AGRADECIMIENTOS

*A mi familia por permitirme llegar hasta el final de este proceso.
A la profesora María Paz por su generosidad y guía en la elaboración de este trabajo.
Al Seba con quien ha sido un agrado y un honor realizar el presente trabajo.
A la gloriosa Universidad de Chile por existir.*

Javier.

*A mi familia por hacer posible terminar con este proceso.
A la profesora María Paz por su constante preocupación y compromiso con este trabajo.
A Javier con quien ha sido un agrado y un honor realizar este proyecto.
A Constanza por su incondicional apoyo.
A la gloriosa Universidad de Chile por existir.*

Sebastián.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	2
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS POR LA DOCTRINA NACIONAL	12
A. GENERALIDADES.....	12
B. TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA DOCTRINA NACIONAL.....	13
1. Tratamiento de las actividades peligrosas en relación con la responsabilidad estricta.....	13
2. Tratamiento de las actividades peligrosas a raíz de la aplicación de la denominada presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil.....	22
CAPITULO II. BREVE DESCRIPCION DEL TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN EL DERECHO COMPARADO.....	34
A. GENERALIDADES.....	34
B. COLOMBIA.....	35
C. ESTADOS UNIDOS	39
D. ITALIA	42
E. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	45
CAPITULO III: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA NORMATIVA NACIONAL	48
A. GENERALIDADES	48
B. METODOLOGÍA EMPLEADA.....	49
C. TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD ERICTA EN EL CÓDIGO CIVIL	50
1. “DAÑO POR TENENCIA DE ANIMALES FIEROS QUE NO REPORTAN UTILIDAD PARA LA GUARDA O SERVICIO DEL PREDIO”, ARTÍCULO 2327.	50

2. “DAÑOS OCASIONADOS POR COSAS QUE SE ARROJAN O CAEN DE LA PARTE SUPERIOR DE UN EDIFICIO, ARTÍCULO 2328.....	52
D. TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN LEYES ESPECIALES	53
1. EL CONCEPTO DE “ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS” EN LA LEY 21.020, SOBRE TENENCIA RESPONSABLE DE MASCOTAS Y ANIMALES DE COMPAÑÍA.....	53
i. Información sobre la ley.	53
ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	54
iii. Historia de la ley:.....	55
iv. Análisis de historia de la ley.	60
2. DAÑOS OCASIONADOS POR EL CONDUCTOR DE UN VEHÍCULO MOTORIZADO, DE LEY N° 18290, LA LEY DE TRÁNSITO.	65
i. Información sobre la ley.	65
ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	66
iii. Historia de la ley:.....	67
iv. Análisis de historia de la ley	69
3. OCASIONADOS EN CASO DE ACCIDENTE AÉREO, CÓDIGO AERONÁUTICO, LEY N° 18.916.	72
i. Información sobre la ley.	72
ii. Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	73
iii. Historia de la ley:.....	74
iv. Análisis de historia de la ley.	76
4. RESPONSABILIDAD POR DERRAME DE HIDROCARBUROS Y OTRAS SUSTANCIAS NOCIVAS EN EL MAR, LEY DE NAVEGACIÓN, DECRETO LEY N° 2222 DE 1978.....	79
i. Información sobre la ley.	79
ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	79

iii.	Historia de la ley:.....	81
iv.	Análisis de historia de la ley.	82
5.	RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PROVENIENTES DEL USO DE INSTALACIONES NUCLEARES, LEY N° 18.320.	86
i.	Información sobre la ley.	86
ii.	Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	87
iii.	Historia de la ley:.....	88
iv.	Análisis de historia de la ley.	89
6.	DAÑOS OCASIONADOS POR APLICACIÓN DE PLAGUICIDAS, DECRETO LEY N° 3.557 DE 1980 DEL MINISTERIO DE CULTURA, QUE ESTABLECE DISPOSICIONES SOBRE PROTECCIÓN AGRÍCOLA	92
i.	Información sobre la ley.	92
ii.	Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	92
iii.	Historia de la ley:.....	94
iv.	Análisis de historia de la ley	94
7.	DAÑO EN CONSTRUCCIONES, DECRETO LEY N° 458 DE 1975, LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN.....	96
i.	Información sobre la ley.	96
ii.	Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	97
iii.	Historia legislativa del art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones	99
a.	Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.472	99
b.	Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.016.	100
c.	Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.703.	101
E.	TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. CUERPOS NORMATIVOS QUE EMPLEAN CONCEPTO DE RIESGO.	103
1.	“DAÑO AMBIENTAL”: LEY N° 19.300, SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIOAMBIENTE.	103

i.	Información sobre la ley.	103
ii.	Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	104
iii.	Historia de la ley:.....	105
iv.	Análisis de historia de la ley.	108
2.	“DAÑOS PRODUCIDOS POR PRODUCTOS OFICIALMENTE DECLARADOS PELIGROSOS”: LEY Nº 19.496, SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	111
i.	Información sobre la ley.	111
ii.	Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:	112
iii.	Historia de la ley:.....	114
iv.	Análisis de historia de la ley.	117
	CAPITULO IV: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA CHILENA.	120
A.	GENERALIDADES.....	120
B.	JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CULPA INFRACCIONAL EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS	121
C.	JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS PRESUNCIONES DE CULPA EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS	142
D.	JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA APLICACIÓN DE LA MÁXIMA <i>RES IPSA LOQUITUR</i> EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS.	158
	CONCLUSIONES.....	178
A.	GENERALES	178
B.	PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN	182
	BIBLIOGRAFÍA.....	185

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto investigar y dilucidar los criterios que permiten entender que una determinada “actividad” sea considerada como “peligrosa”, tanto por la doctrina, jurisprudencia, como legislación nacional, y que llevarían a que ciertos quehaceres humanos tengan un tratamiento jurídico distinto.

Para lograr dicho objetivo, fijamos como objeto de estudio dos fenómenos jurídicos particulares que emplean la expresión: la denominada presunción de culpa por el hecho propio, consagrada en el artículo 2329 del Código Civil, y los distintos estatutos de responsabilidad estricta consagrados en la legislación nacional.

Para efectos de lograr nuestro cometido, estudiamos ambos objetos de estudio desde un punto de vista doctrinario (capítulo I), complementando dicho análisis con una mirada breve a determinadas legislaciones comparadas (capítulo II), para posteriormente, y luego de tener una base de conocimiento suficiente, analizar la historia de la ley de los distintos estatutos de responsabilidad estricta (capítulo III) y la aplicación jurisprudencial de la presunción analizada (capítulo IV)

Posteriormente, presentamos unas breves conclusiones sobre cada uno de los capítulos, para finalmente presentar una propuesta de sistematización de criterios a emplear para calificar una determinada actividad como peligrosa.

INTRODUCCIÓN

No existe regla explícita en el Código Civil Chileno ni en normativa especial que defina qué es lo que se entiende por una “actividad peligrosa”, a pesar de ser un concepto utilizado abiertamente para el establecimiento de distintas figuras, tanto de responsabilidad como de protección, a lo largo del Derecho Privado. En dicho contexto, el concepto es empleado tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia y en materia legislativa, ya sea para, por ejemplo, la consagración de presunciones de culpa, o el establecimiento de regímenes de responsabilidad estricta. Lo anterior, a pesar de no existir una delimitación de los elementos fundamentales que permitan considerar a una actividad de tal forma.

Así entonces, el presente trabajo tiene por finalidad investigar e intentar sistematizar qué se ha entendido como “actividad peligrosa” por parte de la doctrina, jurisprudencia y legislación civil nacional y extranjera, analizando en particular dos fenómenos jurídicos que utilizan la expresión: la denominada “presunción de culpa por el hecho propio” consagrada en el artículo 2329 del Código Civil, y los distintos estatutos de responsabilidad civil de carácter “estricto”, así como también algunos ordenamientos jurídicos particularmente interesantes que han tratado el mismo tema.

Para lograr dicha finalidad, estructuramos nuestro trabajo en 4 capítulos: los primeros dos buscan exponer el tratamiento que las actividades peligrosas han tenido en la doctrina nacional al conceptualizar y explicar la aplicación de la referida presunción y estatuto de responsabilidad (capítulo I), además de realizar una breve descripción del tratamiento dado en el derecho comparado (capítulo II); con dicha base conceptual, en los siguientes capítulos nos enfocamos en analizar los dos objetos de estudio escogidos, exponiendo las hipótesis de responsabilidad civil estricta que se presentan en la legislación chilena, con especial énfasis en su historia legislativa (capítulo III), para efectos de buscar las razones por las cuales el legislador escogió

determinadas esferas del quehacer humano para someterlas a dicho tratamiento, y analizando el razonamiento que nuestros tribunales de justicia han empleado para aplicar la presunción de culpa por el hecho propio (capítulo IV).

Ya en su parte final, presentamos una serie de conclusiones obtenidas en base al trabajo antes descrito, junto con una propuesta de sistematización de criterios para efectos de calificar una determinada actividad como peligrosa.

CAPÍTULO I: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS POR LA DOCTRINA NACIONAL

A. GENERALIDADES

Qué hace que una determinada “actividad” sea considerada como “peligrosa”, es un tema que ha sido casi completamente obviado por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, algo que resulta a lo menos llamativo en vista de que se trata de un término que ha sido empleado no pocas veces por las mismas en un sentido principalmente instrumental, ya sea por ejemplo, a través de disputas doctrinarias, en el sentido de la existencia de una presunción de culpa por el hecho propio en el artículo 2329 de nuestro Código Civil, ya sea como fundamento para aplicar un estatuto de responsabilidad estricta, o como un elemento en la determinación del cuidado debido en materia de responsabilidad extracontractual, a pesar de tratarse de una expresión que no se encuentra contemplada en nuestro Código Civil.

Es en este sentido que esta sección del trabajo tiene como eje central buscar los elementos que particularmente la doctrina nacional ha identificado, ya sea expresamente o de forma solapada, respecto de lo que se entiende como una actividad peligrosa, así como el tratamiento particular que se le ha otorgado a éstas en las diferentes sedes, dotando el concepto de contenido.

Si citamos al diccionario de la Real Academia Española, encontramos que se define “actividad” como la “facultad de obrar” y “peligrosa” como aquella “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”¹. Así entonces, hablaríamos de actividades que son susceptibles de ocasionar daño, lo cual no limita para nada el ámbito de aplicación del concepto.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española (24^a ed.). 2014. [En línea] <<http://dle.rae.es/>>

Toda actividad humana es potencialmente peligrosa. Desde el manejar un helicóptero hasta sostener en los brazos a un recién nacido, eventualmente todo puede causar daño.

Es por esto por lo que en las secciones siguientes nos dispondremos a revisar someramente el tratamiento que ha sido otorgado en diferentes discusiones doctrinarias al concepto de actividad peligrosa, con la finalidad de extraer distinciones, conceptos y criterios empleados para poder así conceptualizar y delimitar el término, a partir de los dos objetos de estudio: la presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, y las distintas hipótesis de responsabilidad estricta consagradas en la legislación nacional.

B. TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA DOCTRINA NACIONAL

1. Tratamiento de las actividades peligrosas en relación con la responsabilidad estricta

La responsabilidad se puede definir como “un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”². Como juicio normativo, su finalidad es determinar los criterios bajo los cuales las consecuencias patrimoniales del daño sufrido por una persona deben radicarse en el patrimonio de otra. Bajo ese supuesto, existen dos grandes sistemas que determinan los supuestos bajo los cuales una persona responde por el daño que le causó a otra: la responsabilidad por culpa o subjetiva, y la responsabilidad estricta u objetiva³. En la primera, la condición para atribuir responsabilidad a una persona

² BARROS, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. p. 15.

³ Distintas denominaciones se han empleado en doctrina para referirse a ella: responsabilidad objetiva, responsabilidad estricta, responsabilidad sin culpa, responsabilidad por el riesgo creado, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, etc. En la presente tesis se utilizará indistintamente los

reside en la infracción a un deber de cuidado o simplemente a alguna forma de intención deliberada de inferir el daño; en la segunda, la condición radica, en términos simples, en el hecho de haberse causado el daño, con total independencia de la conducta empleada por el sujeto. Como lo plantea Alessandri, “el que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro debe responder del él”⁴.

No existe en el Derecho Chileno una norma que contenga una regla general de responsabilidad estricta; en efecto, su establecimiento es materia legislativa, lo que implica que son de derecho estricto. Por tanto, no se permite la interpretación analógica ni extensiva, y solamente aplica a aquellos casos establecidos expresamente por el legislador⁵. El profesor Enrique Barros describe dicho fenómeno señalando que “la responsabilidad por culpa es el régimen general y supletorio de responsabilidad. Sin embargo, todos los sistemas jurídicos conocen ámbitos de responsabilidad estricta que hacen excepción al principio *casum sentit dominus*. Estos estatutos de responsabilidad estricta dejan sin aplicación el régimen supletorio en ámbitos específicos de actividad o de riesgo”⁶.

Incluso algunos autores han evidenciado, que “la responsabilidad subjetiva es propia de otro tiempo, ella no puede subsistir sin otras concepciones que la complementen y enriquezcan en función de las necesidades actuales. Es aquí donde

términos “responsabilidad estricta”, “responsabilidad objetiva” y “responsabilidad sin culpa”, solamente para efectos de no repetir el término. Compartimos plenamente la postura del profesor Barros respecto a que la utilización más adecuada es “responsabilidad estricta”, ya que el término evoca los requisitos más limitados de este tipo de responsabilidad, que no exige juicio de valor alguno respecto de la conducta del demandado, sin perjuicio de los demás requisitos que señale el estatuto legal aplicable. En BARROS, Op. cit., p.446.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. 1943. De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Título 35 del Libro IV del Código Civil. 4ª ed. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria. p.70.

⁵ BARROS, Op. Cit., p. 446. En el mismo sentido CORRAL. Hernán. 2013. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.223.

⁶ BARROS, Op. Cit., p. 450.

surge la importancia de la responsabilidad objetiva y de otras concepciones que nacen al amparo de un clamor social de evitar el injusto desequilibrio de los patrimonios afectados por daños muchas veces imposibles de identificar en sus causas reales”⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, no existe mayor análisis de este tipo de responsabilidad. La doctrina explica su origen, describiendo las diferentes etapas por las que ha pasado el concepto de responsabilidad y sus fundamentos. Así, se habla de el paso de la venganza privada en tiempos primitivos al establecimiento de la teoría de responsabilidad a base de culpa como fundamento, a raíz de la consagración de los principios liberales e individualistas que estuvieron en boga durante el siglo XIX⁸, y su imposibilidad de solucionar los problemas sociales a fines de dicho siglo, por consecuencia de la Revolución Social y la denominada “cuestión social”. En una época en que, por el avance científico y tecnológico de las máquinas, la vida agitada e intensa de la fábrica y la probabilidad alta de accidentes, unida a la pobreza de los trabajadores de la época, dieron paso a correctivos insuficientes que, finalmente, dieron origen a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva en Alemania, Italia y Francia.

Los problemas que vemos el día de hoy en el derecho de la responsabilidad plantean nuevas interrogantes, donde la era de la tecnología enuncia y nos muestra una realidad y complejidad que era imposible visualizar hace 2 siglos.

⁷ RODRÍGUEZ, Pablo, 2009. Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. p.74.

⁸ ALESSANDRI, Op. cit., p.82. En este sentido, plantea el autor que como los hombres pueden actuar libre e independientemente, cada uno debe recoger los beneficios que le proporcionen la suerte o su actividad y soportar los daños causados por la naturaleza o el hecho ajeno. No basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho doloso o culpable.

Los autores, a su vez, plantean sus ventajas, críticas y principales motores o “ideas directrices”⁹:

1. El principio de causalidad: El hecho de haberse ocasionado daño es el hecho que constituye el fundamento de todas las obligaciones de reparación;

2. El principio del interés activo: Las pérdidas que pueden provenir de una empresa son de cargo de aquel que obtiene beneficios en la misma empresa y viceversa;

3. El principio de prevención: Ante la imposibilidad de probar la culpa del actor en el sistema de responsabilidad por culpa en ciertos casos, el único medio es no permitir al demandado liberarse de responsabilidad salvo probare causa extraña;

4. El principio de equidad, del interés preponderante o principio de preponderancia del mayor interés social: Considera las fortunas de las partes en juego, lo cual se crítica y se le da finalmente un rol secundario y no fundante;

5. Principio de repartición del daño: Tomar precauciones para distribuir el daño entre la generalidad de las personas a través de un seguro, y;

6. El principio de carácter riesgoso del acto: lo riesgoso del acto fundamenta el estatuto de responsabilidad.

Lo destacable de este análisis en particular es que existe consenso respecto a que el rol de la causalidad como criterio de imputación no es suficiente, y que es necesario algún otro concepto que sustituya la culpa, de manera de evitar una atribución de responsabilidad discrecional y que pueda aparecer como arbitraria o injusta. Surgen

⁹ FIGUEROA, Gonzalo, 2012. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p.82-83. Atendido que excede los fines de esta tesis, solo se expondrá brevemente.

entonces, propuestas sobre factores de imputabilidad diversos a la culpa que podrían reemplazar su rol justificativo:¹⁰

1. Criterio del acto anormal: el acto normal es aquel que para un tipo social dado y considerado en una fase determinada de su desarrollo, se produce en el promedio de las sociedades de esa clase y en la fase correspondiente de su evolución. Esta tesis fue defendida por juristas franceses como Ripert, a propósito de la responsabilidad por el ejercicio del derecho de propiedad y en particular en las relaciones del dueño con sus propietarios vecinos, que fue generalizada por el jurista francés Gény en el sentido de que es responsable aquel que ejerce su derecho o usa su libertad natural de forma anormal, sea en condiciones incompatibles con las exigencias sociales precisadas por el lugar y la época¹¹. Se ha criticado como insuficiente, al ser demasiado ambiguo en el concepto de “acto normal” y “anormal”

2. Riesgo provecho: la responsabilidad tendría su fundamento y justificación en el aprovechamiento pecuniario de una actividad riesgosa o susceptible de causar daño. En ese sentido, el responsable no es el que actúa con culpa, sino aquel que es beneficiado por la producción del riesgo que determinó el resultado dañoso¹². Se ha considerado insuficiente por no alcanzar accidentes causados por actividades que no reportan un beneficio económico, en el caso de que se entienda provecho en su sentido restringido (pecuniario).

3. Riesgo creado o agravado: considerando la voz “provecho” en un sentido amplio, la responsabilidad no se funda en un provecho económico o pecuniario que reporta la actividad riesgosa, sino en el simple hecho de haber generado riesgo particular o haber agravado un riesgo ya existente. Se crítica esta posición ya que de

¹⁰ CORRAL, Op. Cit., p. 218.

¹¹ FIGUEROA, Op. Cit., p.85.

¹² CORRAL, Op. Cit., p. 218.

entenderse de forma generalizada, y al ser todas las actividades humanas potencialmente peligrosas, existiría una inhibición del actuar humano que restringiría la libertad y coartaría el surgimiento de actividades que, aunque peligrosas, necesitan desarrollarse en beneficio de la sociedad, y que con la carga de responder objetivamente por todos los perjuicios no podrían llevarse a cabo¹³.

Destaca en este punto el análisis realizado por el profesor Barros, quien plantea que, atendiendo a la práctica comparada, se pueden encontrar 4 conjuntos de casos en que se comprueban ciertas constantes que muestran razones típicas de justicia correctiva para que ciertos riesgos queden sometidos a un estatuto de responsabilidad estricta¹⁴:

1. Actividades especialmente peligrosas: Plantea el autor que ya en el derecho romano se encontraban casos de este tipo de responsabilidad basados en la peligrosidad de la conducta, referidos a la caída de objetos desde la parte superior de edificios y a los daños causados por animales peligrosos, asociándose los ámbitos modernos de responsabilidad estricta preferentemente a riesgos creados por la tecnología. Lo anterior, ya que al introducirse una nueva tecnología no se tiene noción respecto a la intensidad y a la capacidad de prevención de riesgos asociados. Plantea el autor que, en este grupo de casos, el establecimiento del estatuto tiene justificación, desde un punto de vista de justifica correctiva, análogo a la culpa: si alguien impone un riesgo excesivo a los demás, debe asumir los costos de los daños, aunque haya actuado con diligencia.

2. Responsabilidad vicaria: En su establecimiento comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de

¹³ CORRAL, Op. Cit., p. 219.

¹⁴ En los siguientes párrafos, resumiremos brevemente las ideas planteadas por el autor. Para mayor detalle, BARROS, Op. Cit., p. 456-460.

modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable. Finalmente, no es justo para con las víctimas que el dependiente, que generalmente carece de medios, pueda resultar siendo el único responsable de los daños (si el principal tiene éxito en su excusa de diligencia), en circunstancias que es el empresario quien le ha delegado esas tareas.

3. Regímenes de protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica de desventaja respecto del autor del daño: Aunque el derecho privado asume el principio de la igualdad abstracta entre las personas, esta idea debe ser corregida para hacerse cargo de las situaciones de asimetría estratégica, en que deja de ser justo asumir que las partes son iguales. Es el caso de la relación trabajador-empendedor y consumidor-proveedor, en los cuales existe una clara asimetría de posición, además de un control de los riesgos por parte de los segundos, y una indefensión de parte de los primeros. El estatuto cumpliría una función análoga a la buena fe en el derecho de los contratos, al modificar el supuesto de igualdad abstracta entre los contratantes y exigir adecuarse a la realidad, como se ve en la legislación sobre accidentes del trabajo y responsabilidad por productos defectuosos.

4. Bienes especialmente valiosos o vulnerables, que no pueden ser suficientemente cautelados mediante la responsabilidad por negligencia: El autor plantea que el derecho civil es un instrumento descentralizado de control, cautelándose el bien general mediante la acción privada, al entregarse a la víctima del daño la acción de cautelar por sus perjuicios. Distinto es el caso de la lesión de bienes que no pueden ser atribuidos individualmente a una persona determinada, sino que afectan en porciones a veces infinitesimales a todos los miembros de la comunidad, como el daño

ambiental, donde ocurre una lesión a bien valioso, que, sin embargo, generalmente no pertenece a nadie en particular. En el derecho comparado, se tiende a establecer una acción de titularidad pública de acciones reparatorias y este estatuto.

De las posturas anteriores se puede inferir que, si bien no existe consenso en la doctrina sobre el fundamento, sí surge un criterio común para el establecimiento de un estatuto de responsabilidad estricta: el "riesgo", sea que se crea o respecto del cual se aprovecha. Para los efectos de esta tesis, cabe preguntarse: ¿Se detienen en determinar qué es lo que se entiende por riesgo? O en otro sentido ¿Se detiene la doctrina en determinar qué hace una actividad pueda ser caracterizada como peligrosa? La respuesta a esta pregunta en general es no.

Un autor que destaca en este contexto es Pablo Rodríguez Grez, quien elabora una definición y clasificación de los riesgos, pero no con la finalidad de sistematizar el concepto, sino para plantear una teoría propia que denomina "El riesgo como nueva visión de culpa".

Define riesgo como "la creación de una situación de peligro en cuanto de ella puede derivarse racionalmente un perjuicio"¹⁵. Dicha situación puede provenir de la naturaleza o del hombre, interesando el creado por el acto humano y que importa una alteración de la situación natural que antes prevalecía.

Respecto a la clasificación del riesgo, los distingue entre normales (que sería evidente y manifiesto, lo que significa que razonable y previsiblemente, empleando los estándares ordinarios de cultura, el riesgo conduce naturalmente al daño) y anormales (relativo, encubierto).

Los riesgos anormales se subclasifican en: (i) riesgo cosa, que corresponde al peligro que representa la sola existencia de una especie; y riesgo actividad, que

¹⁵ RODRÍGUEZ, Op. Cit., p. 66.

corresponde a los peligros que nacen de la empresa moderna. (ii) A su vez, en riesgo útil, que es propio de actividades productivas que redundan en beneficio de toda la comunidad; y riesgo inútil, que solo representa beneficio patrimonial para el que los crea. (iii) Por último, en riesgo lucrativo, que importa un provecho económico para el autor; y riesgo no lucrativo, que no representa un provecho económico para su creador.

Ahora bien, concluye el autor que el riesgo que atribuye mayor responsabilidad es aquél anormal, de actividad, inútil y lucrativo, ya que importa la creación de un peligro que altera las condiciones naturales en que se despliega la conducta humana (anormal), corresponde a una actividad o conducta humana (de actividad), es productivamente innecesario (inútil) y quien lo genera obtiene un provecho económico (lucrativo).

En síntesis, la mayor parte de los autores nacionales se detienen en explicar las distintas teorías que sirven de fundamento para el establecimiento de un estatuto de responsabilidad estricta, más no las condiciones que debe tener una actividad para ser considerada peligrosa y, por tanto, generadora de este concepto de “riesgo” que no se define ni delimita. Si bien Rodríguez puede otorgar con sus distinciones luces al concepto, no tienen, como se ha dicho, finalidad de sistematizar ni son suficientes por sí solas para ello, ya que la finalidad con que se realizaron es distinta a la de este trabajo.

Las razones que saltan a la vista para estos redactores radican en el hecho de ser una materia regulada por leyes especiales de forma fragmentada, lo que impediría generar una especie de catálogo o criterios comunes al respecto¹⁶. Sumado a lo anterior, al ser el legislador quien determina qué materias se extraen del estatuto común de responsabilidad por culpa y se someten al estatuto de responsabilidad objetiva, no

¹⁶ A este respecto, el profesor Barros plantea que su regulación en concreto no responde a directrices generales, sino que a una legislación fragmentada que no siempre sigue criterios uniformes, regulando riesgos específicos. En BARROS, Op. Cit., p. 447.

existe mayor análisis de los fundamentos que éste tiene para realizar dicha labor. En síntesis, no existe un estudio sistemático al respecto que permita dar luces al menos de criterios que orienten al legislador para determinar qué materias someterlas a este estatuto y cuáles no.

2. Tratamiento de las actividades peligrosas a raíz de la aplicación de la denominada presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil.

“Artículo 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1.º El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

2.º El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

3.º El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.”

Dentro del tratamiento de las actividades consideradas como peligrosas, un punto que resulta particularmente importante es la aplicación que propone parte de la doctrina, de una presunción de culpabilidad presente en el artículo 2329 del Código Civil. Sin ser el objeto de esta investigación, es pertinente revisar brevemente las diferentes interpretaciones que se han dado a esta disposición.

En síntesis, las diferentes posturas que han existido en la doctrina sobre su interpretación se pueden presentar de la siguiente forma: 1) aquella que lo considera como una repetición del artículo 2314; 2) aquella que lo considera como una norma que contiene una presunción de culpa por el hecho propio por actividades o cosas

peligrosas (Ducci); 3) aquella que lo considera como una presunción de culpa por el hecho propio, cuando el daño provenía de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó fuera susceptible de atribuirse a dolo o culpa del agente (Alessandri); 4) aquella que lo considera como una presunción de culpa por el hecho propio fundada en la peligrosidad de la actividad y, en segundo lugar, en el control de las circunstancias y en el rol de la experiencia (Barros); 5) aquella que lo considera como una manifestación de la relación de causalidad (Corral); 6) aquella que lo considera como una regla complementaria al artículo 2314, independizando el delito y cuasidelito civil del penal (Rodríguez Grez); y finalmente 7) en un sentido muy similar al anterior, Javier Barrientos ha señalado que de acuerdo al contexto dogmático e histórico del inciso primero del artículo 2329 se trata de una regla que opera respecto de todos los “otros daños”¹⁷ causados por hechos ilícitos que carecen de pena.

Dentro de aquellos que consideran que el artículo contiene una presunción de culpabilidad del agente, y particularmente en lo referido a las actividades peligrosas, en su versión más prístina y originaria, el profesor Carlos Ducci ha señalado que dicha norma contiene una presunción de culpa para este tipo de actividades por cuanto señala como inconcebible que la redacción del código quisiera reiterar una norma como la del artículo 2314, además de que viene a continuación de los diversos artículos referidos a la responsabilidad por los hechos de las cosas, de la responsabilidad por el hecho ajeno, y que iniciar con la frase “por regla general” indicaría que se trata de una disposición de excepción¹⁸. Agrega, además, que es “indudable que el artículo contiene una presunción de culpa. En primer término, porque la misma expresión ‘por regla general’ indica que está siguiendo el mismo sistema de los artículos que la preceden y

¹⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier. 2009. De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil” Imaginario (II). Revista Chilena de Derecho Privado, N°13. p. 90.

¹⁸ DUCCI CLARO, Carlos. 1971. Responsabilidad Civil. Actividades peligrosas-hechos de las cosas-Circulación de vehículos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 97-102.

que contienen presunciones de culpa. En segundo lugar, porque no dice que todo daño 'que se impute' a malicia o negligencia; sino que expresa 'que puede imputarse', es decir, la calidad y circunstancia del daño producido van a determinar por sí mismos la existencia de culpa, sin necesidad de que ésta se pruebe"¹⁹. Respecto de los ejemplos, indica que estos no son taxativos por señalarse que "son especialmente obligados".

Posteriormente el autor señala que incluso para la época de redacción de su obra (1971) dichos ejemplos ya eran anacrónicos, lo cual ayuda al argumento de que los ejemplos empleados por el legislador sirven para determinar el alcance de la norma, pero en ningún sentido la agotan, fundando su opinión en una cita al mensaje del Código, el cual señala que los ejemplos de las disposiciones ponen a la vista el sentido y espíritu de la ley en sus aplicaciones. Finalmente señala que las frases como "sin las precauciones necesarias" y "lo tiene en estado de causar daño", hacen presumir la falta de cuidado respecto de la cosa²⁰.

Refiriéndose ya a los ejemplos del artículo 2329, señala que "(...) Se trata de actividades o actuaciones cuya peligrosidad implica culpa por sí sola, sin necesidad de prueba al efecto, porque ella va implícita en el daño. Es por ello que el legislador la presume"²¹. Así, desde los orígenes de su tratamiento se trata de un concepto que ha carecido de un contenido claro, pero que ha sido sustentado en la noción de una actividad que es calificada como peligrosa, pero sin identificar por qué, ni mucho menos en qué casos es más susceptible de aplicarse, lo cual, como veremos, ha generado incertidumbre en la práctica.

Posteriormente el profesor Alessandri amplió la aplicación de esta presunción a la idea de que el artículo 2329 contempla "una presunción de culpabilidad cuando el

¹⁹ Ibid., pp. 98-99

²⁰ Ibid., p. 99.

²¹ Ibid.

daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”²². Deja este autor completamente de lado la idea de peligrosidad de la actividad para hacer una aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*, la cual ha sido entendida comúnmente como “las cosas hablan por sí mismas”, un entendimiento que conceptualmente no resulta excluyente con la idea de peligrosidad de la actividad para aplicar la presunción de culpa.

A este respecto, conviene señalar que la máxima *res ipsa loquitur* ha sido principalmente construida en la tradición angloamericana. Según señalan Porat y Stein, ha sido construida bajo una serie de requisitos: i) la existencia de un daño que normalmente no sucede sin culpa de alguna persona; ii) que sea provocado por algo que se encuentra bajo el exclusivo control del demandado; iii) sin la contribución de la víctima, y iv) que no exista evidencia que pueda arrojar luz acerca del curso de los hechos²³. Dichos criterios, si bien dicen relación con la aplicación de una presunción que busca dotar al juez y al actor de una herramienta para la elaboración de una explicación de determinados hechos, podrían eventualmente servir también como criterios para la aplicación de dicha solución jurídica a las actividades que son consideradas como peligrosas.

Así, el profesor Enrique Barros ha distinguido estos dos campos de aplicación: uno respecto de actividades que pueden calificarse como peligrosas, y otro referido a la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*, ahora bien, haciendo la prevención de que no debe emplearse como una presunción propiamente tal sino que el artículo 2329

²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. 1943. De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Título 35 del Libro IV del Código Civil. 4ª ed. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria. p. 212.

²³ PORAT, Ariel y STEIN, Alex. 2001. Tort Liability under Uncertainty. Oxford. Oxford University Press. p. 84.

puede ser entendido como una prueba *prima facie* o “prueba en principio” de culpabilidad²⁴.

Sobre la peligrosidad, Barros plantea que, dentro del sentido y alcance de la presunción de culpa por el hecho propio, una de sus aplicaciones es precisamente las actividades que tienen la característica de tener una peligrosidad desproporcionada. Señala que “la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidentes. Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto, a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable”²⁵.

Agrega que es común encontrar en el derecho comparado que este tipo de actividades se encuentren afectas a un régimen de responsabilidad estricta, algo que también ocurre en Chile. Ejemplifica en este sentido señalando que “son especialmente sugestivas las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos; en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de cuidado exigible: mientras mayor sea el peligro y la probabilidad de un accidente y menor la utilidad que presenta para los demás (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en los accidentes del tránsito o con las intervenciones médicas), más cerca se encuentra la cosa o actividad de estar sujeta al régimen especial de responsabilidad sin culpa”²⁶.

Así entonces, más allá de la discusión respecto al tratamiento jurídico que se le deberá otorgar a una actividad considerada peligrosa, ya sea como presunción o someterla a responsabilidad sin culpa, el profesor Barros da luces respecto de

²⁴ BARROS, Op. Cit., p. 157.

²⁵ Ibid., p. 151

²⁶ Ibid., p. 152

elementos que permiten formar un concepto de tal tipo de actividad. Señala que la probabilidad de ocurrencia de un accidente y el valor social de la acción son determinantes al categorizar una actividad. Al respecto ha dicho que “el primer ejemplo del artículo 2329 II, es ilustrativo de un caso de peligrosidad en que concurren todos los factores que aumentan el deber de cuidado y (...), disparar un arma de fuego en condiciones que pueden dañar a otro es peligroso, porque el daño puede ser muy intenso, la probabilidad no es insignificante y, además, la acción usualmente se realiza en solo beneficio de quien la ejerce”²⁷, con lo cual deja de manifiesto las ideas de intensidad y probabilidad del daño, así como, la idea de valor social de la acción. Por tanto, el autor esboza características para determinar una actividad como peligrosa, pero no da un tratamiento sistemático sobre el asunto.

Sobre esta situación, los profesores Mantilla y Pizarro han señalado que “hay una presunción en la literatura que aboga por la presunción de culpa en el artículo 2329, pero sin detenerse a descifrar cuales serían dichas actividades que por ser peligrosas ameritarían entender culpable a quien las ejecuta en el evento que resulte un daño”²⁸.

Destaca el trabajo del profesor Mauricio Tapia, quién luego de un análisis jurisprudencial, ha señalado que la jurisprudencia nacional ha catalogado como actividades peligrosas la mantención de las vías o caminos, el transporte y las operaciones de carga y descarga (explica en este sentido que involucra necesariamente una relación con máquinas o cosas y elementos combustibles), el almacenamiento de productos peligrosos, las construcciones (particularmente las realizadas en medio de ciudades), el suministro de servicios públicos como línea eléctricas y la quema de

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ MANTILLA, Fabricio y PIZARRO, Carlos. 2013. La responsabilidad civil por actividades peligrosas: Aplique primero y Explique Después. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (4): 17-56., p. 41.

pastizales²⁹. Plantea este autor que “se trata en esencia de cosas o actividades peligrosas, cuestión que recuerda que en el origen de esta idea se encuentra la interpretación efectuada en el derecho colombiano que hasta nuestros días estima que esta norma envuelve una presunción de culpa en tales hipótesis”³⁰. Agrega, citando al profesor Mantilla, que en dicho derecho “se estiman peligrosas las actividades que involucran la utilización de máquinas y aquellas que envuelven el empleo de elementos combustibles”³¹, lo cual aporta a lo menos algunas categorías interesantes y que pensando en el quehacer diario son del todo razonable considerar como peligrosas.

Así, respecto de un punto más vinculado al objeto de este trabajo, el profesor Tapia aborda derechamente la noción de peligrosidad al señalar que “Puede, evidentemente, discutirse el concepto de actividades o cosas peligrosas. En teoría, para encontrar una respuesta pueden utilizarse diversos criterios. Ante todo, una actividad que involucra una elevada probabilidad de daños a terceros puede ser estimada peligrosa (ejemplo, la quema de pastizales, el manejo de armas de fuego, la reparación de lugares por donde transitan habitualmente personas, la conducción de automóviles, almacenamiento y transporte de productos explosivos, etc.). Luego, existen actividades cuya probabilidad de causar daños a terceros es baja, pero que, de producirse su magnitud, es considerable o afectan a un gran número de personas (transporte aéreo, operaciones de carga y descarga, construcciones, etcétera)”³².

Encontramos entonces dos primeros criterios que resultan básicos para la elaboración del concepto, como son la noción de probabilidad de ocurrencia de daños y la magnitud de estos daños más allá de la probabilidad de que estos ocurran, los

²⁹ TAPIA, Mauricio. 2009. Contra una presunción general de culpa por el hecho propio. En: PIZARRO W. (coordinador). Estudios de Derecho Civil IV- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Julio 2009. Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 451- 454.

³⁰ Ibid., p. 454.

³¹ Ibid., p. 454-455.

³² Ibid., p. 455.

cuales van dando luces de la noción de peligrosidad en un sentido abstracto, más allá de un caso particular. Como se puede ver, son los mismos que esboza el profesor Barros.

Por su parte, los profesores Mantilla y Pizarro han señalado que “para establecer la peligrosidad habría que hacer una comparación entre la actividad considerada como *peligrosa* y otra “cosa”, pero ¿con qué la vamos a comparar?”, y, utilizando el criterio aportado por el profesor Javier Tamayo Jaramillo señalan que se debe comparar con aquello que “un hombre común y corriente está en capacidad de soportar por sí solo”. Agregan finalmente que dicha expresión “no parece tener un referente claro en el mundo del ser” y que para la pregunta ¿qué es aquello que un hombre común y corriente está en capacidad de soportar? no existe respuesta³³.

Podemos vislumbrar la dificultad que existe para la doctrina al categorizar precisamente lo que ha de entenderse como una actividad riesgosa en términos claros, puesto generalmente se termina llegando a un concepto cuyos contornos resultan bastante difusos y a la vez de una flexibilidad grande.

Sobre este punto, profesores Mantilla y Pizarro señalan que “no existe un común denominador para todas las actividades peligrosas, no hay una esencia de peligrosidad. La jurisprudencia puede calificar como peligrosa una actividad tomando en consideración diferentes criterios como son la magnitud de los daños que pueden causar ciertas actividades, y al alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan en la sociedad -como los accidentes aéreos-, los costos que implican ciertos daños, y a las políticas para repartirlos de forma eficiente entre los distintos miembros de la comunidad, y el interés de inducir ciertos comportamientos de algunos de aquellos,

³³ MANTILLA, y PIZARRO, Op. Cit., p. 44.

principalmente en lo concerniente a la asunción y distribución de los costos de prevención”³⁴.

Pareciera ser que los autores apuntan principalmente al tratamiento jurídico que se le otorgan a las actividades consideradas peligrosas, más que a su peligrosidad intrínseca, puesto que dejan de poner de manifiesto los criterios relativos al daño y a la probabilidad de ocurrencia y centran el análisis en la consecuencia de categorizarse dentro de este tipo de actividades ciertos quehaceres humanos, por cuanto posteriormente señala que “vemos como considerar una actividad como *peligrosa*, en últimas, es sólo decidir que los daños que se generen en su desarrollo estarán regulados por un régimen de responsabilidad más severo”³⁵.

Siguiendo en la búsqueda de la delimitación del concepto de lo que debería ser entendido como una actividad peligrosa, el autor Rodrigo Barría trata el tema de las actividades peligrosas también en el marco de la discusión respecto a la aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio y señala que la jurisprudencia, para proceder a la aplicación de esta hipótesis, debiera verificar como exigencias ciertos principios. Señala el autor que “en primer lugar, que la actividad genere un peligro, superior en intensidad al inherente a cualquier actividad humana normal, pero inferior a aquel que se encuentre previsto por el legislador bajo un régimen de responsabilidad estricta; en segundo término, que esa actividad posea la aptitud de causar daños de manera frecuente o, de no ser necesariamente así, que sea susceptible de provocar un daño de especial gravedad”³⁶. El autor recalca la importancia que se ha otorgado a este tipo de instituciones en el derecho comparado y que ha sido dejada de lado en buena

³⁴ Ibid., p. 46.

³⁵ Ibid., p. 49.

³⁶ BARRIA, Rodrigo. 2014. La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Comparado. Revista Ius et Praxis 29 (2). p.30

parte de nuestra historia producto del escaso contenido que la jurisprudencia y doctrina han otorgado al mismo.

Merece la pena mencionar que la discusión respecto a la categoría de las actividades peligrosas se ha visto vinculada al tratamiento de otra institución que fue mencionada anteriormente, como es la máxima *res ipsa loquitur*. Sin ser tema principal de esta investigación, Larroucau, a partir del análisis de esta institución y de la jurisprudencia nacional, ha señalado que “el tipo de argumento usado por los jueces para comprender el artículo 2329 como una presunción de responsabilidad por el hecho propio, no solo apela a la idea de peligrosidad de las actividades, sino que también colaciona las dos notas distintivas de la máxima *res ipsa loquitur*: el control de los antecedentes del caso y la posibilidad de inferir que los perjuicios no se habrían producido de no mediar la negligencia del demandado”³⁷. Agrega, en cuanto a la aplicación de la presunción solo respecto de las actividades peligrosas que “dicha interpretación congela el razonamiento judicial en dos categorías normativas amplias –la probabilidad de daño y la gravedad del mismo-, que son compatibles con la estructura básica del *res ipsa loquitur* -el control de los antecedentes y el rol de la experiencia-, por lo cual el camino que a mi juicio resulta adecuado en esta materia pasa por visibilizar los aspectos probatorios que habilitan al juez de instancia a inferir la culpa de la demandada”³⁸.

Conviene señalar que la máxima *res ipsa loquitur* no funciona como una presunción de culpa propiamente tal, sino que generalmente se ha entendido como una herramienta que pone de carga del demandado acreditar una explicación alternativa a los acontecimientos que vuelva a obligar al demandante a probar la negligencia de éste.

³⁷ LARROUCAU, Jorge. Res Ipsa Loquitur: Quién habla es el juez, no la cosa. En: BARROS B., FIGUEROA G. y TAPIA M. (coordinadores). Estudios de Derecho Civil VI- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010. agosto 2011. Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 505.

³⁸ Ibid., p. 510.

Sin perjuicio de que lo anterior no ha sido tratado ni explicado claramente por la doctrina ni menos por la jurisprudencia nacional, algunos autores como Rodrigo Barría han señalado respecto de su aplicación original en el derecho anglosajón que “la máxima requiere para su aplicación de la concurrencia de dos requisitos: que ocurra una situación de daño que no se habría verificado de haberse tomado las medidas de cuidado necesarias y que las circunstancias que posibilitaron el accidente hayan estado bajo el control del demandado. Dadas estas condiciones, se entiende que este último tiene grandes probabilidades de ser tomado como responsable, a menos que se encuentre en condiciones de entregar una explicación atendible acerca de cómo se produjo en realidad el accidente, sin intervenir negligencia de su parte. En otras palabras, por aplicación de este principio y verificándose las circunstancias mencionadas, los tribunales anglosajones trasladan la carga de la prueba de la culpa desde el demandante, que es la regla”³⁹.

El profesor Larroucau concluye, luego de citar las ideas del profesor Tapia y el catálogo que este último ha elaborado de actividades que han sido consideradas como peligrosas, que a éstas subyacen las mismas las bases que se han empleado por la jurisprudencia para la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*, por cuanto las ideas de probabilidad del daño y amenaza de perjuicio grave justificarían invertir el peso de la prueba y permitirían revisar en el caso concreto si la imputación de responsabilidad es adecuada o no, lo cual reconduciría nuevamente a las nociones de “control de los antecedentes” y a las “máximas de la experiencia”⁴⁰.

En definitiva, podemos señalar que el concepto de actividades peligrosas existe y ha sido utilizado de forma concreta y expresa al tratar diferentes temas en el derecho de la responsabilidad civil, pero particularmente en el caso de nuestro derecho se ha

³⁹ BARRIA, Op. Cit., p. 284.

⁴⁰ Loc. Cit.

tratado de una utilización principalmente instrumental, dado que no se ha hecho un análisis pormenorizado o acabado de lo que debe entenderse por una actividad peligrosa, ni mucho menos se han determinado los elementos que componen dicho concepto, cuestión que sí ha sido efectuada en otros ordenamientos según pasaremos a revisar.

CAPÍTULO II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN EL DERECHO COMPARADO

A. GENERALIDADES

Hemos decidido realizar un apartado particular para explicar el tratamiento que este tipo de actividades ha recibido en distintas partes del mundo, para así ejemplificar la importancia que ha tenido en diferentes ordenamientos jurídicos la categoría de actividades peligrosas, que ha llevado, al igual que en nuestro sistema, a justificar tratamientos que van desde la responsabilidad estricta hasta las presunciones de culpabilidad con bastante más desarrollo.

Hemos seleccionado ordenamientos particularmente representativos y vinculados con el ordenamiento nacional, como es el paradigmático caso del derecho colombiano, donde la regla bajo la cual se tratan los temas cuyo análisis proponemos, es prácticamente idéntica y proviene precisamente del Código Civil chileno, respecto de la cual las referencias desde el derecho colombiano son recurrentes y han sido abundantemente tratadas tanto a nivel dogmático como jurisprudencial.

Hemos seleccionado también el derecho italiano, ya que ha sido referencia permanente de la doctrina que ha tratado el tema por su abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial de una regla de responsabilidad para este tipo de actividades.

Finalmente, aunque se trate de una tradición diversa, hemos escogido analizar el tratamiento que ha realizado el derecho estadounidense respecto del tema, porque sus *Restatements of the Law of Torts* han desarrollado históricamente una cláusula general de responsabilidad estricta para actividades anormalmente peligrosas, lo que ha llevado a la determinación detallada de elementos que caracterizan dichas actividades y nos

permiten un análisis acabado del concepto que por este trabajo analizamos, mismo caso que ocurre con los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad que se han alzado como una fuente más que normativa, de referencia y paradigma para las legislaciones europeas y que también entregan contenido al concepto y tratamiento de las actividades peligrosas.

B. COLOMBIA

El derecho colombiano ha sido citado históricamente en las discusiones que se han suscitado en el derecho nacional respecto de las actividades peligrosas, particularmente respecto de la discusión relativa a la existencia de una presunción de culpabilidad en el artículo 2329. Esto a raíz de que el artículo 2356 del Código Civil colombiano es idéntico a nuestro artículo 2329, en cuanto dispone que:

Artículo 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

- 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.*
- 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.*
- 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.*

En este sentido el trabajo de los profesores Mantilla y Pizarro ha señalado que “La Corte Suprema colombiana considera como *peligrosas*, en principio, las mismas actividades y no acepta la exoneración del demandado mediante la prueba de la ausencia de culpa. Sin embargo, hace alusión, indistintamente, a una serie de teorías doctrinales cuya formulación no siempre es clara, y cuya mezcla suele resultar

completamente ininteligible. Con solo hojear algunos fallos se pueden corroborar las múltiples referencias a *presunciones de responsabilidad, presunciones de causalidad, presunciones de culpa y obligaciones legales de resultado* sin que esto parezca obedecer a lógica alguna” (énfasis del original)⁴¹.

La doctrina colombiana ha señalado que existe un verdadero régimen de responsabilidad sin culpa para aquellas actividades que son consideradas como peligrosas, señalando además que este tipo de actividades son particulares por cuanto “implican grandes probabilidades de causar daños. Estas son las únicas actividades que pueden ser calificadas, válidamente, como peligrosas”⁴². Se ha señalado también que “la sola referencia a la probabilidad no explica el concepto de peligrosidad, por cuanto no todas las actividades consideradas peligrosas conllevan altas probabilidades de causar daños y, por otro lado, existen actividades que tienen una baja probabilidad de causar daños pero han sido calificadas así (como la aviación)⁴³, agregando así otras consideraciones como la magnitud de los daños, el alto grado de sensibilidad que ciertos daños causan en la sociedad, intereses de introducir ciertos comportamientos considerados valiosos en términos de distribución de riesgos o políticas institucionales⁴⁴.

Parece importante destacar el tratamiento que se le ha dado a la norma, bajo la cual según señalan estos autores se han categorizado como peligrosa generalmente las mismas actividades, aplicando así de manera oscilante las teorías de la culpa y la teoría del riesgo⁴⁵, lo cual no es tema de esta investigación, pero sitúa el tratamiento jurídico

⁴¹ MANTILLA, y PIZARRO, Op. Cit., p. 21.

⁴² MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. 2004. La interpretación contra legem del artículo 2.356 del Código Civil colombiano. En: PIZARRO W. (editor). Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado I. Temas de Responsabilidad Civil, Santiago de Chile, Ediciones Diego Portales Escuela de Derecho. p. 227.

⁴³ Ibid., p. 228.

⁴⁴ Loc. Cit.

⁴⁵ Ibid., p. 238.

ya sea bajo el alero de las reglas generales de atribución de responsabilidad (culpa) o cerca de la responsabilidad objetiva o sin culpa.

En este punto, los profesores Mantilla y Pizarro, citan un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombiana que parece indicar en cierta parte el sentido de la expresión “actividad peligrosa”. Señalan que: “Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el artículo 2356, los cuales se explican para la época de expedición del código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, analógicamente y en consideración a casos concretos, ha venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En este orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc.”⁴⁶

En otro de los fallos citados se señala que la actividad peligrosa es la que “debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva implícito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración de las fuerzas que -de ordinario- despliega una persona respecto de otra”⁴⁷. Respecto del contenido de esta última afirmación, agregan una referencia el profesor Tamayo Jaramillo, el cual señala que “Peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño que las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la

⁴⁶ C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999, p. 227. En: MANTILLA, Fabricio y PIZARRO, Carlos. 2013. Óp. cit., p.41.

⁴⁷ C.S.J. Cas. Civ. 17/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 25290-3103-001-2005-00345-01. En: MANTILLA, Fabricio y PIZARRO, Carlos. 2013. Óp. cit., p. 42.

actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”⁴⁸.

Encontramos así nuevamente la noción de probabilidad de ocurrencia de un daño, así como también la noción de falta de control o imprevisibilidad de éstos, puestos en relación a otros factores como la capacidad de destrozo o magnitud del eventual daño. Lo anterior ha sido hasta cierto punto recurrente en los análisis que hemos identificado hasta este momento, pero el autor en comento introduce un elemento muy interesante e importante, el cual dice relación con la idea de una comparación de esta actividad considerada como peligrosa con un estándar abstracto de comportamiento, como sería la noción del *buen padre de familia* de nuestro ordenamiento, lo que de cierta forma podríamos relacionar con la noción de “control de los acontecimientos”.

Particularmente clara, para los efectos de este trabajo es la conclusión señalada por Maximiliano Aramburo el cual expresa que “La sociedad de riesgo implica reconocer que muchas de las actividades que hacen posible la vida en sociedad, sobre todo en las grandes metrópolis, son esencialmente riesgosas y no todas ellas podrían dar lugar a responsabilidades sin culpa, pues se paralizaría la economía o los costos de ello serían trasladados indefectiblemente a los consumidores. La adopción en esos casos de criterios imputación objetiva permitiría juzgar sin mayores dificultades la responsabilidad en los casos tradicionalmente complejos, como los de las conductas omisivas, los cursos causales concurrentes, los cursos causales no verificables y los

⁴⁸ Tamayo Jaramillo, Javier (2007). Tratado de responsabilidad civil. T. I, Bogotá: Legis. En: MANTILLA, Fabricio y PIZARRO, Carlos. 2013. Óp. cit., p. 44.

cursos causales hipotéticos”⁴⁹. Lo anterior, no hace sino reflejar la necesidad reconocida en otros sistemas normativos de identificar aquellos elementos que hacen que una determinada actividad sea considerada peligrosa.

En consecuencia, la noción de control de los acontecimientos es muy importante porque nos lleva a concluir que una actividad puede considerarse como peligrosa cuando aun extremando las medidas de seguridad, y empleando el máximo nivel de diligencia posible sigue existiendo una probabilidad considerable de generar un daño muy importante, razón por la cual es razonable darle un tratamiento jurídico particular en la actividad.

C. ESTADOS UNIDOS

Nos parece interesante referirnos al tratamiento que da un sistema de Common Law a las actividades peligrosas. Nos centramos en lo que han señalado los llamados *Restatements of the Law*, fuentes secundarias escritas por el *American Law Institute* que gozan de un amplísimo prestigio y fuerza en la aplicación del derecho en Estados Unidos.

En este sentido, en el relativo a la responsabilidad civil o *Tort Law* en el sistema de *common law*, el tratamiento de las actividades peligrosas⁵⁰ ha sido particularmente acucioso en la definición de lo que debe entenderse como una actividad peligrosa.

Así entonces, el primer *Restatement* que data del año 1938 señala que una actividad es “ultra peligrosa” si aquella “(a) necesariamente envuelve un riesgo de dañar seriamente a una persona, la tierra o los bienes de una persona, que no puede

⁴⁹ ARAMBURO, Maximiliano. 2008. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. Revista facultad de derecho y ciencias políticas, vol. 38, n°108, Medellín, Colombia, p. 49.

⁵⁰ Cuya denominación varía en los *Restatement*, ya sea como *ultrahazardous activity* o *abnormally dangerous activity*.

eliminarse mediante el ejercicio del máximo cuidado; y (b) no es una materia de uso común”⁵¹, definición que permite sujetar la actividad a la regla de responsabilidad estricta. Considera así los elementos de la magnitud o entidad del daño que es susceptible de causar, la idea de un riesgo que podríamos calificar como “incontrolable” aun con el mayor cuidado exigible, y también la idea de la “normalidad” de la actividad, que sin duda es un concepto que es muy flexible al paso del tiempo: si pensamos en las actividades normales en el año 1938 al presente distan muchísimo.

Posteriormente, el segundo *Restatement* del año 1977 realizó una definición que contemplaba aún más elementos, al señalar que para determinar si una actividad es “anormalmente peligrosa” se considerarán los factores de: “(a) Existencia de un alto grado de riesgo de causar algún daño en la persona, tierra o demás bienes de otro; (b) probabilidad de que el daño resultante sea significativo; (c) imposibilidad de eliminar el riesgo mediante el ejercicio de cuidado razonable; (d) medida en que la actividad no es materia de uso común; (e) inadecuación de la actividad al lugar donde se desarrolla; y (f) medida en que su valor para la comunidad es sobrepasado por sus atributos peligrosos”⁵². Esta definición es muy interesante porque incorpora a los elementos que se enunciaron en el primer *Restatement*, la impropiedad del lugar donde se realiza la actividad, algo que podríamos aplicar por ejemplo a muchos casos de incendio que

⁵¹ En su idioma original la sección 520 señala: *An activity is ultrahazardous if it: (a) necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of the utmost care, and (b) is not a matter of common usage.*

⁵² En su idioma original la sección 520 señala: *In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes.*

veremos más adelante, y la idea del beneficio social o comunitario que la actividad implica.

Finalmente en el año 2010, se vuelve a una definición aparentemente más estricta de los elementos que configuran una actividad anormalmente peligrosa, ya que se señala en primer lugar que: “Una persona que realiza una actividad anormalmente peligrosa está sujeta a responsabilidad estricta por el daño físico resultante de dicha actividad”, y luego que “Una actividad es anormalmente peligrosa si: (1) la actividad crea un previsible y significativamente alto riesgo de daño físico aun cuando todos los actores empleen un cuidado razonable; y (2) la actividad no es de uso común.”⁵³. La más reciente formulación de la regla entonces vuelve a la noción de probabilidad o alto riesgo de que se materialice el daño y la idea de que no sea de uso común.

Analizando lo planteado, la regla enunciada en el último *Restatement* no es idéntica a la enunciada en el primero: en primer lugar porque restringe su aplicación únicamente al daño físico, cuestión que es completamente nueva; adicionalmente incorpora como requisito el hecho de que el riesgo se mantenga en un nivel alto aun cuando se emplee un nivel razonable de diligencia, y no solo el “máximo” nivel de diligencia como en el primer documento, por lo que amplía su espectro de aplicación. Adicionalmente, es distinto del segundo *Restatement* porque el cuidado razonable no solo es un requisito necesario, ni es solo un elemento más a tener en cuenta, sino que en este caso lo que se evalúa es si el cuidado razonable puede controlar el riesgo y no si es capaz de eliminarlo como en el segundo documento.

Vemos entonces que la probabilidad de ocurrencia y la magnitud del daño que es susceptible de causar la actividad son los factores más considerados, pero se hacen

⁵³ En su idioma original la sección 20 señala: (a) *An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity;* (b) *An activity is abnormally dangerous if: (1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and (2) the activity is not one of common usage.*

además consideraciones a la noción de utilidad social y a la generalidad o extensión que tiene la práctica en la sociedad. Adicionalmente, a nuestro juicio, el elemento de la utilidad social está también implícito al momento de permitir o no que dicha actividad pueda ser ejecutada con más o menos limitaciones legales y no sólo en la determinación de su tratamiento jurídico.

Es interesante además hacer notar que se habla generalmente de un daño a las personas (generalmente físico) y a las cosas.

D. ITALIA

Siguiendo en lo relativo a los ordenamientos que regularmente se mencionan dentro del tratamiento de este tipo de actividades, nos parece interesante enunciar las reglas del sistema jurídico italiano, las cuales han desarrollado una verdadera teoría relativa a las actividades peligrosas.

El artículo 2050 del Código Civil italiano dispone que “cualquier persona que causa daño a otro al desarrollar una actividad peligrosa, ya sea por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, será obligada a la indemnización, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”⁵⁴. A este respecto el autor Rodrigo Barría, citando a autores italianos, ha señalado que “el peligro es tan inherente a la actividad, que no se puede actuar sin tomarlo en cuenta, de modo que el deber de evitar el daño se torna más riguroso en vista de esta previsión”⁵⁵.

Así entonces, respecto de su tratamiento jurídico, se ha discutido la naturaleza de la responsabilidad por este tipo de actividades, y se ha señalado que se trata de una

⁵⁴ En su idioma original, el artículo 2050 del Código Civil de Italia señala: *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose; Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.*

⁵⁵ BARRIA, Op. Cit., p. 280.

categoría particular de actividades sujetas a culpa levísima, de una norma de presunción de culpa por actividades peligrosas; y, de una norma que consagra la responsabilidad objetiva, ya sea en su consagración normal (o responsabilidad objetiva a secas), como una responsabilidad objetiva por exposición al peligro (ligada al tipo de actividad y no al deber de diligencia) o como una responsabilidad objetiva por riesgo objetivamente evitable⁵⁶.

Adicionalmente, la doctrina ha señalado respecto de la aplicación de dicho artículo que “es calificado por el elemento objetivo de la ‘peligrosidad de la actividad’, la cual debe surgir de su naturaleza o desde los medios empleados”⁵⁷. En un punto muy interesante respecto de la aplicación práctica de dicho precepto se ha señalado que “para hacer al tomador de riesgos responsable, es necesario probar la peligrosidad per se de las actividades, sin hacer referencia al comportamiento o conducta de la persona que la ejecuta. Sin embargo, es preciso notar que hay casos donde una actividad que no es considerada generalmente peligrosa se considera así por el peligro o las condiciones anormales en las que se produce”⁵⁸.

Lo anterior es muy interesante, porque permite identificar un caso específico en que las actividades peligrosas reciben un tratamiento jurídico diferenciado, y lo que es aún más importante, se señala expresamente la necesidad de probar que una actividad es considerada peligrosa, lo que resulta obvio para hacer efectivo dicho tratamiento jurídico diferenciado, algo que en el derecho nacional ha sido completamente dejado de lado centrándose en el efecto de aplicar una “presunción” más que en la causa de su aplicación.

⁵⁶ Ibid., p. 281.

⁵⁷ Loc. Cit., Traducción libre del texto.

⁵⁸ Ibid., Traducción libre del texto.

Adicionalmente, es importante destacar que el calificativo de “peligroso” es un concepto bastante abierto, que permite incorporar actividades que a lo largo del tiempo van incorporándose o saliendo de dicha categoría por el avance de la tecnología y el desarrollo o por decisiones políticas. En ese sentido resulta apropiada la solución que otorga la dogmática italiana, respecto de lo cual se ha señalado que “las mismas actividades pueden implicar riesgos relevantes dependiendo de las contingencias, por ejemplo el clima, el lugar, las circunstancias y las condiciones físicas de la persona involucrada”⁵⁹. Lo anterior da cuenta de lo mutable que puede llegar a ser el concepto de actividad peligrosa y cómo lo vacío de contenido que parece ser a priori, puede terminar siendo útil para su aplicación.

En lo sustancial, lo relevante para el presente trabajo dice relación con la categorización de lo que debe entenderse por una actividad peligrosa en este ordenamiento, y en ese sentido es que se ha mencionado que la jurisprudencia italiana señala que “actividad peligrosa es aquella que por su propia naturaleza o por las características de su modo operativo conlleva la posibilidad cierta de verificarse un daño, a causa de su marcada potencialidad dañosa”⁶⁰, por lo que se verifican elementos que ya hemos visto anteriormente como probabilidad, magnitud y potencialidad de daño. Se han enmarcado así dentro de esta categoría actividades como las operaciones portuarias, el ejercicio de la actividad ferroviaria del estado, la producción y distribución de energía eléctrica y de gas, la producción de productos farmacéuticos, el desarrollo, organización y práctica de actividades deportivas y recreativas de riesgo (caza, fútbol, competencias de esquí, carreras de autos, entre otras)⁶¹.

⁵⁹ Ibid., Traducción libre del texto.

⁶⁰ BARRIA, Op. Cit., p. 282.

⁶¹ Loc. Cit.

E. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” (en adelante PETL, por su sigla en inglés), son una iniciativa que surge desde un grupo denominado *European Group on Tort Law* que creó dicho documento con la finalidad de contribuir a la armonización el derecho europeo de responsabilidad civil⁶². Es decir, se trata de un documento que tiene consideraciones particulares, porque no son normas jurídicas positivas propiamente tales, sino que son guías que han sido propuestas para los legisladores de los diferentes países que componen la comunidad europea.

En su propuesta normativa para las actividades consideradas como anormalmente peligrosas (capítulo 5), somete a dichas actividades a una responsabilidad objetiva. Entendemos que se refiere así a aquella responsabilidad que prescinde del requisito de la culpa o más precisamente en que no resulta relevante el análisis de dicho concepto. El artículo 5:101 titulado “Actividades anormalmente peligrosas” señala, en un sentido muy similar al que lo realizan los *Restatements of the Law*, que “(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y resulta de ella”, a lo que adiciona que “(2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido a su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común” agregando que “(3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo” y finalmente que “(4) este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a la responsabilidad objetiva por cualquier otra

⁶² PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. [en línea] <http://www.egtl.org/>.

disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional”⁶³.

Vemos entonces que más allá de las consideraciones relativas al tratamiento jurídico que se le da a las actividades peligrosas, que en este caso es de responsabilidad objetiva, los factores que considera el grupo para calificar la actividad de peligrosa son muchos de los que ya hemos visto en otros ordenamientos e incluso en la doctrina nacional, como son la previsibilidad y probabilidad de que se cause un daño incluso empleando una adecuada diligencia, es decir, la idea de un riesgo incontrolable, la magnitud del mismo y la generalidad de la actividad en la sociedad, algo que encontramos también en el derecho estadounidense como ya vimos. Muy interesante también son las referencias explícitas la magnitud y probabilidad del daño, que son en definitiva los elementos que componen el concepto de riesgo.

⁶³ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. 2005. Principles of European Tort Law. [en línea] <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf> [consulta: 10 septiembre 2018].

CAPITULO III: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA NORMATIVA NACIONAL

A. GENERALIDADES

Como se planteó en el capítulo I, “riesgo” y “actividad peligrosa” son unos de los criterios empleados por el legislador para establecer un estatuto de responsabilidad estricta.

Bajo dicha premisa, se identificaron los siguientes cuerpos normativos civiles que establecen dicho estatuto de responsabilidad, con fundamento en dicho criterio:

1. Código Civil:

- (i) Artículo 2327: “Daño por tenencia de animales fieros que no reportan utilidad para la guarda o servicio del predio”;
- (ii) Artículo 2328: “Daños ocasionados por cosas que se arrojan o caen de la parte superior de un edificio”;

2. Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía: “Daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos”;

3. Ley de Tránsito, Ley N° 18.290: “Daños ocasionados por el conductor de un vehículo motorizado”;

4. Código Aeronáutico, Ley N° 18.916: “Responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en caso de accidente aéreo”;

5. Ley de Navegación, DL N° 2222 de 1978: “Responsabilidad por derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar”;

6. Ley sobre Seguridad Nuclear, Ley N° 18.302: “Daños provenientes del uso de instalaciones nucleares”;

7. DL N° 3557 de 1980 del Ministerio de Agricultura, que establece disposiciones sobre protección agrícola (DO 9.2.1981): “Daños ocasionados por aplicación de plaguicidas”;
8. DFL N° 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcción, relacionado con artículos 2323, 2324 y 932 Código Civil: “Daños en Construcciones”.

Por su parte, existen otras leyes especiales que emplean el concepto de riesgo por otras razones, ya sea estableciendo una presunción de culpa o para regular un tratamiento especial de protección:

1. Ley N° 19.300: “Daño ambiental”;
2. Ley N° 19.496, de Protección de los Derechos de los Consumidores: “Productos oficialmente declarados peligrosos”.

En los apartados posteriores, se realizará un análisis de dichos cuerpos normativos, con la finalidad de lograr el objetivo de la presente tesis: identificar, conceptualizar y sistematizar las características que tienen dichas actividades que las hacen ser consideradas como “peligrosas”, ya sea por la doctrina, como por el legislador.

B. METODOLOGÍA EMPLEADA

Las hipótesis presentes en el Código Civil se analizaron en base solamente a lo planteado por la doctrina, al no constar su historia legislativa.

Por su parte, el análisis de las leyes especiales se realizó en general en base al análisis de la doctrina, y en particular, principalmente en su historia legislativa, centrándonos en los artículos que conforman el estatuto de responsabilidad presente en cada una de ellas.

Para efectos de cumplir lo anterior, cada una de las leyes especiales fue analizada siguiendo un mismo patrón:

(i) Información sobre la ley. En este apartado se hace referencia a la forma de ingreso del proyecto de ley, su fecha, objetivos y fecha de publicación en el Diario Oficial.

(ii) Breve mención del estatuto de responsabilidad consagrado. En este apartado, se hace referencia en breve al estatuto de responsabilidad objetivo consagrado en cada una de las leyes analizadas.

(iii) Historia de la ley. En este apartado, se expresan las principales opiniones, informes, discusiones y análisis presentes en la historia legislativa, que permitan cumplir el objetivo de la presente tesis.

(iv) Análisis de la historia de la ley. En el presente apartado, se realiza un análisis de lo extraído en el punto anterior, intentando sistematizar la información.

C. TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN EL CÓDIGO CIVIL

1. “DAÑO POR TENENCIA DE ANIMALES FIEROS QUE NO REPORTAN UTILIDAD PARA LA GUARDA O SERVICIO DEL PREDIO”, ARTÍCULO 2327.

De conformidad con el artículo 2326 del Código Civil, el dueño de un animal es responsable de los daños que este cause, aún después de su soltura o extravío, salvo que dicha circunstancia, o el daño que haya causado el animal, no pueda imputarse a culpa suya o del dependiente encargado de su cuidado o servicio. Se trata de una culpa presunta, ya que permite al dueño probar dichas circunstancias.

Lo anterior aplica a todo aquel que se sirva de un animal ajeno, pero en este caso, puede repetirse contra el dueño en caso de que el daño haya sido causado por una calidad o vicio del animal que el dueño debió haber conocido o previsto (con mediano cuidado), y que no puso en su conocimiento.

Distinto es el caso de los animales fieros que no reporten utilidad para la “guarda o servicio del predio”, ya que en este caso la persona que tenga al animal, aunque no sea su dueño ni se sirva de él, debe responder de los daños causados, resultando esta hipótesis en una presunción de derecho.⁶⁴

La razón de esta hipótesis sería una contraposición entre riesgo – utilidad. No sería justo exponer a un tercero a un daño sin otro fundamento que un capricho estético⁶⁵, caracterizando la hipótesis no la ferocidad del animal, sino que la carencia de utilidad para tenerlo. Lo anterior se ve reflejado en que, en caso de que el animal reporte algún tipo de beneficio económico, no aplica la presunción, como es el caso de los zoológicos⁶⁶.

Lo anterior nos lleva a concluir que no es una hipótesis de responsabilidad estricta puramente fundada en el riesgo que podría causar el animal, sino que en la falta de justificación para tenerlo.

Sin embargo, se puede extraer una idea subyacente: el riesgo sería justificado (en el sentido de que no sería aplicable la presunción) si es que existe una fundamentación económica detrás de su creación.

Ahora, ¿a qué se refiere el Código con “animal fiero”? Según Corral, se estaría refiriendo a los animales bravíos o salvajes, según el concepto del artículo 608 del Código Civil, que son aquellos que viven libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces⁶⁷. Distinto es el pensamiento de Alesandri, quién diferencia los conceptos, planteando que animal bravío o salvaje es el definido por dicho artículo del Código Civil, pero que animal fiero es “el animal feroz o peligroso, como los leones,

⁶⁴ MEZA BARROS, Ramón. 2010. Manual de Derecho Civil. De la fuente de las obligaciones. Tomo II. 10ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. P.296. Misma opinión BARROS, Op. Cit., p.467.

⁶⁵ BARROS, Op. Cit., p.467.

⁶⁶ CORRAL, Op. Cit., p.257.

⁶⁷ Loc. Cit.

tigres, leopardos”⁶⁸. El ejemplo que plantea el autor es ejemplificador: “un animal salvaje puede no ser fiero: las liebres y conejos salvajes, los peces y aves inofensivas. A la inversa, un animal fiero puede no ser salvaje: un león domesticado, y aun puede ser doméstico: un perro bravo. Más aún, un animal fiero por naturaleza puede no serlo si está completamente domesticado y es, por lo mismo, inofensivo, como un león o un leopardo que, a fuerza de domesticársele, no constituye ningún peligro”⁶⁹.

Siguiendo esta última interpretación, y a partir de los ejemplos dados por el autor (ya que tampoco define que se entiende por peligroso), animal fiero serían aquellos animales salvajes no domesticados o que no han tenido contacto con el hombre, por lo que serían más susceptibles de causar daño, al dejarse llevar por los instintos. Pero no cualquier animal, sino que aquellos que tengan ciertas características, como por ejemplo fuerza, tamaño, aptitudes para causar daño (garras, mandíbula, etc).

Destacan, entonces, lo impredecible de los actos del animal, y la falta de control que podría llegar a tener la persona que lo tiene en su posesión, además de las características inherentes del animal. Lo anterior nos lleva a otra pregunta: ¿El legislador justificaría incluso esto, por el hecho de que la persona obtendría algún tipo de remuneración o pago? Al parecer sí. Sin embargo, podríamos llegar a entender que obtener utilidad económica supondría una inversión en medidas de seguridad, para efectos de no perder la fuente de ingresos.

2. “DAÑOS OCASIONADOS POR COSAS QUE SE ARROJAN O CAEN DE LA PARTE SUPERIOR DE UN EDIFICIO, ARTÍCULO 2328.

Este caso es particular, al ser un caso de responsabilidad estricta eventual, al distribuirse la indemnización entre todos los que pudieron ocasionar el daño (que son aquellos que habitan la misma parte del edificio), salvo que alguno de los propietarios

⁶⁸ ALESSANDRI, Op. Cit., p. 407.

⁶⁹ Ibid, p.408.

o la víctima probare que el daño fue ocasionado o causado por culpa o dolo de alguna persona en particular, en cuyo caso solo esta responde por el daño causado. Es decir, a falta de prueba de la culpa de alguien en particular, la responsabilidad tiene por único requisito la relación causal entre el riesgo de que alguna cosa caiga y el daño provocado⁷⁰.

La ley difunde la responsabilidad por lo difícil que resulta precisar quién es el culpable de la caída o de haber arrojado la cosa⁷¹. Podríamos argumentar, además, que el riesgo es intrínseco a los edificios, por la altura. Por cada centímetro de altura, se multiplica el daño que puede causar un objeto al caer, por efecto de la fuerza gravitacional. Por tanto, dos elementos se pueden extraer de esta hipótesis: la causa difusa y la magnitud eventual de los perjuicios. Y el legislador no puede dejar desprotegida a la víctima.

D. TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN LEYES ESPECIALES

1. EL CONCEPTO DE “ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS” EN LA LEY 21.020, SOBRE TENENCIA RESPONSABLE DE MASCOTAS Y ANIMALES DE COMPAÑÍA.

i. Información sobre la ley.

La Ley N°21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, fue ingresada como moción parlamentaria N° 6.499-11, con el nombre “proyecto de ley sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos”. Posteriormente durante su discusión, se reformuló el proyecto bajo el nombre “Ley sobre tenencia responsable de mascotas y animales de

⁷⁰ BARROS, Op. Cit., p. 468.

⁷¹ MEZA, Op. Cit., p. 294.

compañía” con objetivos más amplios, proyecto que finalmente, y luego de una larga discusión, sería publicado en el Diario Oficial con fecha 2 de agosto de 2017.

La ley tiene como finalidad, según lo establece su artículo 4, determinar las obligaciones y derechos de los responsables de animales de compañía; proteger la salud y bienestar animal mediante la tenencia responsable; proteger la salud pública, la seguridad de las personas, el medio ambiente y las áreas naturales protegidas, y finalmente, regular la responsabilidad por los daños a las personas y a la propiedad que sean consecuencia de la acción de mascotas o animales de compañía.

ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley.

Debido a la reciente publicación de la ley, no existe análisis doctrinarios acabados sobre la materia.

Sin embargo, siguiendo al profesor Corral, se puede distinguir el concepto de “responsabilidad” en dos sentidos: un sentido amplio, que alude a todos los deberes que asume una persona cuando decide aceptar o mantener una mascota o animal de compañía (como por ejemplo registrar al animal, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, por mencionar algunos); y en un sentido específico, que alude al concepto de responsabilidad civil extracontractual, como un deber de reparar el daño que el animal causa a una persona determinada⁷².

En un sentido restringido, se pueden diferenciar a partir de la ley, tres estatutos de responsabilidad respecto de los animales: (i) respecto de las especímenes caninos⁷³

⁷² CORRAL, Hernán. Ley Cholito y responsabilidad civil por daños causados por animales. El Mercurio Legal, 2.3.2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/08/21/Ley-Cholito-y-responsabilidad-civil-por-danos-causados-por-animales.aspx> [Fecha consulta: 04 de febrero de 2019]

⁷³ Para llegar a la conclusión de que solamente aplica a los “especímenes caninos” la calificación de “animal potencialmente peligroso” se debe ver sistemáticamente el articulado de la ley: el artículo 2 N° 6 lo define, como se verá, como “toda mascota o animal de compañía que haya sido calificado como tal”. Por su parte, el artículo 4 establece que el reglamento determinará las normas que permitirán calificar a

que sean calificadas como animales potencialmente peligrosos, por aplicación del art. 6 inciso penúltimo de la ley en relación con el artículo 2327 del Código Civil, se consideran “animales fieros”, aplicando por tanto un estatuto de responsabilidad estricta, pero solo en tanto no reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio⁷⁴; (ii) respecto de las mascotas o animales de compañía (concepto definido en el artículo 2 N^o 1 de la ley), por aplicación preferente del artículo 2 N^o 7 y 13 de la ley, por sobre el artículo 2326 del Código Civil, deberá probarse que el dueño o poseedor no adoptó las medidas necesarias para evitar el daño causado por el animal (por lo que rige el estatuto general y supletorio de la responsabilidad por culpa)⁷⁵; y (iii) si el daño es causado por un animal que no puede calificarse como mascota o animal de compañía, podría aplicarse el artículo 2326 del Código Civil y responder el dueño o poseedor por culpa presunta.

iii. Historia de la ley.

Distintos puntos son interesantes respecto de esta ley.

En un primer lugar, como se señaló previamente, ingresó como moción parlamentaria con el nombre “proyecto de ley sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos”, argumentando que no se

ciertos especímenes caninos de tal forma; mismo sentido tiene el artículo 6, que otorga criterios para que ciertos especímenes caninos sean considerados así. Todos los artículos de la ley lo entienden de dicha forma. Lo anterior, nos permite concluir que solamente los especímenes caninos pueden ser calificadas de potencialmente peligrosas, lo cual, lamentablemente, restringe demasiado el concepto.

⁷⁴ Esta interpretación puede ser discutida. No queda clara la remisión que hace la ley, en el sentido de: (i) el animal potencialmente peligroso es animal fiero *per se*, teniendo este segundo características propias que le otorgan dicha calidad, o (ii) es animal fiero porque no reporta utilidad. En el primer caso, solamente aplicaría el estatuto de responsabilidad estricta si el animal no reportara utilidad. En el segundo, aplicaría indistintamente por la mera calificación del animal como potencialmente peligroso.

⁷⁵ Esta es una de las críticas que plantea el profesor. Si bien, según su análisis, la ley tenía por finalidad hacer más estricta la responsabilidad del dueño o poseedor de un animal de compañía, por deficiencia legislativa, al establecerse artículos que no permiten una interpretación sistemática coherente, se volvió a la regla general de estatuto de responsabilidad por culpa, no teniendo una mejora ni modificación en este ítem.

contaba con una legislación sistemática sobre animales ni sobre los daños generados por mascotas o animales potencialmente peligrosos.

Se consigna en la historia de la ley que su objetivo fundamental era “hacerse cargo de la responsabilidad jurídica generada por actos de animales potencialmente peligrosos, más que de los aspectos de carácter institucional u orgánico, porque las disposiciones propuestas en otras iniciativas sobre el particular son aún insuficientes en el plano indicado. [...] A grandes rasgos, esos proyectos se pueden encuadrar en dos grandes categorías, que responden a ideas matrices diferentes: los que pretenden sancionar el maltrato animal y aquellos que regulan la condición de ‘animales potencialmente peligrosos’ y las responsabilidades civil y penal de quienes los tienen a su cuidado”⁷⁶.

Posteriormente, luego de una indicación sustitutiva del Ejecutivo y un nuevo Primer Informe de la Comisión de Salud, de fecha 1 de octubre de 2009, se reformula el proyecto con el nombre que tiene actualmente, siendo modificado a lo largo del trámite legislativo con la consulta de distintas organizaciones de defensa y protección de animales, lo que permitió que finalmente tuviera un enfoque mucho más integral y sistémico que regular solamente la responsabilidad por daños.

En segundo lugar, el estatuto de responsabilidad en virtud del cual se respondía por los animales regulados por la ley tampoco estuvo lejos de debate. En la moción parlamentaria original, se establecía como finalidad el establecimiento de la responsabilidad civil objetiva por la actividad dañosa de animales, lo cual se consignaba en su artículo 4 primitivo: “todo dueño, poseedor o tenedor de un animal potencialmente peligroso será responsable civilmente, de manera objetiva, de todos los

⁷⁶ Primer trámite constitucional, Discusión en Sala de fecha 2 de junio, 2009. Historia de la Ley N° 21.020, Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, p. 13. Disponible en [<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6387/>] [fecha consulta: 13 de julio de 2018]

daños que se causen por acción del animal (...)”⁷⁷. Sin embargo, se modificó posteriormente, haciéndose referencia explícita a los artículos 2326 y 2327 del Código Civil, modificación que finalmente no tuvo éxito, quedando el artículo de esta forma: “el dueño o poseedor responderá *siempre civilmente de los daños que causen por acción del animal*”, sin existir indicación alguna en la historia de la ley que explique qué se quiso decir al disponer “*siempre*”. Sin embargo, a partir del análisis sistemático y armonioso de la ley planteado en el apartado anterior, se puede dejar en claro que el estatuto de responsabilidad no es objetivo.

Entrando de lleno en la ley, dentro de los conceptos relevantes empleados está en su artículo 2 el N°6: *animal potencialmente peligroso*.

Define la ley “animal potencialmente peligroso” como “toda mascota o animal de compañía que ha sido calificado como tal por la autoridad sanitaria, de acuerdo a la información científica disponible, la opinión de expertos y los parámetros mencionados en el artículo 6º, de conformidad con el procedimiento que fije el reglamento”.

El artículo 6 define los parámetros de la siguiente forma: “El reglamento deberá, asimismo, calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos en base a las siguientes características: a) *Pertenencia a ciertas razas y sus cruces o híbridos*; b) *Características físicas tales como el tamaño o la potencia de la mandíbula, las cuales puedan causar lesiones a personas o daños de consideración a otros animales de su misma especie*. Quedarán exceptuados de la calificación de caninos potencialmente peligrosos, bajo las características establecidas en esta letra, los perros de asistencia para personas con discapacidad; c) *Existencia de conducta agresiva o de episodios anteriores de agresión*. El juez competente podrá calificar como potencialmente peligroso a aquel ejemplar de la

⁷⁷ Ibid., p. 3-4.

especie canina que haya causado, al menos, lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie [...]” (énfasis añadido).

Este es uno de los conceptos que se mantuvo durante toda la tramitación de la ley, sin perjuicio de que estos criterios no siempre fueron pacíficos. Con el ingreso de la moción, se establecía que todo dueño, poseedor o tenedor de un animal potencialmente peligroso, sería responsable civilmente de manera objetiva. Las principales críticas al artículo se fundaron en que no se definía el concepto. Se hacía alusión a perros vagos, determinadas razas, perros contagiados con enfermedades, etc.

El oficio con indicaciones del Gobierno consignaba como criterios determinantes “tipos de mascotas o ejemplares específicos, particularmente de la especie canina, sean éstos de una tipología racial o que por episodios anteriores de agresiones o por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula, tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas”.

Posteriormente con el nuevo primer informe de la Comisión de Salud, y luego de escuchar a distintas organizaciones, se llegó a la conclusión de que no existen perros peligrosos, *sino que el problema de la agresividad de los animales son el trato y la educación que le dan sus dueños.*

En ese sentido, dentro del debate se planteó por la presidenta del Kennel Club de Chile, Isabel Vásquez, que “es necesario que el Estado, al igual que las municipalidades, asuma un rol activo en la educación de los propietarios de mascotas, que es la génesis del problema: todos los estudios realizados en la materia dicen que no existen razas peligrosas, *sino individuos peligrosos, y que la raíz de los incidentes está en propietarios que no supieron controlar, educar o regular bien a su perro. Por lo mismo, el enfoque*

*de la ley no debe estar en los perros sino en los propietarios*⁷⁸. Por su parte, el representante del Colegio Veterinario de Chile A.G., doctor Luis Godoy Oyarzún, planteó que “en cuanto al supuesto instinto asesino de los perros, especialmente cuando se mencionan razas como el pitbull, mastines o dogo argentino, *es necesario aclarar que los únicos instintos que se puede reconocer en los animales, incluyendo al hombre, son los de supervivencia y de reproducción; el resto son conductas orientadas a satisfacer estos dos instintos*. El lobo, para sobrevivir, debe aprender a cazar.

*El carácter, temperamento y conducta de un perro están íntimamente relacionados con lo que el dueño le enseña, con la socialización que ha tenido, especialmente en las primeras etapas de su vida. La raza puede presentar predisposición a la agresividad, pero lo fundamental es la enseñanza y el aprendizaje que recibe del dueño y del medio ambiente.*⁷⁹

En alusión a legislación comparada, se planteó por la Coordinadora de la Comisión de Expertos de Kennel Club de Chile, etóloga y médico veterinario señora Carmen Luz Barrios, que “las instituciones relacionadas con el manejo animal coinciden en que la prevención va asociada a la tenencia responsable de mascotas y a la educación de los niños y de los padres; especial énfasis debe *ponerse en crear conciencia de que cualquier perro puede ser potencialmente peligroso, si no es correctamente manejado y supervisado por un adulto, en su interacción con el niño*”⁸⁰.

Es por lo anterior que la Comisión aprobó el artículo, acotando las características que permitirán calificar como peligrosa una mascota o animal de compañía, al *historial*

⁷⁸ Primer trámite constitucional. Senado. Fecha 1 de octubre, 2009. Nuevo primer Informe de Comisión de Salud en Sesión 63. Legislatura 357, discusión artículo por artículo. Historia de la Ley N° 21.020, Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, p. 39 (énfasis añadido).

⁷⁹ Ibid., p.45 (énfasis añadido).

⁸⁰ Ibid., p.44 (énfasis añadido).

*de agresiones que pueda haber y al carácter que exhiba el animal, excluyendo, en consecuencia, toda alusión a razas o tipos de razas, tamaño y potencia mandibular.*⁸¹

Con posterioridad a estos consensos, y luego de una amplia discusión, se presentó una indicación por el Sr. Presidente de la República que sustituyó en su totalidad el proyecto de ley, disponiendo en el artículo en comento como criterios “a) pertenezcan a ciertas razas y sus cruces o híbridos; o, b) por sus características físicas, tales como su tamaño o potencia de mandíbula, puedan causar lesiones leves a personas o daños de consideración a otros animales de su misma especie. Asimismo, el juez competente podrá calificar como potencialmente peligroso a aquel ejemplar de la especie canina que cause lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie”, resultando inocua la discusión respecto al impacto de las personas sobre los animales y sin volverse a retomar en profundidad en el trámite legislativo, como se aprecia al comparar dicho artículo con su símil en el texto definitivo de la ley.

De hecho, en el segundo trámite constitucional nuevamente fueron expuestos los mismos argumentos y el error en tipificar ciertas razas como “potencialmente peligrosas”, pero no fueron tomados en consideración.

iv. Análisis de historia de la ley.

Para efectos de esta tesis, del análisis de esta ley resultan relevantes finalmente los criterios empleados por el artículo 6. Sin embargo, previo a eso, se debe hacer una prevención: el artículo 2 N° 6 habla de “*animal* potencialmente peligroso: toda mascota o animal de compañía que ha sido calificado como tal por la autoridad sanitaria, de acuerdo a la información científica disponible, la opinión de expertos y *los parámetros mencionados en el artículo 6º*, de conformidad con el procedimiento que fije el reglamento” (énfasis añadido). Sin embargo, los parámetros empleados en el artículo

⁸¹ Ibid., p.55 (énfasis añadido).

6 establecen que “El reglamento deberá, asimismo, calificar a *ciertos especímenes caninos* como potencialmente peligrosos en base a las siguientes características” (énfasis añadido), por lo que los criterios *no aplican para todos los animales, sino que solamente los perros*. De hecho, existe una discrepancia conceptual en este artículo tan relevante de la ley, ya que dispone que “el responsable de un animal calificado como potencialmente peligroso conforme a lo dispuesto en este artículo (...)” mientras que solamente emplea criterios para especies caninas, y, de hecho, en su inciso final hace referencia al concepto de *especímenes caninos potencialmente peligrosos*. No existe constancia en la ley del porqué de esta confusión. El Reglamento de la ley, publicado el 17 de agosto de 2018, se refiere específicamente a este tema en su Título III: “*De los especímenes caninos calificados como potencialmente peligrosos*”, estableciendo una regulación especial solamente respecto a los perros. A su vez, el concepto del artículo 2 N° 6 habla solamente de calificación por “autoridad sanitaria competente”, olvidando que también el juez puede calificarlo.

Por tanto, para analizar el concepto de animal potencialmente peligroso, debemos remitirnos a los parámetros del artículo 6, la determinación de la autoridad sanitaria, el juez, y el reglamento.

En lo siguiente nos basamos en dos presupuestos: el primero consiste en que el tratamiento finalmente que le da la ley al concepto de riesgo es referente a una “cosa”, no a una “actividad”. El espécimen canino que cumpla con determinadas características es *intrínsecamente “potencialmente peligroso”*, y de la conducta humana solamente depende, según la regulación de la ley, tomar las medidas conducentes para que no cause daño. Sin embargo, y dado que el análisis de esta tesis se trata de “actividades peligrosas” y no “cosas peligrosas”, extenderemos el concepto para entender que “la actividad humana” con el “elemento peligroso” es lo que produce finalmente peligro (interpretación que se permite, en atención al artículo 6 inciso 8º, al establecerse que “el reglamento fijará condiciones de tenencia especiales respecto de

estos (...) con el fin de determinar si la tenencia pudiera representar un riesgo para la seguridad de las personas o el bienestar de los animales”).

En segundo lugar, extenderemos los criterios empleados, dentro de lo posible, para considerar una especie canina como “animal potencialmente peligroso” a “todos los animales que regula la ley”, para efectos de extraer criterios más generalizados.

Respecto al artículo 6, dentro de la historia de la ley no existen razones, ni se dio discusión, sobre el porqué de los elementos determinados. Y encontrándole algún tipo de justificación, sería debido a que dichas condiciones hacen que determinados especímenes caninos sean más “susceptibles” de producir “daño”.

Analizando los criterios empleados, su letra a) hace referencia a determinadas razas y sus cruces o híbridos, cuestión que tipifica el reglamento de la ley, artículo 13 (Bullmastiff, Doberman, Dogo Argentino, Fila Brasileiro, Pitbull, Presa Canario, Presa Mallorquín, Rottweiler, y Tosa Inu, y cualquier ejemplar canino que provenga de la cruce en primera generación de uno de ellos y cualquier otra raza), lo que implica que se podría justificar en que dichas razas cumplen *intrínsecamente* con las características determinadas posteriormente.

En segundo lugar, la letra b), “características físicas tales como el tamaño o la potencia de la mandíbula, las cuales puedan causar lesiones a personas o daños de consideración a otros animales de su misma especie”, se basa en que es un elemento que conlleva a que el daño causado por el animal sea más intenso, ya que causa con mayor facilidad daño un animal de mayor tamaño y fuerza en la mandíbula que uno sin dichas características.

En tercer lugar, existencia de conducta agresiva o de episodios anteriores de agresión. El historial del animal es determinante en este punto. Podría extraerse una

fundamentación de probabilidad: si un animal reiteradas veces ha causado daño, es razonable esperar que lo pueda volver a hacer.

Respecto a las facultades del juez, el artículo 6 de la ley lo faculta a calificar como potencialmente peligroso a aquel “ejemplar de la especie canina que haya causado, al menos, lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie”. El artículo 15 del Reglamento se refiere a esta facultad, pero no hace más que reiterar en términos exactos el inciso.

Respecto a la calificación de la Autoridad Sanitaria, el reglamento en su artículo 14 hace referencia más detallada a criterios para calificar a una especie canina como potencialmente peligrosa:

En su letra a), establece como criterio el que “Tenga gran desarrollo de la masa muscular corporal y de los músculos masticatorios, además de gran volumen de cabeza, cuello y tórax”. Todos estos criterios reiteran el criterio anterior: aumentar la intensidad del daño.

En su letra b), que “hubiera causado lesiones menos graves, graves, castraciones, mutilaciones o la muerte a una persona”. Sobre este punto, desarrolla el artículo como circunstancia para no calificarlo como potencialmente peligroso, la concurrencia de un estímulo negativo previo, tal como “intervención en instancias de alimentación; manejos clínicos sin los resguardos necesarios; captura; manipulación inadecuada o invasiva durante crianza y amamantamiento; estrés generado por pirotecnia, ambiente de confusión y/o emergencias, desastres o similares; ingreso de persona a domicilio, residencia o morada sin autorización, sin justificación o con el propósito de cometer un ilícito, entre otros”.

En su letra c), que “evidencie dos o más registros de mordeduras a personas en el Sistema de Registro de Animales Mordedores del Ministerio de Salud, aprobado por el decreto N° 1, de 2014”.

Es interesante la diferencia de criterios que existe entre el ejercicio de la facultad del juez y la autoridad sanitaria para calificar una especie canina como “potencialmente peligrosa”. Al juez se le permite hacer la calificación incluso si causó lesiones leves, o solamente en caso de que haya ocurrido un ataque. En cambio, para la Autoridad Sanitaria, se exige 2 o más ataques, y lesiones de una gravedad mayor. Es decir, el juez para calificar al animal, debe analizar la situación con un umbral mucho menor de probabilidad y magnitud que la Autoridad Sanitaria.

Una justificación plausible sería la aplicación de cada precepto: el juez determina según las circunstancias concretas del caso que está conociendo, con efecto relativo (más allá de que pueda servir como base jurisprudencial para fundamentar argumentaciones); mientras tanto, la Autoridad Sanitaria dictaría regulación con aplicación general, calificando de forma abstracta ciertas razas de perros como potencialmente peligrosos.

Por último, un elemento a destacar es que quedan excluidos de ser calificados como animales potencialmente peligrosos los perros de asistencia, a pesar de cumplir con las características de tamaño o potencia de mandíbula (artículo 6 letra b). Un criterio que destaca a este respecto es la utilidad social que tendrían los animales; se tolera el “riesgo” que pueden crear estos animales a pesar de cumplir las características enumeradas por la ley, por la ayuda que generan.

En síntesis, no existió mayor discusión respecto al concepto de “animal potencialmente peligroso”, ni quedó consignado en la historia legislativa las razones por las cuales se emplearon los criterios mencionados. Lo que sí se puede concluir es

que existen deficiencias legislativas que impiden una correcta aplicación de la ley, que se puede suplir con interpretaciones como las realizadas en este apartado, que permite obtener directrices generales para aplicar de mejor forma la ley.

Se puede concluir que se parte de la premisa de que un espécimen canino puede causar daño, y se tipifican como animal potencialmente peligroso con criterios que pueden aumentar la probabilidad (historial, tipo de animal) e intensidad (tamaño, potencia de la mandíbula), dejando de lado aquellos que generan una utilidad social (perros de asistencia).

2. DAÑOS OCASIONADOS POR EL CONDUCTOR DE UN VEHÍCULO MOTORIZADO, DE LEY N° 18.290, LA LEY DE TRÁNSITO.

i. Información sobre la ley.

La Ley N° 18.290, Ley de Tránsito, ingresó como mensaje el 7 de julio de 1980, bajo el número 2804-07, con el nombre “Proyecto de Decreto de Ley que modifica la Ordenanza General del Tránsito y la ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local”. Su iniciativa había surgido “como consecuencia del permanente aumento de los accidentes de tránsito, situación que requiere de una pronta solución por cuanto pone en peligro tanto las vidas como los bienes de las personas, sean estos conductores o peatones”⁸². Su finalidad, como su nombre lo plantea, era modificar la legislación vigente a la época. Sin embargo, la Segunda Comisión Legislativa de la época, luego de estudiar los antecedentes, propuso a la H. Junta de Gobierno encargar a la Cuarta Comisión Legislativa la elaboración de un nuevo proyecto que regulará todas las materias relativas al tránsito vehicular⁸³. Finalmente, el proyecto volvió a la Segunda Comisión Legislativa, la cual en Comisión Conjunta con participación del Ministerio de Justicia, Transporte y la dirección de

⁸² Mensaje del presidente de la República, boletín 2804-07. Historia de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 105.

⁸³ Ibid., p. 279.

tránsito de Carabineros, elaboró un nuevo proyecto reformulado, bajo el mismo número de boletín, presentado con fecha 24 de junio de 1982⁸⁴.

Este proyecto reformulado desarrolló la responsabilidad civil en su título XV llamado “La responsabilidad por los accidentes”, entre los artículos 171 al 176. Luego de una larga discusión, la ley fue publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de febrero de 1984.

ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

En el derecho chileno, la responsabilidad por accidentes provocados por vehículos motorizados está sujeta al estatuto general de responsabilidad por culpa (Ley de Tránsito, Art. 170). El sistema se asienta en un conjunto de reglas establecidas por la propia Ley citada, cuya infracción da lugar a presunciones de culpa (art. 172), que corresponden a hipótesis de culpa infraccional, y que, en general, sólo admiten como excusa la fuerza mayor. Lo anterior es sin perjuicio del cuidado exigido al conductor en razón del deber general de diligencia.⁸⁵

La ley contempla dos instrumentos adicionales para proteger a la víctima de un accidente: un régimen de responsabilidad estricta del propietario y del tenedor del vehículo por los daños ocasionados por la negligencia del conductor (art. 174) y un sistema de seguro obligatorio.⁸⁶

Respecto al primero, la regla contiene una hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno, en cuya virtud el propietario y el tenedor del vehículo responden solidariamente con el conductor, y sólo pueden eximirse probando que el vehículo fue usado sin su conocimiento o su autorización.

⁸⁴ Ibid., p. 348.

⁸⁵ BARROS, Op. Cit., p. 468.

⁸⁶ Ibid., p. 469.

iii.Historia de la ley:

Si bien se ha planteado por algunos autores, para justificar el establecimiento del estatuto de responsabilidad estricta particular en la ley, que el tener un vehículo constituye un riesgo (lo que se comprobaría con solo tener presente las estadísticas anuales de muerte por accidentes de tránsito), y el propietario de un vehículo debe garantizar al resto de las personas que tendrá especial cuidado con su utilización, tanto propia como por parte de otros⁸⁷, lo cierto es que en la historia de la ley no se vislumbra claramente la utilización del criterio de riesgo para su establecimiento.

En el informe de la comisión conjunta encargada del estudio del proyecto de ley plantean que “el principio general sobre la materia es que toda persona que conduzca un vehículo haciendo peligrar la seguridad de los demás, sin consideración de los derechos de éstas o infringiendo las reglas sobre circulación y seguridad en el tránsito, debe responder de los perjuicios que de ello se generen⁸⁸. Sin embargo, se establecía que la causa determinante del daño producido debía ser necesariamente la infracción de las normas reguladoras del tránsito. Se establecía, a su vez, una serie de presunciones de culpa, que según se consigna en dicho informe, “se ha presumido la responsabilidad del conductor cuando la infracción a la ley importa un compromiso grave de la seguridad del tránsito público (...) la lectura de cada una de las presunciones del art. 173 permiten comprender lo aseverado anteriormente”⁸⁹. Por último, el art. 175 establecía que “sin perjuicio de la responsabilidad de otras personas en conformidad al derecho común, serán responsables solidarios del pago de los daños

⁸⁷ DÍAZ, Regina, 2007. Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 14 (1): p. 105.

⁸⁸ Informe de la comisión conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica la Ordenanza General de Tránsito y la Ley N^o 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local. Historia de la Ley N^o 18.290, Ley del Tránsito. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 397.

⁸⁹ Ibid., p. 399.

y perjuicios causados, el conductor y el propietario del vehículo, a menos que éste último pruebe que el vehículo le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita”. Como se ve, esta norma no sufrió muchas modificaciones.

El catálogo de presunciones del artículo 173 de la ley tampoco sufrió muchas modificaciones desde el planteamiento en este informe; los artículos 194, 195, 196 y 197 del proyecto tipificaban las infracciones, clasificándolas en gravísimas, graves y leves, cuestión que tampoco sufrió modificaciones sustanciales a lo largo de la discusión de la ley.

Respecto a las infracciones gravísimas, se consigna en el informe que “se han llamado así a aquellas contravenciones a la ley que representan la mayor gravedad para la seguridad del tránsito. Se han considerado que en los casos del artículo 194 existe un peligro inminente de accidente y por tanto está latente el atentado contra la vida y la seguridad de las personas”⁹⁰.

Sobre este punto, posteriormente fue agregada como infracción gravísima la “conducción a exceso de velocidad”. Esta modificación había sido ingresada a través de mensaje bajo el boletín 338-07, durante la tramitación del proyecto de ley en comento, por lo que fue incorporada posteriormente (ya que solo se consignaba como falta gravísima “el conducir un vehículo a mayor velocidad que la permitida”).

Cabe destacar que en su mensaje se consigna que “producido un siniestro de tránsito, sus resultados se multiplican en forma más que directamente proporcional según sea la velocidad del o los vehículos, con los daños, tanto a las personas, como a los bienes, que es definitiva lo que se pretende proteger”⁹¹. En el informe técnico acompañado al mensaje, se consigna que “esta forma de conducir obliga al conductor a

⁹⁰ Ibid., p. 402.

⁹¹ Mensaje de ingreso de Proyecto de Ley, Boletín N° 338-07. Historia de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 831.

prestar la mayor de su atención al camino o calle, con descuido de las situaciones laterales y de la señalización. A su vez, obliga, en ocasiones, a proseguir la marcha pese a haberse constatado en último momento un riesgo eventual o alguna señal, por los nuevos riesgos que podrían emerger de la detención brusca o simplemente de la inercia (...) parece evidente que el desacato a la generalidad de las disposiciones en la materia, ve aumentada su gravedad en relación a lo que se trata de precaver con la disposición, si ello se hace a velocidad excesiva”⁹².

Las normas mencionadas no sufrieron modificaciones relevantes, ni fueron mayormente discutidas. Finalmente, el texto fue publicado con las normas de responsabilidad por los accidentes en el título XV (art. 170 a 177, con las presunciones en el art. 172, y la responsabilidad estricta en el art. 174) y la categorización de las infracciones en el título XVII (art. 197 a 201).

Respecto del estatuto de responsabilidad civil del propietario o tenedor del vehículo motorizado, no existió mayor discusión.

iv. Análisis de historia de la ley

El profesor Barros plantea que el uso de vehículos motorizados se ha masificado y ha dado lugar a un ámbito de actividad especialmente peligroso, tanto por la probabilidad de sufrir accidentes, como por la intensidad de los daños que éstos amenazan producir; y que, en razón de ambos factores, la circulación de vehículos motorizados y el tránsito en vías públicas (como peatones, pasajeros y conductores) es la actividad más riesgosa que emprendemos cotidianamente.⁹³

⁹² Ibid., p. 833.

⁹³ BARROS, Op. Cit., p.716. Misma idea plantea DÍAZ, que “el tener un vehículo constituye un riesgo, lo que se comprueba con solo tener presente las estadísticas anuales de muerte en accidentes de tránsito”. En DÍAZ, Op. Cit., p.105.

Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del propietario o tenedor y su fundamentación, plantea el autor que consiste en un régimen especial de responsabilidad vicaria, que tiene por fundamento, por un lado, la culpa, y por otro, el riesgo creado por el propietario o tenedor. Se trataría de una garantía legal a favor de la víctima, surgida a condición de que el conductor del vehículo haya incurrido en un ilícito civil⁹⁴. Distinta es la opinión del profesor Corral, ya que plantea que no es propiamente una responsabilidad estricta *in re ipsa*, sino que una responsabilidad por riesgo creado, que supone la explotación del vehículo y la atribución de la responsabilidad a quién obtiene provecho de ello⁹⁵. Esta última opinión es compartida por el profesor Zelaya, quién, analizando la hipótesis de responsabilidad civil del empresario en el uso de vehículos motorizados a partir de la jurisprudencia, actual Ley de Tránsito y derecho comparado, plantea que es una responsabilidad que se funda y explica en la doctrina del riesgo de la empresa, es decir, en el control y dirección empresarial del riesgo de una cosa y/o actividad peligrosa⁹⁶.

Por nuestra parte, podemos decir que de la sola discusión de la ley y su tramitación no se puede concluir que el estatuto de responsabilidad civil estricta del propietario sea fundado en riesgo. En efecto, pareciera ser una justificación más de protección a la víctima que por lo “riesgoso *per se*” de la actividad, ya que en caso de que su fundamentación fuera el riesgo mismo, el estatuto establecería la responsabilidad estricta del conductor, no del propietario o tenedor.

⁹⁴ BARROS, Op. Cit., p. 732-733. Llega a dicha conclusión, debido a que si bien la responsabilidad del propietario sería estricta porque no requiere un juicio de culpabilidad ni se le admite la excusa de la propia diligencia, a la vez, no lo sería, porque depende precisamente de la negligencia del actuar del conductor.

⁹⁵ CORRAL, Op. Cit., p. 260.

⁹⁶ ZELAYA, Pedro. 1999. Responsabilidad civil del empresario en el uso de los vehículos a motor (un estudio de la jurisprudencia chilena). Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, p. 61.

La regulación que se fundamentaría en sí misma en lo riesgoso de la actividad pareciera ser el establecimiento de las presunciones (actualmente establecidas en el art. 172 de la ley) y las infracciones gravísimas, graves y leves (artículos 197, 198 y 199, respectivamente).

Todas las situaciones descritas en dichas normas, suponen que *la actividad es riesgosa, y que la realización de cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos mencionados aumenta la probabilidad de que se produzca un daño.*

Respecto a las presunciones, todas son conductas que, realizadas por el conductor durante el manejo, aumentan la probabilidad del riesgo. Supone la norma que el conductor tiene *el control completo del vehículo.*

Respecto a las infracciones, las gravísimas son dos (art. 197 de la ley): no detenerse ante una luz roja o un pare, y conducir sin haber obtenido la licencia de conducir. Ambas suponen conductas sumamente imprudentes. Al pasarse una luz roja es más probable el choque, puesto que el auto que va en sentido contrario o perpendicular avanzará (al haberle dado luz verde). Misma interpretación se puede obtener de la segunda hipótesis mencionada: una persona que no haya obtenido su licencia de conducir no ha pasado el examen correspondiente mediante el cual la autoridad se cerciora de que tiene los conocimientos y destrezas mínimas para poder manejar.

El resto de las hipótesis de infracciones graves y leves permiten llegar a la misma conclusión.

A nuestro parecer, la ley no parte de la premisa de que tener un auto es peligroso, sino que el conducir un auto es peligroso, y que el conductor debe estar capacitado tanto en conocimiento como en destrezas para manejarlo, tipificándose como presunción conductas que razonablemente permiten inferir que aumenta la

probabilidad del daño o la potencial gravedad del mismo (como es el caso de manejo en exceso de velocidad), si es que se realizan.

De todas formas, el establecimiento del estatuto de responsabilidad del propietario y tenedor del vehículo generaría incentivos adecuados, ya que en la medida que el nivel de circulación de un vehículo es una variable manejada por ellos, se evitaría que el vehículo sea utilizado para actividades que presentan alto riesgo y escasa utilidad⁹⁷.

Como conclusión, los criterios que se pueden extraer de la ley son que la utilización de un auto produce el aumento de las probabilidades de que se pueda producir un daño, además de que el conductor tiene el control total de su utilización.

3. DAÑOS OCASIONADOS EN CASO DE ACCIDENTE AÉREO, CÓDIGO AERONÁUTICO, LEY N° 18.916.

i. Información sobre la ley.

Ingresó como mensaje con fecha 9 de octubre de 1985, bajo el boletín N° 677-07, con el nombre “Proyecto de Ley que aprueba el Código Aeronáutico de la República de Chile”. Según se consigna en el mensaje, su finalidad era “tanto modernizar la legislación básica de la actividad aeronáutica en el país como sistematizar orgánicamente los preceptos que regulan sus diversos aspectos, todo ello con el objeto de promover un más expedito y armónico desarrollo de la aviación nacional”⁹⁸. Respecto a la responsabilidad civil, consigna que “merece destacarse, por su importancia y porque en cierta medida, constituye un tratamiento jurídico especial, el

⁹⁷ BARROS, Op. Cit., p.733.

⁹⁸ Mensaje, de fecha 9 de octubre de 1985, que ingresa el proyecto de ley. Historia de la ley N° 18.916, Código Aeronáutico. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 95.

régimen de responsabilidad civil, de características objetivas, fundado en la *distribución justa y equitativa de los riesgos propios de la actividad aeronáutica*⁹⁹.

Fue publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de febrero de 1990. Es decir, fueron 5 años de larga discusión. Sin embargo, respecto a las reglas de la responsabilidad civil, no hubo mayor discusión, como veremos más adelante.

ii. Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

Esta ley permite diferenciar 5 hipótesis distintas de responsabilidad estricta, a saber: 1) responsabilidad en el transporte aéreo (Capítulo I), que se puede dividir en daños corporales de lesiones o muerte producidos a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la nave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 143), y destrucción, pérdida, avería del equipaje o mercadería (art. 148). Siguiendo al profesor Enrique Barros, este ámbito de responsabilidad sin culpa es de carácter contractual, siendo específicamente una obligación de garantía, que opera por la sola presencia de daño¹⁰⁰. Sin perjuicio de lo anterior, el autor citado solamente menciona en este apartado el daño sufrido por los pasajeros; 2) Responsabilidad por daños a terceros en la superficie, a consecuencia de la acción de una aeronave en vuelo, o por aquello que de ella se caiga o se desprenda (Capítulo II, específicamente el art. 155 de la ley). Respecto a este segundo ámbito de responsabilidad, el profesor Barros plantea que pertenece a la responsabilidad extracontractual, y que se basa en la mera causalidad, solo admitiendo como excusa los eventos de fuerza mayor definidos en la misma ley (art. 156)¹⁰¹; 3) Responsabilidad por abordaje aéreo (Capítulo IV, específicamente el art. 161), definiéndose el abordaje aéreo como la colisión entre dos o más aeronaves en vuelo (art. 161 inciso I), y cubriendo la hipótesis también el caso en

⁹⁹ Loc. Cit. (énfasis añadido).

¹⁰⁰ BARROS, Op. Cit., p. 469.

¹⁰¹ Ibid. p. 470.

que se causaren daños a aeronaves en movimiento, o a la personas o bienes a bordo de ella, por otra aeronave en movimiento, aunque no haya verdadera colisión (art. 161 inciso II); 4) Responsabilidad por los daños causados a terceros en la superficie en caso de abordaje aéreo (Capítulo IV, art. 166) y 5) Responsabilidad en el sobrevuelo en terrenos (art. 81)¹⁰².

Cabe destacar que esta ley consagra una hipótesis de responsabilidad por culpa, a través de una presunción, específicamente por el retardo en la ejecución del transporte de pasajeros (art. 147), ya que permite eximirse de responsabilidad al transportador si probaré que “adoptó las medidas necesarias para evitar el hecho causante del retardo, o que le fue imposible adoptarlas” (art. 147 II). En este caso en particular, la ley vuelve a la regla general establecida en materia contractual en el Código Civil.

iii.Historia de la ley:

En concordancia con el Mensaje de la Ley, el Informe Técnico acompañado a ella plantea como objetivo, en lo relativo a la responsabilidad civil, “formular un régimen de responsabilidad *fundado en la necesidad de una justa y equitativa distribución de los riesgos implícitos en la actividad aérea* por reclamarlo así el interés social de los usuarios de los servicios de navegación aérea *y de los operadores que asumen y soportan los riesgos inherentes a la misma*. Así (...) se han dictado normas que configuran la responsabilidad del operador sin que sea necesario, para reclamar perjuicios, acreditarle dolo o culpa, que es lo que en doctrina se ha denominado responsabilidad objetiva”¹⁰³. En dicho informe, destaca, en lo referente a los límites establecidos para la indemnización, que

¹⁰² El profesor Enrique Barros en su Tratado citado no menciona las hipótesis 3), 4) ni 5). Se podría deber a que las engloba dentro de los daños sufridos por un tercero en la superficie, como hipótesis de responsabilidad extracontractual.

¹⁰³ Informe Técnico acompañado al Mensaje de ingreso del proyecto de Ley. Historia de la Ley N° 18.916, Código Aeronáutico. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 98 (énfasis añadido).

“(…) se tuvieron en cuenta los límites establecidos por la Convención de Varsovia de 1929 y sus protocolos modificatorios (…) y al establecer estos límites se trata de conciliar (…) Por una parte, el interés natural y obvio de la persona afectada, por el daño a sus deudos, y por otra parte, el interés, de connotación social, en que una empresa de aeronavegación se vaya a la quiebra (…)”¹⁰⁴. En el proyecto de ley ingresado originalmente se consignaban las 5 hipótesis mencionadas en el apartado anterior, manteniéndose en su idea general casi intacta, sin perjuicio de que hubieron numerosas indicaciones, tanto formales como de fondo, respecto al proyecto, lo que se manifiesta en que la Primera Comisión Legislativa, con fecha 9 de abril de 1986, propusiera revisar el proyecto en Comisión Conjunta, mediante oficio a la Junta de Gobierno (solicitud que fue acogida), y que se explica por lo ambicioso del proyecto: buscaba sistematizar y actualizar la legislación vigente a la época, estableciendo una completa regulación a la aviación.

En el Informe de la Comisión Conjunta, de fecha 8 de abril de 1988, se refieren explícitamente al estatuto de responsabilidad a consagrar. Hacen referencia a que el estudio de las normas sobre este tema “fue objeto de un muy extenso y profundo análisis, derivado de los distintos elementos esenciales a considerar”¹⁰⁵. Sin embargo, dicha “ardua discusión” no está plasmada, lamentablemente, en el informe, ni en la historia de la ley.

Lo que sí se puede extraer es que “no se alteró el principio general contenido en el proyecto (…) relacionado al establecimiento de una responsabilidad de carácter objetivo, pero se introdujeron sustanciales modificaciones derivadas del complejo campo de responsabilidad civil (…) el sistema de responsabilidad adoptado en los

¹⁰⁴ Ibid., p. 102.

¹⁰⁵ Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de Ley que aprueba el Código Aeronáutico para la República de Chile. Historia de la Ley N° 18.916, Código Aeronáutico. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 485.

convenios internacionales suscritos por Chile, en especial el Convenio de Varsovia, modificado por el protocolo de la Haya (...) no establece una clara distinción de lo que constituye una responsabilidad de carácter contractual – esto es, derivada del contrato de transporte,- con lo que en nuestro Derecho Civil se denomina Responsabilidad Extracontractual (...) además, establece una responsabilidad subjetiva, con una presunción de culpabilidad en el transporte aéreo (...) la comisión hubo de considerar especialmente el costo de las operaciones aéreas y el enorme valor en daños que produce un accidente de aviación, sea respecto de la pérdida de vidas, lesiones o daños materiales (...) se establece por tanto como principio general, el de la responsabilidad objetiva, con límite en el monto de la indemnización”¹⁰⁶.

No se dieron mayores modificaciones luego del análisis planteado por la Comisión Conjunta. El resto de la discusión respecto a las normas de responsabilidad civil giró en torno a problemas de redacción o perfeccionamiento de los límites establecidos en la ley, no relevantes para el análisis de esta tesis, sin perjuicio de que el resto del proyecto fue discutido, modificado, ampliado y perfeccionado ampliamente.

iv. Análisis de historia de la ley.

A diferencia de las leyes analizadas anteriormente, queda plasmado en la historia de la Ley N° 18.916 que el riesgo es un concepto inherente a la actividad aeronáutica y fundamenta el establecimiento de un estatuto de responsabilidad civil objetiva. Sin embargo, no se pueden extraer elementos que permitan responder a la pregunta de

¹⁰⁶ Ibid., p.486-487. Una modificación importante (en términos del informe), es que en la ley se dejó en claro, con las modificaciones propuestas, que no existe una responsabilidad de carácter colectivo o general derivada de un determinado tipo de actividades, sino que todo sistema de indemnización parte de la exigencia de hacer responsable al autor del mismo y a quienes éticamente puedan vincularse a él en razón del riesgo creado u otra causa. Es decir, la responsabilidad civil que emanaba del Código no emana directamente de la actividad aérea en general, sino que de un actuar en particular, en el caso concreto.

esta tesis, es decir, ¿cuáles son los elementos que hacen que la actividad aeronáutica sea riesgosa?

Se menciona reiteradamente el concepto, pero sin mayor análisis. Se puede inferir que, para efectos de la formulación de esta ley, la actividad es “riesgosa” porque “potencialmente puede causar daño, a la vida y propiedad de las personas”. Un elemento destacable de esta inferencia es que la “gravedad” del daño es lo que hace “riesgosa” a la actividad.

Es decir, la actividad es “inherentemente riesgosa” porque un *mínimo* desvío de la actividad en su desarrollo normal (vale decir, un vuelo cumpliendo con toda la normativa vigente y las medidas de seguridad) puede producir, sin lugar a dudas, un *daño gravísimo, debido a que un solo accidente aéreo tiene el potencial de terminar con la vida de cientos de personas*. Pensemos en un avión que sale del Aeropuerto Internacional Comodoro Arturo Merino Benítez, ubicado en Santiago. Para poder comenzar el vuelo y salir a destino, el avión necesita pasar por kilómetros de zonas pobladas aledañas, y un mínimo error puede producir la caída del avión y la muerte de un número considerable de personas. Al respecto, se ha dicho que es indudable que un avión en su vuelo sobre personas y sus propiedades genera riesgos especiales en cuya creación dichas personas son totalmente ajenas, y que resultaría injusto que los riesgos y perjuicios que dicha actividad ocasiona fueran pagados por aquellos que no realizaron la actividad y no tienen beneficio para ellos de ella¹⁰⁷.

Nadie puede negar que la actividad aérea es riesgosa, pues si bien se ha ido desarrollando a pasos agigantados durante los últimos años, la posibilidad de un accidente jamás podrá descartarse debido a la multiplicidad de factores, tanto naturales

¹⁰⁷ NAVARRETE, Jaime. 1978. El origen de la responsabilidad civil objetiva en el derecho aéreo. Revista Chilena de Derecho 5 (1), p. 160. Este autor realiza un análisis comparado del tratamiento de la actividad aeronáutica, y concluye que a la fecha de redacción del artículo, la tendencia indisputada era la de consagrar la responsabilidad estricta.

como técnicos, que pueden incidir en la normalidad del vuelo de una aeronave. El riesgo inherente no solo puede apreciarse en cuanto afecta a personas, equipajes y mercaderías que se transportan de un lugar a otro, sino que también se observa en forma patente y manifiesta en la eventualidad de daños que se puede causar a terceras personas o a las cosas que se encuentran en la superficie¹⁰⁸.

Por su parte, José Miguel Lecaros, al analizar la exención de responsabilidad en la hipótesis de daños causados a terceros en la superficie por una aeronave en vuelo, plantea que las 4 circunstancias contempladas en la ley (a saber, si el explotador ha sido privado del uso de la aeronave por acto de autoridad pública; si los daños son consecuencia directa de un acto de guerra o conflicto armado; si son causados por un acto de sabotaje; y si son causados con ocasión del apoderamiento ilícito de la aeronave) se pueden englobar genéricamente en la idea de caso fortuito o fuerza mayor, pero con la característica de ser circunstancias específicas, explicándose esta rigurosidad en la peligrosidad que envuelve la actividad aeronáutica y la desprotección en que se encuentra la víctima en la tierra¹⁰⁹.

Consideremos por un momento la hipótesis analizada por el autor. En el caso de caída de un avión, existe una alta probabilidad, e incluso, dependiendo de las circunstancias, certidumbre, de la muerte del conductor y de los pasajeros del avión. Volvamos al caso particular mencionado anteriormente. El avión que ya despegó y se encuentra sobrevolando la comuna de Maipú para dirigirse al sur, en caso de caer, producirá ciertamente la muerte de las personas que se encuentran abordo, y con una probabilidad altísima de las personas ubicadas en la superficie de la comuna. Por tanto,

¹⁰⁸ RIESCO, Ricardo. 1999. Régimen de responsabilidad consagrado por el Código Aeronáutico para el transporte aéreo de mercaderías. Revista Chilena de Derecho 26 (4), p.946.

¹⁰⁹ LECAROS, José Miguel. 2012. La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica. Santiago de Chile. Librotecnia, p.307.

además de la certidumbre del daño, se verifica otra característica: la intensidad del daño. La muerte se encuentra latente.

Una tercera característica se verifica: que a pesar de tomar todas las medidas de precaución y emplearse el cuidado debido, un mínimo desvío en el desenvolvimiento adecuado de la actividad, puede producir el daño.

En síntesis, por la naturaleza misma de la actividad, no se puede eliminar totalmente la probabilidad de un daño que, si llegase a ocurrir, es gravísimo (como es la muerte de personas). Si bien estadísticamente es más factible que ocurra un accidente que ocasione un daño a las personas o a cosas si se utiliza un medio de transporte terrestre, no cabe duda que las consecuencias de un accidente aéreo son mucho más graves o simplemente irreversibles¹¹⁰.

4. RESPONSABILIDAD POR DERRAME DE HIDROCARBUROS Y OTRAS SUSTANCIAS NOCIVAS EN EL MAR, LEY DE NAVEGACIÓN, DECRETO LEY N° 2222 DE 1978

i. Información sobre la ley.

Como decreto ley, fue puesto a disposición de las comisiones legislativas como mensaje. No hubo mayor discusión a su respecto. De hecho, de todas las historias de la ley analizadas en el desarrollo de esta tesis, era la más corta. Fue publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de mayo de 1978 y rectificada en dicho diario con fecha 25 de julio de 1978.

ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

El estatuto de responsabilidad estricta en esta ley se encuentra establecido en el artículo 144 y siguientes. Esta norma debe concordarse, para su debido entendimiento,

¹¹⁰ RIESCO, Op. Cit., p. 947.

con el artículo 3 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.

El artículo 144 establece que “El mismo régimen de responsabilidad civil establecido en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (...) y sin perjuicio del campo de aplicación de este Convenio, regirá para la indemnización de los perjuicios que ocasione el derrame de cualquier clase de materias o desechos, que ocurra dentro de las aguas sometidas a jurisdicción nacional, sea cual fuere la actividad que estuviere realizando la nave o artefacto naval que la produjo, con las siguientes normas complementarios (...)”. Establece posteriormente la solidaridad del dueño, armador u operador a cualquier título de la nave, naves o artefacto naval que produzca el derrame o descarga; causales de exención de responsabilidad; además de definir los conceptos como objeto dañado, sustancia contaminante, instrumento que causa el daño, y la obligación de contratar un seguro.

Relacionando el artículo 144 con el artículo 3 del Convenio citado, este dispone que salvo cuando se den determinadas circunstancias (guerra civil, insurrección, acción u omisión intencionada de un tercero o negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable, entre otros definidos por la ley), el propietario del barco al ocurrir un siniestro, o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos descargados o derramados desde el barco a resultados del siniestro.

Cabe destacar, por último, que el Convenio y el decreto ley difieren en cuanto a las sustancias contaminantes: mientras el Convenio lo restringe a hidrocarburos, la Ley de Navegación la considera además de otras sustancias nocivas, cuestión que comentaremos en extenso más adelante.

Por otra parte, el artículo 147 de la ley establece que en caso de instalaciones terrestres que produzcan daños al medio ambiente marino por vertimiento o derrame de sustancias contaminantes, el dueño de ellas será siempre civilmente responsable y deberá indemnizar de todo perjuicio causado.

El título VIII, denominado “de los riegos de la navegación”, no otorga mayor desarrollo al análisis de esta tesis.

iii.Historia de la ley:

Como se mencionó previamente, no hubo mayor discusión respecto a esta ley. En su mensaje se consagra que “después de cien años de vigencia de la Ley de Navegación se ha hecho indispensable poner al día sus disposiciones (...)”¹¹¹.

Al referirse al título “de los riegos en la navegación y servicios de mar”, se deja constancia que el proyecto “mantiene los principios del deber de socorro para todo navegante y la intervención de la autoridad marítima de preservación de la seguridad de las vidas en el mar (...) pero en materia de asistencia y salvamento se suprimen estas denominaciones (...) para dar cabida a una denominación común para toda la gama de servicios de ayudas que se presten a una nave en emergencia. Por ello, el párrafo respectivo se ha rotulado “de los servicios prestados a la nave que está en peligro” y las anteriores clasificaciones de asistencia, salvamento o auxilio, se ha englobado sólo en esta denominación (...)”¹¹².

Respecto a la “contaminación”, se deja constancia en la ley que “los decretos N° 1.807, 1.808 y 1.809 ratificaron tres Convenios Internacionales para prevenir la contaminación por hidrocarburos, para prevenir el vertimiento de desechos y otras materias y sobre responsabilidad civil de los daños del derrame de hidrocarburos.

¹¹¹ Mensaje de ingreso del proyecto de Ley. Historia del Decreto Ley N° 2.222 de 1978, Ley de Navegación. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 309.

¹¹² Ibid., p.315.

Había que trasladar a nuestra legislación interna los principios de esos convenios y determinar las autoridades y tribunales competentes (...) Por lo que toca a la responsabilidad civil por daños, en el fondo se explicitan las fuentes de esa responsabilidad, que siempre lo estuvieron en las reglas generales de cuasidelitos civiles (...) pero ahora se imputa precisamente esa responsabilidad a los que causan el derrame, adoptando el régimen que puede definirse como de ‘responsabilidad presumida’ y que internacionalmente aparece recibido por todas las naciones que han ratificado el Convenio de responsabilidad por vertimientos. (...) *El proyecto ha sido aún más completo, y extiende el sistema de responsabilidad por derrames de hidrocarburos de un buque tanque a los daños por derrames de cualquier otra materia, combustible o cargamento y cualquiera que hubiera sido la actividad que la nave desarrollaba cuando causó el daño. O sea, se extiende a toda actividad marítima. También (...) a los daños causados desde tierra (...)*¹¹³.

iv. Análisis de historia de la ley.

De lo reseñado anteriormente, no se puede realizar un mayor análisis. Las reglas siguen la lógica de Convenciones Internacionales, sin existir una mayor discusión al respecto.

Sobre título VIII, denominado “de los riegos de la navegación”, se refiere a situaciones de salvamento en el mar entre naves no siendo relevante dicha situación para la presente tesis.

Sin embargo, detengámonos en distintos aspectos distintivos de la ley que permitirían entender la justificación detrás del tratamiento especial. En primer lugar, la diferencia entre los elementos a arrojarse al mar que producen la aplicación del estatuto de responsabilidad estricta. Mientras el artículo 3 del Convenio hace

¹¹³ Ibid., p. 318-319 (énfasis agregado).

responsable al propietario de un barco al ocurrir un siniestro (o el primer acontecimiento si el siniestro supone una serie de hechos) de todos los daños por contaminación causados por *hidrocarburos descargados o derramados desde el barco a resultas del siniestro*, el artículo 144 de la Ley de Navegación aplica el mismo régimen de responsabilidad, pero amplía la hipótesis de indemnización de los perjuicios que ocasione “(...) *el derrame de cualquier clase de materias o desechos*, que ocurra dentro de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, sea cual fuere la actividad que estuviere realizando la nave o artefacto naval que lo produjo (...)” (énfasis agregado).

Por tanto, en el caso de derrame de hidrocarburos, rige plenamente el art. 3 del Convenio, aplicando en este caso el estatuto de responsabilidad estricta. Y en el caso del derrame de cualquier clase de materia o desecho, rige el estatuto de responsabilidad estricta de la Ley de Navegación del artículo 147, aplicando solamente las causales de exención establecidas allí. La pregunta que subyace entonces, es qué se entiende por “cualquier clase de materia o desechos”.

Al respecto, el artículo 144 entrega ciertas definiciones que nos podrían llegar a servir para entender la extensión de la hipótesis y su justificación: por siniestro, se entiende “todo acontecimiento o serie de acontecimientos que tengan el mismo origen y que produzcan o puedan producir daños por derrames o contaminación en aguas sometidas a la jurisdicción nacional o en sus costas adyacentes”; por sustancia contaminante, “toda materia cuyo vertimiento o derrame esté específicamente prohibido, en conformidad al reglamento”; por último, establece una presunción, al plantear la ley que “se presume que el derrame o vertiente de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico”.

Las definiciones anteriores no permiten, sin embargo y a nuestro juicio, aclarar a qué clase de materias o desechos se refiere el artículo citado. Lo anterior, en base a que habla de “cualquier clase de materias o desechos”, es decir, no se restringe a “sustancia

contaminante”, por lo que esta definición serviría solamente para presumir el daño ecológico, y aplicar la responsabilidad estricta especial del artículo 147 de la Ley de Navegación, que hace “siempre responsable” a las instalaciones terrestres que produzcan daño al medio ambiente marítimo por derrame o vertimiento de sustancias contaminantes. Cabe destacar, de todas formas, que no hay reglamento de la ley que especifique cuáles son estas sustancias “prohibidas” que tienen el carácter de contaminantes¹¹⁴.

Por tanto, para darle contenido al concepto empleado por el artículo 144, podríamos remitirnos al artículo 142 de la Ley, que consagra que se prohíbe absolutamente *“arrojar lastre, escombros o basuras y derramar petróleo o sus derivados o residuos, aguas de relaves de minerales u otras materias nocivas o peligrosas, de cualquier especie, que ocasionen daños o perjuicios en las aguas sometidas a la jurisdicción*

¹¹⁴ Se llegó a la conclusión anterior luego de revisar todos los reglamentos asociados a esta Ley, a saber (i) Decreto Ley N° 427, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina de 1979, que aprueba reglamento de tarifas y derechos de la dirección del litoral y de marina mercante; (ii) Decreto Ley N° 364, del Ministerio de Defensa, de 1980, aprueba el reglamento de recepción y despacho de naves y modifica el Decreto N°1.340 bis, de 14 de junio de 1941, de marina; (iii) Decreto 163, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de 1981, que Reglamenta el registro de naves y artefactos navales; (iv) Decreto Ley N° 374 del Ministerio de Defensa Nacional, de 1983, que Aprueba el reglamento de agentes de naves y deroga decreto supremo que señala; (v) Decreto Ley N° 70, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1980, que Aprueba reglamento de las comisiones de inspección de naves; (vi) Decreto Ley N° 397, del Ministerio de Defensa, Subsecretaria de Marina, de 1985, que Aprueba el reglamento de practica y pilotaje; (vii) Decreto Ley N° 398, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de 1985, que Aprueba reglamento de prácticos; (viii) Decreto Ley N° 680, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, de 1985, que aprueba el Reglamento de títulos profesionales y permisos de embarco de oficiales de la marina mercante y de naves especiales; (ix) Decreto Ley N° 26, del Ministerio de Trabajo, que aprueba Reglamento de trabajo a bordo en naves de la marina mercante nacional; (x) Decreto Ley N° 734, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1988, que aprueba Reglamento General de Radiocomunicaciones del servicio móvil marítimo; (xi) Decreto Ley N° 490, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, de 1995, que aprueba Reglamento para el otorgamiento de pasaporte de navegación; (xii) Decreto Ley N° 87, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, de 1997, que aprueba Reglamento general de deportes náuticos y deroga el actual; (xiii) Decreto Ley N° 6, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de Marina, de 2001, que aprueba reglamento del artículo 137 de Ley de Navegación; (xiv) Decreto Ley N° 248, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria de marina, de 2004, que aprueba reglamento sobre reconocimiento de naves y artefactos navales.

nacional, y en puertos, ríos y lagos” (énfasis añadido). Los dos artículos anteriores y su extensión son concordantes con la historia de la ley, que buscaba hacer extensible el estatuto de responsabilidad a prácticamente cualquier sustancia.

Subyace, de lo explicado, el concepto de “sustancia peligrosa”, ya que todas las sustancias mencionadas son o intrínsecamente peligrosas por su naturaleza (como el petróleo y sus derivados o residuos y aguas de relaves de minas, ya que el contacto de cualquier entidad animal o humana ve afectada su salud) o pueden llegar a serlo por el lugar donde caen (como lastre, escombros o basura, al caer al agua o ser vertidos en ella, producen contaminación del medio ambiente y afectan a la flora y fauna del lugar). Reiteramos la apreciación explicada en el apartado respecto a la Ley de Tenencia Responsable; para efectos de esta tesis, la “actividad” de “verter o arrojar” dichas “sustancias peligrosas” serían lo relevante, más que la sustancia en sí.

De lo expresado, se observa como criterio para calificar la actividad como peligrosa la gravedad del daño que puede producir la circunstancia específica del derrame o vertimiento de las sustancias señaladas.

Otro aspecto a destacar es el objeto dañado que se protege con el estatuto: el artículo 3 del Convenio y el artículo 144 de la Ley establecen que serán las aguas del mar sometidas a jurisdicción nacional. Y el perjuicio sería el daño por contaminación causado por los hidrocarburos y otras sustancias nocivas, específicamente el daño ecológico que se produciría. Un elemento que caracteriza a éste es el eventual carácter irreparable de sus perjuicios (podríamos decir que el medioambiente afectado no sería el mismo luego del derrame) y la extensión que podría llegar a tener (ya que afectaría a un número indeterminado de animales, y podría incluso afectar a la economía específica del lugar, como por ejemplo en el caso de que sea en un puerto).

5. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PROVENIENTES DEL USO DE INSTALACIONES NUCLEARES, LEY N° 18.320.

i. Información sobre la ley.

Ingresó como mensaje con fecha 6 de octubre de 1982, como boletín N° 292-08, bajo el nombre “Ley de Seguridad Nuclear y Radioprotección”. El Proyecto de Ley fue elaborado por la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

En su mensaje se reconoce que era necesaria la dictación de un conjunto de disposiciones legales que estableciera en forma clara y precisa la aplicación pacífica de la Energía Nuclear, junto con que su actividad “requiere de una legislación que debe tener por objeto conciliar el impulso al desarrollo de la energía nuclear con la protección de las personas, bienes y medio ambiente (...) objetivo (que) no es posible conseguirlo con la legislación vigente (...) debiendo dictarse una legislación especial, puesto que los problemas que la energía nuclear plantea, frente al derecho, son nuevos, y por lo tanto, las soluciones jurídicas deben ser nuevas (...)”¹¹⁵.

Sus objetivos, en concordancia con lo anterior, y que se mantuvieron durante toda su tramitación, fueron (en lo relacionado con esta tesis), asegurar la protección de la salud, y el resguardo de las personas, bienes y medio ambiente en contra de los riesgos que pueden derivarse de las aplicaciones pacíficas de la energía.

El proyecto fue ampliamente discutido, con informes de las 4 comisiones legislativas, del Ministerio de Salud y la Comisión de Energía Nuclear, lo que conllevó a que fuera visto en Comisión Conjunta. Sin embargo, para efectos de la presente tesis, y como se verá a continuación, no existió una mayor discusión relevante sobre las

¹¹⁵ Mensaje de ingreso del proyecto de Ley. Historia del Decreto Ley N° 18.302, de 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 45.

características que hacen que el ejercicio nuclear se someta a un estatuto de responsabilidad estricta.

La ley fue publicada finalmente en el Diario Oficial con fecha 2 de mayo de 1984.

ii. Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

Se señala explícitamente en la ley, en su artículo 49, que “la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley”.

La particularidad de esta ley es que la responsabilidad objetiva solamente resulta aplicable al “explotador” de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, por los daños causados por un accidente nuclear que ocurra dentro de dichas instalaciones.

Para efectos de esta ley, se entiende por “explotador” la persona natural o jurídica a cuyo nombre se otorga, por la Comisión de Energía Nuclear, la autorización para explotar una instalación nuclear. Para efectos de la ley, también se considera a los transportistas de sustancias nucleares y al que manipule desechos radioactivos como explotadores, afectándoles por tanto el estatuto de responsabilidad estricta.

La responsabilidad del explotador alcanza incluso a los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que el accidente nuclear se deba directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil, como se considera en su artículo 56. De tal modo, salvo estos eventos especialmente excluidos, la responsabilidad por instalaciones nucleares cubre todos los riesgos que se derivan de la actividad, con prescindencia de las causas en cuya virtud puedan concretarse materialmente. Con esas solas limitaciones, el estatuto de responsabilidad estricta se extiende a todos los riesgos asociados a la utilización de instalaciones nucleares¹¹⁶.

¹¹⁶ BARROS, Op. Cit., p.472.

iii.Historia de la ley:

El informe técnico que acompañó el ingreso del proyecto de ley estableció las características que tendría el estatuto de responsabilidad civil inmediatamente, el cual será mantenido en su estructura a lo largo de todo el proyecto.

Consigna que es “una responsabilidad canalizada, esto significa, que siempre recae en la persona del explotador de la instalación nuclear o radioactiva. Esta canalización tiene por objeto simplificar los procedimientos judiciales para la víctima que, así, no tendrá que proceder contra diferentes personas (...)”¹¹⁷, además de hacer referencia a que se limita tanto en el tiempo (en materia de prescripción), como en el monto a indemnizar. Reconoce también que este sistema de responsabilidad se ha establecido internacionalmente por medio de los Convenios de Viena de 1963 y de París de 1961, los cuales son ampliamente mencionados posteriormente como base o inspiración para estas reglas.

En el Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, al referirse a la actividad nuclear, se plantea que “cabe comprender que en actividades de tan alto riesgo y en faenas de tanta peligrosidad, como son las que dicen relación con la producción, manejo, utilización, transporte, etc., de la energía nuclear, materiales radioactivos o radiaciones ionizantes, las medidas que tienden a precaver los accidentes son las más adecuadas”¹¹⁸. Al referirse al capítulo de la responsabilidad civil por daños nucleares, se expresa que “constituyen una innovación fundamental en la materia, puesto que se basan en el sistema de ‘responsabilidad objetiva’, fundado en la

¹¹⁷ Informe Técnico emitido por Ministro de Energía. Historia del Decreto Ley N° 18.302 de 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 51.

¹¹⁸ Informe de Secretaría de Legislación del Gobierno. Historia del Decreto Ley N° 18.302 de 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 109.

teoría del riesgo creado (...)”¹¹⁹. Sin embargo, no permite extraer nada más relevante que ello.

Por su parte, la Comisión Chilena de Energía Nuclear, en una solicitud que plantea ante la Junta de Gobierno para exponer, reitera que el sistema de responsabilidad civil “se basa en la teoría de la responsabilidad civil objetiva (...) la doctrina ha recogido el principio de la responsabilidad objetiva (Convenio de París de 1960; Convenio de Bruselas de 1962 y Convenio de Viena de 1963) como pilar fundamental de la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por un accidente nuclear. Se ha recogido esta teoría por dos razones fundamentales: facilitar la acción a los daños, por una parte, y por la otra, no cohibir el desarrollo de la industria nuclear, cada día más necesaria para los países que desean un desarrollo integral.”¹²⁰

El proyecto fue finalmente reformulado y presentado por la Comisión Conjunta para su aprobación, el cual, con algunos cambios menores, se transformaría en ley de la República de Chile.

iv. Análisis de historia de la ley.

Como se pudo apreciar, la base del estatuto de responsabilidad civil estricta consagrado en la Ley de Seguridad Nuclear y su reglamentación se extrajo de los Convenios de París de 1960, de Bruselas de 1962 y de Viena de 1963. Por tanto, no hubo mayor análisis ni discusión sobre las características que hacen a la “actividad nuclear” sea considerada “riesgosa”.

Sin embargo, se puede apreciar que existe un análisis similar al del tratamiento de los “animales potencialmente peligrosos” en la Ley N° 20.120, debido a que se

¹¹⁹ Ibid., p. 142.

¹²⁰ Solicitud Comisión Chilena de Energía Nuclear para exponer ante la Comisión Conjunta. Historia del Decreto Ley N° 18.302 de 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 178.

considera que existen ciertas sustancias intrínsecamente peligrosas que “pueden causar daño a las personas, bienes o medioambiente”. Sin embargo, a diferencia de esta ley, no se especifican las características de ellas, sino que se enumeran, como se puede apreciar en el artículo 2 al definir conceptos tales como “material radioactivo” (Nº 4), “desecho radioactivo” (Nº 6) y “sustancia nuclear” (Nº 7). A su vez, en el numeral 14 al definir “daño nuclear”, se expresa en la letra a) como los daños “resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de la combinación de éstas con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación o de las sustancias nucleares que procedan o se originen en ella o se envíen a ella.”

Dos cuestiones se pueden comentar sobre la actividad nuclear. En primer lugar, evidentemente todo el desenvolvimiento de la actividad supone el manejo de material radioactivo, que inherentemente puede causar perjuicios, ya sea la producción, manejo, utilización y transporte de éste, a pesar de utilizar la máxima diligencia y cuidado debido.

La particularidad de estos daños es que son de una gravedad mayor y a diferencia del concepto de “animal potencialmente peligroso”, no se pueden tomar medidas positivas para disminuir este riesgo (ya que un perro, como se expresaba en el apartado pertinente, puede eventualmente ser educado). La actividad humana, por tanto, lo que hace es facilitar, con la utilización del material, la materialización del riesgo inherente que producen.

Respecto a los accidentes nucleares, su particularidad es que si bien la posibilidad de ocurrencia de uno es estadísticamente baja, en caso de verificarse, los daños pueden

ser muy intensos y extensos¹²¹. Se verifica como variable para considerar la actividad como peligrosa, por tanto, la gravedad de los daños que pueden producir un accidente, y la extensión de los daños.

Sobre esta última característica destaca otro aspecto de la ley. No cualquier daño se debe indemnizar. Del universo de potenciales daños que pueden producirse con ocasión de un accidente nuclear, el legislador ha definido con bastante detalle cuáles daños son reparables en virtud de este régimen; los llamados “daños nucleares”¹²², en el art. 3 N° 14 de la Ley.

Son, en términos de la ley, (i) La pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales, somáticas, genéticas y psíquicas que afecten a las personas, y los daños y perjuicios que se produzcan en los bienes como *resultado directo o indirecto* de las propiedades radioactivas o de la combinación de éstas con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radioactivos que se encuentren en la instalación o de las sustancias nucleares que procedan o se originen en ella o se envíen a ella, (ii) La pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales, somáticas, genéticas y psíquicas que afecten a personas, y los daños y perjuicios que se produzcan como resultado *directo o indirecto* de las radiaciones que se encuentren dentro de una instalación nuclear.

Dos cuestiones destacan de esta definición y enumeración. Se incluyen un conjunto de perjuicios de distinta índole: corporales, genéticos, incluso psíquicos, que dan cuenta de la imprevisibilidad de daños que se puede producir por el contacto con material radioactivo.

¹²¹ ACEVEDO, Santiago y GONZÁLEZ, Francisco. 2013. Revisión crítica del estatuto de responsabilidad civil por daños nucleares en Chile. Revista Chilena de Derecho 40 (1), p. 20.

¹²² Ibid., p.24.

Conectado con lo anterior, y con la extensión del daño, es que se invierte el principio general establecido en el Código Civil, en el artículo 1558, ya que se responde de los daños directos e indirectos, lo que se explica por esta misma circunstancia: existen un conjunto de daños que son completamente imprevisibles.

6. DAÑOS OCASIONADOS POR APLICACIÓN DE PLAGUICIDAS, DECRETO LEY N° 3.557 DE 1980 DEL MINISTERIO DE CULTURA, QUE ESTABLECE DISPOSICIONES SOBRE PROTECCIÓN AGRÍCOLA

i. Información sobre la ley.

El proyecto de ley ingresó como mensaje con fecha 22 de mayo de 1980, bajo el número de boletín 2758-01. Su finalidad era refundir en un solo texto legal distintas leyes que, a juicio del mensaje, se encontraban ya desactualizadas, debido a que “el avance y desarrollo tecnológico de las comunicaciones ha hecho vulnerable las fronteras, lo cual contribuye a incrementar los riesgos de introducción de pestes y enfermedades, sobrepasando, incluso, las medidas de carácter preventivo que se adopten”¹²³. Se buscaba otorgar una legislación que diera una agilidad al Estado para actuar preventivamente frente al surgimiento de plagas agrícolas.

Fue publicada con fecha 9 de febrero de 1981.

ii. Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

La aplicación de plaguicidas está sujeta a responsabilidad estricta, de conformidad con el artículo 36 de dicha ley, la cual dispone que “si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de su aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente (...)”. Sería un caso de responsabilidad estricta pura, ya que quién utiliza un plaguicida está sujeto a responsabilidad por todos

¹²³ Mensaje de ingreso del proyecto de Ley. Historia del Decreto Ley N° 3557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 234.

los daños que se sigan de su aplicación, aunque sean causados de forma accidental, por lo que no existe otro requisito más que el daño se haya producido en el ámbito de riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla la actividad.¹²⁴

A juicio de estos autores, dicha responsabilidad estricta no solamente se encuentra presente en el artículo 36 de la ley por la utilización de plaguicidas, sino que también se amplía a los perjuicios producidos por cualquier trabajo realizado por el Servicio o por terceros a quienes éste haya designado, ya sea de forma accidental o como consecuencia inevitable de las medidas decretadas, conforme lo establece su artículo 8.

Por “cualquier trabajo” se entienden los determinados por la declaración de control obligatorio de plagas, que incluye las medidas sanitarias o técnicas que la resolución indique, e incluso, la destrucción de sementeras, plantaciones o productos afectados, conforme lo establece el artículo 7 de dicha ley. Sin embargo, esta indemnización se limita al daño emergente ocasionado, a diferencia de la establecida en el artículo 36.

Distinto es el caso de la “indemnización” que establece el artículo 7 de la ley, el cual plantea que los afectados con las medidas adoptadas por el Servicio tienen derecho a indemnización, de conformidad al artículo 47 de la Ley N° 18.755, que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero. Esta sería una especie de “compensación” por las pérdidas sufridas, con una suerte de lógica expropiatoria, es decir, por la destrucción de todas aquellas plantaciones o similares, que hayan estado afectadas por una plaga.

¹²⁴ BARROS, Op. Cit., p.470.

iii.Historia de la ley:

En el informe del Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno se destaca el hecho de que “el avance tecnológico ha hecho vulnerable nuestras fronteras frente al embate de pestes y enfermedades agrícolas, lo que contribuye a incrementar los riesgos de introducción de dichas enfermedades”¹²⁵. A su vez, se hace expresa mención a que se consagra una excepción al derecho común, al establecerse un caso de responsabilidad “objetiva”.

En el informe de la Tercera Comisión Legislativa, al referirse al derecho de los afectados por las medidas para reclamar del Servicio una indemnización por los daños que hubieren sufrido en el control de las plagas, se justifica “porque las medidas sanitarias que causen daños a particulares se disponen no sólo en el interés de los empresarios afectados sino en el interés de la comunidad. Lo que la disposición tiende a tutelar es un interés de orden público, esto es, asegurar una buena condición sanitaria de la agricultura en general, de tal manera que los daños que sufre el particular deben serle indemnizados. De otra manera, se le estaría imponiendo una carga personal discriminada para proteger el bien común”¹²⁶. Cabe señalar que se refiere a una compensación que procede al particular por la aplicación de medidas sanitarias, respecto de los bienes determinados en el control.

iv.Análisis de historia de la ley

Como se puede apreciar, no existe una mayor discusión ni análisis respecto al estatuto de responsabilidad estricta establecida en esta ley.

¹²⁵ Informe de Secretaria de Legislación de la Junta de Gobierno. Historia del Decreto Ley N° 3557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 243.

¹²⁶ Informe de Tercera Comisión Legislativa. Historia del Decreto Ley N° 3557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago, p. 327.

Cabría poner en duda que el fundamento principal del establecimiento de la responsabilidad estricta fuera por riesgo. En efecto, pareciera ser que su justificación sería la afectación sobre bienes particulares, no el “riesgo” que implica la actividad sanitaria o la utilización de plaguicidas, lo que no implica que un plaguicida no fuera “peligroso” en su utilización, siguiendo la misma definición de artículo 3 letra k), que lo define como un “Compuesto químico, orgánico o inorgánico, o sustancia natural que se utilice para combatir malezas o enfermedades o plagas potencialmente capaces de causar perjuicios en organismos u objetos”. Sin embargo, existiría una fundamentación implícita de riesgo, ya que existiría una valoración especial de una actividad en particular (como lo es la agricultura, que es una de las actividades principales del país), considerándose que su afectación es un daño de una gravedad alta que lo hace “peligroso”.

Otro concepto importante a destacar es el de “Mercadería peligrosa para los vegetales”, que se define en el artículo 3 letra a) como “Cualquier medio potencialmente capaz de constituir o transportar plagas”. Por su parte, plaga se define en el artículo 3 letra b) como “cualquier organismo vivo o de naturaleza especial que, por su nivel de ocurrencia y dispersión, constituya un grave *riesgo* para el estado fitosanitario de las plantas o sus productos” (énfasis añadido). Tan relevante es este concepto que existe un párrafo enteramente dedicado a su transporte, párrafo 5, “Del tránsito por territorio nacional de mercaderías peligrosas para los vegetales”, artículos 28 a 31 de la ley.

Son peligrosas determinadas mercaderías porque son “potencialmente capaces de constituir o transportar plagas”. Vemos nuevamente que un “elemento es intrínsecamente peligroso”, porque sus características (que, en este caso, sería estar afectadas por una plaga), “aumentan” las “posibilidades” de producir un daño, que, en este caso, sería afectar la agricultura, y consecuentemente la salud de las personas.

Surge un criterio nuevo, no visto anteriormente en las demás leyes especiales como fundamento para el establecimiento del estatuto de responsabilidad estricta: el valor social, pero no de la actividad que produce riesgo, sino que de la actividad eventualmente afectada por un daño. La agricultura ha sido (y es) una de las actividades más importantes del país, y su afectación puede no solamente perjudicar a los productores y agricultores, sino que al país en su totalidad. Esto permite entender la conceptualización de las plagas y su tratamiento especial con medidas administrativas para evitar su propagación.

Se presentan como criterios, nuevamente, la extensión de los daños que se pueden producir, y su gravedad. Ambos se verifican en tanto en la aplicación misma de plaguicidas, como en la propagación de plagas. En el primer caso, estas sustancias pueden producir no solamente la muerte de una cosecha entera (en caso de su mala utilización) sino que pueden producir la intoxicación de una persona al consumir vegetales o alimentos sobre los cuales se haya empleado los plaguicidas. Sobre las plagas, su propagación puede producir tanto la inutilización de plantaciones enteras, como consecuentemente, afectar la economía (ya que se afecta tanto la importación como exportación de productos), y la salud de las personas.

7. DAÑO EN CONSTRUCCIONES, DECRETO LEY N° 458 DE 1975, LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN

i. Información sobre la ley.

No existe historia del Decreto Ley N° 458 de 1975, ni en formato físico en la Biblioteca del Congreso Nacional,¹²⁷ ni en formato digital en la página de dicha biblioteca.

¹²⁷ Al ser consultada dicha circunstancia, de forma presencial con los encargados, no hubo respuesta.

Por lo anterior, en este apartado solamente serán analizadas las 3 leyes que a la fecha han modificado el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, a saber: la Ley N° 19.472, que introdujo el actual artículo 18; la Ley N° 20.016 que incorporó modificaciones en lo relativo a los plazos de prescripción de las acciones, y finalmente la Ley N° 20.703 que crea y regula los registros nacionales de inspectores técnicos de obra (ITO) y de revisores de cálculo estructural, y modifica normas legales para garantizar la calidad de las construcciones y agilizar las solicitudes ante las direcciones de obras de las municipalidades.

ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

La particularidad de los daños producidos por vicios en la construcción es que pueden dar lugar a responsabilidad tanto contractual como extracontractual, además de tener una regulación en distintos cuerpos normativos.

La responsabilidad contractual rige entre quien encarga las obras y los profesionales y contratistas que las diseñan y ejecutan; la responsabilidad extracontractual protege los intereses de quienes no están relacionados por contrato con los responsables.

En palabras del profesor Enrique Barros, los deberes de cuidado orientados a evitar daños a las personas y a las cosas son análogos en el ámbito contractual y extracontractual. Así, el Código Civil hace aplicable en materia extracontractual la regla de responsabilidad establecida a propósito del contrato de confección de obra material (artículo 2324, en relación con artículo 2003 regla 3ª); y el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que ha establecido un régimen general en la materia y no distingue entre ambos estatutos de responsabilidad, debiendo entenderse que se refiere indistintamente a relaciones contractuales y extracontractuales. En otras palabras, los daños sufridos a consecuencia de la ruina o defectos de construcción por

quien encargó la obra y los que afectan a un vecino o a terceros en general están sujetos esencialmente al mismo estatuto de responsabilidad¹²⁸.

La responsabilidad por ruina, vicios y defectos de edificios y construcciones se encuentra esencialmente regulada en el Código Civil y en la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Los ordenamientos se superponen. En general, se ha sostenido que para determinar sus respectivos ámbitos de aplicación debe atenderse a la magnitud de los efectos que se siguen de los vicios de la construcción. De este modo, si los vicios determinan la ruina o amenaza de ruina del edificio, resultarían aplicables las reglas del Código Civil; por el contrario, si se trata de un vicio o defecto distinto de la ruina, regirían las normas especiales de la legislación sobre urbanismo y construcciones. En la medida que las normas del Código Civil son de aplicación más restringida que las de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, porque sólo se refieren a la ruina, debe entenderse que son especiales en la materia (porque el concepto de falla o defecto es comprensivo del daño más extremo, como es la ruina). De ello se sigue que si el fundamento de la acción es un defecto de construcción que no sea ruinoso, sólo resulta aplicable la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Por el contrario, si se trata de una ruina, es tarea del intérprete definir qué ordenamiento prevalece sobre el otro.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones parece dar lugar a una opción del estatuto aplicable, porque junto con establecer una regla de responsabilidad de los constructores, deja a salvo que ella rige “sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 3 del artículo 2003 del Código Civil”. El reconocimiento de una opción es consistente con un sistema de responsabilidad que pretende proteger a las víctimas de ruinas de edificios y de vicios o defectos de construcción.¹²⁹

¹²⁸ BARROS, Op. Cit., p. 771.

¹²⁹ Ibid., p.772. Distinta es la opinión de CORRAL sobre este punto. El autor plantea que cuando no se esté en presencia de “ruina” del edificio, sino de defectos constructivos que por su menor entidad o gravedad no alcancen a ser calificados como “ruinógenos”, se aplicarán las normas de responsabilidad

iii. Historia legislativa del art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones

a. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.472

Esta ley introdujo, en su base y que se ha mantenido hasta el día de hoy, el artículo 18 actual de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

El antiguo artículo 18 de la Ley establecía que los fabricantes, proyectistas y constructores serían responsables, respectivamente, de la calidad de los materiales, de los errores de diseño y de los vicios de construcción en las obras en que se hubiera intervenido y de los perjuicios que con ello se causare.

En dicho contexto, los objetivos de esta ley en relación con esta tesis eran “hacer extensiva la responsabilidad establecida en los artículos 18 y 19 a los proveedores de materiales de construcción por la calidad de los materiales vendidos, y establecer la responsabilidad solidaria de la empresa, organizada como persona jurídica, con la del profesional que actúa por ella”¹³⁰, todo con la finalidad de determinar con claridad las responsabilidades, junto con velar porque las empresas construyeran con acuciosidad, preocupándose de la calidad de los materiales empleados y que los trabajos cumplieran con la normativa sobre construcción.

Se discutió arduamente a quiénes extender la responsabilidad del artículo. Si bien en un comienzo se quería hacer responsable “a la persona natural o jurídica que hubiere encomendado la obra”, finalmente, luego de pasar por la comisión mixta, se decidió

de la Ley y la Ordenanza, funcionando la reglamentación del Código Civil como recurso legal subsidiario. Es decir, no reconoce derecho a opción. En CORRAL, Hernán. 2009. La responsabilidad civil de los empresarios constructores y arquitectos por ruina o construcción defectuosa de edificios. En: TAVOLARI, Raúl (editor científico), Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p. 852.

¹³⁰ Primer informe de Comisión de Vivienda. Historia de la Ley, Decreto 458, Ley General de Urbanismo y Construcción, artículo 18, p.11. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

hacer responsable al propietario primer vendedor de todos los daños y perjuicios que provinieran de fallas o defectos en la construcción, sea durante su ejecución o después de terminada.

Respecto a los fabricantes, proyectistas y constructores, se les hacía responsables en el proyecto de ley de la calidad de los materiales, del diseño y de la construcción, en que hubieran intervenido, y de los perjuicios que se causaren a terceros. Finalmente, se determinó que los proyectistas serían responsables por los errores en que hayan incurrido, si de éstos se habían derivado daños o perjuicios. Sobre los constructores, se estableció que sin perjuicio de lo establecido en el N° 3 del art. 2003 del Código Civil, serían responsables por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran interponer contra proveedores, fabricantes y subcontratistas.

Por su parte, respecto a las personas jurídicas, se buscaba hacerlas solidariamente responsables con el profesional competente que actuara por ellas respecto de vicios de construcción o errores de diseño, respectivamente, de las obras que se les hubieren encomendado y de los perjuicios que con ello se causaren a terceros. Sin embargo, finalmente se estableció que las personas jurídicas serán solidariamente responsables con el profesional competente que actúe por ellas como proyectista o constructor respecto de los señalados daños y perjuicios.

b. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.016.

Esta ley tenía como objetivo perfeccionar las disposiciones de la ley anterior, diferenciando los casos de prescripción según el tipo de desperfecto, acotando los daños respecto a los cuales se respondía (ya que la ley anterior establecía que se respondía de “todos los daños o defectos”), y limitar la responsabilidad del propietario primer vendedor, al disponer que no responde o no le son imputables los defectos o

fallas que se presenten con ocasión de trabajos de adecuación, ampliación o transformación efectuados en la propiedad.

Finalmente, se introdujeron modificaciones en el artículo 18, al agregarse un inciso primero que señala que “en el caso de que la construcción no sea transferida, esta responsabilidad recaerá en el propietario del inmueble respecto de terceros que sufran daños o perjuicios como consecuencia de las fallas o defectos de aquella”. Por su parte, las acciones para hacer efectiva las responsabilidades del artículo 18 finalmente fueron diferenciadas, con plazos de prescripción diferentes:

1. En el plazo de diez años, en el caso de fallas o defectos que afecten a la estructura soportante del inmueble.

2. En el plazo de cinco años, cuando se trate de fallas o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones.

3. En el plazo de tres años, si hubiesen fallas o defectos que afecten a elementos de terminaciones o de acabado de las obras.

4. En los casos de fallas o defectos no incorporados expresamente en los numerales anteriores o que no sean asimilables o equivalentes a los mencionados en éstos, las acciones prescribirán en el plazo de cinco años.

c. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.703.

Esta ley buscaba, en lo relevante, determinar con precisión las responsabilidades específicas de cada uno de los involucrados en el proceso de construcción, ya que “la normativa vigente no clarifica en qué respecto es responsable cada uno de ellos”¹³¹,

¹³¹ Mensaje de proyecto de Ley. Historia de la Ley N° 19300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p.8. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 23 de diciembre de 2018].

incluyendo al arquitecto, profesional a cargo del cálculo estructural y el estudio de suelos, y el inspector técnico de obra.

d. Análisis de historia legislativa del artículo 18

Es indudable que los daños que pueden producirse, sea para el propietario que encargó directamente la construcción, sea para los que la van a adquirir, sea para los distintos terceros que accidentalmente tienen alguna relación con ella, pueden ser de gran entidad, y además difíciles de prevenir e imputar. Es comprensible, entonces, que los legisladores se hayan mostrado atentos a configurar normas especiales de responsabilidad para obtener la reparación de los daños causados por las actividades de construcción de edificios.¹³² Como se puede apreciar, de la historia de la ley del artículo 18 no se entregan mayores luces para los fines de la presente tesis.

Sin embargo, se pueden analizar tres cuestiones en particular: la hipótesis en sí misma de responsabilidad, el bien protegido, y la distinción entre los plazos de prescripción.

Sobre lo primero, al propietario primer vendedor se le hace responsable de “todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos en ella, sea durante su ejecución o después de terminada”; al arquitecto y al profesional que realice el proyecto de cálculo estructural se les hace responsables de “cumplir con todas las normas legales y reglamentarias aplicables a dicho proyecto y por los errores en que haya incurrido en el ejercicio de sus funciones, si de éstos se han derivado daños o perjuicios”; a los constructores, por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos. Como se ve, se hace responsable a todos de los perjuicios respecto de los

¹³² Ibid., pp 827.

cuales tienen un ámbito de control, es decir, de su especialidad en específico. La única salvedad es con el propietario primer vendedor (que podría ser, por ejemplo, una inmobiliaria), cuya fundamentación sería en este caso la doctrina del riesgo provecho.

Lo anterior se liga con el bien protegido: la finalidad misma de las construcciones es vivir o habitarlas, por lo que volvemos al criterio considerado en la aplicación de plaguicidas: valoración social de la actividad potencialmente afectada, como es en este caso la vivienda (o el habitar un inmueble).

Por último, sobre los plazos de prescripción: la distinción entre los plazos se basa en la gravedad de cada defecto, ya que no es lo mismo un defecto constructivo en un pilar de la casa a una terminación de una esquina, y se podría inferir una fundamentación el riesgo debido a que se protege con mayor extensión de tiempo a la víctima frente a aquellos daños que pueden ser de mayor magnitud.

Mayores conclusiones no se pueden plantear al respecto.

E. TRATAMIENTO NORMATIVO EN PARTICULAR. CUERPOS NORMATIVOS QUE EMPLEAN CONCEPTO DE RIESGO.

1. “DAÑO AMBIENTAL”: LEY N° 19.300, SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIOAMBIENTE.

i. Información sobre la ley.

Ingresado como mensaje por el Presidente de la República, bajo el nombre “Proyecto de Ley de Bases del Medioambiente”, se fundaba en la necesidad de definir una política, permitir contar con una adecuada legislación, y crear una institucionalidad, todo de carácter ambiental: “darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (...) crear una institucionalidad que permita a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos (...) y crear los instrumentos

para una eficiente gestión del problema ambiental, de modo que se pueda dar una adecuada protección de los recursos naturales”¹³³.

Se fundaba en distintos principios, dentro de los que destaca, para efectos de la presente tesis, el principio de “responsabilidad”, por el cual se pretendía que “los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado. En consecuencia, el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse ‘responsabilidad por daño ambiental’. Esta exige, la infracción de las normas ambientales. Por otra parte, el sistema de sanciones pecuniarias refuerza fundamentalmente el sistema de responsabilidad para los infractores a las normas”¹³⁴.

Su discusión fue bastante larga. Ingresó con fecha 14 de septiembre de 1992, y fue publicada como ley de la República el 9 de marzo de 1994.

Dada la gran extensión de la presente ley (que se explica por su carácter de “Ley de Bases”), el siguiente análisis se centra en la variación que existió, junto con la discusión subyacente a ella, respecto al estatuto de responsabilidad aplicable.

ii. Breve mención de estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

La particularidad que tiene la presente ley es que, a diferencia de otras legislaciones, consagra en sus artículos 3 y 52, el estatuto de responsabilidad subjetivo o por culpa, ya que requiere una acción “culpable o dolosa” que cause daño ambiental.

¹³³ Mensaje de proyecto de Ley. Historia de la Ley, N°19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

¹³⁴ Ibid., p. 10.

En concordancia con lo anterior, establece una presunción de culpa en su artículo 53, a “presumir legalmente la responsabilidad” si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

iii.Historia de la ley:

En el mensaje del Proyecto de Ley se refería reiteradamente a la responsabilidad a establecer. Conforme al artículo 40 del proyecto original ingresado, se sometía el nacimiento de la “responsabilidad por daño ambiental” a “la infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”. Este requisito no se establecía ni en el artículo 3 (que planteaba que “todo el que causa daño al patrimonio ambiental estará obligado a repararlo”), ni en el artículo 40 (que decía que “todo el que dolosa o culpablemente cause daño al medio ambiente, deberá responder en conformidad a la presente ley, sin perjuicio de que en todo lo no contrario a las disposiciones regía el título XXXV del Libro IV del Código Civil). Lo anterior, generó confusión en la discusión, ya que mientras algunos entendían que se establecía un estatuto de responsabilidad objetiva, otros sometían la indemnización a que se infringiera una norma previamente establecida.

En el Primer Informe de la Comisión de Salud se modifica inmediatamente la redacción del artículo 3 original (que pasó a ser artículo 4), argumentando que “se incorporó el principio de responsabilidad subjetiva que rige en nuestro derecho”¹³⁵,

¹³⁵ Primer Informe de Comisión de Salud. Primer Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p. 42. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

junto con modificar el artículo 40 (que pasó a ser artículo 43), argumentando que “fue modificado en el sentido de sustituir la idea de que la responsabilidad nace por la infracción de las normas de carácter ambiental, siguiendo el denominado principio de responsabilidad objetiva, por una presunción en virtud de la cual la persona de que se trate se presume responsable si el daño ambiental tiene lugar por infracción (...)”¹³⁶. Se buscaba dejar consignado que se respondía por un “actuar doloso o culpable” y no por la infracción a una norma, lo que podía conllevar a que se produjeran daños exentos de responsabilidad por haber estado el actuar dentro de “la legalidad”.

La discusión versó dentro del Senado sobre modificaciones meramente formales, pero siempre en base al estatuto de responsabilidad por culpa.

Ya en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, se modifica totalmente el enfoque. En el primer Informe de la Comisión de Recursos Naturales plantean que “una de las disyuntivas presentes en el momento de su elaboración fue la de optar por el sistema de responsabilidad ‘objetiva’ el cual no exige la concurrencia de culpa o dolo como elemento de dicha responsabilidad, o bien por el de responsabilidad ‘subjetiva’, que sí exige su concurrencia. Atendido el hecho de estar fuertemente arraigado en nuestra realidad el elemento subjetivo del dolo o la culpa, se estimó en el Senado que un avance gradual hacia un sistema general de responsabilidad sin culpa u objetiva, en una primera fase, seguir con el modelo tradicional, pero acercándose en sus efectos al modelo objetivo a través del mecanismo de las presunciones. También se consideró de especial relevancia no retroceder en aquellas áreas de la legislación ambiental que han avanzado hacia la responsabilidad objetiva, como, por ejemplo, la Ley de Navegación (...) Sin embargo (...) no sería la respuesta jurídica adecuada para un nuevo ordenamiento jurídico ambiental. De este modo, se propone someter esta responsabilidad al sistema de responsabilidad objetiva

¹³⁶ Ibid., p.54.

o ‘por riesgo’, propugnado por la doctrina que hoy surge con fuerza en el mundo, *como instrumento de contención al desequilibrio producido por la inadvertencia oportuna de una política de defensa al medioambiente*”¹³⁷ (énfasis añadido).

Al respecto, en el Primer Informe de la Comisión de Hacienda, se plantea que “este criterio (responsabilidad subjetiva) no fue compartido por vuestra Comisión, que propone, en cambio, un sistema objetivo de responsabilidad, siguiendo la tendencia de legislaciones más avanzadas en la materia y ya recogida en algunos cuerpos legales y tratados ratificados por Chile. A vía meramente ejemplar, se puede citar el decreto ley N° 2.222 (...)”¹³⁸.

Si bien se discutió en este trámite si efectivamente se consagraba una responsabilidad objetiva, a raíz de que se mantuvieron las presunciones legales por infracción a disposiciones normativas, que, en principio significarían “presumir culpa o dolo”, se llegó al consenso de que se debía establecer un sistema objetivo.

Ya en el tercer trámite constitucional, al reingresar el proyecto de ley al Senado, éste rechaza las modificaciones de criterios respecto a la responsabilidad, argumentando que se debe “mantener el criterio subjetivo, principio general consagrado en el Derecho Civil Chileno”¹³⁹. Lamentablemente no se consignan mayores razones para ello.

¹³⁷ Primer Informe de Comisión de Recurso Naturales. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p 18. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

¹³⁸ Informe Comisión de Hacienda. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p. 62. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

¹³⁹ Informe Comisión de Medioambiente. Tercer Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N° 19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p. 21. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

A raíz de la discrepancia anterior, el proyecto de ley pasó Comisión Mixta (cuarto trámite constitucional), donde finalmente primó el criterio subjetivo. Buscando en la historia de la ley las razones para ello, no se consigna más que “la mayoría de la Comisión mantuvo su posición en torno a consagrar en esta materia el principio general consagrado en nuestro Derecho Civil de responsabilidad subjetiva, pronunciándose por rechazar esta modificación (la de la cámara de diputados). De acuerdo con la posición minoritaria resulta *preferible mantener el criterio de la H. Cámara de Diputados, para que el sistema de responsabilidad sea efectivo y cumpla el propósito para el cual se establece, esto es, reparar y sancionar*. Ello, tomando en consideración básicamente que la prueba de la intencionalidad con que el autor del daño ha actuado puede ser de suyo difícil. En definitiva, vuestra Comisión se pronunció por acoger el texto del Senado (...) prefiriendo mantener el criterio seguido en el primer trámite constitucional, en el sentido de que la responsabilidad debe basarse en un criterio subjetivo, *principio general consagrado en el Derecho Civil Chileno*”¹⁴⁰ (énfasis añadido).

iv. Análisis de historia de la ley.

Como se puede apreciar, existió una variación en el estatuto consagrado en la ley estudiada. Al parecer, no se fundamentó en un comienzo en el riesgo que significan determinadas situaciones para el medioambiente, sino que en facilitar la indemnización ante la dificultad de probar la “culpa o dolo” de quién produjo el daño. Lamentablemente no existe constancia de la discusión, en extenso, por lo que tampoco se otorgan mayores luces para efectos de la presente tesis.

Por tanto, corresponde hacer un trabajo de inferencia a partir de lo expuesto.

¹⁴⁰ Informe Comisión Mixta. Cuarto Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N° 19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, p. 18. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

En primer lugar, cabe destacar que en la actualidad el medioambiente es considerado un bien jurídico que merece protección, lo que se grafica en Chile con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 que resguarda “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y establece para el Estado “el deber de velar para que este derecho no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”¹⁴¹.

Por medio de la disposición de la Constitución Política de la República se establece, por un lado, un derecho subjetivo público, y por otro, un deber estatal. Luego se establece una limitación típica al derecho de propiedad en el N° 24 del Artículo 19 de la Constitución, que se concreta en la posibilidad de que la ley especifique esas limitaciones a la propiedad por la función social que le corresponde, derivada en este caso de la exigencia de “conservación del patrimonio ambiental”.

Se podría argumentar por tanto, que surge el criterio de “valor social de la actividad posiblemente afectada”, lo que explicaría incluso la calidad de bien jurídico que tiene el medioambiente en la actualidad, que tiene incluso su rama del derecho propia, como es el derecho ambiental, y la dictación de distintas leyes para su protección, como la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

Sobre este punto, destacamos los planteamientos de Christian Rojas¹⁴². Este autor realiza un análisis sistémico de la regulación medioambiental, planteando que actualmente el riesgo se erige como el centro de las preocupaciones del derecho ambiental. Así, esta disciplina se adscribía, en sus primeros desarrollos, a las técnicas de propias de la policía administrativa: regulación, autorización, ordenación,

¹⁴¹ BARROS, Op. Cit., p. 787.

¹⁴² ROJAS, Christian. 2014. Los riesgos, las funciones del derecho ambiental a éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 43 (2), p.559.

inspecciones y sanciones, herramientas desajustadas a la realidad al operar en torno a conceptos no vigentes¹⁴³.

Plantea el autor que tradicionalmente, en cuanto a policía administrativa se refiere, el concepto clave era el orden público, y no sólo en el ámbito de seguridad, sino que económico, sanitario, salubridad, entre varios más. Este concepto admite un nivel cero, un nivel pleno de orden público, que es el objetivo final de la policía administrativa, siendo común a ello la idea y expresión de mantenimiento o, en su caso, restablecimiento. Sin embargo, este enfoque en materia de riesgos es absolutamente irreal, toda vez que no es posible aspirar a un riesgo cero¹⁴⁴.

Con relación a los riesgos, la única decisión está en la opción entre riesgos: optar entre dos riesgos, con mayores o menores contaminaciones, con mayores o menores costos financieros, con mayores o menores afecciones a la salud o seguridad o bienes de una persona, o de un colectivo o de toda la población, en un panorama donde los factores son múltiples¹⁴⁵.

Por otro lado, en relación al antiguo sistema de policía, éste se había desarrollado frente a posibles agresiones al orden público, político, económico, sanitario, forestal, agrícola, etc.; todo el sistema se basaba en la idea de que las agresiones se producían al margen de la ley. Pero los riesgos tecnológicos generados con el desarrollo industrial y todo el desarrollo tecnológico reciente, no tienen ya como criterio central de referencia y valoración la legalidad. Los problemas del derecho ambiental no son problemas que se planteen con relación a actuaciones clandestinas, sino que problemas que se

¹⁴³ Ibid., p.563. Interesante sobre este punto es la visión que tiene el autor sobre el concepto de “riesgo” diferenciándose de “peligroso”. Este último es de origen natural, sin ningún tipo de intervención del hombre, mientras que el en el primero, el daño se atribuye o es consecuencia de una decisión humana.

¹⁴⁴ Loc. Cit.

¹⁴⁵ Ibid., p. 564.

presentan al medioambiente de situaciones que se ajustan plenamente a la legalidad, y aún así, puede producir y generar riesgos y daños ambientales.¹⁴⁶

Dos ideas destacan del planteamiento del autor: la impredecibilidad de los daños, y que éstos se pueden producir incluso cumpliendo con todas las normativas señaladas en la ley, es decir, cumpliendo con el estándar de cuidado debido.

Sin embargo, a pesar de todo lo planteado, en Chile se optó por la aplicación del sistema de responsabilidad por culpa, con el establecimiento de presunciones.

2. “DAÑOS PRODUCIDOS POR PRODUCTOS OFICIALMENTE DECLARADOS PELIGROSOS”: LEY Nº 19.496, SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

i. Información sobre la ley.

La ley ingresó como Mensaje del Presidente de la República, con fecha 21 de agosto de 1991, número de boletín 446-03. En él, reconociendo la experiencia internacional en materia de consumidor, se plantea que la competencia como mecanismo de regulación de los intereses entre proveedores y consumidores es perfectible, cuestión que es responsabilidad del Estado, sobre todo buscando cautelar los intereses de grupos no organizados como los consumidores.

En ese contexto, dentro de sus finalidades más importantes, como precisar las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, desconocer el valor a cláusulas abusivas y cautelar el derecho a la información de los consumidores, y se buscaba garantizar “el derecho de los consumidores a que los bienes y servicios que se ofrezcan

¹⁴⁶ Ibid., p. 565.

en el mercado estén exentos de riesgos para la salud o seguridad de los consumidores”¹⁴⁷.

También tuvo una larga discusión legislativa, lo que justifica su publicación el 7 de marzo de 1997.

Para efectos de la presente tesis, solamente será analizado los cambios legislativos y discusiones respecto al concepto de “productos y servicios peligrosos”, presente en el título III, párrafo V, de la ley.

ii. Breve mención al estatuto de responsabilidad establecido en la ley:

En la Ley N° 19.496 se pueden observar distintos tipos de responsabilidad.

En primer lugar, la denominada “responsabilidad por incumplimiento”, que contiene dos formas de responsabilidad: la responsabilidad por incumplimiento de la garantía legal, y la responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional del artículo 23 de la ley¹⁴⁸. La primera tiene naturaleza contractual, derivada del incumplimiento del contrato que existe entre el proveedor y el consumidor. Por su parte, la segunda tiene naturaleza extracontractual, ya que supone la violación de un deber jurídico no contractual¹⁴⁹, con condición de que el daño producido fue causado en contravención a una conducta previamente establecida por la ley.

Otro ámbito de responsabilidad extracontractual es por el uso de productos “peligrosos”. Siguiendo al profesor Corral, producto peligroso sería aquel que “por su

¹⁴⁷ Mensaje de ingreso de Proyecto de Ley de protección a los Consumidores. Primer Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.496, de protección de los Derechos de los Consumidores, p.4. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

¹⁴⁸ CORRAL, Hernán. 2006. La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de protección de los Derechos del Consumidor. En: BARAONA, J. y LAGOS, O. (Edits), La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Santiago de Chile Cuaderno de Extensión Jurídica. U. de los Andes (12), p. 96.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 8.

naturaleza presenta riesgos para la salud o el patrimonio de los consumidores¹⁵⁰, pero que no necesariamente es inseguro si se ofrecen advertencias sobre la forma en que debe ser correctamente manipulado para evitar que cause daño¹⁵¹ diferenciándose del concepto de producto defectuoso, ya que este “no es simplemente el producto que tiene una falla que le impide servir para el uso al que se le destina. Es aquel que no ofrece la seguridad que el consumidor o el usuario puede legítimamente esperar en cuanto a la protección de su vida, su salud o las cosas del patrimonio diversas del producto que adolece del defecto. No es la plancha que no calienta porque tiene una resistencia quemada. Es la plancha que explota y hiere a la persona que la usa y produce la destrucción de su casa por el incendio que genera.”¹⁵²

Respecto al producto peligroso, existirían, a juicio del mismo autor, dos regímenes de responsabilidad extracontractual: (i) por culpa presunta; cuando el consumo de un producto declarado peligroso o tóxico produzca daños o perjuicios, el perjudicado podrá hacer valer la responsabilidad solidaria que el artículo 47 de la ley atribuye al productor, importador y primer distribuidor, y en cuyo caso el demandante deberá probar el daño, la peligrosidad del bien, y la relación de causalidad entre el uso o consumo y el perjuicio. Respecto de la peligrosidad, la ley ha exigido que ésta conste previamente mediante una declaración ya sea judicial o determinada por las autoridades competentes mencionadas por las normas especiales que regulan la provisión de estos bienes; (ii) por culpa probada, y según las reglas generales de responsabilidad extracontractual, por los denominados “riesgos de desarrollo”, que son aquellos defectos que no son detectables al tiempo de ingresar el producto en el mercado pero que se descubren con posterioridad por el avance de los conocimientos

¹⁵⁰ Ibid., p. 9

¹⁵¹ Ibid., p. 1.

¹⁵² Ibid., p. 2.

científicos o tecnológicos¹⁵³, en cuyo caso el proveedor debe poner sin demora dichos peligros en conocimiento del consumidor, y en caso de que no lo haga, se hace responsable de los daños y perjuicios que se produzcan.

Cabe destacar una diferencia acá, del tratamiento que se le da a los productos defectuosos. Si bien el profesor Corral le hace aplicable la responsabilidad establecida en el artículo 23 de la Ley de Protección al Consumidor,¹⁵⁴ el profesor Barros asimila el concepto a “productos potencialmente peligrosos” y le hace aplicable el estatuto de responsabilidad civil extracontractual con la presunción de culpa establecida en el art. 47 de la Ley de Protección al Consumidor¹⁵⁵.

iii.Historia de la ley:

El proyecto de ley en su artículo 4 consagraba un catálogo de derechos del consumidor, dentro de los cuales se encontraba el “derecho a la seguridad en el consumo de bienes y servicios”. En ese contexto, se desarrolló en el proyecto el capítulo V denominado “disposiciones aplicables a los productos y servicios peligrosos”, con normas que obligaban a que los bienes y servicios que se ofrecían en el mercado debían estar exentos de riesgos para la salud o seguridad de los consumidores; incorporar por el proveedor de bienes y/o servicios peligrosos advertencias o indicaciones necesarias para que en su empleo se utilice extrema precaución; que si con posterioridad a la introducción de un bien o servicio al mercado se percataran de la existencia de un peligro se pusiera sin demora en conocimiento del SERNAC o autoridad competente,

¹⁵³ Ibid., p. 10.

¹⁵⁴ CORRAL, Op. Cit., p.96; CORRAL, Hernán. 2013. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p.266.

¹⁵⁵ BARROS, Op. Cit., p. 757 y ss. En efecto, el autor plantea que “la Ley de consumidores no contiene reglas generales sobre responsabilidad por productos defectuosos”, y luego de explicar las normas que regulan los productos potencialmente peligrosos y determinar que les aplica una presunción de culpa, vuelve a referirse al concepto de producto defectuoso con igual tratamiento legal.

y que comprobada la peligrosidad o toxicidad de un producto o servicio, en niveles considerados como severamente nocivos para la salud o integridad física de las personas, los daños y perjuicios serían de cargo solidario del productor, importador y primer distribuidor o del prestador de servicio.

En el Primer Informe de la Comisión de Economía, en el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, se discutió la necesidad de incorporar estas normas ya que existían similares en el Código Sanitario y su reglamento, cuestión que fue desechada al no existir finalmente controversia entre ambas normas¹⁵⁶. Estas normas no fueron mayormente discutidas posteriormente en la Cámara.

En el Segundo Trámite Constitucional en el Senado, en el primer informe de la Comisión de Economía, consta la valoración de dichas normas, al plantearse que era “una novedad en nuestra legislación el establecimiento del principio de que los productos o servicios que se transan en el mercado deben estar exentos de riesgos para el consumidor. El tema de la seguridad en el consumo es un tema recurrente hoy, no sólo en Chile, sino que, en todo el mundo, y ésta es una materia respecto de la cual tampoco hay normas específicas. Si bien existen disposiciones en el Código Sanitario o preceptos en algunos otros cuerpos legales específicos como podrían ser la ley eléctrica o la ley del gas, respecto a ese tipo de servicios que pueden entrañar un riesgo, no está en nuestro Derecho recogido el principio general de que los productos o servicios que se ofrecen en el mercado deben estar exentos de riesgos para el consumidor y lo que la ley hace, desde este punto de vista, no es introducir mayor maraña administrativa, sino que simplemente establecer un principio general mediante el cual se reconoce el derecho a la información previa que deben tener los consumidores, en relación con el

¹⁵⁶ Primer Informe de Comisión de Economía. Primer Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.496, de protección de los Derechos de los Consumidores, p.4. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

riesgo potencial de los productos que se venden en el mercado o subsidiariamente, en el caso de que un producto sea introducido en el mercado y entrañe un riesgo no previsto originalmente por el productor, la obligación correlativa para el productor o distribuidor de poner en conocimiento de los consumidores y de la autoridad competente aquellos riesgos ocultos o no previstos originalmente”¹⁵⁷. A pesar de lo anterior, prevaleció en la Cámara la idea de suprimir en su totalidad dichas normas, al existir regulación especial sobre la materia como por ejemplo el Código Sanitario. No constan más razones que eso.

Ya en el Tercer Trámite Constitucional, al volver el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, en ella se insistió sobre las normas, planteándose que “se pretende disminuir al máximo el posible peligro que pudiese significar colocar un producto en el mercado que atente contra la salud o seguridad del consumidor (...) Se argumentó en el debate habido en la Comisión que estas disposiciones son necesarias ya que reemplazan la responsabilidad subjetiva, norma tradicional de nuestra legislación, por una *responsabilidad objetiva, bastante sólo probar la peligrosidad o toxicidad de un producto o servicio para que el proveedor responda por el daño causado* (...) además, se estima que se producirá un mayor cuidado por parte del distribuidor de vigilar los productos que expende (...)”¹⁵⁸ (énfasis añadido).

Al existir discrepancia por estas normas, junto con otras más que exceden la finalidad de la presente tesis, el proyecto de ley pasó a Cuarto Trámite Constitucional,

¹⁵⁷ Informe de Comisión de Economía. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N°19.496, de protección de los Derechos de los Consumidores, p.7. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

¹⁵⁸ Informe de Comisión de Economía. Tercer Trámite Constitucional. Historia de la Ley, N° 19.496, de protección de los Derechos de los Consumidores, p.8. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018].

a Cámara Mixta. En ella finalmente se determina mantener las normas de seguridad en el consumo de productos y servicios, lamentablemente sin mayor discusión.

iv. Análisis de historia de la ley.

Como se puede apreciar de la historia de la ley reseñada, criterios para determinar que un producto o servicio es “peligroso” no fueron considerados en la tramitación de la ley. Se empleó el concepto sin mayor análisis ni determinación, en el sentido natural de que el producto o servicio “puede producir daño”. Se mencionó por un honorable en discusión en sala en la Cámara de Diputados, al argumentar en contra de la legislación especial que existía a la época y que fundamentaba que no se regulara en esta ley, que no se contemplaban características que hacían un producto peligroso como “inflamabilidad, explosividad, emanaciones tóxicas, descargas eléctricas, etc.”, pero estos criterios no fueron considerados ni discutidos.

Dado lo anterior, corresponde hacer un análisis e inferencias a partir de lo poco que se puede extraer en la tramitación de la ley.

Nuevamente se ve el concepto de “producto peligroso”, un elemento que intrínsecamente puede producir daños, ya que por sí mismo produce riesgo en su utilización. Se mencionaron en la historia de la ley características que, a pesar de no ser consideradas, dan luces de elementos que fueron considerados por el legislador. Todas estas conllevan a que el producto pueda producir daños a las personas y bienes, ya sea problemas a la salud como destrucción de estructuras.

Se ve, por tanto, para considerar la “actividad” como peligrosa (en el sentido de utilización de dichos elementos), la evidente probabilidad que tienen de causar daños. Se verifica también la gravedad de los daños que se pueden producir (al mencionarse por ejemplo la toxicidad se pueden mencionar las mismas conclusiones presentadas ante la actividad nuclear), junto con la extensión que éstos pueden tener (al

mencionarse la característica de ser inflamabilidad y explosividad, ya que puede estallar o quemarse, provocando daños no solo a la persona que maneja el objeto sino que también al espacio físico donde se ubica).

CAPÍTULO IV: TRATAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA CHILENA.

A. GENERALIDADES

Si bien la finalidad del presente trabajo no dice relación con hacer un estudio de toda la jurisprudencia existente en materias de responsabilidad civil vinculadas con actividades peligrosas, nos parece muy interesante revisar qué han dicho los tribunales superiores de justicia a nivel nacional respecto de estos temas, algo que, en parte, ya ha sido revisado por autores citados anteriormente. Por otro lado, es importante revisar los pronunciamientos desde la óptica de los fines de esta investigación, es decir, revisar los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia en temas de responsabilidad civil vinculados con actividades que han sido o pueden considerarse como peligrosas, y ver en primer lugar si existe alguna fundamentación a la hora de categorizar una actividad particular como tal, o quizás existe alguna justificación de un tratamiento jurídico diferenciado o en definitiva se trata de una diferenciación arbitraria.

En cuanto a la metodología de selección de los fallos, en primer lugar realizamos una exhaustiva revisión de la jurisprudencia que ha sido mencionada por la doctrina nacional a la hora de tratar las actividades peligrosas, ya sea en casos de culpa infraccional o, por otro lado, aquella que ha tratado a las actividades peligrosas a raíz de la presunción de culpa del artículo 2329, ya sea por su anormal peligrosidad o en la variante relativa a la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*. En segundo lugar, y una vez analizados los aspectos sustantivos de dichos fallos, decidimos hacer una búsqueda propia considerando los mismos parámetros que aparecían con frecuencia en dichos fallos, pero esta vez relacionada con jurisprudencia más reciente (posterior al año 2010).

Con posterioridad a dicha recopilación, se procedió a realizar una selección dentro de todo el material, considerando aquellos fallos que a nuestro juicio sirven según los fines de esta investigación. Finalmente, optamos por ordenarlos cronológicamente, y realizar la clasificación de acuerdo a lo que a nuestro criterio realiza la jurisprudencia, ya que en muchos casos se utilizan términos equivocados, y en otros no existe uniformidad en la apreciación por parte de la doctrina en su categorización.

B. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CULPA INFRACCIONAL EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

Respecto a los casos de culpa infraccional, si bien originalmente no fueron considerados por nuestra parte, en la medida que avanzamos en la investigación resultaron particularmente relevantes, en primer lugar, porque en búsqueda de casos de responsabilidad estricta en actividades peligrosas, identificamos que es muy difícil encontrar casos judiciales que explícitamente hagan referencia a dichas hipótesis, por cuanto se trata de hipótesis que son ampliamente reguladas y que como sabemos requieren de una fuente legal explícita para ser declarados. Por tanto, no existen mayores discusiones judiciales al respecto, lo que no ocurre en los casos de culpa infraccional, porque precisamente por ser necesario el concepto de culpa son más ampliamente discutidos.

1. Meza con Merico Ceballos (1905): Corte Suprema, 22 de septiembre de 1905¹⁵⁹.

Este fallo ha sido citado por los profesores Barros¹⁶⁰ y Tapia¹⁶¹, como un ejemplo de la aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio por tratarse de una

¹⁵⁹ C. Suprema, 22 de agosto 1905. R.D.J., III., p. 125.

¹⁶⁰ BARROS, Op. Cit., p. 148.

¹⁶¹ TAPIA, Op. Cit., p. 700.

actividad considerada como peligrosa, en este caso de bastante data. Se trata de un trabajador que en la época de las salitreras cae a un “cachucho”, estanques de gran capacidad usados generalmente en este tipo de faenas para almacenar agua con salitre hirviendo. El trabajador posteriormente muere.

Nos parece que está más vinculado a un caso de culpa infraccional, lo cual puede ser una respuesta natural del ordenamiento jurídico ante la peligrosidad de una actividad.

El fallo que nos interesa es principalmente el de segunda instancia, cuya casación en el fondo es rechazada posteriormente por la Corte Suprema. Éste señala que “es un hecho reconocido por el demandado que algunos operarios han caído a los cachuchos de salitre hirviendo, y aunque atribuye estas caídas a temeraria imprudencia de las víctimas, el reconocimiento queda en pie y atestigua el grave peligro en que se encuentra la vida de los trabajadores que se dedican a esta clase de labores” (Considerando noveno). Este caso tiene además la particularidad de que la sentencia señala que este tipo de accidentes era de bastante frecuencia en la época, lo que llevó a la dictación de un decreto por parte del intendente de Tarapacá en el año 1903 el cual disponía “entre otras cosas, que los cachuchos deben ser cubiertos con rejas protectoras u otro sistema de defensa que impida la caída del operario, fundándose este decreto en que continuamente se denuncian a la intendencia los accidentes desgraciados que ocurren a los trabajadores de la pampa en las máquinas elaboradoras de salitre, particularmente en los cachuchos de las oficinas respectivas”. Así finalmente concluye el fallo que “permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando éstos no están defendidos por rejas protectoras

importa negligencia de parte del dueño de la oficina o de su administrador” (considerando décimo primero)¹⁶².

En este caso entonces no es tan clara la aplicación de una presunción de culpa propiamente tal, como señalan los autores, sino que más bien dice relación con la acreditación un tanto indirecta de la culpa por parte de los demandantes, una culpa infraccional si se quiere. Pero no deja de ser relevante la idea de que la peligrosidad de la actividad reconocida por el demandado y por las autoridades de la época, lleva a que quien crea dicha actividad y se aprovecha de la misma, siendo sumamente riesgosa por ser el empleador en este caso, está obligado a tomar medidas de seguridad más altas que en actividades que no llevan en sí mismas una probabilidad tan alta de ocasionar daño, o que cuyo daño sea tan grande para las persona o en las cosas, es decir, se va expresamente más allá del estándar normal de cuidado.

2. Reinal Barriga con Gasco Concepción S.A. (1998): Corte Suprema, 3 de noviembre de 1998¹⁶³.

Este fallo es uno de los más citados por la doctrina nacional¹⁶⁴ como paradigmático de la aplicación de una presunción de culpa de por el hecho propio relacionado con actividades peligrosas o por una peligrosidad desproporcionada. Específicamente el caso se refiere a la prestación del servicio de gas de cañería en un domicilio particular, donde producto de una fuga por el mal estado de éstas se produjo la muerte de dos ancianos y un menor que habitaban dicho inmueble.

A la hora de desmenuzar el contenido de los fallos relativos a dicho caso, es preciso señalar que el de primera instancia se centra en señalar las normas legales infringidas por el demandado, particularmente las normas sectoriales relativas a la

¹⁶² C. Suprema, 22 de agosto 1905. R.D.J. III, p. 127.

¹⁶³ C. Concepción, 10 de agosto del 2000. F. D. M., N° 481. p. 38.

¹⁶⁴ BARROS, Op. Cit., p. 191, TAPIA, Op. Cit., p. 700; y SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 125.

entrega del servicio de gas. Posteriormente el fallo de la Corte de Apelaciones expresamente señala en su considerando séptimo que “Una interpretación adecuada del artículo 2329 del Código Civil debe llevar a la conclusión de que contiene una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas respecto al que las desarrolla, como muy bien lo señala Carlos Ducci Claro en su libro de responsabilidad civil (Editorial Jurídica de Chile, página 100)”, agregando posteriormente en su considerando noveno que “La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido reiterativa en cuanto a establecer una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de actividades peligrosas, concordando con la opinión de los tratadistas, como es el caso del profesor Ducci, y por ello el artículo 2329 es aplicable cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse dejado de cumplir un deber (como en el caso en estudio) y que tal omisión es susceptible de perjudicar a terceros. En consecuencia, la presunción se aplicará con relación a los daños producidos por las actividades peligrosas porque esos daños pueden imputarse a negligencia del que las ejercita”¹⁶⁵.

Es importante señalar que el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción marca igualmente que la carga de descargar dicha presunción recaería, como es de toda lógica, en el demandado, ofreciendo como alternativa la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, el hecho culpable de un tercero o la culpa de la víctima (considerando décimo).

Finalmente, la Corte Suprema señala que no se ha infringido por la Corte de Apelaciones la aplicación del artículo 2329 al establecer una presunción de culpa porque se ha acreditado en la oportunidad procesal correspondiente la culpa del demandado en la vigilancia y cuidado de la distribución de gas. Ello matiza la aplicación de la presunción de culpa, pero no matiza el tratamiento particular que

¹⁶⁵ C. Concepción, 10 de agosto del 2000. F.D.M. N°481. Considerando séptimo.

requiere una actividad que es en sí misma peligrosa, algo que puede refrendarse en la abundante normativa que la regula como en los mismos fallos que en este caso se señalan. Más allá de no existir claridad en la aplicación de la presunción porque evidentemente existe actividad probatoria de las partes, la Corte menciona precisamente la doctrina que considera que las actividades peligrosas merecen un tratamiento especial, que en este caso se vincula con la magnitud del daño a causar y con el beneficio social que implica además la actividad porque se trata de un servicio público de alta necesidad, como es el suministro de combustible, que por el riesgo que implica tiene además una extensa regulación.

3. Lira, Aspillaga y otros con Shell Chile Sociedad Anónima Comercial e Industrial. (2008): Corte Suprema, 29 de enero de 2008¹⁶⁶.

Este caso también ha sido señalado por alguna parte de la doctrina nacional¹⁶⁷ como un caso de aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio. Otra parte, específicamente el profesor Joaquín Polit¹⁶⁸, ha señalado que en este caso la Corte Suprema explícitamente ha negado la aplicación de una presunción general de culpa por el hecho propio. Se trata entonces de un caso que es complicado de clasificar, que de hecho las Cortes han rebatido pero que nos parece que, en virtud de los argumentos vertidos en ellos, se acerca más a una aplicación de la presunción de culpa por tratarse de una actividad riesgosa que de un caso de culpa probada.

¹⁶⁶ C. Suprema. 29 de enero de 2008. Disponible en Legal Westlaw Chile. Id, CL/JUR/7269/2008. [en www.westlawchile.cl].

¹⁶⁷ TAPIA, Op. Cit., p. 699 y; SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 136.

¹⁶⁸ POLIT, Joaquín. 2015. ¿Qué ha dicho realmente la jurisprudencia sobre la presunción general de culpa por el hecho propio? En: MEJÍAS C., SEVERÍN G., OLIVARES Á. (coordinadores). Estudios de Derecho Civil X- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014. Agosto 2015. Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 838.

El caso en cuestión dice relación con el choque de un camión, que transportaba combustible, con un automóvil, el cual tuvo como resultado la muerte de uno de los pasajeros de dicho vehículo.

Conviene en este caso separar los pronunciamientos de los diferentes tribunales involucrados. En primer lugar, la Corte de Apelaciones de Santiago señala respecto de la actividad desarrollada por el demandado en su considerando noveno que “no hay duda que la empresa desarrolla una actividad riesgosa que genera una responsabilidad más estricta e impone a quien la ejerce, sea de manera directa o por la mediación de un tercero, un mayor grado de diligencia o cuidado, que obliga a adoptar las precauciones previstas en las leyes y los reglamentos, como también las que la prudencia aconseja. Del tenor del artículo 2329 del Código Civil se desprende que las circunstancias en que se producen ciertos daños revelan por sí mismas la existencia de algún grado de culpa o negligencia de parte del agente, lo que explica que se establezcan ciertas presunciones de responsabilidad, que invierten el peso de la prueba, como cuando el daño deriva de haberse infringido el deber de adoptar las medidas de vigilancia tendientes a prevenir el daño.”¹⁶⁹ Habla así de una responsabilidad más estricta por tratarse de una actividad riesgosa, como también de la existencia de una previsibilidad en los riesgos propios de dicha actividad, en el sentido de señalar que “(...) el artículo 2329, el que establece una suerte de presunción de responsabilidad, el que en general reconoce dos grupos de casos: las actividades particularmente peligrosas y los casos en que el daño prima facie ha sido causado por negligencia. Al respecto Enrique Barrios Bourie, en su obra Tratado de responsabilidad extracontractual (Edit. Jurídica de Chile, 2007, págs.151 y siguientes), sostiene que la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidentes. Quien

¹⁶⁹ C. Apelaciones de Santiago. 31 de mayo 2006. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/7269/2008]. Considerando noveno.

actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto, a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable. En el derecho comparado ha sido usual que las actividades peligrosas estén sujetas a un estatuto de responsabilidad estricta. En el propio derecho chileno muchos de los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley tienen por antecedente la peligrosidad natural de la actividad desplegada por el agente del daño¹⁷⁰.

Se hace entonces un tratamiento de una actividad que es considerada riesgosa advirtiendo también las diferentes interpretaciones del artículo 2329, pero lo que es particularmente relevante dice relación con que la peligrosidad de la actividad es considerada como la explicación más razonable, o prima facie como señala la sentencia, así como también, que dicha peligrosidad eleva el cuidado que debe emplear el actor en atención precisamente a que se trata de un riesgo que sale de lo normal.

Ahora, en el caso de la Corte Suprema, ésta señala que “Relativo a la referencia que hacen los sentenciadores a que la actividad que la empresa desarrolla, es riesgosa, lo que le genera una responsabilidad más estricta y que le impone un mayor grado de diligencia o cuidado, ello constituye una reflexión que no altera el tema probatorio antes analizado, ya que no se le ha exigido, en virtud de ello prueba, para más hechos que los que ella misma reconoce debe acreditar”. Ahora, respecto del tema probatorio, la Corte señala expresamente que la demandada reconoció “su obligación de probar que cumplió con las exigencias del decreto que regule el transporte y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo (página 339) (...) Por lo tanto, aun cuando se hubiese errado en las reflexiones que hicieron los sentenciadores para explicar la actividad, que desarrollaba la demandada, no es menos cierto que ellas carecen de influencia en lo decidido, por cuanto la carga probatoria que la propia demandada reconoce como suya, fue calificada de insuficiente por los sentenciadores, lo que

¹⁷⁰ Loc. Cit.

conlleva por lo tanto a que deba asumir la responsabilidad en los hechos”¹⁷¹, poniendo de relieve así en quién debió recaer la actividad probatoria para hacer efectiva la responsabilidad.

De lo anterior se puede desprender que tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema comparten el criterio relativo a un tratamiento especial respecto de una actividad que puede ser calificada como peligrosa. Ahora, es importante señalar que es sugestivo que la Corte de Apelaciones ponga énfasis en la peligrosidad de esta actividad, en particular, que diga relación tanto con el acto de transporte de combustible por vías urbanas, como con la posibilidad de derrames, emanaciones tóxicas, inflamaciones o siniestros en procesos de carga y descarga (considerando décimo), es decir, en esta actividad (cuantitativamente) durante todo su desarrollo tiene altas probabilidades de ocasionar daños a terceros, un daño que es de gran magnitud y es por esto que se exige a quien la realiza que desarrolle una serie de actos que permitan otorgar seguridad al resto de las personas.

4. Licán Licán con Municipalidad de Temuco y otro. (2011): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2011¹⁷².

Este caso en particular se relaciona con un accidente producido en la descarga que realiza un camión en un vertedero, y nos parece que es interesante incluirlo en el análisis, puesto que si bien se trata de un caso de culpa infraccional, la Corte razona en términos de peligrosidad de la actividad y el fin de la norma en cuestión

Existe en el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco un voto disidente que hace un análisis muy interesante del riesgo que se encuentra presente en la actividad, el cual señala “Que por su lado P.R. plantea en relación al nexo causal que es el derecho

¹⁷¹ C. Suprema. 29 de enero 2008, [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/7269/2008]. Considerando décimo tercero.

¹⁷² C. Suprema. 28 de noviembre de 2011 [en www.pjud.cl]. Rol 8845-2011.

quien debe proponer un método para saber cuándo un sujeto es responsable de algo. Luego plantea que la responsabilidad ha de llegar hasta donde el curso de los hechos se ha dirigido y dominado por la voluntad del agente; es decir acciones previsibles. Por su lado F.B. señala que desde punto vista normativo debe haber una relación de suficiente proximidad (entre hecho y conducta) y no meramente accidental; Agrega que la responsabilidad es una significativa probabilidad, por lo que parece injusto que quien haya creado un riesgo sustancial sin incurrir en un cuidado debido jamás sea responsable; por ello debe tener incentivos para no crearlos. Acota que la cuestión de causalidad envuelve siempre un juicio hipotético acerca del desarrollo que habrían tenido los acontecimientos, de no haber ocurrido el hecho ilícito. Cita al efecto F.B. un fallo extranjero, -que es atinente- pues una Empresa Ferroviaria, tenía el deber de separar con rejas la línea férrea (el tren atropelló a un niño). Si bien es frecuente que las normas legales persigan fines determinados (que no pase el ganado por la vía Férrea), en este caso el Tribunal estimó que debe entenderse implícito el propósito de impedir riesgos a las personas que no han estado en situación de evaluar el peligro”¹⁷³. Sin embargo, finalmente la Corte Suprema señala que no se trata de una actividad riesgosa sino que el daño se ha ocasionado de forma exclusiva por la culpa de la víctima.

Parece interesante la cita señalada en el párrafo anterior, ya que, en este caso el autor de la disidencia considera que en materia de causalidad la previsibilidad juega un rol clave de la ocurrencia de los daños imputables, como también en la idea de la creación de un riesgo anormal y cómo eso debe ser compensado con un cuidado más elevado atendida dichas circunstancias “especiales”.

¹⁷³ C. Temuco. 5 de agosto de 2011. [en www.vlex.cl n°311825610]. Considerando quinto del voto disidente.

5. González Torres con Nelson Ramírez E.I.R.L. (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de octubre de 2012¹⁷⁴.

Este caso dice relación con la utilización por parte de una empresa de explosivos en trabajos realizados durante la explotación minera bajo una población en la ciudad de Lota.

En este sentido la Corte de Concepción ha empleado diferentes vías de razonamiento ya que considera, en primer lugar, por acreditada la culpa, pero además toma en consideración directamente la presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329, y ha señalado al respecto en su considerando quinto que “No obstante que el obrar negligente de la empresa demandada, como se ha indicado, quedó acreditado en esta causa, mediante la prueba analizada por el a quo, no resulta superfluo señalar que perjudica también a dicha parte la presunción de responsabilidad por hecho propio establecida en el artículo 2329 del Código Civil.- Al efecto se ha escrito: ‘Siguiendo a D., A. piensa que el artículo consagra una presunción de carácter general que se aplica cuando el daño proviene de un hecho que, por su propia naturaleza o por las circunstancias en que se ha realizado, es susceptible de ser atribuido a culpa o dolo del agente. Así sucede, por ejemplo, si se produce una colisión de trenes: los trenes deben movilizarse en condiciones de no chocar, si chocan hay culpa.’ (H.C.T., Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, p. 228). - También se ha dicho: ‘La jurisprudencia coincide en señalar que la regla del artículo 2329 I es general y que la enumeración del segundo inciso no es taxativa. Así, por ejemplo, ha considerado como reveladores de negligencia los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros, la muerte de una transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas, el accidente provocado por un pozo descubierto sin señales de prevención y el

¹⁷⁴C. Concepción. 18 de octubre de 2012. [en www.vlex.cl n°405277214].

volcamiento de un carro de ferrocarriles por mal estado de la vía férrea.’ (E.B.B., Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, p. 149).” Finalmente señala expresamente en relación al tipo de actividad que se trata que “En efecto, el empleo de explosivos contraviniendo las reglas fijadas por la autoridad competente en labores autorizadas para efectuarse en el lecho submarino, y no en tierra, cercanas a áreas pobladas, corresponde a una actividad eminente y naturalmente peligrosa, de manera que los daños producidos deben imputarse a la culpa del agente.- Desde otra óptica, aunque en esta sede se responda de cualquier grado de culpa, no es menos cierto que la especial naturaleza de la actividad desplegada exigía al agente una diligencia especial, la que no solo no desplegó, sino que obró con infracción de reglamentos.”¹⁷⁵.

En este caso parece ser que la Corte considera especialmente aplicable al caso el criterio de la entidad y naturaleza del daño que es susceptible de provocarse para la determinación tanto de la diligencia como el empleo de la presunción de culpa, ya que se considera que se da por descontado que se trata de una actividad peligrosa porque se trata de explosivos, pero además se hacen consideraciones en atención a la cercanía de su utilización con lugares poblados y de que debió subirse el estándar en materia de seguridad por existir la posibilidad de controlar dicho riesgo.

6. Chilena Consolidada Seguros S.A. con Proagar S.A. (2013): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 20 de junio de 2013¹⁷⁶.

El caso dice relación con un incendio que se propaga a propiedades vecinas en la ciudad de Puerto Varas. El incendio tuvo su origen en un trabajo de soldado que se realizaba en una de las empresas, que se propagó posteriormente.

¹⁷⁵ Ibid. Considerando décimo.

¹⁷⁶ C. Puerto Montt. 20 de junio de 2013. [en www.poderjudicial.cl]. Rol 211-2013.

Al respecto la Corte señala “Que por otra parte, a la empresa Mödinger Hermanos S.A. también le asiste responsabilidad en los daños causados en el inmueble de su propiedad, toda vez que cuando construyó dependencias adosadas al deslinde norte del edificio de Proagar S.A. no tomó las precauciones del caso levantando un muro cortafuego entre ambos inmuebles, conociendo o debiendo conocer al menos el peligro a que se veía expuesta en caso de un incendio en la propiedad vecina, lo que era previsible dada la actividad de Proagar S.A. Si bien construyó un muro medianero, éste resultó ser insuficiente y además no se encuentra recepcionado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Llanquihue, a pesar de que a fojas 628 rola declaración jurada reciente, de 11 de junio de 2013, del ingeniero civil que diseñó dicho muro medianero manifestando que éste tendría las ‘características de un muro cortafuego’”¹⁷⁷.

En este caso se hace una ponderación de la peligrosidad de la actividad, por cuanto se trata de un caso de almacenamiento de sustancias peligrosas, por lo que involucra culpa infraccional, ya que conlleva la infracción de las disposiciones relativas al reglamento de almacenamiento de sustancias peligrosas (Código Sanitario) y de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza, donde aparecen claramente razonamientos relacionados con la previsibilidad y el cuidado que se emplea en una situación particularmente riesgosa.

7. Susana Lillo con Distribuidora de Industrias Nacionales S.A. (2013): Corte Suprema, 17 de abril de 2013¹⁷⁸.

El caso en cuestión trata de un accidente laboral en el cual un trabajador muere electrocutado mientras realizaba trabajos de instalación en una tienda de retail.

¹⁷⁷ Ibid., considerando cuarto.

¹⁷⁸ C. Suprema. 17 de abril de 2013. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/3225/2013]

En este caso encontramos diferencias en el tratamiento jurídico que realizan la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, ya que la primera hace un tratamiento que se vincula con la presunción de culpa por el hecho propio, mientras que la segunda hace un tratamiento normal de la misma, pero lo interesante está en las consideraciones relativas al peligro.

La Corte de Apelaciones señala al respecto que “No hay duda de que la culpa debe probarse por quien la alega, pues así lo exige la regla general contenida en el artículo 1698 CC, sin perjuicio de que este cuerpo legal ha establecido también ciertos supuestos en que la misma se presume, a fin de facilitar la atribución de responsabilidad en sede extracontractual. Así, la doctrina distingue en nuestro Código tres categorías de presunciones de culpa que, sabido es, producen el efecto de alterar el onus probandi: la presunción por el hecho propio, consagrada en el artículo 2329 CC, la presunción por el hecho ajeno, de los artículos 2320 y 2322; y la presunción por el hecho de las cosas, de los artículos 2323, 2326, 2327 y 2328 de ese mismo cuerpo legal”, para posteriormente señalar en atención a los antecedentes del caso que el empleador “Ninguna medida adoptó además para evitar el contacto de las planchas de zinc que el trabajador iba a manipular con la línea eléctrica, cuando es sabido que aquel elemento es en extremo propenso a la conducción de energía eléctrica”¹⁷⁹, además de señalar algo muy interesante respecto del proveedor de energía eléctrica, al indicar que “no se debe olvidar que aquella es una empresa que presta un servicio público, en extremo peligroso, sujeto a una estricta regulación -como la que se cita en el fallo de alzada-, y que para otorgarlo emplaza sus tendidos en bienes nacionales de uso público los que debe permanentemente vigilar por el riesgo que crea. Así, por ejemplo, cuando un árbol se aproxima a él, o en el caso de que un cable pierda tensión y se aproxime al

¹⁷⁹ C. Santiago. 8 de noviembre de 2011. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/8609/2011]. Considerando noveno.

suelo, o cuando se lanzan objetos que terminan colgados en el tendido eléctrico. En todos estos casos, como en cualquier otro que un objeto obstruya la línea, se aproxime a ella -en distancia no reglamentaria-, es de simple lógica que las concesionarias de distribución eléctrica están en el imperativo de actuar y de ello no se puede excusar. Así, por ejemplo, lo ha fallado la Exma. Corte Suprema aplicando precisamente la regla del artículo 2329 del Código Civil, al condenar a una empresa de distribución de energía que mantenía una línea extendida en condiciones peligrosas que originó la muerte de un transeúnte (CS 14 de junio de 1945, RDJ XLIII, sec. 1ª, pág. 23. citado por E. Barros Bourie. Tratado de responsabilidad extracontractual)”. Así entonces finalmente termina por concluir que “(...) era previsible, que quien encarga la reparación de una techumbre -construida irregularmente y próxima a una línea de alta tensión- incrementa el riesgo de los trabajadores que allí laboran, tanto más si no advierte tal circunstancia, ni adopta las medidas idóneas que pudieran controlarlo. Lo propio cabe señalar de quien instruye a su dependiente a sabiendas de que no está provisto de los elementos de seguridad enviándolo a trabajar a un lugar inseguro - como es aquel que reúne esas condiciones-, o de quien desarrolla una actividad -de por sí riesgosa- al no asumir el deber de vigilancia que existe”¹⁸⁰.

Por otra parte, la Corte Suprema modifica el tratamiento jurídico que se le da a las actividades involucradas solo respecto de una de las demandadas, que es la proveedora de energía eléctrica, por cuanto señala que respecto de ella el fallo de alzada ha infringido las normas reguladoras de la prueba, específicamente en cuanto a la carga de la prueba, poniendo en cargo de la demandante probar un hecho que le correspondía a la demandante. Así entonces señala “Que en cuanto a la vulneración del artículo 1698 del Código Civil, resulta incuestionable que correspondía a la parte actora demostrar los hechos que fundan su demanda y que producen el nacimiento del

¹⁸⁰ Ibid. Considerando décimo segundo.

derecho de los demandantes a ser indemnizados. Tal aserto, sin embargo, no se condice con la afirmación contenida en la parte de la sentencia impugnada que modifica el considerando trigésimo cuarto y en el motivo vigésimo sexto del fallo de primer grado, por los cuales los magistrados establecieron 'que correspondía a la demandada Chilectra S.A. acreditar su inimputabilidad, lo que no ha probado debidamente' y que al amparo de las normas reseñadas precedentemente (DFL N° 4 de 2006 del Ministerio de Minería, Decreto Supremo N° 327 de 1997 del Ministerio de Minería, Ley N° 18.410 y norma NSEG 5E.n.71 electricidad), 'constituía carga de la demandada Chilectra S.A. comprobar que al momento de ocurrir el accidente que nos ocupa sus instalaciones eléctricas se encontraban cumpliendo toda la normativa vigente'; asimismo, no se concilia con la conclusión contenida en los considerandos vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo séptimo y trigésimo cuarto de la sentencia de primera instancia confirmada en esta parte por la de segundo grado, y motivos tercero y noveno de la sentencia de segunda instancia, por los cuales los jueces tuvieron por probada la imputabilidad de la demandada Chilectra, esto es, su negligencia en el cumplimiento de las normas de los artículos 202 y siguientes del Decreto Supremo N° 327, de 1997 del Ministerio de Minería, 138 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 del año 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), a partir de afirmar que las empresas concesionarias eléctricas en servicio deben mantener las instalaciones del tendido eléctrico en buen estado de conservación y en condiciones de evitar peligro para las personas o daño en las cosas; asimismo, que no obstante ejecutarse construcciones aledañas a las instalaciones eléctricas que ya se encontraban emplazadas en dicho lugar, corresponde principalmente a la empresa concesionaria velar por resguardar la seguridad de las personas; igualmente, por aseverar que Chilectra S.A. no ejerció acción alguna para denunciar la construcción de la marquesina o techumbre voladiza ni adoptó medida que previniera que la energía eléctrica conducida por una línea de su propiedad entrara en conducción con ella; y por tratarse

de una empresa que presta un servicio público, en extremo peligroso, sujeto a una estricta regulación, y que para otorgarlo emplaza sus tendidos en bienes nacionales de uso público los que debe permanentemente vigilar por el riesgo crea”¹⁸¹.

Más allá de la diferencia de criterios en este caso respecto del tratamiento jurídico que se le da a la actividad, donde existe una discrepancia legítima en la interpretación de las normas, no es disputado que se trate de una actividad particularmente riesgosa, en virtud de los daños que puede ocasionar, la previsibilidad de que éstos ocurran de no llevarse a cabo las medidas seguridad requeridas y los sujetos que se encuentran expuestos, ya que se trata de un servicio público. Además, particularmente en el caso de la Corte Suprema, se da a entender claramente que en casos de culpa infraccional compete al demandante probar la infracción del demandado a la norma específica, como es obvio, y solo en ese entendido es preciso presumir la culpa.

8. Víctor Hugo Lutz con Automotora Elías Nicolas Ltda. (2014): Corte de Apelaciones de Copiapó, 4 de marzo de 2014¹⁸².

Este caso se vincula con el desperfecto sufrido por un automóvil que contaba con problemas de refrigeración por una rotura del radiador y que lo dejó inutilizable. Nos parece interesante el análisis de la norma, porque se trata más de que de una actividad de una cosa que puede ser peligrosa, pero además de una norma que es evidentemente protectora de un riesgo que está explícito.

Si bien se trata de un caso vinculado al derecho de consumidor, de responsabilidad infraccional por contravenir el artículo 23 de la ley 19.493, específicamente la Corte hace un análisis interesante de las relaciones de consumo particularmente en materia de productos defectuosos, las cuales califica en sí mismas

¹⁸¹ C. Suprema. 17 de abril de 2013. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/3225/2013]. Considerando décimo tercero

¹⁸² C. Copiapó. 4 de marzo de 2014. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/385/2014].

de riesgosas por la asimetría que existe entre los contratantes, y señala a este respecto en su considerando cuarto que “(...) desde el punto de vista de un régimen de responsabilidad civil por daños, el estatuto del consumidor asume que las actividades de consumo son ‘riesgosas’ o de riesgo, en el sentido de que quien fabrica u ofrece bienes o presta servicios cuenta con información que lo pone en una situación de ventaja jurídica, respecto del destinatario de esos bienes o servicios. Esa es la lógica que justifica la definición de un régimen infraccional y de una responsabilidad por defectos en el producto o servicio, estableciendo un verdadero régimen de orden público por esa causa.”¹⁸³

Se marca así un punto que no habíamos visto en esta parte del análisis, el cual tiene que ver con la protección que el ordenamiento jurídico otorga a una relación completamente distinta como es la de consumo, donde se da por descontada la asimetría de poder entre las partes y particularmente en materia de la venta de productos que pueden ser altamente riesgosos, como es el caso de un automóvil.

9. Víctor Gavilán con Forestal Celco Copelec Ltda. (2014): Corte Suprema, 7 de mayo de 2014¹⁸⁴.

El caso en particular se trata de un incendio forestal, que es provocado por el tendido eléctrico existente en un predio propiedad de la forestal, y que se extiende a propiedades vecinas.

En este caso la corte señala respecto de la conducta de la demandada que “En lo que respecta a culpa ya se señaló que la demandada Copelec no cumplió el deber de cuidado que le imponía la ley, consistente, en lo fundamental, en la mantención de la faja de seguridad por donde atraviesa la línea de alta tensión en términos tales de evitar

¹⁸³ Ibid., considerando quinto.

¹⁸⁴ C. Suprema. 7 de mayo de 2014. [en www.vlex.cl n°509907278].

riesgos; deber de conducta que encuentra su justificación en la necesidad de evitar accidentes e incendios que naturalmente emanan en la interacción de bosques y líneas de tendido eléctrico. Esta infracción al deber de cuidado equivale a la culpa exigida por el artículo 2314 del Código Civil porque da cuenta de un descuido, que se hace inexcusable, ante el evidente riesgo que implica su desacato”¹⁸⁵.

Si bien en este caso se trata aparentemente de culpa infraccional, por infracción de los artículos 139 de la Ley General de Servicios Eléctricos, 205 del Reglamento de la misma ley y 111 del Decreto 4188, de 12 de enero de 1955, es importante señalar que la corte no solo considera esto, sino que interpreta el sentido de la misma en términos de riesgo, al señalar que la finalidad de la misma es evitarlos, ya que es evidente la magnitud de los daños que pueden provocarse y la previsibilidad de que ello ocurra en zonas forestales sobre todo como vemos cada año en el periodo de verano.

10. Consejo de Defensa del Estado con Molibdenos y Metales S.A. (2014): Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014¹⁸⁶.

El caso en cuestión dice relación con el transporte de sustancias peligrosas y el daño ambiental provocado por la existencia de residuos correspondientes a escorias de una fundición de molibdeno en un pozo cercano.

Respecto de la actividad que se realiza la Corte Suprema ha señalado “Que de estas disposiciones es posible inferir que recae sobre el dueño de un predio –al menos de las características del inmueble de autos- el deber de cercar su propiedad, cuya finalidad es doble, esto es, la de impedir el ingreso de personas y proteger el interés de la colectividad, como impidiendo que la finca sea un basural, menoscabando de ese modo los componentes naturales del suelo y consecuentemente el entorno y hábitat

¹⁸⁵ Ibid., considerando noveno.

¹⁸⁶ C. Suprema. 1 de septiembre de 2014. [en www.vlex.cl n°526427302].

de la vecindad próxima. Es así como de acuerdo a los hechos asentados corresponde tener por establecido que el actuar de la demandada fue culpable, por no haber cumplido ese deber y previendo que podía producirse un daño ambiental, al haber permitido de un modo permanente, incluso con conocimiento de las sanciones impuestas por la autoridad de salud, que el terreno fuera utilizado como vertedero. La previsión que se exige en este caso es un actuar para evitar las consecuencias dañosas, manifestado en la falta de adopción de medidas conducente a la protección del suelo de una propiedad de la envergadura de la de autos y cuyo dominio detentaba desde el año 2005, conociendo de su utilización como basural y sin cerco.”¹⁸⁷. Así entonces, concluye respecto de la culpa, además de aplicar la presunción contenida en el artículo 52 de la ley 19.300, que su atribución a la demandada “Es perfectamente plausible estimar que, con una acción más diligente de la propietaria, como es el establecimiento de una vigilancia y un cierre efectivo de su perímetro destinado a impedir el desplazamiento y disposición de residuos, el estropicio se habría evitado, pues se habría así actuado preventivamente. Todas estas son acciones que estaban en la órbita de la demandada, que hubiera podido adoptar, y no se adoptaron. Un riesgo de esta envergadura obliga a un hombre prudente a adoptar precauciones adecuadas para enfrentarlo, porque además de las enormes consecuencias ambientales y sanitarias del daño que se irrogarían por la omisión en la adopción de medidas de resguardo y cuidado adecuadas, estaba involucrada su responsabilidad. No se trata de calificar a la demandada como negligente por el mero hecho de que ser dueño del predio, sino, como lo hace la sentencia, de imputarle una conducta que está bajo lo esperado respecto de un propietario de un predio de esas características.”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Ibid., considerando vigésimo segundo.

¹⁸⁸ Ibid., considerando décimo séptimo.

Este caso es relevante por el tipo de daño que se trata, ya que es una actividad que genera un peligro de daño ambiental, que sin lugar a duda puede tener expresión en daños a las personas, por lo que la corte eleva en este sentido el estándar de diligencia debido, a lo que adiciona el concepto de control del riesgo inherente antes mencionado por su posición jurídica respecto del predio en cuestión

11. Carlos Toledo con Telefónica Móviles Chile S.A. (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2016¹⁸⁹.

El caso dice relación con la electrocución sufrida por una persona debido a la caída de un árbol en el tendido eléctrico.

Al respecto la Corte razonó en el sentido de señalar “Que, en relación con la causa y a los factores de conexión, debe señalarse que, sin el comportamiento negligente de las demandadas como antecedente directo, no habría tenido lugar la caída del árbol, que fue su consecuencia material externa. Así, si las demandadas hubiesen mantenido el tendido eléctrico y su faja adyacente, es claro que hubieran podado o cortado el árbol, el cual, al caer, no hubiese entrado en contacto con los cables de electricidad, los cuales no hubieran quedado a 30 cm. del suelo provocando la electrocución del demandante al entrar en contacto con ellos. De lo anterior, no cabe sino concluir que la negligencia de las demandadas resultó ser una condición determinante, eficiente y necesaria para producir el accidente (evento dañoso que sobrevino), motivo por el cual deberá responder y asumir sus perniciosas consecuencias.”¹⁹⁰

Si bien parece poner se acento en la causalidad, es el tipo de actividad la que hace relevante el cuidado que debió emplearse por el demandado, en atención a factores

¹⁸⁹ C. Santiago. 25 de mayo de 2016. [en www.poderjudicial.cl]. Rol 724-2016.

¹⁹⁰ Ibid., considerando séptimo.

como la magnitud del daño que pudiera ocasionarse y la probabilidad de que éste ocurriera si no se llevaban a cabo las medidas necesarias.

12. María Padilla y otros con Emelectric S.A. (2017): Corte Suprema, 31 de agosto de 2017¹⁹¹.

El caso dice relación con un incendio provocado en un predio de una empresa que se propagó a una serie de otros vecinos.

Si bien se trata de un caso de culpa infracción la Corte señala que respecto del cuidado empleado “(...) los jueces estuvieron a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 139 de la Ley General de Servicios Eléctricos y en el artículo 205 de su Reglamento, Decreto N°327 del Ministerio de Minería, disposiciones que plasman el deber general y básico de todo concesionario de un servicio público de mantener sus instalaciones en un estado de conservación apto para evitar peligro a las personas o cosas. Acorde con tal normativa, razonan los jueces, corría de cargo de la demandante acreditar que el tendido eléctrico de alta tensión de su propiedad se encontraba, el día de los hechos, en buen estado de conservación y funcionamiento, lo que no hizo, evidenciándose de este modo el comportamiento negligente que le imputaron los actores;”¹⁹².

Así entonces hablamos de una norma que en su espíritu busca evitar que se produzcan daños de grandes magnitudes por el tipo de actividad que regula, y en este caso es precisamente ese el daño que termina por ocasionarse.

¹⁹¹ C. Suprema. 31 de agosto de 2017. [en www.pjud.cl]. Rol 27844-2017.

¹⁹² Ibid., considerando tercero.

C. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS PRESUNCIONES DE CULPA EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

Dentro los fallos a revisar encontramos aquellos que la doctrina ha señalado como ejemplos de la aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio en actividades que han sido calificadas en todos estos casos como peligrosas, ya sea de forma explícita o implícita.

13. *Marabolí con The Seaham Colliery Ltd. (1919)*: Corte Suprema, 5 de noviembre de 1919¹⁹³.

Este es un caso que ha sido citado por la doctrina nacional¹⁹⁴ como de aplicación de una presunción de la culpa relacionada con la peligrosidad de la actividad. Particularmente los hechos dicen relación con la muerte de un trabajador del puerto de Valparaíso por la caída de una “tina” de carbón encima de él.

Si bien el caso dice relación principalmente con la prueba de la culpa del demandado, la Corte Suprema dentro de los presupuestos fácticos para rechazar el recurso de casación contra la sentencia que en definitiva concede la indemnización y establece la existencia de responsabilidad, señala que “Se han establecido por el tribunal de la causa los siguientes hechos a) la muerte de Chamorro; b) que el accidente que la causó, se produjo porque el trabajo se efectuaba a bordo en condiciones inseguras para el personal que lo ejecutaba; c) que en la posición en que se hallaba Chamorro en el momento del accidente le fue imposible evitar sin que existiera antecedente alguno que permitiese presumir que su muerte se debiera a imprudencia temeraria de su parte; y d) que la operación de cargar o descargar carbón es por su naturaleza peligrosa para los obreros que se ocupan de ella”¹⁹⁵. Particularmente este

¹⁹³ R.D.J. XVII. p. 126.

¹⁹⁴ BARROS, Op. Cit., p. 148, y TAPIA, Op. Cit., p. 148.

¹⁹⁵ C. Suprema, 5 de noviembre 1919. R.D.J. XVII, p. 126.

último elemento es el que explícitamente reconoce la peligrosidad de la actividad, pero vemos que se trata de una calificación que no enuncia contenido ni razones, y si bien no se utiliza para dar un tratamiento jurídico especial resulta a lo menos interesante que se hable de una actividad que por su “naturaleza” es peligrosa. Es decir, la Corte entendería que en este caso es evidente la peligrosidad de la actividad y quizás en los otros elementos que se consideran podemos complementar esta idea, como por ejemplo: (1) inseguridad de las condiciones o aumento del riesgo fuera de lo normal en el desarrollo de la misma y (2) imposibilidad de la víctima de evitar el daño (ausencia de culpa de la víctima). Estos elementos son coincidentes, por ejemplo, con los mencionados por la doctrina y legislación comparada.

14. Garcés con Wessel Duval y Cía. (1934): Corte Suprema, 20 de octubre de 1934¹⁹⁶.

Este caso ha sido citado por los profesores Barros¹⁹⁷ y Tapia¹⁹⁸, como un caso en el que se ha hecho aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio debido a la peligrosidad de la actividad. Dicha actividad dice relación con el almacenamiento en una bodega de material altamente inflamable como es el caso de salitre, aguarrás, carburo y resina, el cual provocó un incendio en un galpón vecino.

Para atribuir responsabilidad la Corte Suprema establece en su considerando cuarto que en el almacenamiento de los productos antes señalados, no se había adoptado ninguna de las medidas de prevención exigidas por el reglamento respectivo, es más, se señala que se almacenaban en total desorden, sin existencia de puertas de fuego ni muros cortafuegos. Así entonces, termina por concluir que la sentencia que es impugnada por vía de casación en el fondo (y que dio lugar a la responsabilidad civil), “deduce de estos antecedentes la conclusión de hecho en el sentido de haber quedado

¹⁹⁶ C. Suprema, 20 de octubre 1934. R.D.J. XXXII, p. 93.

¹⁹⁷ BARROS, Op. Cit., p. 148.

¹⁹⁸ TAPIA, Op. Cit., p. 699.

comprobada la negligencia de los demandados ‘por la situación de peligro en que mantenían’ su establecimiento respecto de las propiedades vecinas expuestas a un siniestro, el cual se produjo y destruyó la bodega del demandante”¹⁹⁹. Asimismo, en su considerando sexto, respecto de la aplicación del artículo 2329, señala que éste y los ejemplos que el mismo señala contemplan “situaciones análogas a las contempladas en el fallo, en que se ha dejado constancia del peligro a que están expuestos los locales contiguos a los en que se guardan materias explosivas o inflamables, sin las precauciones ordenadas por la autoridad o que aconseja la más elemental prudencia”²⁰⁰, para finalmente concluir que el hecho de haber dado lugar a la indemnización por los jueces de grado fundado en la aplicación del artículo 2329 “después de un minucioso examen deducen que los daños ocasionados al demandante provienen de la negligencia de los demandados al no tomar las más elementales precauciones a fin de evitar el incendio y su propagación a los locales vecinos”²⁰¹.

Se puede señalar que la Corte toma en consideración la peligrosidad de la actividad para establecer la responsabilidad civil y pone de cargo del demandado acreditar que tomó las medidas necesarias, considerando el caso concreto debido a que la actividad que realiza implica un incremento del riesgo en la producción de un daño, el cual no dice relación alguna con las medidas adoptadas por este mismo para su mitigación o precaución, algo que por ejemplo se puede establecer cuando se señala que no existían medidas seguridad específicas o que el tipo de construcción es precario en relación a las sustancias almacenadas, lo que en definitiva nos lleva a pensar en el criterio de control de la situación principalmente.

¹⁹⁹ C. Suprema, 20 de octubre 1934. R.D.J. XXXII, p. 93. Considerando quinto.

²⁰⁰ Ibid., considerando sexto.

²⁰¹ C. Suprema, 20 de octubre 1934. R.D.J. XXXII, p. 93. Considerando décimo segundo.

15. Hilandería Santiago S.A., con Altamirano Falkenstein. (1998): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 1998²⁰².

Este caso ha sido señalado por el profesor Enrique Barros²⁰³ como un caso ejemplar en cuanto al alcance de la presunción de culpa por el hecho propio en actividades peligrosas. Específicamente se trata de un caso relativo al incendio producido en una fábrica de Santiago la cual contenía una gran cantidad de sustancias “altamente inflamables” (textiles).

Concretamente el fallo de la Corte no es explícito en la utilización de la presunción de culpa para atribuir responsabilidad del demandado, sino que señala en su considerando doceavo “Que en el caso sub-lite la demandada no tuvo el comportamiento que habría tenido un hombre diligente en similares circunstancias. En efecto, un buen padre de familia dueño de una fábrica rodeada de casas, en la que se almacenaban textiles y otros materiales altamente combustibles, donde se produjo un amago de incendio pocos días antes de ocurrir aquel que destruyó casas vecinas, dueño también de otra industria donde también ocurrió un incendio, contratante de un seguro de incendio cuya póliza exigía la mantención permanente del orden y aseo de la fábrica, habría previsto la posible existencia de un incendio provocado o no, en su fábrica y habría adoptado medidas de precaución tales como asear y ordenar el patio interior de la fábrica, no almacenar material altamente combustible junto al muro medianero y podar los árboles situados en la cercanía de dicho muro. La no adopción de tales medidas mínimas de precaución es constitutiva de culpa de la sociedad demandada, sin que sea necesario que la demandante acredite la existencia de acción u omisión alguna de los dependientes de la demandada.”²⁰⁴ Así entonces, tiene por acreditada la

²⁰² R.D. J. XCV. p. 48.

²⁰³ BARROS, Op. Cit., p. 155.

²⁰⁴ C. Apelaciones de Santiago, 17 de julio 1998. R.D.J. XCV, p. 48. Considerando decimo Segundo.

culpa por no haber realizado las medidas requeridas por una persona prudente en atención al elevado riesgo que significada la mantención de elementos altamente inflamables cercano a casas particulares.

Se explicitan los elementos que son importantes como la posibilidad de mitigar el riesgo en una actividad que es susceptible de causar un gran daño, que es anormal, así como también por las particularidades de la actividad que se trata, de la existencia de una alta y previsible probabilidad de que dicho daño se materialice al haber sido alertado el demandado de que esto pudiera suceder tanto por el seguro como por el amago de incendio anterior, y la idea de existencia de control de los acontecimientos o del riesgo de forma fácil por una de las partes, es importante si hablamos de los elementos implícitos en el pronunciamiento.

16. Barros Martin con Viviendas Económicas Barrio Alto S.A. (2000): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre del 2000²⁰⁵.

Este fallo ha sido utilizado en diversos puntos sostenidos por la doctrina nacional. En ese sentido, el profesor Barros²⁰⁶ lo ha utilizado como un ejemplo del empleo de la presunción de culpa por el hecho propio, de la idea de que el artículo 2329 hable de “todo daño que *pueda* atribuirse a malicia o negligencia”, y también ha servido para sostener la importancia del control de las circunstancias y el rol de la experiencia. En otro sentido, el profesor Tapia indica que se trata de un ejemplo de aplicación de la presunción por tratarse de una actividad peligrosa.

El fallo en sí dice relación con un trabajo de excavación profunda, y la Corte cita textualmente los argumentos de Alessandri para señalar que existe una presunción de culpa en el artículo 2329. En lo central, para explicar su aplicación señala “que conforme

²⁰⁵ R.D.J. XCVII. p. 65.

²⁰⁶ BARROS, Op. Cit., p. 150, y TAPIA, Op. Cit., p. 700.

lo dispone el artículo 2329 del Código Civil, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Esta norma establece a juicio de esta Corte, una presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia 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”²⁰⁷.

Podemos extraer entonces que, por el tipo de actividad, el razonamiento que realiza la Corte parece centrarse al empleo de una presunción por el tipo de actividad que se trata, dando por sentado que sería más peligrosa que lo “normal” ya que la alusión a la naturaleza de la actividad generalmente hemos visto tiene como trasfondo el considerar (sin argumentación) una actividad como peligrosa, que en este caso dice relación con la excavación y parece inclinarse más a considerar probabilidad de que se materializa un daño de proporciones, que es previsible atendiendo el tipo de actividad que se trata.

17. Gómez Parraguez con Sociedad Agrícola Cantalejos Ltda. (2002): Corte Suprema, 7 de mayo de 2002²⁰⁸.

Este es otro caso mencionado por las autoras Schiele y Tocornal²⁰⁹, el cual es sindicado como un ejemplo de aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio derivado de una actividad considerada como peligrosa. Específicamente se trata de un accidente laboral del cual fue víctima un menor que trabajaba en altura.

Respecto del estatuto de responsabilidad aplicable señala a modo introductorio el fallo de Corte de Apelaciones, en su considerando séptimo, que “si bien nuestro Código Civil contempla en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, la

²⁰⁷ C. Apelaciones de Santiago. 7 de septiembre 2000. R.D.J. p, XCVII, p, 65. Considerando primero.

²⁰⁸ Disponible en Legal Westlaw Chile, Id, CL/JUR/3321/2002.

²⁰⁹ SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 130.

responsabilidad subjetiva o a base de culpa, por los inconvenientes que se fueron presentando en diversos accidentes sufridos por trabajadores en actividades complejas y peligrosas que quedaban sin indemnizaciones por falta de prueba o lo difícil de ella, se fue adentrando en la jurisprudencia y en la doctrina, el concepto de responsabilidad por el riesgo creado u objetiva, estableciéndose por el legislador, como lo expresa el profesor don Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra 'De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno', Tomo I, página 110, diversos correctivos o presunciones de culpabilidad, a fin de facilitar la prueba de la culpa que pesa sobre la víctima, presumiéndose su existencia, y requiriéndose en ciertos casos que el autor señala en los artículos 2320 a 2323 y 2326 a 2329 por parte de la víctima que ha sufrido el daño, sólo probar los hechos de los cuales la ley deduce la culpa, y establecido éstos, se presumirá la culpabilidad de la persona civilmente responsable y será ésta quien deberá probar, para exonerarse, que no hubo culpa". Concluye en relación a los acontecimientos entonces "Que, por consiguiente, y aceptándose por estos sentenciadores en situaciones como las reseñadas en estos autos, el concepto de responsabilidad por el riesgo creado, fundado principalmente en lo dispuesto en el artículo 2329 del Código Civil, que establece una presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa del agente, en la especie, la demandada, como se desprende de los elementos probatorios analizados en los motivos precedentes, se concluye, que es legítimo, al tenor de la norma transcrita, que si se produjo el daño que sufrió el menor, se debió a que la empresa no actuó con la debida diligencia, debiendo haber probado que se tomaron las medidas adecuadas para evitarlo, lo que no ha ocurrido en esta causa, más aún, si se advierte que infringió

claramente lo dispuesto en el artículo 187 del Código del Trabajo en lo referente a las labores que se encomiendan a los menores”²¹⁰.

Es interesante en este punto dejar en claro que pareciera ser que la Corte mezcla los criterios de aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329, en un sentido similar al cual lo hace el profesor Enrique Barros, aun cuando este último diferencia las dos vías argumentativas. En este caso la Corte señala que ambas vías conducirían a la aplicación de dicha presunción, en otras palabras, que se trate de una actividad peligrosa y que lo razonable o lo natural en vista de los hechos sea que exista culpa del demandado llevan a la aplicación de una presunción de dicha culpa.

Otro punto interesante dice relación con el pronunciamiento de la Corte Suprema el cual señala que “en la sentencia impugnada se establecieron como hechos, en lo pertinente, que el daño sufrido por la víctima se debió a que la empresa demandada no actuó con la debida diligencia, y no probó que se tomaran las medidas adecuadas para evitar el accidente ocurrido; y que, por otra parte, el ofendido no tuvo ninguna responsabilidad en el resultado producido, no exponiéndose imprudentemente al daño.”²¹¹ Lo interesante en este punto dice relación con otro punto que hemos señalado anteriormente, como es que el control de las circunstancias en este caso debía pasar por aquella persona que incrementa el riesgo por el tipo de actividad que requiere, es decir, en quien crea el riesgo, así como también que no concurra la culpa de la víctima, algo que también se ha mencionado en el derecho comparado.

18. Desconocido con Faenadora Super Limitada. (2003): Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de octubre de 2003²¹².

²¹⁰ C. Apelaciones de Santiago. 7 de mayo 2002. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/3315/2002].

²¹¹ C. Suprema. 7 de mayo 2002. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/3315/2002].

²¹² C. Rancagua, 21 de octubre de 2004. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/5581].

Este es un caso que es mencionado por el autor Jorge Larroucau²¹³ como un ejemplo de aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio en actividades peligrosas, particularmente para la empresa Enel en un caso de un accidente laboral.

La Corte de Apelaciones señala "Que tal como lo sostiene el actor (con mayor firmeza y claridad en estrados), a partir del artículo 2329 del Código Civil, puede colegirse el concepto de responsabilidad objetiva, que se remite a presumir la existencia de daño, por el solo hecho de generar la actividad riesgosa: 'Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta'. Este principio encuentra su concreción, en lo que interesa, en el artículo 2320 del mismo cuerpo legal, que señala que 'toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado'"²¹⁴. Agrega así posteriormente respecto de la presunción que "La aplicación de la presunción en referencia al caso sub lite, se traduce en que, verificado el daño sufrido por el actor, es procedente asumir que este fue posible por la falta de diligencia de su empleador para arbitrar las medidas que condujeran a evitarlo". Quizás la confusión conceptual se hace un poco presente al señalar que "(...) a partir del artículo 2.329 del Código Civil, puede colegirse el concepto de responsabilidad objetiva, que se remite a presumir la existencia de daño, por el solo hecho de generar la actividad riesgosa"²¹⁵. Mezclando así entonces la idea de presunción de culpa con la de responsabilidad objetiva, nos parece más interesante centrarnos en los elementos que considera la Corte en virtud del tipo de actividad que se trata, como es la creación de un elevado riesgo para el trabajador que es el que posteriormente se materializa en el daño ocasionado.

²¹³ LARROUCAU, Op. Cit., p. 502.

²¹⁴ C. Apelaciones de Rancagua. 21 de octubre 2003. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/5581]. Considerando quinto.

²¹⁵ Loc. Cit.

Así entonces deja de manifiesto que se trata de un caso en que la peligrosidad de la actividad juega un rol activo en la determinación tanto del cuidado que ha debido ser empleado por quien expone a la víctima ante dicho riesgo, como también en el tratamiento jurídico aplicable a la actividad. Considera así los elementos del control de los acontecimientos, las probabilidades de ocasionar el daño y la magnitud de éste.

19. Vallejo con Compañía Minera San Esteban. (2008): Corte de Apelaciones de Copiapó, 5 de marzo de 2008²¹⁶.

Un caso particularmente importante dice relación con el daño ambiental que es causado por una empresa minera respecto de los árboles frutales plantados por un vecino a esta faena. El profesor Mauricio Tapia²¹⁷ lo ha señalado como uno que ejemplifica la presunción en el sentido de las actividades consideradas peligrosas.

En el análisis del fallo la Corte señala que “(...) No escapa a estos sentenciadores que, en materia de vínculo causal, en casos sobre responsabilidad ambiental su dilucidación trae aparejado graves dificultades e, incluso, siguiendo a la doctrina más autorizada podría sostenerse una atenuación en la exigencia de certeza plena respecto del punto”²¹⁸. Este punto es importante por cuanto explicita un criterio que es importante a la hora de determinar un tratamiento jurídico particular en determinadas actividades, dando por sentado más allá de las circunstancias particulares del caso por tratarse de una materia específica aplicarían reglas más flexibles en la determinación de la responsabilidad, particularmente en caso de causalidad, haciendo responsable en este caso a quien realiza la actividad riesgosa.

²¹⁶ C. Copiapó. 5 de marzo de 2008. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/389/200].

²¹⁷ TAPIA, Op. Cit., p. 700.

²¹⁸ C. Apelaciones de Copiapó. 5 de marzo 2008. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/389/2008]. Considerando décimo segundo.

En este caso se trata de un riesgo considerado como fuera de lo normal, así como también de una actividad que sale de lo común, lo que en cierto sentido sirve como un fundamento para justificar que su régimen de responsabilidad o carga de la prueba sea también diferenciada. Agrega, finalmente haciendo una aplicación instrumental del artículo 2329 que en relación con régimen aplicable que “El régimen general de responsabilidad civil permite recurrir a la norma del artículo 2329, que establece una presunción general de responsabilidad por el hecho propio respecto de daños que, atendida su naturaleza, pueden ser atribuidos en principio a terceros. Esta inferencia puede entenderse efectuada implícitamente por la norma del artículo 52 de la ley (19.300)”²¹⁹. Así entonces, establece que de la explicación razonable en este tipo de actividades y por la forma en que suceden los hechos es presumible que se deba a culpa del victimario.

La idea de que no existe certeza plena respecto de los hechos, pero sí que se trata de una actividad que es socialmente valiosa, pero a la vez sumamente riesgosa para el medio ambiente parece ser inclina a la Corte por presumir la culpa del demandado al hablar de la naturaleza de la misma al ponderar dicho valor social con la peligrosidad evidente en términos cuantitativos.

Posteriormente, refiriéndose al derecho comparado, señala que “De este modo, a la manera de la ley alemana, cuando existen indicios claros y consistentes de que el daño se debió a la actividad de una cierta industria, se extiende el principio Res Ipsa Loquitur, dejad que las cosas hablen por sí mismas, al terreno de la causalidad (Barros 807, 808).”²²⁰, haciendo así alusión expresa a la máxima *res ipsa loquitur* como explicación del caso, pero de un modo errado, según lo ya analizado respecto de la aplicación e interpretación original de dicha máxima, por cuanto se hace alusión

²¹⁹ Loc. Cit.

²²⁰ Loc. Cit.

respecto del requisito de la causalidad y no de la culpa, que es finalmente el requisito complejo dadas las circunstancias. Finalmente, al concluir rechazar el caso, señala que “Sin embargo, como se vio, en autos ni siquiera existen los indicios claros y consistentes que podrían bastar para afirmar el vínculo causal y, por el contrario, la prueba producida en el juicio permite, de forma precisa y consistente, descartarlo.”²²¹ Se trata así entonces de un fallo que hace consideraciones en múltiples sentidos.

20. Villagrán y otros con Palma. (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de octubre de 2008²²².

Este caso tiene la particularidad de que ha sido tratado como un ejemplo de aplicación de una presunción de culpa tanto por las autoras Tocornal y Schiele²²³ como por Jorge Larroucau²²⁴, señalando expresamente que se trata de un caso de extrema peligrosidad de la actividad. La actividad dice relación con el atropello por parte de un conductor durante una maniobra en la cual engancha a un joven que transitaba en el lugar causándole la muerte.

En este pronunciamiento la Corte de Concepción en su considerando vigésimo quinto señala respecto del artículo 2329 que este contiene una “presunción legal de responsabilidad por el hecho propio, aplicable al caso en que el daño proviene de una actividad caracterizada por una especial peligrosidad, cuya ejecución requiere de medidas de extremo resguardo por quienes tienen el control de los hechos (Barros, citado, páginas 147 y siguientes)”²²⁵, para posteriormente agregar de las particularidades del caso que “habiéndose debido el atropello y fallecimiento de

²²¹ Loc. Cit.

²²² C. Concepción. 6 de octubre de 2008. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/6184/2008].

²²³ SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 136.

²²⁴ LARROCAU, Op. Cit., p. 511.

²²⁵ C. Apelaciones de Concepción. 6 de octubre 2008. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/6184/2008]. Considerando vigésimo segundo.

Fabián Concha Navarro, precisamente, al ingreso de un camión con carga, en esas peligrosas circunstancias, que se encontraban bajo el control y dominio de la I. Municipalidad de Lota y de Ingetal Ingeniería y Construcción S.A., que no adoptaron las exigibles medidas de resguardo, sus respectivas responsabilidades civiles reparatorias, por sus hechos propios, deben ser legalmente presumidas, al tenor de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2329 del Código Civil; las demandadas no han producido en la causa pruebas plenas que permitan desvirtuar la presunción legal de responsabilidad.”²²⁶.

Así entonces, es importante hacer notar algunos puntos. Por ejemplo, la cita al profesor Barros, ya que generalmente hemos podido revisar que, al momento de aplicar dicha presunción, se hace generalmente haciendo alusión a las ideas de autores como Ducci o Alessandri. Si bien en términos simples se puede decir que Barros junta ambas visiones, el fallo en revisión señala otro punto que es muy interesante, el cual dice relación con que existe un control de los acontecimientos por parte del victimario, así como también que en las medidas de resguardo no se emplea un control de riesgos específicos, como son las dificultades de acceso de los camiones a la faena, la poca visibilidad de los mismos de posibles riesgos, así como “defectos de organización” relativos a las medidas de seguridad, además del hecho de que no existe prueba que permitan desvirtuar la presunción alegada.

21. Mauricio Canelo con Chilectra S.A. (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de julio de 2013²²⁷.

Este caso trata de un estudiante en práctica que realizaba trabajos en el alumbrado público, y que durante sus funciones sufre un accidente. Nos parece que la Corte

²²⁶ Loc. Cit.

²²⁷ C. Apelaciones de Santiago. 18 de julio de 2013. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/1572/2013].

emplea la presunción de culpa por el hecho propio en este caso, ya que señala que en virtud de las circunstancias la empresa expuso al trabajador a un riesgo por sobre el normal de las labores que le correspondía realizar, con la particularidad de que se trata de un servicio público que es de por sí altamente riesgoso.

A este respecto la Corte de Apelaciones, en consideración al tratamiento jurídico de la situación, señala que “sin perjuicio de lo razonado y de lo expuesto en torno a la responsabilidad civil que asiste a las demandadas, dado lo preceptuado por los artículo 184 del Código del Trabajo y 66 de la ley 16.744, el artículo 2329 inciso primero del Código Civil, hace presumir la responsabilidad de ellas, no habiendo éstas por su parte acreditado haber tomado las medidas de resguardo, supervigilancia y custodia de las faenas que por ley les compete, como ya se ha dejado establecido”²²⁸, para posteriormente concluir al respecto “Que, esta corte, según lo argumentado, entiende que la responsabilidad civil aquiliana que asiste a las demandadas, lo es por el hecho propio, al haber omitido el deber de custodia y vigilancia en conformidad a lo preceptuado por el artículo 2329 inciso 1 del Código Civil, por lo que analizará si en la especie los daños alegados por el actor son ciertos, y en caso afirmativo, determinar su especie y quantum”²²⁹.

La presunción entonces, de acuerdo con lo señalado por la Corte, se emplea por el tipo de actividad de que se trata, la que califica de peligrosa, lo cual es evidente ya que se trata del alumbrado público de alta tensión. En base a lo anterior entonces es que le impone la necesidad de acreditar las excusas pertinentes.

22. Eva Hermosilla con Inmobiliaria Numancia Ltda. y otros. (2017): Corte Suprema, 15 de junio de 2017²³⁰.

²²⁸ Ibid. Considerando octavo.

²²⁹ Ibid., considerando décimo cuarto.

²³⁰ C. Suprema. 15 de junio de 2017. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/1864/2017].

En este caso hablamos de la muerte de un trabajador en una construcción subterránea. Nos parece que se hace aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio en el sentido de tratarse de una actividad peligrosa, ya que se hace expresa alusión a tal idea en base principalmente al criterio de la probabilidad de que ocurra el daño.

La Corte Suprema en este caso acoge un recurso de casación en el fondo y señala en su sentencia de reemplazo que “Esta Corte estima que, si bien la responsabilidad dispuesta en el cuerpo de normas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil es de carácter subjetivo, que requiere de culpa probada, el artículo 2329 del mismo texto contiene una presunción de culpa (que suele ser llamada ‘presunción de responsabilidad’) en el desarrollo de actividades peligrosas. Así también ya ha sido resuelto por esta misma Corte (por ejemplo, en sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 99, sección 5a, p. 104; también en la de Tomo 34, secc. 1a, p. 201); Y así ha sido postulado por un importante sector de la doctrina nacional (Ducci Claro, Carlos: ‘Responsabilidad Civil.’ Imprenta El Imparcial. Santiago, 1936, p. 134; y el mismo autor más tarde en ‘Responsabilidad Civil. Actividades Peligrosas hechos de las cosas Circulación de Vehículos.’ Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1971, p. 99; Alessandri Rodríguez, Arturo: ‘De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno.’ Imprenta Universitaria. Santiago, 1943, p. 292 y sgts.; Barros Bourie, Enrique: ‘Tratado de Responsabilidad Extracontractual.’ Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2006, p. 147 y sgts., con la evolución, cita de jurisprudencia chilena y doctrina extranjera); Schiele, Carolina y Tocornal, Josefina: ‘Artículo 2329 del Código Civil. La Interpretación de Presunción por Hechos Propios Existe en la Jurisprudencia.’ En Revista Chilena de Derecho. Univ. Católica de Chile. Santiago, 2010, vol. 37, N° 1, p. 123 y sgts. (con restricciones inocuas al caso)²³¹”. Posteriormente, señala respecto de la

²³¹ Ibid. Considerando cuarto.

actividad misma que “Que la situación de estos autos merece aquella calificación, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias. Los hechos se desarrollaron en un lugar subterráneo, en plena construcción, oscuro y sin apropiada ventilación; con alta humedad; con insuficiente iluminación artificial, que era proporcionada con una sola lámpara, movable, la cual debía ser trasladada por los diversos lugares compartimentados del edificio que se construía; y coexistiendo una instalación eléctrica provisoria precaria junto a herramientas y otros instrumentos de metal descubierto (como el llamado ‘diablito’ y gatas o alzaprimas soportantes de lozas de concreto en etapa de fragüe)”²³², para finalmente reafirmar el empleo de la presunción señalando “Que así calificada la actividad, desplegando la mencionada presunción eran las demandadas quienes tenían la carga de desvirtuarla, bajo consecuencia adversa.”²³³

Es importante señalar respecto a este pronunciamiento que la Corte expresamente utiliza la interpretación de la presunción de culpa por el hecho propio en relación a actividades peligrosas, señalando al respecto que por las condiciones de oscuridad y poca ventilación en que se desarrollaba y la precariedad de la instalación eléctrica que se trata de un situación de peligro para el trabajador, así entonces se considera la probabilidad de que ocurra el daño más que la magnitud daño que se ocasiona, lo que nos da otro punto de análisis importante, ya que, la Corte en este caso particular parece evitar en este caso atender a la “naturaleza” de la actividad, que como ya hemos visto en otros casos parece ser una calificación carente de fundamento, para analizar únicamente las circunstancias en las que se desarrolla la actividad, y como desatender medidas de cuidado (controlables) la torna peligrosa.

²³² Loc. Cit.

²³³ Ibid., considerando sexto.

D. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA APLICACIÓN DE LA MÁXIMA RES IPSA LOQUITUR EN LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS.

1. Vergara con Ferrocarriles del Estado. (1929): Corte Suprema, 6 de octubre de 1929²³⁴.

Este es un caso cuya interpretación ha sido discutida por la doctrina. Se ha señalado como un caso de aplicación de la presunción de culpa por los profesores Barros²³⁵ y Tapia²³⁶, por diferentes razones: el primero, como ejemplo del rol del control de las circunstancias y rol de la experiencia, es decir, aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*, mientras que el segundo, como un caso de actividad peligrosa. Por otro lado, Joaquín Polit²³⁷ ha señalado que se trata de un caso de culpa infraccional a la ley y reglamento de ferrocarriles. A nosotros nos parece que por los argumentos que son expresados se trata del empleo de la máxima *res ipsa loquitur*.

El caso dice relación con un incendio en un predio colindante a la línea de ferrocarriles, el cual fue precisamente provocado por las chispas que produce el ferrocarril al andar.

En este caso el fallo de primera instancia señala que del mérito de las declaraciones prestadas en la causa no puede atribuirse lógicamente a otra causa que a las chispas de carbón y carboncillo que emitía una de las máquinas que arrastraba tal tren. La Corte de Apelaciones se limita a confirmar el fallo, mientras que, por otro lado, la Corte Suprema respecto de la carga de la prueba señala expresamente “Que por lo que respecta a la infracción del artículo 1698 del Código Civil, basada en el hecho de no haber probado el actor que en el incendio ocurrido el 13 de enero de 1920 hubiera

²³⁴ R.D.J. XXVII., p. 557.

²³⁵ BARROS, Op. Cit., p. 110.

²³⁶ TAPIA, Op. Cit., p. 700.

²³⁷ POLIT, Op. Cit., p. 831.

mediado culpa de parte de los empleados de la empresa y haber establecido el tribunal de apelación que la parte demandada debió probar otros hechos para demostrar su inculpabilidad cabe observar para desestimar la infracción reclamada, que dicho precepto legal solo contiene una regla de carácter general que establece a quien corresponde probar las obligaciones o su extinción, señalando en seguida los medios probatorios". Por otro lado, identifica los hechos que han sido establecidos en juicio: "a) que el incendio de la viña se produjo a la pasada de un tren de la empresa demandada por el lugar denominado 'Flor de Itahue'; b) que el incendio no ha podido tener otra causa que las chispas arrojadas por una de las máquinas que arrastraba el tren que pasó por el lugar en donde se verificó el incendio; c) que la circunstancia anotada importa un hecho culpable de parte de los empleados de la empresa demandada; d) que el incendio produjo la destrucción total de la viña de propiedad del demandante con parte de la casa de un inquilino y de árboles de madera; e) que la empresa no ha justificado que la locomotora llevara canastillo en condiciones de evitar que las chispas cayeran mas allá donde pudieron ocasionar perjuicios"²³⁸.

En base a lo anterior, se podría afirmar que de forma un sutil se deja la carga de probar su inculpabilidad al demandado, o derrotar la presunción de culpa por el hecho propio, en el mismo sentido en que se ha indicado como hecho a probar que el incendio no se produjo por otra causa más que el hecho del paso del ferrocarril y los riesgos que esto provoca, por lo que el elemento determinante en este caso es que se hable de hechos que son "característicos de", es decir, existe un alta probabilidad de que sea la explicación más plausible.

2. Gundelach y otro con Ferrocarriles del Estado. (1924): Corte Suprema, 11 de enero de 1924²³⁹.

²³⁸ C. Suprema. 5 de octubre 1929. R.D.J. XXVII, p. 557. Considerando sexto.

²³⁹ R.D.J. XXII, p. 912

El presente caso ha sido mencionado por el profesor Enrique Barros²⁴⁰ como un ejemplo de la aplicación de la tesis sostenida por Arturo Alessandri en la aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio, lo cual es concordante asimismo con la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*. Específicamente se trata de un caso célebremente citado de choque de trenes.

Es clave destacar que el fallo de segunda instancia habla de una fuerte presunción que emana del hecho de haber chocado los trenes, específicamente señala en su considerando primero “Que reconocido por la parte demandada el hecho de haberse dado orden de partida al tren de carga que chocó con el expreso antes de que éste llegara a la estación próxima de Patagón, no se ha desvanecido por la empresa la fuerte presunción que emana en su contra de ese solo hecho, que fue causa muy principal del accidente, acreditando que se adoptaron todas las medidas requeridas por el servicio, a fin de precaver los peligros consiguientes a una orden de esa naturaleza; sobre todo, por tratarse de un trayecto con curvas y gradientes, y más expuesto, por lo mismo, a las contingencias de un choque de los dos trenes”²⁴¹. Posteriormente el fallo de Corte Suprema se limita a rechazar el recurso de casación en el fondo, analizando principalmente las facultades de los tribunales para fijar los hechos.

Al respecto entonces, conviene señalar que al interpretarse los hechos del caso bajo la óptica de que el solo hecho de que chocaran los trenes se presuma la culpa del demandado, es decir, que no adoptó todas las medidas para evitarlo, se puede desprender que el elemento de control de los acontecimientos es considerado por el tribunal para resolver el fallo, así como también la idea de que la explicación más razonable sea la culpa del demandado.

²⁴⁰ BARROS, Op Cit., p. 190.

²⁴¹ C. Suprema. 11 de enero 1924. R.D.J. XXII, p. 912. Considerando primero.

3. Pizarro con Ferrocarriles del Estado. (1932): Corte Suprema, 11 de agosto de 1932²⁴².

Este es otro caso citado por el profesor Barros²⁴³ como un ejemplo de la aplicación de la doctrina de Arturo Alessandri para la interpretación del artículo 2329. También se trata de un caso de choque de trenes con resultado de muerte para uno de los pasajeros.

El fallo de segunda instancia en este caso es más ilustrativo en su desarrollo por cuanto señala expresamente “que la colisión de dos trenes se produce generalmente por impudencia o negligencia o descuido en el cumplimiento de los reglamentos de la empresa demandada, de parte de sus empleados, como ocurre en este pleito salvo caso fortuito cuya existencia no se ha alegado ni probado y, por tanto, es ella responsable del hecho que determinó la muerte de Pizarro y la incumbe indemnizar el daño causado”²⁴⁴.

Así entonces no se hace un análisis de la peligrosidad de la actividad, sino que se presume la culpa de la sola ocurrencia del hecho, pero no resulta menos interesante en este caso que se señale que la excusa del demandado en este caso podría haber estado constituida por el caso fortuito, es decir, una explicación alternativa en cuanto a la causalidad del hecho distinta de lo que naturalmente podría entenderse.

4. Arcaya con Municipalidad de Valparaíso. (1948): Corte Suprema, 4 de agosto de 1952²⁴⁵.

²⁴² R.D.J. XXII, p. 912.

²⁴³ BARROS, Op. Cit., p. 148.

²⁴⁴ C. Suprema. 11 de enero 1924. R.D.J. XXII, p. 912. Considerando décimo primero.

²⁴⁵ R.D.J. XLIX, p. 281.

Este caso ha sido discutido principalmente por los profesores Tapia²⁴⁶ y Polit²⁴⁷. El primero de ellos lo señala como un caso de aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio relativo a actividades consideradas peligrosas, específicamente relativo al mantenimiento de vías por parte de las municipalidades. Por otro lado, el profesor Polit señala que en realidad procesalmente se ha acreditado la culpa del demandado habiéndose aportado por tanto medios probatorios. A nosotros nos parece que dice relación principalmente con la idea de una “prueba prima facie” de la culpa por lo que estaría más cercano a la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* en el sentido de lo antes citado como explicación del profesor Barros, por señalar que se trata de un daño que es “razonable consecuencia de” la actividad que se realiza.

Más allá de la discusión anterior, el caso específicamente se trata de una persona que cae a un pozo abierto debido a trabajos realizados por la compañía de desagües en la vía pública.

Así entonces, en primer lugar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala en sus considerandos quinto y sexto “Que la I. Corporación demandada no ha comprobado la imposibilidad de proveer a las medidas de seguridad a que por la ley se encuentra obligada, y por consiguiente le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil, y esta responsabilidad de su parte no se desvanece en modo alguno frente a los hechos confesados por la demandante al tenor de las posiciones contenidas en el pliego de fojas 37”²⁴⁸, así como también respecto del artículo 2329, que “No se limita a dogmatizar acerca de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha

²⁴⁶ TAPIA, Op. Cit., p. 697.

²⁴⁷ POLIT, Op. Cit., p. 835.

²⁴⁸ C. Valparaíso, 3 de diciembre de 1948. R.D.J. XLIX, p. 281. Considerando sexto.

responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros”²⁴⁹.

En caso se aplica la presunción de culpa del artículo 2329 y por lo tanto se señala que es la Municipalidad quien tiene la obligación de probar que realizó todos los actos necesarios para que el hecho en particular por cuya responsabilidad se demanda no se produjera. Lo central entonces estaría dado por un riesgo elevado al cual el demandado ha expuesto a los demandantes y a los transeúntes por tratarse de un bien público, por lo cual resulta razonable poner de carga de esta persona la necesidad de probar que fue diligente en cuanto a la precaución para evitar la materialización de un daño.

En un sentido similar la Corte Suprema²⁵⁰ señala que ha quedado acreditado que los trabajadores lo hacían por orden de la municipalidad, por obreros de la misma corporación y dependientes, que cometieron el descuido que causó al accidente. Respecto del artículo 2329 y la alegación del recurrente respecto de que no está probado que el daño sufrido por el demandante se haya debido a malicia o negligencia, la Corte considera que sí ha quedado acreditado, por las facultades privativas de los jueces de fondo.

5. San Martín con Grandón. (1993): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 1993²⁵¹.

Este caso dice relación con un incendio forestal provocado por un roce, en principio autorizado por la autoridad respectiva, que termina expandiéndose.

²⁴⁹ Ibid., considerando sexto.

²⁵⁰ C. Suprema, 4 de agosto 1952. R.D.J. XLIX, p. 281.

²⁵¹ F.D.M. N°481, p. 2600.

Este pronunciamiento es particularmente rico en cuanto a la aplicación del artículo 2329, ya que se utiliza dicha disposición legal para fundamentar la aplicación de una presunción de culpa por el hecho propio utilizando diferentes vías argumentativas.

En primer lugar, se hace una consideración en cuanto a la peligrosidad del empleo del fuego como medio de limpieza de un predio. El considerando noveno señala que “de acuerdo a la probabilidad normal, según aquella experiencia, un incendio producido por el fuego proveniente de un roce ha de entenderse culpable, salvo prueba de haberse empleado la diligencia debida. Esta conclusión se apoya en el recto entendimiento del artículo 2329 del Código Civil, así como en los principios generales de la prueba. En efecto, de aquella disposición deriva que, en presencia de actividades que de suyo son peligrosas, los resultados dañinos de ellas han de entenderse imputables a culpa del que realiza tal actividad, porque ellas generan normalmente daños cuando no se emplea la debida diligencia”. Pero posteriormente se hace aplicación de la presunción en base a otra explicación, que es la que ha tomado el profesor Arturo Alessandri, que se vincula principalmente con la utilización de la máxima *res ipsa loquitur*. Específicamente señala que “hay hechos que denotan por sí mismos la culpabilidad de su autor porque provienen ordinariamente de descuido o de negligencia; según las probabilidades humanas, es razonable atribuirlos al dolo o a la culpa; su sola realización induce a pensar que no han podido realizarse sin ellos, como un choque de trenes o de otros vehículos (tranvías, automóviles), la caída de un ascensor, etc. En tales casos, la sola existencia del hecho perjudicial basta para presumir que ha existido culpa. Es lo que nos dice la razón natural (A. Alessandri R. "Un nouvelle interpretation de l'article 2329 du Code Civil chilien", en "Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant", N° 5, pág. 13, París, 1939)". Fianliza citando directamente a la doctrina comparada en cuanto a la máxima *res ipsa loquitur* señalando que “Es la

misma idea que traduce el principio probatorio del que hace uso de Common Law y que se expresa en el vocablo Res Ipsa Loquitur; la cosa habla por sí misma. De acuerdo a él: ‘Debe existir prueba razonable de negligencia; pero allí donde se demuestra que la cosa está bajo la dirección del demandado o de sus agentes, y el accidente es tal que de acuerdo al curso ordinario de las cosas no sucede si aquellos que tienen su control si usan el cuidado apropiado, ello provee razonable evidencia, en ausencia de explicación del demandado, que el accidente sucedió por falta de cuidado’* (Earle en Scott vs. London and St. Katherine Docks Co. 1865, 3 H & C 596, 159 Eng. Rep. 665)”²⁵².

Resulta interesante también señalar que la Corte expresó que el demandado debió probar que una circunstancia ajena a él, imprevisible o irresistible fue la que permitió la propagación del fuego o que se tomaron todas las precauciones que una esmerada prudencia aconseja en tales circunstancias (considerando décimo), haciendo así aplicable al caso un alto estándar de diligencia en este tipo de actividad.

6. Contreras con Ilustre Municipalidad de Concepción. (2000): Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de octubre del 2000²⁵³.

Este caso se encuentra en una situación similar al anterior en cuanto la doctrina²⁵⁴ no está conteste sobre la aplicación de una presunción de culpa propiamente tal o si se ha acreditado mediante los medios de prueba aportados al juicio. Más allá de lo anterior, el caso dice relación también con un orificio en la vía que causa lesiones a un peatón que circula por ella.

Este caso encuentra todo su contenido en el fallo de primera instancia, el cual fue confirmado por la Corte de Concepción. En dicho fallo, entre otras cosas, se señala que “De acuerdo a lo que se ha venido reflexionando teniendo especialmente en

²⁵² C. Apelaciones de Concepción, 23 de julio 1993. Considerando noveno.

²⁵³ C. Concepción. 6 de octubre de 2000. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/1265/2000].

²⁵⁴ SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 130, y POLIT, Op. Cit., p. 836.

consideración las características, ya anotadas, del forado en que acaeció el accidente de la demandante, resulta indefectible que el hecho de haber mantenido la citada esquina con forados y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia”²⁵⁵. Posteriormente el mismo considerando cita al profesor Alessandri para concluir que “dándose en la especie la presunción en comento, cabe presumir la culpa del municipio demandado o de sus agentes y la relación causal existente entre aquélla y el daño provocado a la actora; presunción que la demandada no ha contradicho probando, como procesalmente le correspondía, alguna causal de irresponsabilidad. Siendo así, es evidente que la demandada está obligada a reparar los perjuicios causados en tanto éstos, eso sí, estén debidamente acreditados en su especie y monto por quien pretende su indemnización”²⁵⁶.

Se concluye así que por la “naturaleza” de los hechos acaecidos la explicación más razonable y por esto presumida es que se debe a culpa del demandado, en este caso la municipalidad. Por lo tanto, se expresa así una presunción de culpa fundamentada no en la peligrosidad de la actividad propiamente tal sino, más bien, en las circunstancias que rodean al caso y su explicación más plausible.

7. Werner Canales con Ilustre Municipalidad de Concepción. (2001): Corte Suprema, 7 de mayo de 2001²⁵⁷.

²⁵⁵ C. Apelaciones de Concepción. 6 de octubre 2000. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/1265/2000]. Considerando décimo primero.

²⁵⁶ Loc. Cit.

²⁵⁷ C. Suprema. 7 de mayo de 2001. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/3689/2001.].

Este caso ha sido ampliamente citado por la doctrina nacional²⁵⁸ para ejemplificar la utilización de la presunción de culpa del artículo 2329 con relación a diversos puntos, tanto para explicar que la enumeración consagrada en dicho precepto legal no es una enumeración taxativa, como para ejemplificar una actividad peligrosa. Sin embargo, revisando los razonamientos que lo fundan, parece ser más coincidente con la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur*.

Así, el caso dice relación con un accidente ocasionado por el mal estado de las calles. En este caso lo interesante se encuentra en el fallo de Corte Suprema, el cual señala que "(...) en lo que respecta al segundo punto, establecido el deber del municipio de mantener las aceras en estado de transitar por ellas o, al menos, señalar debidamente los peligros, no es necesaria prueba alguna de las razones que llevaron al municipio a incurrir en esa falta de servicio, pues es característico de este tipo de responsabilidad que baste que un accidente se haya producido a consecuencias de no haberse cumplido la función que la ley asigna al órgano público respectivo, para que la responsabilidad quede configurada"²⁵⁹, además de señalar respecto del fallo de alzada que "ha dado por establecida, a partir de los hechos referidos, una presunción de culpabilidad de la demandada por su hecho propio, según el artículo 2329 del Código Civil, que se infiere de la circunstancia de haber tenido la municipalidad la acera en estado de causar peligro a quienes transitaban por ella"²⁶⁰.

Es decir, de los hechos de la causa entiende la Corte que la municipalidad ha incrementado probabilísticamente un riesgo para los transeúntes y está en sus manos realizar las actuaciones pertinentes para que no se materialice dicho riesgo, como en el caso en cuestión, y sería de su carga acreditar que realizó tales gestiones.

²⁵⁸ SCHIELE, y TOCORNAL, Op. Cit., p. 130.

²⁵⁹ C. Suprema, 7 de mayo 2002. R.D.J. XCIX, p. 104. Considerando tercero.

²⁶⁰ Loc. Cit.

Vemos así que no se trata el tema de la peligrosidad en forma expresa, sino que la Corte se limita a señalar que por el simple hecho de no cumplirse con la función pública encomendada a la entidad, la sola producción del daño hace responsable a la municipalidad, aunque también se podría decir que se hace una aplicación de la presunción de culpa en el sentido de la tesis de Alessandri, finalmente vemos que implícitamente se hace cierta aplicación de la idea de control de los acontecimientos y el descuido por el tipo de actividad, por lo que más allá del tratamiento jurídico empleado son los factores antes mencionados los que nos parecen más importantes para entender el por qué se hace responsable finalmente a la demandada.

8. Parr Sepúlveda con Municipalidad de Chillán. (2006): Corte de Apelaciones de Chillán, 26 de diciembre de 2005²⁶¹.

Se trata de otro caso muy similar relativo a un hoyo en la vía pública, donde la Corte hace consideraciones en torno a la peligrosidad de la situación, y señala respecto de la actividad y la culpa “Que de acuerdo a lo anteriormente expresado, el hecho de haber mantenido destapado el forado en que acaeció el accidente de la demandante, sin resguardo ni señalización, es una circunstancia que por su naturaleza es susceptible de atribuirse, a lo menos, a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota culpabilidad del autor o lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia, por lo que en la especie se debe aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil, desde que este precepto no sólo es aplicable a los tres casos que enumera, pues estos están señalados sólo a vía ejemplar y sin excluir otras

²⁶¹ C. Chillán. 26 de diciembre de 2005. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/6313/2006].

situaciones”²⁶², para terminar por concluir que, dándose una situación que por su naturaleza y por razones lógicas es atribuible a culpa “cabe presumir la culpa del municipio demandado o de sus agentes y la relación causal existente entre aquella y el daño provocado a la actora; presunción que la demandada no ha contradicho probando, como procesalmente correspondía, alguna causal de irresponsabilidad, por lo que está obligado a reparar los perjuicios causados en tanto estos estén debidamente acreditados en su especie y monto por quien pretende la indemnización”, mismo sentido en el que por ejemplo se hizo referencia en el caso N°6 de este capítulo²⁶³.

El punto importante esta dado en que entiende que se trata de un hecho que “ordinariamente proviene de negligencia”, es decir, no existe certeza respecto de la misma, pero se traslada la necesidad de probar de que no existe dicha culpa al demandado, lo que no ocurre en el caso en cuestión porque se entiende que razonablemente el demandado pudo evitar el daño y estaba obligado a lo mismo porque es quien tiene el control por imposición legal de realizarlo.

9. Vásquez con Municipalidad de Chillán. (2007). Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007²⁶⁴.

El caso en comento ha sido mencionado por el autor Mauricio Tapia²⁶⁵ como un ejemplo de aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio en actividades peligrosas, pero a nuestro juicio, revisando los antecedentes del fallo, pareciera ser en que en realidad se hace una aplicación más cercana a las ideas de Arturo Alessandri o de la máxima *res ipsa loquitur*.

²⁶² C. Apelaciones de Chillán. 26 de diciembre 2005. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/6313/2006]. Considerando quinto.

²⁶³ Ibid., considerando cuarto.

²⁶⁴ C. Suprema. 27 de diciembre de 2007. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/120/2007].

²⁶⁵ TAPIA, Op. Cit., p. 698.

El caso en sí dice relación con el mal estado de las vías públicas que causan lesiones a un transeúnte.

Particularmente la Corte de Apelaciones en este caso señala en su considerando cuarto respecto de la culpa que “Concordante con lo antes expresado el hecho de no haber mantenido cubierto el desnivel en que acaeció el accidente sufrido por la demandante, sin resguardo ni señalización, es una circunstancia que por su naturaleza es susceptible de atribuirse, a lo menos, a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas en los peatones y, por ende, denota culpabilidad del autor, o sea, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia, por lo que en la especie se debe aplicar la presunción de culpabilidad que contempla el artículo 2329 del Código Civil (...) presunción que la demandada no ha contradicho probando alguna causal de irresponsabilidad, por lo que está obligada a reparar los perjuicios causados en cuanto estos estén debidamente acreditados en su especie y monto por quien reclama la indemnización.”²⁶⁶ El pronunciamiento de la Corte Suprema se limita a razonar en atención a la falta de servicio de la municipalidad.

En base a lo anterior, podemos afirmar que la Corte presume la culpa en atención a la “naturaleza” de la situación descrita, es decir, no hace alusión a la peligrosidad de la actividad, el aumento del riesgo o la probabilidad de causar daño, sino que del hecho de que exista una vía en mal estado y que por esto se produzca un daño en un peatón, naturalmente corresponde concluir que se debe a la negligencia del demandado, en este caso la municipalidad respectiva.

²⁶⁶ C. Chillan. 27 septiembre 2007. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/120/2007]. Considerando cuarto.

10. Sergio Arancibia con Ilustre Municipalidad de Copiapó. (2014): Corte de Apelaciones de Copiapó, 21 de diciembre de 2011²⁶⁷.

Este caso es particularmente trágico, ya que se trata de un accidente que involucró la pérdida de control por parte de un camión el cual chocó a una gran cantidad de vehículos y posteriormente atropelló a un menor de 13 años causándole la muerte.

Dentro de las consideraciones particulares del caso las Cortes no hacen un tratamiento jurídico especial de la conducta, sino que se limitan a hablar de la peligrosidad de la actividad en materia de la determinación del cuidado debido. Así entonces es que se señala en el fallo de Corte de Apelaciones “(...) Que por otra parte, es un hecho cierto, que la empresa Bitumix S.A desarrollaba una actividad riesgosa, como era la pavimentación mediante asfalto, líquido que debe estar caliente a temperaturas elevadas, en un terreno que tenía una pendiente de 45 grados, lo que le genera una responsabilidad más estricta e impone a quien la ejerce, un mayor grado de diligencia o cuidado, que la obligaba a adoptar las precauciones previstas en las leyes y reglamentos, como también las que la prudencia aconsejaba; El artículo 2329 del Código Civil, permite desprender que las circunstancias en que se producen ciertos daños revelan por sí mismas la existencia de algún grado de culpa o negligencia de parte del agente, lo que explica que se establezcan ciertas presunciones de responsabilidad, imponiendo el deber a la empresa Bitumix S.A de haber adoptado las medidas de vigilancia en orden a prevenir el daño”. Posteriormente desestima las defensas de la demandada que atendían a una errónea aplicación del derecho en el sentido de que por el tipo de actividad se habría acrecentado su estándar de diligencia, sin embargo la Corte señala que lo dicho no es efectivo puesto que “Cabe desestimar lo alegado por la demandada Bitumix S.A en cuanto sostiene a fojas 836 de su escrito de apelación que el parámetro del fallo recurrido del “buen padre de familia” debe

²⁶⁷ C. Copiapó. 21 de diciembre de 2011. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/10180/2011.].

entenderse “agravado o aumentado” sería contrario a derecho, ya que el deber de diligencia que le era exigible no es otro distinto a un nivel de diligencia media. (...) A su vez, no puede soslayarse el hecho, que el camión llevaba sustancias calientes como era el asfalto, lo que un hombre medianamente razonable en un juicio de racionalidad lo habría transportado en un vehículo adecuado, con las debidas condiciones mecánicas y conducido por una persona con experiencia, y no lo habría hecho en un vehículo antiguo, en malas condiciones mecánicas, el que había tenido fallas y con un conductor sin experiencia suficiente.(...) De lo ya expuesto, resulta ser incuestionable que la Empresa de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A, tuvo una conducta negligente o culpable en los hechos que han causado el daño, lo que hace que deba reparar el perjuicio causado”²⁶⁸.

Así entonces vemos cómo la Corte considera el tipo de actividad en términos de magnitud del riesgo que involucra para hacer una aplicación un tanto solapada de la máxima *res ipsa loquitur* y poner de cargo del demandado el probar una explicación diversa de los acontecimientos, haciendo énfasis en que por la peligrosidad de la maniobra se debió emplear una diligencia “más estricta” ya que los daños a los que se estaba expuestos era de gran magnitud, y existía además un razonable control de los mismos.

11. Fernanda Godoy con Ilustre Municipalidad de Antofagasta. (2014): Corte Suprema, 17 de noviembre de 2014²⁶⁹.

El caso trata de un transeúnte que sufre una caída en la vía pública producto de una alcantarilla que se encontraba destapada.

²⁶⁸ C. Copiapó. 21 de diciembre de 2011. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/10180/2011]. Considerando Sexto.

²⁶⁹ C. Suprema. 17 de noviembre de 2014. [en www.vlex.cl n°544463090].

La Corte de Apelaciones de Antofagasta en este caso señala en su considerando segundo respecto al artículo 2329 que “la norma anterior en su encabezado reitera la regla general de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, el inciso segundo, al establecer que por sus acciones riesgosas hay sujetos especialmente obligados a la reparación de los perjuicios, genera una hipótesis de responsabilidad estricta u objetiva, o en palabras del jurista A.A., una presunción de culpa. Como quiera llamarse, lo cierto es que la ley, frente a las actividades peligrosas ahí enumeradas, ha realizado una distinción normativa que necesariamente debe tenerse presente a la hora de determinar el estatuto de responsabilidad aplicable en la especie, como se razonará”²⁷⁰. Posteriormente agrega que “Al efectuar esta comparación es ineludible concluir entonces que la presunción de culpabilidad construida a partir del artículo 2329 del Código Civil, aplicable en la especie por analogía, también afecta al concepto de falta de servicio; de manera que –en palabras del mismo profesor B.- concurre una apariencia de culpa o prueba en principio, que traslada la carga probatoria a quien ha debido emplear la diligencia. De esta manera, encontrándose asentado que el niño cayó en esta alcantarilla de propiedad municipal y no existiendo prueba alguna que permita siquiera entender que la demandada actuó con mediana diligencia, debe necesariamente entenderse que el hecho generador del daño ocurrió como consecuencia de un actuar negligente del Ilustre Municipalidad de A., quien no mantuvo la alcantarilla en estado de evitar peligros para las personas que por allí transitan”²⁷¹.

En este caso la Corte Suprema hace aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329 al señalar que “Enseguida consignan que la responsabilidad de la demandada debe analizarse desde la perspectiva de la falta de

²⁷⁰ Ibid., considerando segundo.

²⁷¹ Ibid., considerando quinto.

servicio y subrayan que a través de las normas citadas más arriba es posible determinar con precisión en qué consiste esta última en la especie, la que, a su juicio, corresponde a una responsabilidad estricta por riesgo en cuya virtud es posible presumir la culpa del servicio, a lo que añaden que el concepto de falta de servicio se ve alcanzado por la presunción de culpabilidad erigida a partir del artículo 2329 del Código Civil, en cuanto concurre una apariencia de culpa que traslada la carga probatoria a quien ha debido emplear la diligencia. En virtud de tales razonamientos y conforme a los hechos que dieron por acreditados concluyen que el hecho generador del daño ocurrió como consecuencia de un actuar negligente de la Municipalidad demandada, la que no mantuvo la alcantarilla en estado de evitar peligros para las personas que transitaban por el lugar.”²⁷² Posteriormente concluye que “Precisamente lo que hizo la sentencia recurrida fue acoger la demanda por estimar que el ente edilicio incurrió en una conducta constitutiva de falta de servicio consistente en no mantener la alcantarilla de que se trata en estado de evitar peligros para las personas, mientras que la impugnante asienta sus planteamientos, precisamente, en que no se acreditó la existencia de dicha falta de servicio, esto es, que la supuesta caída del menor haya sido consecuencia del mal estado de la tapa de la cámara de que se trata.”²⁷³

Este es un caso especial. La Corte de Apelaciones incurre en errores terminológicos al aplicar la presunción de culpa por el hecho propio justificándolo en la peligrosidad de la actividad, pero en realidad dando argumentos más cercanos a la idea de la utilización de la máxima *res ipsa loquitur*. La Corte Suprema hace suyos los razonamientos del fallo de alzada, señalando entonces en este caso que se hace una aplicación de la presunción de culpa por el hecho propio expresamente en atención al artículo 2329 N°2, haciendo consideraciones en relación a dejar el alcantarillado en

²⁷² Ibid., considerando quinto.

²⁷³ Ibid., considerando sexto.

condiciones de hacer posible la materialización de un peligro, lo que podríamos vincular a las nociones de probabilidad de ocurrencia del daño.

12. Verónica Zapata con Municipalidad de Yerbas Buenas. (2015): Corte Suprema, 5 de enero de 2015²⁷⁴.

En este caso se trata de un menor que sufre un accidente mientras jugaba en una plaza pública que aún no había sido inaugurada oficialmente, pero que era utilizada por la comunidad estando los juegos en mal estado, y nos parece que sirve para ejemplificar el razonamiento vinculado a la máxima *res ipsa loquitur* en el sentido de lo expresado por el profesor Enrique Barros, como una prueba prima facie de la culpa del autor

En este caso es interesante el razonamiento jurídico de la Corte, que hace un tratamiento particular en cuanto a que pone de carga del demandado probar que cumplió diligentemente. En este sentido, señala en su considerando séptimo que “del tenor del recurso aparece que este se construye en contra de los hechos establecidos por los sentenciadores del mérito e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio de la recurrente, estarían probados. En efecto, la recurrente asevera que los padres del menor de autos sabían de la falta de inauguración de los juegos desde que había letreros que así lo comunicaban; empero, ello no ha quedado establecido en la causa y, por el contrario, los falladores asentaron de manera categórica y expresa que la demandada no probó haber tomado todas las providencias para evitar el ingreso de público al recinto de que se trata o haber advertido a la comunidad que los juegos y máquinas dañadas hubiesen estado fuera de servicio o se prohibiese su uso”²⁷⁵. Lo anterior, resulta aún más interesante considerando que en primera instancia se señaló “Que de acuerdo a lo anteriormente expresado, el hecho de no haber probado que tomó

²⁷⁴ C. Suprema. 5 de octubre de 2015. [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/2/2015].

²⁷⁵ Ibid. Considerando séptimo.

medidas para evitar el ingreso de personas a la plaza o que se impidiese el uso del tobogán o resbalín en que acaeció el accidente del niño Arancibia Zapata, es una circunstancia que por su naturaleza es susceptible de atribuirse, a lo menos, a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar accidentes a los niños que usan los juegos infantiles y, por ende, denota culpabilidad del autor o lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia, por lo que en la especie se debe aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil”²⁷⁶, lo cual expresamente se condice con la idea de la utilización de la máxima *res ipsa loquitur* en el artículo 2329 del Código Civil.

En este caso parece bastante claro que la Corte toma en consideración por una parte la falta de cuidado del demandado que se encuentra en control y con la mejor posición para evitar que se ocasionen riesgos para las personas, y además un evidente descuido del mismo, pero además toma en consideración al sujeto que se ve expuesto al dicho riesgo ya que se trata de un espacio público que es frecuentado por menores.

13. Diego Corvera con Empresa de Ferrocarriles del Estado. (2015): Corte Suprema, 19 de octubre de 2015²⁷⁷.

El caso dice relación con la muerte de un trabajador que se encontraba permanentemente expuesto al asbesto dentro de sus labores.

La Corte en este caso señala que es carga del demandado probar que empleó todas las medidas de seguridad necesarias en atención al tipo de actividad que se trata. Al respecto el considerando octavo señala que “En otras palabras, el fallo impugnado en ningún momento ha establecido una responsabilidad objetiva, a partir de un resultado

²⁷⁶ Ibid. Considerando décimo primero.

²⁷⁷ C. Suprema. 19 de octubre de 2015. [en www.vlex.cl n°585179838].

y no de la culpa, pues expresamente ha dicho lo contrario, es decir, que en la especie existe culpa de la demandada porque ésta no acreditó en el juicio la debida implementación de medidas de seguridad básicas para el tratamiento de materiales que podrían provocar la adquisición de enfermedades a causa de una actividad o trabajo de riesgo, como lo es la manipulación de elementos elaborados con asbesto. De tal forma, el capítulo de casación está destinado a ser desestimado, pues este tribunal se encuentra impedido de modificar la referida situación fáctica e instalar la que sirve de fundamento al yerro jurídico que se atribuye a la sentencia impugnada”²⁷⁸.

Es claro en este caso que la Corte hace un tratamiento jurídico que es un tanto particular de los hechos descritos, por cuanto pone de cargo del demandado probar su excusa, lo que podría asimilarse a que emplea una presunción de culpa, sin perjuicio de que es cierto que es el demandado quien está en una mejor posición para lo mismo. Pero lo que es realmente relevante para nosotros es que dicha diferenciación se hace precisamente en base al riesgo que implica la actividad que se realiza, tanto en términos cuantitativos, porque es altamente nocivo para la salud, como en términos probabilísticos según se ha visto en muchos casos en nuestro país y en el mundo.

²⁷⁸ Ibid. Considerando octavo.

CONCLUSIONES

A. GENERALES

La finalidad de la presente tesis fue investigar e intentar sistematizar que se ha entendido como “actividad peligrosa” por parte de la doctrina, jurisprudencia y legislación civil nacional e internacional, analizando en particular dos fenómenos jurídicos que utilizan la expresión: la denominada “presunción de culpa por el hecho propio” consagrada en el artículo 2329 del Código Civil, y los distintos estatutos de responsabilidad civil de carácter “estricto”, así como también algunos ordenamientos jurídicos internacionales que han tratado el tema.

Para dicho efecto, se analizaron en particular: el tratamiento que la doctrina realiza a las actividades peligrosas, en los objetos de estudio (capítulo I), el tratamiento de las actividades peligrosas en el derecho comparado (capítulo II), para posteriormente analizar el tratamiento de las actividades peligrosas en la normativa nacional, en específico el establecimiento de distintos estatutos de responsabilidad estricta (capítulo III) y por último, el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a dichas actividades (capítulo IV), en específico, al emplear la presunción de culpa por el hecho propio mencionada.

Sobre la doctrina nacional, pudimos evidenciar que el análisis que realizan los autores al referirse al estatuto de responsabilidad estricta es de carácter general, evidenciando su historia, ideas matrices y fundamento, con la mención a las teorías del riesgo creado y riesgo provecho. Sin embargo, no existe un análisis pormenorizado de las características que hacen que una determinada actividad sea considerada como peligrosa. Dentro de las razones que podemos concluir, es que al ser el establecimiento de los estatutos de responsabilidad estricta materia legislativa, los autores no se detienen a estudiar las razones del legislador.

En lo que respecta a la utilización de la denominada presunción de culpa por el hecho propio, pudimos darnos cuenta que la discusión que se da en doctrina deriva de una interpretación particular de la norma contenida en el artículo 2329, pero tampoco existe un estudio sistematizado sobre el tema de la presente tesis. Destaca, de todas formas, los criterios que esboza el profesor Barros sobre intensidad y probabilidad del daño, que se encontrarían subyacentes en el artículo 2329 del Código Civil; el trabajo jurisprudencial del profesor Tapia que cataloga las actividades que los tribunales de nuestro país han considerado como “actividades peligrosas”, esbozando los mismos criterios que el autor anterior; y los planteamientos de los profesores Mantilla y Pizarro, quienes explican que no existiría una esencia de peligrosidad, y que para calificar una actividad como tal se deben tomar en consideración distintos criterios como la magnitud de los daños, el grado de sensibilidad de la sociedad a que determinados daños se produzcan, el costo del daño y costos de prevención. Como veremos, dichos criterios se pueden extraer de los análisis realizados a los distintos estatutos de responsabilidad estricta.

Por otro lado, según hemos visto, las actividades peligrosas han sido tratadas jurídicamente de diversas formas en diferentes partes del mundo, pero más allá de la sanción o tratamiento jurídico particular que se les otorgue en un país o región determinada, es un hecho cierto que han sido merecedoras de un tratamiento particular y diferente al régimen general de responsabilidad por culpa. Asimismo, nos parece relevante indicar que en aquellos casos en que el concepto ha sido dotado de mayor contenido, generalmente se han decantado por la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva.

En ese sentido entonces, los elementos comunes que han sido identificados por los ordenamientos comparados dicen relación típicamente con la existencia de una alta probabilidad de que la actividad pueda causar un daño, que la magnitud de ese daño

sea relevante y que no se trate de actividades comunes o generalizadas. En ese sentido llama la atención, por ejemplo, la forma en la que dichos elementos han sido sintetizados de mejor forma por los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil.

Respecto al análisis de los distintos estatutos de responsabilidad estricta consagradas en la ley, y de las leyes especiales que emplean el concepto, se puede vislumbrar que en su discusión legislativa, los parlamentarios (o legisladores de la época, tomando en consideración que muchos decretos de ley estudiados fueron dictados en época de dictadura) mencionan explícitamente que se consagrara (aunque suceda o no) un estatuto de responsabilidad estricta, por lo “peligroso” de la actividad, pero no otorgan mayores luces sobre las características que hacen que dichas actividades sean consideradas de dicha forma. Y es con un trabajo de inferencia de las discusiones, opiniones y postulados de la historias legislativas, como de los artículos que finalmente quedan fijados en la ley, que nos pudimos dar cuenta que existen criterios que se reiteran constantemente, y que permitirían sistematizar, como son probabilidad de que se produzca el daño, la magnitud de los daños a producirse, control de las circunstancias que pueden producir daño, utilidad social de la actividad, valor social del bien potencialmente afectado, impredecibilidad de los daños.

Ahora bien, en el caso del tratamiento jurisprudencial sobre las actividades peligrosas, nos encontramos en un terreno que ha sido arduamente discutido por la doctrina, respecto principalmente a la existencia o no de una presunción general de culpa. Más allá de dicho ámbito, nos parece claro que la jurisprudencia ha realizado una utilización bastante vaga e instrumental del concepto de actividad peligrosa o de la “peligrosidad” de una actividad, el cual generalmente este dado para equiparar deficiencias probatorias en la solución de ciertos casos complejos -generalmente-.

Aun así, y más allá de la vaguedad con la cual se utilice el concepto por parte de la jurisprudencia, del análisis detallado de los hechos y las consideraciones podemos extraer muchas veces, que existe una causa subyacente a la utilización del concepto, del cual se extraen alusiones a elementos que generalmente se asocian a las actividades peligrosas. En ese sentido, se repite de forma notoria la idea de previsibilidad del riesgo que genera una determinada actividad, la idea de la magnitud del daño al cual se expone a la persona o propiedad de ésta con dicha actividad, así como también la idea de control del riesgo y la imposibilidad de la víctima o de terceros de evitar la producción de un daño con dicha actividad, los cuales sumados permiten justificar muchas veces la decisión de hacer responsable a una persona por la producción de un daño determinado.

En consecuencia, de a modo de resumen y conclusión general podemos señalar en primer lugar -como es evidente-, que el concepto y la calificación jurídica de una actividad como peligrosa no es un invento doctrinario o jurisprudencial, sino que se trata de una calificación que existe y ha sido utilizada -muchas veces de forma vaga o instrumental-, pero que sirve o ha servido para diferenciar determinadas actividades que requieren de un tratamiento jurídico fuera del régimen general de responsabilidad por culpa.

Finalmente, nos parece interesante concluir que la utilización del concepto de actividad peligrosa en nuestro derecho ha llevado a una suerte de estado de incerteza respecto del mismo, dado que, por la escasa regulación y contenido que existe respecto de las mismas, no existe claridad respecto de su tratamiento jurídico. Es en ese sentido que nos parecería valioso que se adopte una decisión normativa respecto de otorgar un tratamiento jurídico diferenciado a las misma, previa identificación clara de su contenido como lo han hecho por ejemplo los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), el cual podría ser de una presunción de culpa respecto de

quien realiza la actividad peligrosa o derechamente la adopción un sistema de responsabilidad objetiva.

B. PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

De todo lo expuesto anteriormente, específicamente de los análisis realizados a los dos objetos de estudio de la presente tesis, podemos concluir que el concepto de “actividades peligrosas” se utiliza tanto doctrinaria, como jurisprudencial y normativamente, en su acepción común otorgada por la RAE, sin existir un lenguaje jurídico o técnico al respecto. En dicho sentido, se puede definir como cualquier quehacer humano que *pueda* producir daño.

Dada la amplitud del concepto, podemos configurar que tanto la doctrina como la jurisprudencia y la legislación chilenas han reiterado los siguientes criterios que permiten inferir que ciertas actividades *pueden* producir daño, lo que las diferencia de las demás, para efectos de darles un tratamiento jurídico distinto:

1. Probabilidad de producir daño: Este criterio hace referencia a que existe una alta expectativa de que el daño se produzca. Este criterio se vincula con el concepto del “normalidad” del curso de acción de una determinada actividad, en base a las experiencias pasadas.

2. Intensidad o magnitud del daño que se producirá: Hay ciertas actividades que producen un daño mayor que otras. Por “daño mayor”, se entiende tanto en términos cuantitativos (mayor cantidad de personas, bienes, etc.) como como cualitativos (es de mayor trascendencia, como la muerte de persona/s)

3. Control de las circunstancias por el agente dañoso: Este criterio es esencial. Supone que el potencial agente dañoso tiene el manejo de la actividad, por lo que un descuido o mal empleo de los elementos que la configuran o que son necesarios para su desenvolvimiento, pueden producir un daño.

Estos criterios son, a nuestro parecer, los principales para determinar que una actividad sea considerada “peligrosa” o no.

Sin embargo, existen circunstancias secundarias que permiten considerar una actividad de dicha manera:

1. Previsibilidad de los daños: Hace referencia a la razonabilidad de anticipar que ocurrirá un daño. Supone nuevamente un análisis del curso natural de la acción, entendida en su sentido de causalidad natural.

2. Extensión del daño: Hace referencia a la propagación o expansión de las circunstancias dañosas.

3. Impredecibilidad de los daños: Hay ciertas actividades respecto de las cuales no se puede tener certeza con seguridad de los daños que se podrían producir. Es el caso típico de las nuevas tecnologías, o por ejemplo, la actividad nuclear.

4. Valor social del posible bien afectado: Hay ciertos bienes valiosos para la sociedad que suponen, por tanto, un resguardo específico como bien jurídico. Caso paradigmático es el medioambiente.

5. Costo de prevenir el daño: Es un análisis netamente cuantitativo, en el sentido de si el costo de prevenir el accidente que produciría el daño es menor a la cuantificación del daño producir.

Por su parte, existe un elemento particular que permite eximir a la actividad de un tratamiento especial, en caso de verificarse. Dicho elemento es el llamado “Valor social de la actividad”, el cual básicamente se relaciona con que ciertas actividades, a pesar de ser peligrosas, son permitidas por el legislador dada la utilidad o beneficio que producen a la sociedad, como, por ejemplo, la actividad aeronáutica y vehicular.

Todos estos criterios convergen e interactúan entre sí. Puede ser que una actividad tenga una baja probabilidad de accidente, pero que, si ocurre, sus consecuencias serían catastróficas (como caso de la caída de un avión). Puede ser que una determinada actividad tenga una alta probabilidad de accidente, pero que por su utilidad social no esté sometida a un tratamiento jurídica especializado como la responsabilidad estricta, sino que afecto a presunciones de culpa o culpa infraccional (como es el caso del manejo de vehículos).

Cabe destacar que todos los criterios propuestos son para efectos de aterrizar el que una actividad *pueda* producir daño.

Esperamos que la presente tesis, y su análisis, sea de utilidad en un futuro para efectos de otorgar mayor certeza jurídica en la aplicación de los objetos de estudio, y la eventual inclusión de otras actividades a un tratamiento diferenciado.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

ACEVEDO, Santiago y GONZÁLEZ, Francisco. 2013. Revisión crítica del estatuto de responsabilidad civil por daños nucleares en Chile. *Revista Chilena de Derecho* 40 (1): 11-43.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. 1943. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Título 35 del Libro IV del Código Civil. 4ª ed. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria.

ARAMBURO, Maximiliano. 2008. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 38, n°108, Medellín, Colombia. 15-51.

BARRIA, Rodrigo. 2014. La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Comparado. *Revista Ius et Praxis* 29 (2): 275-306.

BARRIENTOS, Javier. 2009. De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil Imaginario”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (13): 9-94.

BARROS, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica.

CORRAL, Hernán. 2006. La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de protección de los Derechos del Consumidor. En: BARAONA, J. y LAGOS, O. (Edits.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*. Santiago de Chile Cuaderno de Extensión Jurídica. U. de los Andes (12): 95-112.

CORRAL, Hernán. 2009. La responsabilidad civil de los empresarios constructores y arquitectos por ruina o construcción defectuosa de edificios. En: TAVOLARI, Raúl (editor científico), *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica: 827-872

CORRAL, Hernán. 2013. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CORRAL, Hernán. Ley Cholito y responsabilidad civil por daños causados por animales. *El Mercurio Legal*, 2.3.2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/08/21/Ley->

Cholito-y-responsabilidad-civil-por-danos-causados-por-animales.aspx. [Fecha consulta: 04 de febrero de 2019]

DÍAZ, Regina. 2007. Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 14 (1): 79-112.

DUCCI, Carlos. 1971. Responsabilidad civil. Actividades peligrosas - hechos de las cosas - circulación de vehículos. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

FIGUEROA, Gonzalo. 2012. *Curso de Derecho Civil. Tomo IV.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica.

LARROUCAU, Jorge. Res Ipsa Loquitur: Quién habla es el juez, no la cosa. En: BARROS B., FIGUEROA G. y TAPIA M. (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil VI- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010.* Agosto 2011. Santiago de Chile, Thomson Reuters: 491-519.

LECAROS, José Miguel. 2012. *La Responsabilidad Civil y la Actividad Aeronáutica.* Santiago de Chile. Librotecnia.

MANTILLA, Fabricio y PIZARRO, Carlos. 2013. La responsabilidad civil por actividades peligrosas: Aplique primero y explique después. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (4): 17-56.

MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. 2004. La interpretación contra legem del artículo 2.356 del Código Civil colombiano. EN: PIZARRO W. (editor). *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado I. Temas de Responsabilidad Civil,* Santiago de Chile, Ediciones Diego Portales Escuela de Derecho: 211-249.

MEZA BARROS, Ramón. 2010. *Manual de Derecho Civil. De la fuente de las obligaciones. Tomo II.* 10ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica.

NAVARRETE, Jaime. 1978. El origen de la responsabilidad civil objetiva en el derecho aéreo. *Revista Chilena de Derecho* 5 (1): 160-177.

POLIT, Joaquín. 2015. ¿Qué ha dicho realmente la jurisprudencia sobre la presunción general de culpa por el hecho propio? En: MEJÍAS C., SEVERÍN G., OLIVARES Á. (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil X- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014.* Agosto 2015. Santiago de Chile, Thomson Reuters: 827-845.

PORAT, Ariel y STEIN, Alex. 2001. Tort Liability under Uncertainty, Oxford, Oxford University Press.

RIESCO, Ricardo. 1999. Régimen de responsabilidad consagrado por el Código Aeronáutico para el transporte aéreo de mercaderías. *Revista Chilena de Derecho* 26 (4): 931-965.

RODRÍGUEZ, Pablo. 2009. Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica.

ROJAS, Christian. 2014. Los riesgos, las funciones del derecho ambiental a éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 43 (2): 542-582.

SCHIELE, Carolina y TOCORNAL, Josefina. 2010. Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho* 37 (1): 123-139.

TAMAYO, Javier (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. T. I, Bogotá: Legis.

TAPIA, Mauricio. 2009. Contra una presunción general de culpa por el hecho propio. *En: PIZARRO W. (coordinador). Estudios de Derecho Civil IV- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Julio 2009. Santiago de Chile, LegalPublishing: 689-705.*

ZELAYA, Pedro. 1999. Responsabilidad civil del empresario en el uso de los vehículos a motor (un estudio de la jurisprudencia chilena). *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*: 49-90.

II. FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. 2005. Principles of European Tort Law. [en línea] <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf> [consulta: 10 septiembre 2018].

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. [en línea] <http://www.egtl.org/> [fecha consulta: 10 septiembre 2018].

III. HISTORIA DE LA LEY.

A. En papel:

Historia de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia del Decreto Ley N° 2.222 de 1978, Ley de Navegación. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia de la ley N° 18.916, Código Aeronáutico. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia del Decreto Ley N° 18.302, de 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia del Decreto Ley N° 3.557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

Historia del Decreto Ley N° 3557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Disponible en Biblioteca del Congreso, Sede Santiago.

B. En digital:

Historia de la Ley N° 21.020, Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Disponible en [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6387/>] [fecha consulta: 13 de julio de 2018]

Historia de la Ley, Decreto 458, Ley General de Urbanismo y Construcción, artículo 18. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018]

Historia de la Ley N° 19.300, Ley sobre Bases Generales del Medioambiente. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 23 de diciembre de 2018]

Historia de la Ley N°19.496, de protección de los Derechos de los Consumidores. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> [fecha consulta: 20 de diciembre de 2018]

IV. BASES JURISPRUDENCIALES

A. En papel:

Fallo del Mes (F.d.M)

R.D.J.

B. Digital

www.pjud.cl

www.vlex.cl

www.westlawchile.cl