



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

La relación de causalidad

Análisis de su relevancia en la
responsabilidad civil y penal

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

HERNÁN CORRAL TALCIANI

TATIANA VARGAS PINTO

Tatiana Vargas Pinto

EDITORA



2008

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 15



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

La relación de causalidad

Análisis de su relevancia en la responsabilidad
civil y penal

Jorge Baraona González
Raúl Carnevali Rodríguez
Hernán Corral Talciani
Tatiana Vargas Pinto

Tatiana Vargas Pinto
Editora

Cuadernos de Extensión Jurídica 15 (2008)
La relación de causalidad

CIP - Universidad de los Andes

La relación de causalidad: análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal
/ Jorge Baraona González... [et al.]; Tatiana Vargas Pinto, editora.

p. – (Cuadernos de Extensión Jurídica; 15)

Incluye notas bibliográficas.

I.- Responsabilidad Civil – Chile. 2.- Causa (Derecho Civil) – Chile. 3.- Responsabilidad Penal – Chile. Causalidad (Derecho Penal) – Chile. I.- Baraona González, Jorge. II.- Vargas Pinto, Tatiana Catalina, ed. III.- s.

CDD 21

346.8303

2008

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.

Secretaría de redacción: Tatiana Vargas Pinto.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-49-5

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 173.851

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2008 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)*

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

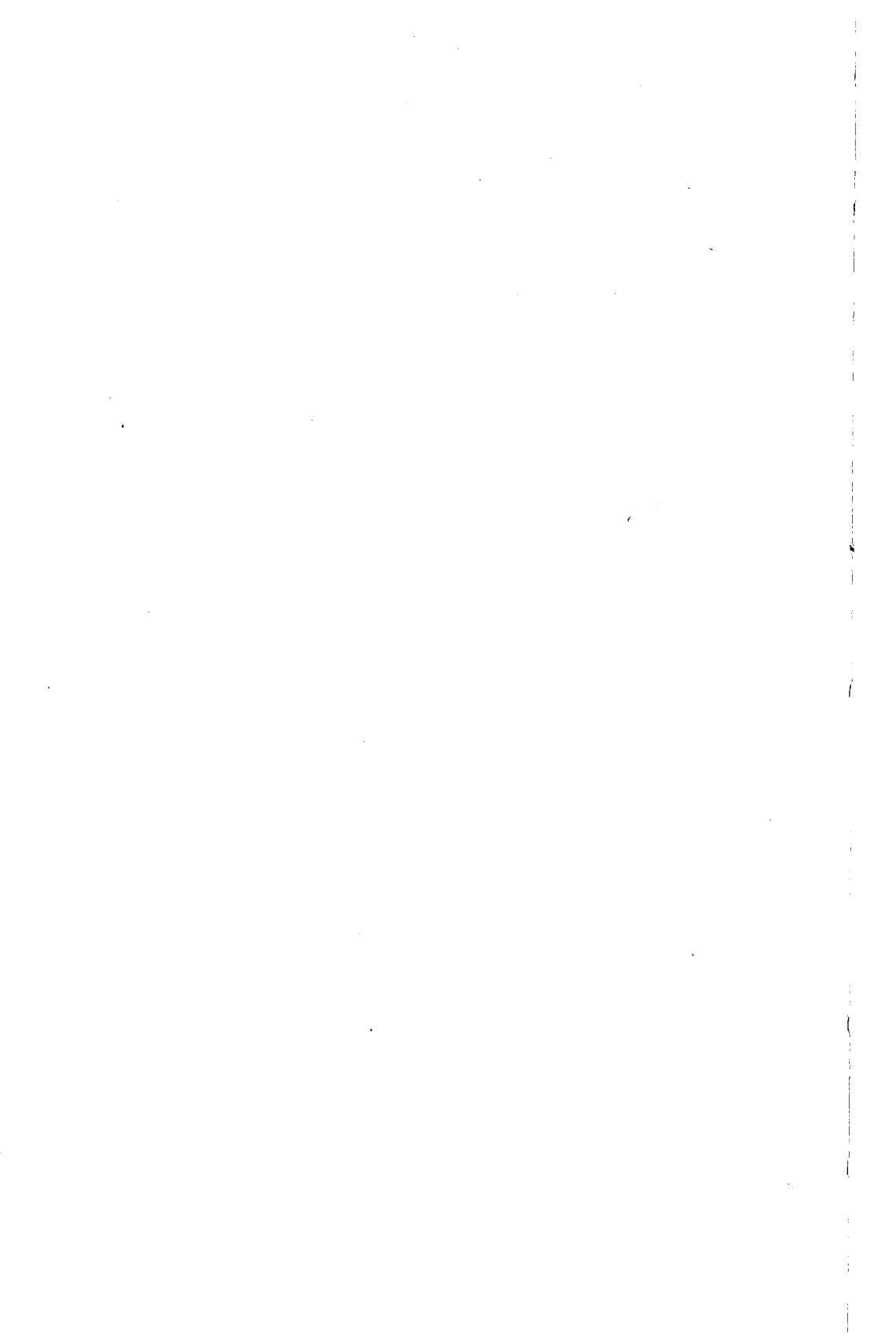
*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Talca*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)*

TATIANA VARGAS PINTO

*Doctora en Derecho por la
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)
Profesora de Derecho Penal
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)*



PRESENTACIÓN	13
--------------	----

LA CUESTIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL: PANORAMA DE DERECHO COMPARADO

Jorge Baraona González

I. Derecho anglosajón.....	17
1. Causation- <i>in-fact</i>	17
2. Causation in Law.....	18
3. Problemática y soluciones.....	18
II. La causalidad en el Derecho continental europeo: Italia, España y Francia y los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil	25
1. Italia	25
2. Francia	27
3. España	30
4. Principios de Derecho europeo de la responsa- bilidad civil (<i>European Group on Tort Law</i>) ..	31

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL SISTEMA DE TORTS
DEL COMMON LAW

Hernán Corral Talciani

Proemio	37
I. La formulación del requisito y su ubicación en la teoría de <i>torts</i>	38
II. La doble dimensión del nexo causal: <i>causation in fact</i> y <i>proximate cause</i>	39
III. Los criterios para determinar la presencia de la <i>causation in fact</i>	40
1. El test “ <i>but for</i> ”	40
2. El test del factor substancial.....	41
3. Los supuestos de “riesgo incrementado”	42
4. Indeterminación de las víctimas	43
5. La <i>causation in fact</i> y la pluralidad de deman- dados. De la <i>double fault</i> a la <i>market share theory</i>	44

IV. <i>Proximate cause</i>	45
1. El problema a considerar en la <i>proximate cause</i>	45
2. Un primer factor de determinación: la relación directa.....	46
3. El actual predominio del test de la previsibilidad.....	47
4. La teoría del “ <i>Egg-shell injury</i> ”.....	49
5. El <i>Restatement of Torts</i> : factor substancial y previsibilidad restrospectiva.....	50
V. La interrupción del nexo causal: <i>Superseding cause</i>	51
VI. Cuestiones procesales.....	55
1. ¿Quién debe pronunciarse sobre la <i>causation</i> : el juez o el jurado?.....	55
2. Prueba de la <i>causation in fact</i>	57
3. La carga de la prueba.....	58

LA CAUSA DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE
(CON ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL)

Jorge Baraona González

I. Antropología, sociología y relación de causalidad.....	59
II. Doctrinas sobre la causalidad en materias civiles y nuestros tribunales de justicia.....	61
III. Causalidad física y causalidad normativa.....	64
IV. <i>Iter</i> dañoso y causalidad.....	66
1. Vinculación causal entre demandado y hecho dañoso: el <i>an debeatur</i>	66
2. Nexo de causalidad entre el hecho dañoso y sus consecuencias: el <i>quantum debeatur</i>	69
V. El recurso de casación en el fondo y la relación causal.....	72
VI. La causalidad en las omisiones.....	79
1. Siguiendo criterios tradicionales.....	79
2. Nuevas orientaciones: ¿imputación objetiva?.....	82
VII. La interferencia de la relación causal.....	93
1. Cuando los criterios tradicionales fallan.....	93
2. Los problemas del caso fortuito y la fuerza mayor.....	97
3. La relación causal falla cuando el curso de acción del demandante ha sido interferido por la actuación de la víctima.....	102

4. La interferencia de la relación causal puede provenir de la actuación de un tercero	105
VIII. La cuestión de la prueba	107
1. El informe de instituciones expertas	107
2. Las presunciones	110
IX. Conclusiones	112

CAUSALIDAD Y PREVISIBILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Hernán Corral Talciani

I. La autonomía de la responsabilidad contractual	115
1. De la teoría clásica a la unificación	115
2. La reivindicación de la autonomía de la responsabilidad contractual	116
3. ¿Es realmente un régimen de responsabilidad?	117
4. Los elementos comunes y los elementos distintivos	117
5. La relación de causalidad y la extensión de la reparación de los daños	118
II. Sistemas en torno a la causalidad en el régimen contractual	119
1. Incumplimiento contractual e indemnización	119
2. La tendencia a la limitación de los daños indemnizables	120
3. Los criterios medievales	121
4. Dumoulin	122
5. El canon de la previsibilidad para medir los daños reparables	123
6. El canon de la causalidad del Derecho germánico	127
7. El modelo adoptado por el Código Civil chileno	128
III. La relación de causalidad	129
1. Aplicabilidad a la responsabilidad contractual	129
2. Incumplimiento, autoría, culpa y causalidad	131
3. Responsabilidad por el valor de la prestación y responsabilidad por perjuicios consecuenciales	133
4. Criterios para establecer el nexo causal contractual	134
5. Causalidad contractual y omisión	136

6.	Concurrencia de causas en el daño contractual.....	137
7.	Daño inicial y consecuencias dañosas	142
8.	Caso fortuito o fuerza mayor	148
9.	Hecho de un tercero que no depende del deudor	149
10.	Hecho del acreedor e interrupción del nexo causal.....	150
11.	La ampliación de los daños indemnizables por acuerdo de las partes.....	151
12.	La prueba del nexo causal y el control de casación.....	151
IV.	La previsibilidad de los daños	153
1.	Sentido general de la limitación: previsibilidad, causalidad y culpa	153
2.	Las críticas al mantenimiento de la regla	155
3.	Fundamentación de la limitación de los daños contractuales	156
4.	Contenido y oportunidad del juicio de previsibilidad	163
5.	Facultades judiciales para apreciar la previsibilidad.....	168
6.	Tipología de los daños contractuales y su previsibilidad.....	171
7.	La no aplicabilidad de la limitación al incumplimiento doloso.....	174
8.	La voluntad de las partes.....	177
9.	Inaplicabilidad de la restricción a la responsabilidad extracontractual.....	178

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Hernán Corral Talciani

I.	El rol del nexo de causalidad en la responsabilidad por producto.....	181
1.	La responsabilidad por productos. Caracteres ..	181
2.	El rol del nexo causal.....	185
II.	La previsibilidad de los riesgos	187
1.	Previsibilidad y causalidad	187
2.	Previsibilidad y omisión	189
3.	Causas concurrentes: causalidad atenuada ...	190
III.	Interrupción del nexo causal.....	191
1.	Culpa de la víctima	191

2.	Hecho de un tercero.....	194
3.	Fuerza mayor.....	195
IV.	La prueba del nexo causal.....	196
1.	La prueba de presunciones.....	196
2.	El informe pericial.....	197
3.	El problema de la prueba de la identificación del productor.....	198
4.	La tendencia a atenuar la prueba de la relación causal.....	199
V.	La cuestión en Chile.....	201
1.	Las tres vías de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor.....	201
2.	Responsabilidad reclamada por medio de acciones de tutela de intereses colectivos.....	203
3.	Falta de jurisprudencia sobre la responsabilidad por productos.....	204

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE

Hernán Corral Talciani

I.	La responsabilidad civil medioambiental y el problema de la causalidad.....	205
II.	Necesidad de la exigencia de relación causal y dificultades para su establecimiento.....	207
III.	Fórmulas propuestas para facilitar el establecimiento del nexo causal.....	209
1.	La causalidad como probabilidad estadística.....	209
2.	La causa proporcional.....	210
3.	El favor de la persona “más probablemente víctima”.....	210
4.	La causalidad alternativa.....	210
5.	La causalidad por participación en el mercado.....	211
IV.	Presunciones de causalidad.....	212
V.	Defensa del requisito de la causalidad como elemento esencial de la responsabilidad.....	215
VI.	La interrupción del nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito.....	216
VII.	La culpa de la víctima.....	217
VIII.	Pluralidad de responsables y hecho de un tercero.....	219
IX.	Algunas conclusiones.....	220

UN EXAMEN A LOS PROBLEMAS DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD
Y DE IMPUTACIÓN OBJETIVA CONFORME A LA DOCTRINA PENAL
CHILENA

Raúl Carnevali Rodríguez

I. El problema causal. Del naturalismo al normativismo.....	223
II. La ciencia penal chilena y su examen de los problemas de causalidad.....	229
1. Gustavo Labatut.....	230
2. Sergio Politoff.....	231
3. Alfredo Etcheberry.....	232
4. Enrique Cury.....	234
5. Mario Garrido Montt.....	235
6. Jaime Náquira.....	236
7. Juan Bustos.....	238
III. Conclusión.....	240

VIGENCIA Y ROL DE LA CAUSALIDAD EN LA PRÁCTICA
JURÍDICO-PENAL NACIONAL

Tatiana Vargas Pinto

I. Antecedentes del problema.....	241
II. El problema de la existencia del vínculo causal....	243
III. Causalidad y valoración.....	247
IV. Rol de la causalidad frente a la teoría de la imputación objetiva: Causalidad y responsabilidad.....	250

PRESENTACIÓN

No dejan de tener razón quienes ven en la causalidad una “conquista” a la hora de determinar hechos que tienen asignadas ciertas consecuencias jurídicas. Sí, es una conquista para establecer responsabilidad por daños porque afirma la necesidad de conectar éstos con una determinada conducta. No bastan las meras vinculaciones subjetivas (dolo o culpa) para atribuir responsabilidad a un determinado sujeto.

La causalidad aparece como un nexo objetivo entre antecedente y consecuente. Incluso quienes dirigen la mirada hacia consideraciones subjetivas no eliminan exigencias materiales entre acción y efecto. Ello ocurre en los distintos ámbitos de responsabilidad, aun en la penal, donde la imputación subjetiva es elemental. Así, Welzel –clásico exponente de la teoría final de acción– entiende la causalidad como una ley lógica, objetiva, a la que los objetos están sometidos. Por eso afirma que la teoría de la equivalencia de las condiciones (con su tradicional fórmula de la conditio sine qua non) es un requisito básico que la misma teoría de la causa adecuada deja intacto, aunque pone en tela de juicio la causalidad como única forma de determinación.

En la época en que escribe este autor la causalidad estaba en crisis, sobre todo por los límites del concepto “causa”. La excesiva extensión de la responsabilidad por aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones supuso restringir este vínculo por la incorporación de valoraciones, como la causa próxima o final, la causa eficiente o la causa adecuada, entre otras. Hoy, la situación no es muy diferente y los problemas de amplitud de responsabilidad no son los únicos. En muchas ocasiones, la causalidad es ambigua, existe multiplicidad de causas o situaciones en las que las fórmulas hipotéticas (como la conditio sine qua non) no sirven, ya porque si se suprime el hecho (factor) igualmente se hubiere producido el resultado –causalidad alternativa– o porque se trata de supuestos de causalidad acumulativa, donde ninguna independiente produce el resultado.

Más allá de teorías restrictivas de la causalidad, ésta se ha visto superada por la llamada “imputación objetiva” de resultados, como tesis normativa que pretende atribuir un

comportamiento y un resultado a un determinado agente desde el fin de protección de la norma. Frente a ella, la causalidad ha perdido fuerza. No está claro si es una teoría restrictiva más o si, derechamente, la reemplaza.

Las dificultades que presenta el vínculo causal se muestran en las distintas clases de responsabilidad, siempre como requisito común que relaciona una acción con un efecto. Desde esta perspectiva, los mayores problemas de este nexo, y que favorecen la teoría de la imputación objetiva, dicen relación con la imposibilidad de apreciar su concurrencia si falta un efecto material externo o si falta la acción que lo genera, en las conductas omisivas. A pesar de la fuerza que ha tomado la imputación objetiva, no se discute la existencia de la conexión causal para la producción de daños externos por conductas activas, especialmente en el caso de la responsabilidad objetiva, donde lo único que interesa es ese daño. Para asignarlo a una acción, sólo importa la relación causal, que impide aplicar consecuencias jurídicas por perjuicios fruto de otras fuentes, como el caso fortuito o la fuerza mayor.

Es más, el rol de la causalidad adquiere mayor importancia en la actualidad, donde los daños parecen ser lo único que se ha de tomar en cuenta: cada vez que se produce alguno se busca un responsable, un culpable. Sin embargo, ¿qué clase de determinación es la causalidad? ¿Cómo se resuelven los problemas que presenta? Su relevancia crece, pero no parecen haber respuestas para estas preguntas. A ello se dirige este Cuaderno de Extensión, que expone la problemática de la causalidad desde diversas aristas. Los primeros dos trabajos abordan el vínculo causal en la responsabilidad extracontractual desde un punto de vista comparativo y son fruto del Proyecto de Investigación apoyado por Fondecyt N° 1020360, sobre la relación de causalidad en la responsabilidad civil.

El primero, del profesor Jorge Baraona, describe criterios dogmáticos y jurisprudenciales para la solución básicamente de la causalidad ambigua, tanto en el ámbito anglosajón como en el italiano y el español. Una versión más breve, que no considera los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el European Group on Tort Law, se publicó en la Revista Chilena de Derecho, 2 (2004), pp. 211-233. El otro trabajo, del profesor Hernán Corral, se realiza además en memoria de los profesores Fernando Mujica B., Avelino León S. y Francisco Merino Sch., y analiza específicamente el sistema de Torts del Common Law. Desde ya, resulta interesante destacar algunos aspectos comunes con el sistema continental, como el recurso al test de "but

for" equivalente a la fórmula de la *conditio sine qua non* y la distinción entre una "causation in fact" y una "legal cause". Este artículo está publicado también en *Martinic, María Dora* (Coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 141-162.

Un tercer estudio, también en el ámbito del Proyecto de Investigación mencionado, lo realiza el profesor Baraona y se ocupa del examen de la relación causal en la jurisprudencia, fundamentalmente nacional. Una versión no actualizada de este trabajo se publicó en la *Revista Chilena de Derecho*, 2 (2003), pp. 345-379. El trabajo actual presenta un panorama del problema de la causa del daño a partir de una serie de casos recientes de nuestros tribunales, pues se incluye jurisprudencia y doctrina nacionales, al 30 de abril de 2008. También compara el Derecho continental con el Derecho anglosajón. Es particularmente interesante el rol de la "previsibilidad" como elemento central en la dogmática de la causalidad. El autor muestra cómo se traslada el problema de la relación causal a la culpabilidad (imputación subjetiva).

Tomando este punto, el siguiente y último artículo desarrollado por el profesor Corral dentro del marco del Proyecto citado es inédito y trata la causalidad y la previsibilidad en la responsabilidad contractual. Aquí, una vinculación con la imputación subjetiva es más comprensible, por lo menos para resolver problemas de determinación causal cuando existe un contrato de por medio. El trabajo comienza destacando la causalidad como un elemento común en la responsabilidad contractual y la extracontractual para la imputación (objetiva) de un hecho dañoso a una persona, no así para la determinación de la extensión del daño. De cualquier forma, cabe subrayar que la responsabilidad contractual toca uno de los principales conflictos para el vínculo causal: la omisión. La mayoría de los casos son conductas omisivas, por la inacción del deudor que incumple su obligación. También el autor hace presente que puede haber responsabilidad por acción si se infringen deberes negativos.

Los dos estudios que siguen, también del profesor Corral, tratan dificultades de determinación, prueba e interrupción causal en dos especiales ámbitos de responsabilidad, los productos defectuosos y los daños provocados al medio ambiente. Este último se preparó en homenaje al destacado jurista peruano, don Fernando de Trazegnies, y se publicará en Perú en un libro dedicado a su obra. Por su parte, el que alude a la responsabilidad por productos defectuosos está publicado en la *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004),

pp. 71-94. Ambos escritos abordan situaciones no tradicionales, que surgen por el desarrollo de sociedades modernas y que deben observar principios y características particulares que afectan fundamentalmente a la causalidad. Añaden dificultades vinculadas con la clase y número de participantes o interventores en el proceso que genera daños, problemas de prueba por la magnitud y especialidad de las conductas y los efectos. En estos casos, se muestra cómo se avanza cada vez más hacia una objetivación de la responsabilidad civil. Finalmente, se incorporan dos trabajos inéditos que analizan la causalidad desde el punto de vista penal. El primero, del profesor Raúl Carnevali –también con ocasión del Proyecto de Investigación N° 1020360–, ofrece un panorama sobre su tratamiento por la dogmática penal nacional a comienzos del siglo XXI. El último, de la profesora que suscribe, profundiza sobre la cuestión de la vigencia de la causalidad en la realidad jurídico-penal nacional actual, donde confluyen problemas sustanciales: la necesidad o no de conservar la causalidad conforme criterios prácticos –además de dogmáticos– y la influencia de las valoraciones que debe hacer el juzgador para atribuir responsabilidad al agente.

TATIANA VARGAS PINTO

16 de julio de 2008

LA CUESTIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: PANORAMA DE DERECHO COMPARADO*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. DERECHO ANGLOSAJÓN

En el Derecho anglosajón no hay duda de que el nexo causal es uno de los elementos que debe concurrir en la responsabilidad por daños (*Law of Torts*), lo que lleva a distinguir por un lado la infracción del deber de conducta (para el área de los delitos fundados en la negligencia o *negligence damages*), del daño mismo causado por el otro. Justamente lo que se busca es conectar ambos hechos o eventos. Pero, con todo, la cuestión de la causalidad no ha dejado de prestarse para intensos e importantes debates en la doctrina. Históricamente la explicación causal fue decantando, hasta quedar formulada en dos etapas.

1. CAUSATION-IN-FACT

Esta etapa se explica al comprender que tras toda inquisición causal existe una fase empírica. Por tanto, para establecer si existe o no la conexión causal física e imprescindible, se recurre al *but for test*, que no es otra cosa que la doctrina *conditio sine qua non*. Es decir, lo que en esta etapa se intenta responder es a la pregunta ¿qué hubiera ocurrido si el evento no se hubiese presentado?

* Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1020360, en el que el suscrito fue investigador responsable y el profesor Hernán Corral, coinvestigador. Una versión de este trabajo, levemente disminuida, se publicó en *Revista Chilena de Derecho*, 2 (2004), pp. 211-233. La investigación doctrinal se ha mantenido inalterada, salvo en lo que se refiere a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el *European Group on Tort Law*.

Debido a que el *but for test* opera con relativa facilidad en un número importante de casos –fundamentalmente en aquellos en que existe sólo una explicación causal–, la jurisprudencia ha hecho de este criterio el corriente para establecer la causalidad en esta primera etapa. Pero, como es obvio, el *test* falla en aquellos casos en donde hay causas ambiguas, ya sea porque existe multiplicidad de causas, o bien porque existen hechos causales superpuestos; en estos casos, la doctrina ha debido recurrir a lo que en general se denomina el *substantial factor*, por el que se llama al Tribunal a indagar aquel acontecimiento causal que parezca más relevante. Pero el problema está en que no hay criterios claros para determinar el *substantial factor*.

En aquellos casos de causalidad ambigua, las Cortes tanto de los Estados Unidos como inglesas y canadienses, han aplicado al menos tres criterios alternativos para fijar la *causation in fact*.

Uno de ellos es invertir la carga de la prueba, de manera de incentivar al demandado a que entregue los antecedentes que tiene y que puedan contribuir a clarificar la causa relevante; un segundo criterio apunta a considerar como causa suficiente al hecho que ha incrementado el riesgo de causar el daño, aunque no exista evidencia de que ha sido causante material del daño. Y un tercer criterio apunta a inferir la causalidad de antecedentes del proceso, que, pese a no arrojar evidencia definitiva sobre el nexo causal, al menos puedan servir para deducirlo. Este último criterio es especialmente importante en la responsabilidad médica o por productos defectuosos, en donde se recurre a criterios de determinación estadísticas.

2. CAUSATION IN LAW

Pero para afirmar la responsabilidad, no basta con la concurrencia de la *causation-in-fact* o autoría formal del hecho en el demandado. Es necesario que también se indague por la *causation in law*, etapa de exploración netamente jurídica o normativa, y que apunta a establecer la extensión de la reparación. Las doctrinas que se han formulado en general para este caso se asientan en el criterio de la previsibilidad de los daños.

3. PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES

Los problemas que la causalidad –especialmente la *causation-in-fact*– presenta al Derecho anglosajón son similares a los que detecta el Derecho continental¹. Por un lado, no está claro si la *causation-in-fact* es

¹ Véase el trabajo temprano de Carpenter, Charles E., "Workable Rules for Determining Proximate Cause", en *California Law Review*, 20 (1932) (pp. 396-419).

una cuestión meramente empírica o tiene elementos normativos. Existe también discrepancia respecto de cuáles deben ser los criterios alternativos para ser aplicados al *but for test* cuando éste falla. No aparece nítida tampoco la frontera entre ambas etapas de la causalidad.

La literatura, tanto norteamericana como inglesa, es muy rica, variada y busca resolver éstos y muchos otros problemas. Un libro particularmente importante en este ámbito del Derecho fue el que en 1958 escribieron H.L.A. Hart y Tony Honoré, *Causation in Law*, que pretendió dar respuestas a las dificultades que presentaba la causalidad, desde la perspectiva del *common law*. Uno de sus planteamientos más sugerentes es ofrecer una aproximación menos estricta que el *but for test* a fin de superar sus insuficiencias. Así sostenían que "*an event such as a prior wrongful act is causally relevant condition only if is necessary element in a set of conditions that is together sufficient to produce the consequence. A condition may be necessary just in the sense that is one of a set of conditions jointly sufficient for the production of the consequence. It is necessary because it is required to complete this set*"².

Para determinar la causalidad entre un factor y el resultado según el *but for test* debe suprimirse mentalmente dicho factor, y ver si el resultado no se habría producido. De ello, se concluye la relevancia de dicho elemento como factor causal. El criterio denominado *causation in fact* formulado por los profesores Honoré y Hart, es más blando, ya que postula que hay causalidad respecto de aquel elemento *suficiente* para producir el resultado; por tanto, el factor tomado individualmente es sólo una condición *necesaria* dentro de un conjunto de condiciones *suficientes*. La aproximación de Hart y Honoré se basa en una visión de sentido común, asumiendo que el elemento causal se explica desde afuera del Derecho.

Richard Wright insitiría, más adelante, en que debe aplicarse un criterio como el que proponían Hart y Honoré, llamándolo NESS (*Necessary Element of a Sufficient Test*). Para Wright, "*a particular condition was a cause of (contribute to) a specific result and only if it was necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result*"³. La diferencia básica con Hart y Honoré, en opinión del mismo Honoré, está en el aspecto temporal, por cuanto Wright exige la actualidad temporal de las condiciones, para ser consideradas como elementos del conjunto de condiciones causantes⁴. La tesis básica de Wright en este aspecto es que debe distinguirse con precisión la causalidad de la responsabilidad como supuestos, uno integrado en el

² Cfr. Honoré, "Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law", en *Philosophical Foundations of Torts Law*, Ed. D. Owen, Clarendon Press, Oxford, 1995 (pp. 365-385), p. 364.

³ Wright, Richard "Causation in Tort Law", en *California Law Review* 73 (1985), (pp. 1737-1828), p. 1790.

⁴ Honoré, "Necessary...", cit., p. 364.

otro. Una cosa es, en opinión de este autor, la causalidad denominada *in fact*, y otra la *causation in law*, pues estima que la *causation in fact* es una indagación pura y netamente fáctica, despojada absolutamente de aspectos normativos. El elemento clave es que el aspecto dañoso de la conducta del deudor debe haber contribuido, con carácter de actualidad, a causar el daño. Es así como el elemento causal determinado por la NESS se hace indispensable, pues, en los casos sobre determinación de causalidad (hay otro factor distinto al comportamiento negligente específico que también podría ser considerado como causa suficiente del daño, ya sea que actúe duplicativamente o con preeminencia temporal), este criterio permite resolver los problemas causales que el *but for test* no es capaz de hacer, pese al esfuerzo que algunos autores han hecho para resolver tales debilidades.

En opinión de Wright este *test* es más dúctil porque incorpora un elemento de actualidad del factor causal, que le permite alejar otros posibles teóricos antecedentes causales. En todo caso, dice Wright que el análisis es fáctico, porque lo que indaga es si hay un conjunto de antecedentes que con actualidad temporal fueron suficientes para producir el daño y el que haya un sólo factor o muchos, no es una tema a resolver en esta etapa⁵. De aquí que rechace las aproximaciones causales basadas en las meras estadísticas sin que en el juicio se ofrezca evidencia plausible de la posibilidad de que la conducta del demandado haya sido la causante del daño.

Sin embargo, el artículo de Wright, clave en la línea de la "purificación" de la *cause in fact*, ha sido visto, paradójicamente, como una teoría poco "realista", porque de hecho las Cortes utilizan criterios normativos en la determinación de la causa en esta primera etapa de indagación causal.

Así Knutzen⁶ demuestra cómo en caso de que fallen los criterios de *but for test* o del *substantial factor*, las Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica, de Canadá y de Gran Bretaña han recurrido a otros factores para definir aspectos de causalidad, cuando existen supuestos de causalidad de carácter ambiguo, en donde no sólo la conducta negligente del demandado pudo ser la causante del daño, sino que también existe evidencia de que otro factor completamente independiente de su comportamiento pudo haber sido el causante pues, en estos casos, el *but for test* falla y ello podría llevar al rechazo de la demanda.

Para resolver estos casos se utilizan básicamente tres criterios estructurados: la alteración de la carga de la prueba, el incremento en la contribución material del riesgo y la inferencia causal. Todos estos crite-

⁵ Pone el siguiente ejemplo: un señor dispara a otro y le mata justo cuando se iba a tomar una taza de café envenenada. Si muere antes de que el veneno del café haga efecto, la muerte es causada por el que dispara.

⁶ Knutzen, Eric, "Ambiguous Cause in fact and Structured Causation: a Multi-jurisdictional Approach", en *International Texas Law Journal*, 2 (2003), pp. 249-290.

rios están preñados de elementos normativos, porque ofrecen un amplio espectro dentro del cual el juez puede moverse.

3.1. La alteración de la carga de la prueba

Este método permite resolver aquellos casos en que no es fácil saber cuál de los demandados causó un daño indivisible⁷. En un caso famoso de la House of Lords, *McGhee v. National Coal Board*, Lord Wilberforce aplicó este criterio⁸. En Canadá este mismo criterio pudo ser aplicado en varios casos, en donde se invirtió el peso de la prueba⁹.

En los Estados Unidos un caso clave fue *Half v. Lone Palm Hotel*¹⁰, en donde el Hotel demandado debió descargar la prueba de que su negligencia de no tener salvavidas no fue la causa de la muerte del padre y de su joven hijo ahogados en la piscina del hotel. Como apunta bien Knutzen, en estos casos la alteración de la carga de la prueba puede producir el efecto de que la información que se desconoce sobre los hechos aparezca en la superficie, pero ello en la medida de que efectivamente el demandado tenga dicha información¹¹.

3.2. El incremento material del riesgo¹²

En estos casos, el demandante tiene alguna evidencia factual para probar exitosamente que el demandado infringió el estándar de su deber de cuidado, pero insuficiente para determinar la *causation in fact*, lo que le permite probar que la infracción al deber de conducta por parte del demandado incrementa materialmente el riesgo de que el daño sufrido por el demandante en particular se haya producido. En estos casos falta la prueba sobre el vínculo causal directo entre comportamiento negligente y daño sufrido por el demandante.

⁷ Se aplicó en *Summers v. Tice*, 199 P. 2d 1 (Cal. 1948).

⁸ Se trataba de una demanda de los empleados a su empleadora por dermatitis, que ellos reclamaban había sido causada por la actuación negligente de la empleadora, al no proveer de duchas para sus operarios, pero no probaron que efectivamente fue esta negligencia la que causó la dermatitis. Para Lord Wilberforce fue suficiente que este incremento material del riesgo de daño permitía alterar el criterio tradicional de carga de la prueba.

⁹ *Nowasco Well Servs. Ltd. v. Canadian Porpona Gas and Oli Tdd.* (1981) 7 Sask R 291; *Rivtow Equip. Ltd. v. W.J. Watt Contr. Ltd.* (1989) 73 Sask R. 161 (Sask Q.B.); *Lomax v. Arsenault* (1986) 41 Sask R. 227 (Sask Q.B.) E. Kootenay Cmty. Coll, v. Nixon and. Browning 35 A.C. W. S 2d 29 (BC); *Letnick v. Toronto (City)* (1988) 2 FC 399 (Fed Ct.).

¹⁰ El padre y su hijo, pasajeros del Hotel, amanecieron flotando misteriosamente en la piscina del Hotel. El tema era si el Hotel debía tener salvavidas y si la existencia de estos salvavidas pudo evitar la muerte.

¹¹ Knutzen, op. cit., p. 267.

¹² Debe ser considerado como distinto a la doctrina de la contribución material del daño, que opera como criterio de *substantial factor test* en los Estados Unidos. La primera sentencia que la aplicó es de 1885 en *Reynolds v. Texas and Pacific Railways* (37 La. Ann. 694 [La. 1885]). En Inglaterra un caso importante es *McGhee. National Coal Board* (1973)1 WLR (HL), ya citado.

En el caso Reynolds, una mujer muy gorda (250 libras) fue obligada a bajar urgentemente unas escaleras en el andén de la compañía demandada, dañándose considerablemente. ¿Cuál fue la causa de esos daños? ¿Podía excusar la responsabilidad de la compañía demandada la mera posibilidad de que igual la mujer hubiere caído producto de su estado físico? La Corte estimó que “*the mere possibility that might have happened with out the negligence is not sufficient to break the chain of cause and effect between the negligence and the injury*”. Pero esta sentencia no fue aplicada con demasiado entusiasmo, sino hasta la década del 70, y luego de que Lord Wilberforce aplicara su nuevo criterio en *McGhee*, en Inglaterra, y como lo plantea Knutzen, probablemente con motivo del debate que esta sentencia trajo en el mundo anglosajón¹³. Este criterio se presta especialmente para resolver cuestiones de daños en donde ha intervenido negligencia médica¹⁴.

El caso más notable de los últimos años en los Estados Unidos, en donde se aplicó este criterio en la Corte Suprema de California, fue en *Rutherford v. Owens-Illinois, Inc.*¹⁵, que resolvió que la exposición al asbesto cancerígeno fue un factor substancial para incrementar el riesgo de desarrollar cáncer; así al demandante le bastó con probar que esa exposición incrementó el riesgo de desarrollarlo. ¿Puede existir duda de que en estos casos la mayor flexibilidad probatoria es también un supuesto de mayor discrecionalidad del juez, y por ello introduce elementos normativos?

¿Cómo probar esta mayor exposición al riesgo? Existen al menos dos alternativas, con gran aceptación en la doctrina. Una es la evidencia probabilística, que puede ayudar a fijar criterios más objetivos para definir el grado de incremento de riesgo de daño que se ha causado. Este criterio, que todavía no encuentra asiento firme en las Cortes, ha sido rechazado por los juristas que siguen los principios de la justicia correctiva, que tienden a rechazar la posibilidad de condena de un demandado basado en posibilidades estadísticas, sin considerar el caso concreto que se está juzgando¹⁶.

Un segundo criterio es considerar que el solo hecho de incrementar el riesgo de daño es un daño que en sí mismo es indemnizable, pese a la dificultad económica que puede significar el costo de los mismos. No se ha acogido en las Cortes¹⁷.

¹³ *Ibid.*, cit., p. 271.

¹⁴ *Ever v. Dollinger* 471 A. 2d. 405 (NJ 1984) y *Hamilton v. Bashline* 392 A 2d. 1280 (1978), entre otros.

¹⁵ 941 p. 2d 1203 (Cal 1997).

¹⁶ Knutzen, *op. cit.*, pp. 274-275.

¹⁷ *Ibid.*, p. 276.

3.3. La prueba por presunciones o por vía de inferencia (*the interference approach*)

Cercano al criterio de determinación de responsabilidad mejor conocido como *Res Ipsa Loquitur*¹⁸. La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, recurrió a este criterio para rechazar la responsabilidad en *Snell v. Farrel*¹⁹, en un caso en que un paciente demanda a su médico por una ceguera que se produjo en el marco de una operación, en donde la ceguera pudo ser causada por la negligencia en la cirugía misma o bien pudo provenir de otras causas no relacionadas con la operación y asociadas a antiguos males del paciente demandante. La Corte estimó que no había existido responsabilidad por falta de prueba suficiente sobre la causa, la que no podía ser inferida de la prueba aportada por el demandante.

Un caso determinante y famoso de la Corte Suprema americana fue el de *Gallick v. Baltimor & O.R.R.*²⁰, en donde un trabajador de un servicio de trenes fue picado por un insecto, causándole una herida seria que se infectó. La duda que surgió era si ese insecto había llegado allí por efecto de que la compañía permitió mantener muy cerca del lugar en que trabaja su gente, un estanque de agua que se descompuso y atrajo insectos y ratas. La Corte autorizó al jurado a inferir la causalidad de este hecho, pese a que podía existir otra causa que explicara por qué el trabajador había sido atacado. El problema que tiene este criterio es que carece de una guía conceptual que no sea el "sentido común"²¹, con la discrecionalidad que ello puede traer²².

Knutzen ofrece una nueva aproximación en los casos de causalidad ambigua, sobre la base de estructurar un sistema más predictivo y eficiente, que justamente es lo que se echa en falta de aplicarse estos criterios alternativos al *but for test* y al *substantial factor*, que fallan precisamente dado la ambigüedad de las causas que explican el hecho.

3.4. Causa estructurada

Para el autor citado opera previa constatación de que hay una causa ambigua que no puede resolverse con los criterios tradicionales del *causation in fact*, porque al menos existen dos causas independientes

¹⁸ El criterio del *Res Ipsa Loquitur* sirve para presumir directamente la responsabilidad, basado en que hay evidencia circunstancial que permite presumir que el demandado fue responsable. Hay daño y ese daño regularmente se produce por un tipo de negligencia, el demandado mantuvo bajo su control la instrumentalidad del daño y, por último, se desconoce la causa exacta del daño, pero no hay duda de que en ella no ha intervenido para nada el demandante (cfr. Kunts, op. cit., p. 277).

¹⁹ 1990, 2 SCR 311.

²⁰ 372 U.S. 108 (1963)

²¹ Que fue el criterio que declaró seguir el juez Sopinka en *Snell and Farrel*.

²² Knutzen, op. cit., pp. 281-282.

que pudieron causar el daño. Hecho ello, debe el demandante probar que existió una infracción al deber de conducta debido, conforme con el estándar de cuidado aplicable al caso. Además debe existir alguna evidencia tangible de que existe un vínculo entre la conducta negligente y la posible causa del daño, y pese a que esta evidencia no es suficiente para probar la causalidad en un balance de probabilidades, al menos debe ser suficiente para sugerir alguna relación causal²³.

3.5. Alteración de la carga de la prueba para forzar información

Debe recurrirse a este criterio cuando la Corte concluya que el demandado está en una posición de información más ventajosa que el demandante, respecto de cuál fue la causa del daño y busca forzar al demandante a que ofrezca la información. Este criterio puede ser útil cuando se trata de manufacturación de productos o negligencia médica, o en casos en que se ha destruido la evidencia por acción negligente del demandado.

3.6. Contribución material al riesgo del daño creado

Los siguientes hechos, en opinión de Knutzen²⁴, deben ser probados por el demandante, para que la Corte pueda seguir este criterio:

- a) Que existe un problema de prueba respecto de la causa del daño, porque existen dos causas independientes e igualmente suficientes para producirlo;
- b) El demandado infringió el estándar de cuidado;
- c) Existe alguna evidencia de que la infracción al deber de cuidado en que incurrió el demandado pudo ser una causa posible del daño, pero claramente insuficiente para probar la causa en un balance de posibilidades;
- d) El demandado con su infracción ha incrementado materialmente el riesgo de un particular tipo de daño;
- e) El demandado fue expuesto a tal riesgo, y
- f) El demandado sufrió el particular tipo de daño.

Sólo si tales hechos pueden ser probados, la Corte podría resolver que el demandado causó el daño al demandante.

²³ Knutzen, op. cit., p. 283.

²⁴ *Ibid.*, p. 284.

II. LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO: ITALIA, ESPAÑA Y FRANCIA Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. ITALIA

En el Derecho italiano, la causalidad como presupuesto de la responsabilidad por hecho ilícito, se explica en dos fases, una primera que se entiende como "*causalità naturale*" o de hecho, que conecta el evento dañoso con la persona del demandado, y una segunda fase, posterior, denominada "*causalità giuridica*", que formula criterios de selección de daños indemnizables a partir de la conexión causal que debe existir entre el hecho ilícito y los daños y perjuicios consiguientes.

Respecto del primer tema, la "*causalità naturale*", en la doctrina y jurisprudencia italiana, sin una norma explícita que resuelva el problema en el *Codice Civile*, recurren a los artículos 40 y 41 del *Codice Penale*.

Dice el art. 40

"Art. 40 Rapporto di causalità"

Nessuno puo' essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non e' conseguenza della sua azione od omissione.

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

La interpretación prevalente de esta norma indica que una primera aproximación causal debe hacerse con la doctrina de la *conditio sine qua non*, que sería un criterio de tipo natural o físico, que explicaría todas las posibles causas del hecho.

Como ya se ha visto, este criterio no resuelve todos los problemas de causalidad, especialmente en donde hay concursos de causas, y tiende a formular nexos causales muy amplios, por lo que la jurisprudencia se ha visto obligada a ofrecer criterios de limitación, especialmente a partir de lo preceptuado en el art. 41 del mismo cuerpo legal, en donde se hace clara referencia a una exclusión de la responsabilidad penal, por concurrencia de causa, cuando ésta es capaz de alterar el curso causal, es decir: "*sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*".

"Art. 41 Concorso di cause"

Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.

Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per se' un reato, si applica la pena per questo stabilita.

Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui”.

Los criterios a que ha recurrido la doctrina para resolver estos casos son múltiples: causalidad eficiente, causalidad adecuada, causalidad humana, causalidad inmediata y directa, la limitación de la responsabilidad en el ámbito de protección de la norma, etc.

Dos supuestos de “concursos de causas” se analizan en la doctrina y jurisprudencia italiana. Un supuesto se da en el caso de que efectivamente un evento pueda ser causado por más de una causa, y otro en que múltiples causas concurren conjuntamente sobre el evento, pero sólo una de ellas parece ser la causa verdadera.

1.1 Conjunción de causas

El art. 2055 del *Codice* ayuda a resolver el problema:

“Art. 2055 Responsabilità solidale

Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido (1292) al risarcimento del danno.

Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate (1299).

Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali”.

Aparece aquí el criterio de que en caso de que sean varios los comportamientos que han contribuido al ilícito, debe presumirse a menos de prueba distinta, una igualdad en la eficiencia causal, pero obviamente en la medida de que esté probada la relevancia causal de cada uno y que todos hayan concurrido a causar el mismo daño, sin que sea necesario que exista concierto entre ellos. Es claro que la presunción del inciso final está basada en la doctrina de la *conditio*.

1.2. Varias causas que pueden explicar el hecho, pero sólo una de ellas es la causa verdadera

Para la doctrina italiana el art. 41 del Código Penal puede interpretarse en dos sentidos. Una corriente minoritaria, más apegada al texto, entiende que la norma impone el criterio causal de la *conditio*. Por tanto, a partir de este texto no habría razón legal para limitar ningún evento causal, a menos que se demuestre la extraneidad de la conducta del demandado respecto del evento dañoso. En cambio, una interpretación prevalente entiende que debe hacerse un juicio de limitación de tipo normativo, con arreglo a los criterios que se han indicado, y en general puede decirse que concuerdan los autores en que debe tratarse un hecho que presente

caracteres de excepcionalidad y de imprevisibilidad, que permita negar la concurrencia del nexo causal²⁵. Últimamente se ha criticado esta solución como inadecuada e incompatible con el sistema civil de responsabilidad por hecho ilícito²⁶.

El mismo autor que venimos citando, Capecchi, apoya un nuevo modelo de determinación de la causalidad que se aleje de la exigencia de certidumbre, entendida ésta como un elemento comprobado a ciencia cierta y que, por el contrario –y dada la declinación de principio de causalidad de tipo físico-natural–, propone una indagación probabilística, pero que reúna los caracteres de una determinación objetiva que sea consistente con la función y estructura de la responsabilidad civil. Para ello, estima que debe transferirse el coeficiente de incertidumbre que el dato estadístico arroja sobre la concurrencia o no concurrencia de un determinado nexo causal, desde la determinación misma del nexo, para llevarlo al terreno de la resarcibilidad del daño, de manera de que se responda en proporción a la incidencia estadística que la conducta del demandado tiene respecto de la producción del daño²⁷.

2. FRANCIA

En el Derecho francés, como en el nuestro, el problema de la relación de causalidad en la responsabilidad civil no encuentra un apoyo directo en textos legales, sino sólo implícitamente en los arts. 1151 y 1382 del *Code*.

“Art. 1151 Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention”.

Los términos *“immédiate et directe”* suponen asumir una opción causal, en cuanto entiende que no deben indemnizarse los perjuicios indirectos alejados del hecho que configura el incumplimiento.

“Art. 1382 Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”, en donde a diferencia

²⁵ Cfr. Capecchi, Marco, *El nesso di causalità*, Cedam, Padova, 2002, pp. 73-118.

²⁶ Cfr. Capecchi, *El nexo...*, cit., p. 205. Este autor ofrece dos líneas de argumentos. Por un lado, sostiene que si bien es razonable aplicar criterios de previsibilidad para la responsabilidad fundada en un delito penal, porque éste se funda en el dolo o la culpa del demandado, no es enteramente admisible en materia civil, en donde existen factores de imputación diversos a la culpa. Por otro lado, esta forma de entender la causalidad se pone en abierto conflicto con la exigencia de reconocer la resarcibilidad de las consecuencias imprevisibles, en la responsabilidad extracontractual, pese a que su admisión se discute.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 246-250.

de nuestro art. 2314, que habla de "inferido daño a otro", el Código Francés se refiere al deber de reparar respecto del que "cause" un daño".

Sin perjuicio de las peculiaridades de la responsabilidad contractual, en general los tribunales franceses recurren a la doctrina de la equivalencia de las condiciones para despejar el tema de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil, y muy especialmente cuando el tema es propio de la responsabilidad por culpa o subjetiva. La doctrina de la causa adecuada también es usada, y se recurre especialmente a ella en materia de responsabilidad objetiva²⁸.

Conforme con la doctrina dominante y la jurisprudencia francesa, el vínculo de causalidad debe ser cierto y directo. Veamos algunos problemas de causalidad que han sido particularmente atendidos por la doctrina y la jurisprudencia.

2.1. Daño causado por una persona no identificada de un grupo identificado

Constituye un problema que afecta a la certidumbre del vínculo causal el que un hecho haya sido causado por una persona no identificada de un grupo conocido, por ejemplo causada por un grupo de muchachos que juegan. De aplicarse un criterio estricto debiera concluirse en la irresponsabilidad de todos, pero los tribunales franceses han llegado a conclusiones diversas, en razón de la necesidad de hacer justicia. Así, en algunos casos han recurrido a la culpa personal y que por ser colectiva la transforman en *in solidum*, en otros hablan de responsabilidad por hecho ajeno, e incluso de responsabilidad por hecho de las cosas. Se ha propuesto como vía de solución recurrir a la presunción legal de causalidad, que obligue a la víctimas a ofrecer una prueba respecto de cómo ocurrieron efectivamente los hechos²⁹.

2.2. Pluralidad de autores de un daño indemnizable

En general, en estos casos los tribunales franceses tienden a condenar *in solidum*, sin perjuicio de las excepciones legales. Como presupuesto básico en estos casos se exige que el daño sea único y provenga de diversas personas que convergen en un solo daño, sin importar si la culpa de los responsables es concurrente o sucesiva.

²⁸ Cfr. Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loic, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 448-449.

²⁹ Cass. 2° Civ. 15 mars 2001, D. 2001 IR p. 1145 Bull. Ci. II, n° 55.

2.3. Las cuestiones de predisposiciones mórbidas

En la doctrina francesa, lo mismo la jurisprudencia, existe una tendencia a estimar que la predisposición mórbida del afectado no puede ser considerada como un supuesto de ruptura del vínculo de causalidad, pero sí podría admitirse a la hora de determinar el *quantum* indemnizable.

2.4. La pérdida de una chance (*la perte d'un chance*)³⁰

Desde la célebre sentencia de la Corte de Grenoble de 24 de octubre de 1961, en Francia se introduce el concepto de "pérdida de una chance" (*perte d'un chance*) para referirse a problemas de responsabilidad, especialmente en el ámbito de la negligencia médica, cuando lo que se pierde es la posibilidad seria de un evento favorable que en materia médica puede traducirse en la posibilidad real y seria de curación o de vivir más tiempo. En el caso francés, un médico no advirtió la fractura de una muñeca en un paciente que 7 años más tarde fue detectada, pero como consecuencia de no haber sido tratado a tiempo. La Corte estimó que efectivamente el daño estaba en la pérdida de la posibilidad de cura.

A partir de este fallo se han sucedido otros que han provocado una fuerte discusión en Francia respecto de esta modalidad jurisprudencial. El punto de fondo, a mi entender, es captar que la pérdida de chance no puede ser un sustituto de la causalidad, sino que debe tomarse como un daño en sí mismo, por lo que es preciso que se acredite previamente el vínculo causal entre la negligencia y el daño. En el caso de una cuestión por negligencia médica, debe quedar probado el vínculo entre la supuesta negligencia médica y la pérdida de una posibilidad de cura o de sobrevida³¹, de manera de que habrá de estar claro en el proceso que existe tal vínculo entre la conducta negligente y la supuesta pérdida del beneficio futuro. Es obvio que en estos casos nos movemos en el ámbito de perjuicios futuros, pero respecto de daños presentes³². Por lo mismo, no puede asumirse que tal supuesto es efectivo sin más, sino que también habrá de acreditarse, por la vía procesal idónea, de que real y seriamente existía tal posibilidad (de sanación o sobrevida) y que se ha perdido por efecto de la mala actuación.

³⁰ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Reparación de la 'Chance' de curación y relación de causalidad adecuada", en *Revista de Derecho de Daños* (2003-2), cit., pp. 221-261, y Le Tourneau, *Droit...*, cit., pp. 371-384.

³¹ Esta es la doctrina que se ha terminado por imponer en la Corte de casación francesa (Cfr. Le Tourneau, *Droit de la...*, cit. pp. 466-467).

³² Cfr. Corral Talciani, H. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 142, y Fernández Madero, Jaime, *Derecho de Daños, La Ley*, Buenos Aires, 2002, p. 49.

3. ESPAÑA

En el Derecho español el tema de la causalidad en la responsabilidad extracontractual se ha estudiado, como en muchas partes, sin demasiado entusiasmo y sólo en el último tiempo se han publicado algunas obras que tratan específicamente de la materia, aunque ya han pasado casi 40 años del importante trabajo de Cossio³³.

El artículo 1902 del Código Civil español sigue en esta materia al francés, al proponer la cláusula general en materia de responsabilidad:

"Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

Los arts. 1904 y 1905 del Código Civil español también recurren al verbo causar para describir el supuesto de hecho³⁴. En cuanto a la extensión de los daños, la norma clave es el art. 1107:

"Artículo 1107

Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Esta norma ha sido criticada doctrinalmente por contradictoria, porque a diferencia del francés no existe coherencia entre la frase "*que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*", con la que dispone que en caso de dolo se responde de los perjuicios "*que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento*".

En general, la jurisprudencia durante las primeras tres cuartas partes del S. XX no manifiesta una inclinación decidida por ninguna de las doc-

³³ De Cossio, Alfonso, "La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil* (1966) pp. 527-554. Este autor hace un lúcido esclarecimiento de la causa como imputación "implica ya el acudir para llevar a cabo la imputación a criterios distintos de la mera causalidad, no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado, por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinado...".

³⁴ "Artículo 1904

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño".

"Artículo 1905

El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa de que lo hubiese sufrido".

trinas que se han formulado, y que explican la relación de causalidad, pero hay un mayor apego hacia una concepción más bien naturalística del problema. Hacia la década del 80 las cosas van cambiando y el Tribunal Supremo comienza a inclinarse decididamente por la doctrina de la causa adecuada³⁵. Los autores españoles del Derecho civil en los últimos años han sentido la influencia importante de la doctrina de la imputación objetiva³⁶, lo mismo la jurisprudencia.

4. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (*EUROPEAN GROUP ON TORT LAW*)

En Europa existen varios grupos de trabajo destinados a producir material jurídico que facilite la tarea armonizadora de las legislaciones de los países pertenecientes a la Unión Europea. Hace un tiempo, la llamada Comisión Lando produjo el importante trabajo denominado en castellano "Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos"³⁷, y el Grupo de Pavía, su "Código Europeo de Contratos"³⁸, ambos obviamente referidos al Derecho contractual. En materia de la responsabilidad civil, o Derecho de daños, desde 1992 se viene reuniendo un grupo de juristas conocido como *European Group of Tort*, que emprendió la tarea de elaborar los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil, los que fueron presentados en Viena en mayo de 2005 y han sido publicados en su traducción castellana recientemente³⁹. Aunque no es el único grupo de trabajo que ha producido material sobre responsabilidad civil⁴⁰, tiene el mérito de haber sido el primero que finalizó y publicó sus resultados.

Me ha parecido importante transcribir aquí la parte referida a la causalidad de los denominados *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, en la doble versión oficial y española; esta última en la traducción del profesor Martins-Casals⁴¹, porque constituye un esfuerzo

³⁵ Cfr. De Cuevillas Matozzi, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Monografías, Valencia, 2000, pp. 90-117.

³⁶ Cfr. Pantaleón, Fernando "El sistema de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil* (1991) (pp. 1019-1091), en especial pp. 1056 en adelante.

³⁷ Díez-Picazo, Luis, Roca-Trías, Encarna y Morales-Moreno, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

³⁸ Code européen des contrats, Livre prémière, (Coordinateur Giuseppe Gandolfi), A. Giufrè, Milano, 2001.

³⁹ European Group of Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la "Red Española de Derecho Privado y Comparado" (REDPEC), coordinada por Miquel Martín Casals, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008. La Comisión de Redacción final estuvo compuesta por los siguientes juristas: Prof. Busnelli, Prof. Koch, Prof. Koziol, Prof. Magnus, Prof. Martín-Casals, Prof. Moretèau, Prof. Rogers, Prof. Spier y el Prof. Widmer.

⁴⁰ También lo hace el grupo asociado al Study Group on a European Civil Code, que dirige el jurista alemán Christian von Bar del European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück.

⁴¹ La versión oficial es en inglés y se puede ver en <http://www.egtl.org/Principles/index.htm>.

de armonización de un grupos de potentes juristas europeos, que, sin ser un trabajo que tenga el carácter de fuente formal de Derecho –ni siquiera como conjunto de principios que puedan calificarse como arraigados en la cultura europea–, por la calidad de sus autores y el método de trabajo adoptado, da buena cuenta de un consenso doctrinal que tiene *auctoritas*. De hecho, sus criterios se están aplicando en la jurisprudencia interna de algunos países de la Unión Europea⁴².

<p><i>Section 1. Conditio sine qua non and qualifications</i></p> <p>Art. 3:101. Conditio sine qua non</p> <p>An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.</p> <p>Art. 3:102. Concurrent causes</p> <p>In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.</p> <p>Art. 3:103. Alternative causes</p>	<p><i>Sección 1. La conditio sine qua non y sus límites</i></p> <p>Art. 3:101. Conditio sine qua non</p> <p>Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.</p> <p>Art. 3:102. Causas concurrentes</p> <p>En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima.</p> <p>Art. 3:103. Causas alternativas</p>
<p>(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.</p>	<p>(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima.</p>

⁴² Martín-Casals, Miquel, en su presentación a la traducción española de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil..., cit., p. 16, explica que el Tribunal Supremo español, en sentencias del 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1828), 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) y 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6813), se ha apoyado en estos principios. (RJ es el Repertorio de Jurisprudencia de la Editorial Thomson-Aranzadi, que es el más recurrido y usado en España).

<p>(2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim.</p>	<p>(2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

European Group on Tort Law Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil 3

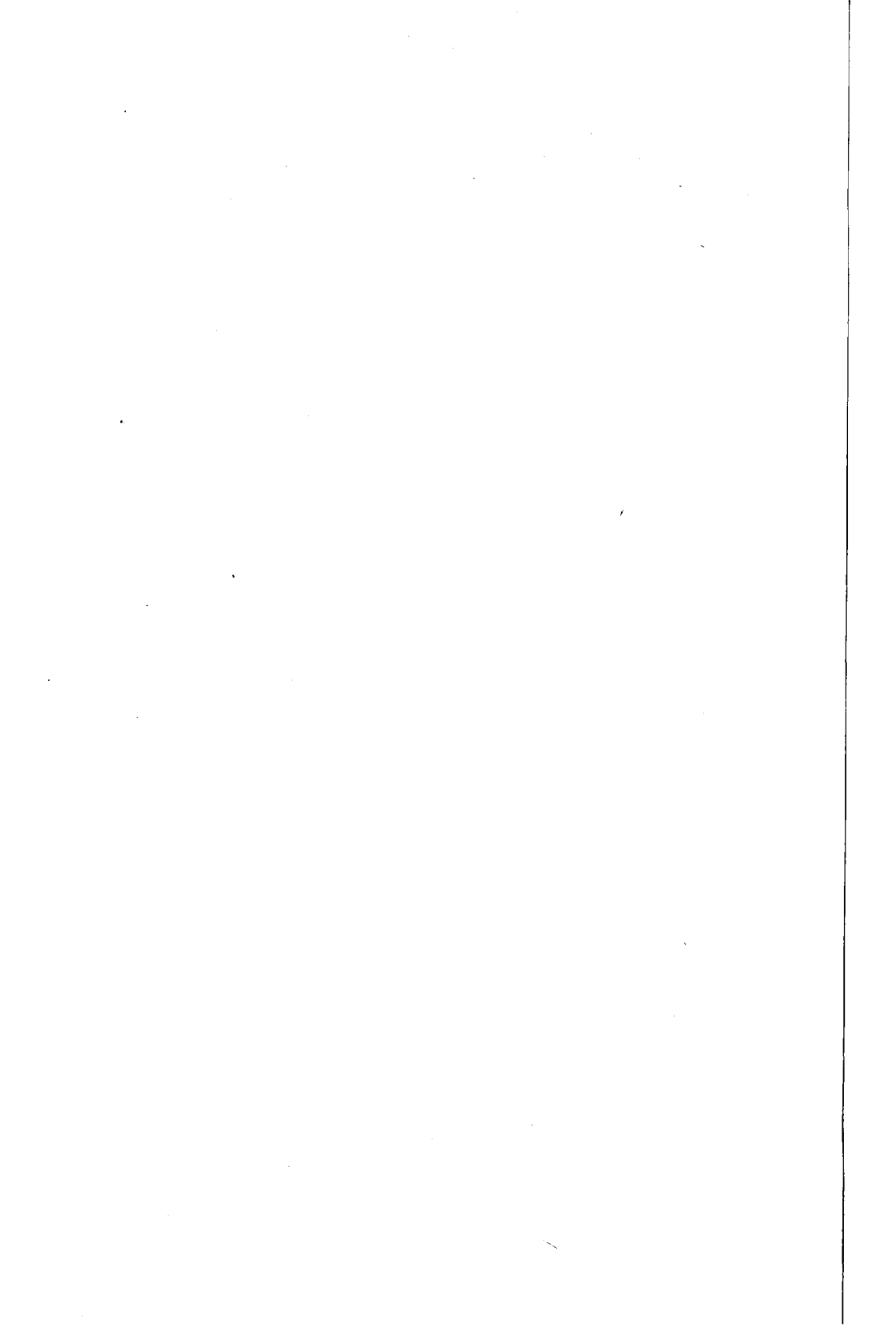
<p>Art. 3:104. Potential causes</p> <p>(1) If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded.</p> <p>(2) A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it has led to additional or aggravated damage.</p> <p>(3) If the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on.</p>	<p>Art. 3:104. Causas potenciales</p> <p>(1) Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.</p> <p>(2) No obstante, deberá tenerse en cuenta esa actividad posterior si conlleva un daño adicional o agravado.</p> <p>(3) Si la primera actividad ha causado un daño continuado y la actividad posterior también lo hubiera causado más tarde, ambas actividades deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurren.</p>
<p>Art. 3:105. Uncertain partial causation</p> <p>In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof.</p>	<p>Art. 3:105. Causalidad parcial incierta</p> <p>En el caso de una pluralidad de actividades, si es seguro que ninguna de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo, se presume que aquellas que probablemente han contribuido (mínimamente) a causarlo lo han causado a partes iguales.</p>

<p>Art. 3:106. Uncertain causes within the victim's sphere</p> <p>The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.</p> <p>Section 2. Scope of Liability</p> <p>Art. 3:201. Scope of Liability</p>	<p>Art. 3:106. Causas inciertas en la esfera de la víctima</p> <p>La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.</p> <p>Sección 2. Alcance de la responsabilidad</p> <p>Art. 3:201. Alcance de la responsabilidad</p>
<p>Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as</p>	<p>Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este Capítulo, la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes:</p>
<p>a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;</p> <p>b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);</p> <p>c) the basis of liability (Article 1:101);</p>	<p>a) la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad;</p> <p>b) la naturaleza y valor del interés protegido (artículo 2:102);</p> <p>c) el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101);</p>
<p>d) the extent of the ordinary risks of life; and</p> <p>e) the protective purpose of the rule that has been violated.</p>	<p>d) el alcance de los riesgos ordinarios de la vida, y</p> <p>e) el fin de protección de la norma que ha sido violada.</p>

Como comentario general, puedo señalar que este grupo no pretende ofrecer más que una condensación de sus reflexiones, a conciencia de que no alcanzó consenso en todas sus propuestas.⁴³ Se considera valioso, en cuanto supone un esfuerzo por armonizar legislaciones pertenecientes a

⁴³ Cfr. European Group of Tort, *Principios...*, cit., p. 46.

diferentes familias jurídicas. Me parece importante el recurso al principio de la *conditio sine qua non*, como criterio para determinar si entre la actividad y el daño hay conexión causal (3:101), aunque no se agota allí la indagación de la cuestión causal, en tanto que para la tarea de imputación del daño al responsable, cuanto para la extensión misma de los daños, se debe recurrir a otros factores (3:201).



LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL SISTEMA DE TORTS DEL *COMMON LAW**

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

PROEMIO

El trabajo que presentamos en memoria de los eximios y recordados profesores Fernando Mujica B., Avelino León S. y Francisco Merino Sch. se enmarca en un proyecto de investigación apoyado por Fondecyt sobre el sinuoso y siempre presente tema de la relación causal en la responsabilidad civil (Proyecto N° 1020360). Nos ha parecido conveniente dirigir la atención a un ámbito que normalmente es ignorado por los civilistas nacionales: el del *common law*. El sistema de *torts* del Derecho anglosajón es, sin embargo, una espléndida pantalla donde podemos contemplar cómo problemas comunes son abordados y resueltos con técnicas y modelos de resolución de conflictos con los que no estamos familiarizados en el sistema latino. No se trata de que las fórmulas sean exportables mecánicamente de un sistema a otro, ni que todo lo que se presenta como progreso en el *common law* sea recibido en forma acrítica como tal. Son suficientemente conocidos los desbordes de la jurisprudencia estadounidense en la estimación de demandas indemnizatorias. Aún así, las reflexiones, los modos de argumentar, la caracterización tipológica de los casos, que utilizan los juristas y las Cortes en el *common law* pueden ser útiles para refrescar y renovar el análisis tradicional del sistema latinocontinental siempre tan propenso a la mera exégesis normativa. En las líneas que siguen intentamos ofrecer, sin mayores pretensiones analíticas,

* El texto es fruto del proyecto Fondecyt Regular N° 1020360 y fue previamente publicado en Martinic, María Dora (Coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 141-162.

una mirada global sobre la doctrina común en materia de causalidad en la responsabilidad por ilícitos civiles (*torts*) en el *common law*, tanto inglés como estadounidense. Tenemos la esperanza de contribuir con ello, siquiera mínimamente, tanto a suscitar la curiosidad por el estudio de este sistema jurídico como a facilitar, por medio del análisis comparado, una mejor comprensión de los múltiples dilemas que la cuestión de la causalidad presenta en nuestro régimen de responsabilidad civil.

I. LA FORMULACIÓN DEL REQUISITO Y SU UBICACIÓN EN LA TEORÍA DE TORTS

El sistema de responsabilidad por ilícitos civiles no contractuales (*torts*) no ofrece una clara exposición de la estructura unitaria y común para todos los hechos o actos dañosos que son fuente de la obligación de reparar. De modo que no existe una consideración única de la relación causal (*causation*) como elemento del *tort*.

En un artículo publicado en la *Harvard Law Review* en 1894, el Decano Wigmore propone una división tripartita de la materia: el daño, la relación de causalidad (*causation*) y las defensas o excusas del demandado⁴⁴.

La preferencia por una tripartición se ha mantenido pero ha variado de contenido. Es así como usualmente se sistematiza la exposición del Derecho de *torts* sobre la base de tres formas diversas de ilícitos civiles: los *intentional torts*, los *torts* basados en el concepto de *negligence* (culpa), y finalmente los *strict liability torts* que imponen responsabilidad sin intención dolosa ni descuido negligente (responsabilidad objetiva). Este es el plan del conocido e influyente *Restatements of Torts Second*, publicado por el *American Institute of Law*, y es el seguido por una de las obras más importante en la materia: el tratado de William L. Prosser proseguido por W. Page Keeton⁴⁵.

De esta manera, el elemento "relación de causalidad" aparecerá convertido en un capítulo aparte pero conectado con uno de estos *torts*: el de *negligence*⁴⁶. No suele aparecer tratado respecto de los *torts* dolosos o intencionales, ni tampoco en los de responsabilidad estricta, salvo en algunas alusiones a la *product liability* donde se hace referencia a las conclusiones ya acertadas en tema de *causation* para el *tort* de *negli-*

⁴⁴ Wigmore, John, "The Tripartite Division of Torts" en *Harvard Law Review* 8, 1894, pp. 200-210.

⁴⁵ Page Keeton, W. et al., *Prosser and Keeton on Torts*, West Publishing, St. Paul, Minn., 5ª ed., 1984, pp. 31-32.

⁴⁶ En el tratado de Prosser la causalidad es estudiada en el capítulo 7º, después de los capítulos 2 a 4 que tratan de los *torts* intencionales y de los capítulos 5 y 6 que abordan los temas generales sobre la *negligence*: estándar de conducta y la prueba. Algo similar se observa en el manual para estudiantes de Steven L. Emanuel, *Torts*, Emanuel Publishing Corp, 5ª ed., Nueva York, 1994.

gence⁴⁷. Sin embargo, al tratar las generalidades de la causalidad se deja constancia de que no es sólo aplicable al *tort* de *negligence* sino “for any other tort”⁴⁸.

El tratamiento paradigmático es la causalidad de los ilícitos negligentes o por culpa. Como señala, para el sistema inglés Markesinis, si bien la *causation* es un requisito de todas las modalidades de *torts*, lo cierto es que la mayoría de los casos fallados por los tribunales son casos de *negligence*, y por eso conviene tratarlo como un elemento de ésta⁴⁹. Se afirma, así, que los elementos del *tort* de *negligence* son cuatro: 1º Un deber jurídico de cuidado; 2º Una infracción a dicho deber de cuidado; 3º La relación de causalidad: “una conexión causal razonablemente cercana entre la conducta y el daño resultante”⁵⁰, y 4º el daño resultante.

La causalidad aparece como un requisito separado tanto del daño como de la culpa (compuesta por la infracción de un deber de cuidado), del mismo modo que en el sistema de Derecho civil continental.

De este modo, el examen de la existencia o no del vínculo causal supone la previa identificación de una culpa y de un daño y no debería mezclarse o confundirse con la acreditación de ambos. Supuesto que hay una actuación culposa del demandado y un daño sufrido por el demandante, para que se imponga el deber de reparar debe establecerse que entre ambos existe “alguna razonable conexión”⁵¹. Este elemento es denominado más generalmente como “*causation*”.

Pero tanto en Derecho inglés como estadounidense la idea de *causation in tort* se resuelve en el análisis de dos tipos de causalidad, que funcionan como dos pasos sucesivos: *causation in fact* y *proximate cause*⁵².

II. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL NEXO CAUSAL: CAUSATION IN FACT Y PROXIMATE CAUSE

En realidad el concepto de *proximate cause* contiene como uno de sus supuestos basilares el de *causation in fact*. De este modo, el análisis se centra primero en esta última, ya que si no se acredita su concurrencia no será necesario ir más allá en el análisis de la causalidad. Pero si hay un nexo de *causation in fact*, entonces habrá que preguntarse si además concurren los requisitos de la *proximate cause*.

La *causation in fact* pretende ser una constatación de orden meramente fáctico o empírico, tendiente a comprobar si la acción u omisión culposa

⁴⁷ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 711.

⁴⁸ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 263.

⁴⁹ Markesinis, B. S. y Deakin, S. F., *Tort Law*, Clarendon Press, 4ª ed., Oxford, 1999, p. 174.

⁵⁰ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 165.

⁵¹ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 263.

⁵² Cfr. Horton Rogers, W. V., “Causation under English Law”, en Spier, J. (edit.), *Unification of Tort Law: Causation*, *Kluwer Law International*, The Hague, 2000, pp. 39-40; Schwartz, Gary T., “Causation under US Law” en Spier, J. (edit), ob. cit., p. 123.

del demandado puede colocarse en la cadena causal de acontecimientos que derivaron en el resultado dañoso. En este sentido, es un juicio que se supone técnico y desprovisto de valoraciones de justicia o injusticia.

Al pasarse al escalón siguiente, la *proximate cause*, se asciende a otro orden de consideraciones. Se trata de establecer un límite a la responsabilidad del demandado por sus actos, ya que se concuerda que de aplicarse simplemente el criterio fáctico la responsabilidad sería infinita tanto para adelante como para atrás. Es necesario entonces acordar, mediante una valoración prudencial (los autores hablan de "*policy reasons*") hasta dónde es posible imputar o hacer recaer en el demandado las consecuencias dañosas de sus actos. Por ello, no basta que la culpa del demandado pueda colocarse en la cadena causal de sucesos que determinan un cierto daño, sino que es necesario que ella sea calificada, de acuerdo con criterios de política jurídica, como una causa próxima o cercana, y que permita que la decisión de imponer responsabilidad se conforme con los sentimientos generales de justicia.

La falta de claridad en la distinción entre *causation in fact* como verdadero análisis de causalidad, y *proximate cause*, como valoración prudencial que marca los límites de la responsabilidad en cuanto a sus funciones sociales, es considerada por Prosser el origen de la gran confusión que existe en el sistema sobre este requisito⁵³. Se niega por ejemplo que la *causation in fact* sea una mera cuestión fáctica exenta de consideraciones valorativas⁵⁴; por su parte, tampoco parece ser cierto que en el análisis de la *proximate cause* jueguen sólo criterios de política jurídica sobre las funciones sociales del sistema de responsabilidad, sino que, muchas veces encubiertas por un razonamiento político, se trasuntan sentimientos individuales y usos de lenguaje coloquial de la causalidad⁵⁵.

III. LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PRESENCIA DE LA CAUSATION IN FACT

1. EL TEST "BUT FOR"

Para la generalidad de los casos la *causation in fact* se resuelve mediante la aplicación del llamado test "*but for*", que intenta descubrir la causalidad a través de preguntarse: ¿se habría producido el daño si no fuera por (*but for*) la acción u omisión del demandado? Esta fórmula coincide con la doctrina llamada de las equivalencias de las condiciones o *condictio sine qua non* del Derecho civil continental. De hecho, en los textos anglosajones a veces se le menciona como el "*sine qua non test*",

⁵³ Page Keeton, *Prosser...*, cit., pp. 263-264.

⁵⁴ Markesinis y Deakin, ob. cit., p. 176.

⁵⁵ En este sentido, el estudio de Hart y Honoré, *Causation and The Law*, 2ª ed., 1985, citado por Markesinis y Deakin, ob. cit., p. 175.

El criterio del “*but for*” encuentra que hay nexo causal solamente cuando, de no haber existido la conducta negligente del demandado, no se habría producido el daño para la víctima. La fórmula tradicional es: “*Had the defendant not so conducted herself, the plaintiff's injuries would not have resulted*”. Así, por ejemplo, en un caso inglés se afirmó la irresponsabilidad del hospital al que acudió la víctima después de haberse envenenado con arsénico a pesar de que hubo un mal diagnóstico. Ello porque se probó que en cualquier caso ya era tarde para que el hospital pudiera salvarla (*Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital*, 1969, 1 QB 428).

Si bien se reconoce que la teoría del test “*but for*” es útil para resolver la mayor parte de los casos, se advierte también que en algunas situaciones puede llegar a ser inoperante, y surgen entonces intentos por ofrecer otras herramientas de análisis.

2. EL TEST DEL FACTOR SUBSTANCIAL

Entre los casos que ponen en jaqué el test tradicional están aquellos en los cuales confluyen dos o más causas en la producción del evento dañoso y se llega a la conclusión de que cualquiera de ellas, actuando por sí sola, habría provocado el mismo resultado. De acuerdo con el test “*but for*” ninguno de los demandados podría ser considerado responsable ya que, de no haber actuado en forma negligente, igualmente se habría producido el daño en virtud de la otra causa concurrente.

Se acuña así un nuevo test que se pretende superior del tradicional: el “*substantial factor test*”. La teoría fue acuñada por la Corte de Minnesota en un caso fallado en 1920. En la especie, el demandado había provocado un fuego que, mezclado con otro fuego proveniente de una fuente distinta, había quemado la propiedad del demandante. Ninguno de los fuegos por sí mismo habría producido ese resultado pero su combinación sí (*Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway Co.*, 179 N.W. 45).

Aunque fue propuesto como un test alternativo al tradicional de “*but for*”, se piensa que su alcance no es tal, ya que en la mayor parte de los casos deriva en los mismos resultados que aquél. Se considera entonces más bien una formulación mejorada del mismo test “*but for*” para resolver algunos casos especialmente complejos⁵⁶.

⁵⁶ Page Keeton, *Prosser...*, cit., pp. 267-268. Este autor propone como alternativa a la fórmula del factor substancial la siguiente: “cuando la conducta de uno o más actores es tan relacionada con un evento que su conducta combinada, considerada como un todo, es una *but for cause* del evento, y la aplicación de la regla *but for* a ellos en forma individual absolvería totalmente a la otra, la conducta de cada uno es una causa *in fact* del evento”.

3. LOS SUPUESTOS DE "RIESGO INCREMENTADO"

La jurisprudencia ha debido enfrentar varios tipos de casos en los que la consideración de la relación causal resulta especialmente difícil. Uno de ellos son los llamados casos de "riesgo incrementado" (*increased risk*). En estos supuestos no se puede probar que la conducta del demandado ha causado el daño según el test *but for*, pero sí es posible demostrar que con su negligente conducta se incrementó el riesgo de que el daño pudiera sobrevenir.

Un primer grupo de casos de riesgo incrementado son aquellos en los que el daño efectivamente ha ocurrido. Aquí se incluyen los supuestos de diagnóstico médico equivocado en los que se prueba que la falta a tiempo de un tratamiento adecuado redujo las expectativas de vida de la persona, aun cuando fuera cierto que moriría igual de haber dispuesto del diagnóstico certero. Así, en un caso en que un equipo médico erró al no diagnosticar a la víctima un cáncer al pulmón y se probó que la falta de dicho diagnóstico redujo las opciones de supervivencia de 39% a 25%, la Corte afirmó el nexo causal, aunque permitió cobrar solamente los ingresos dejados de percibir y los gastos médicos (*Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P.2d 474, Wash. 1983)⁵⁷. En Inglaterra, sin embargo, la *House of Lords* ha estimado que en estos casos no se puede tener por acreditado el nexo causal (*Hotson v. East Berkshire AHA*, AC 750, 1987)⁵⁸.

Otro grupo de casos es el de aquellos en los que efectivamente el riesgo se ha incrementado por la conducta del demandado pero el daño todavía no ha ocurrido. Por ejemplo, si se prueba que la exposición al asbesto ha producido en el demandante un riesgo de cáncer pero éste aún no se ha concretado. Aquí la mayor parte de las Cortes asumen una actitud cautelosa y niegan el derecho a la indemnización, salvo que se llegue a probar que la futura ocurrencia del daño es más probable que su no producción, o sea tiene más del 50% de probabilidades de ocurrir (*Mauro v. Raymark Industries, Inc.*, 561 A.2d 257, N. J. 1989)⁵⁹. Es posible constatar, sin embargo, que en algunas decisiones más modernas este criterio se ha flexibilizado y se admite la demanda, aunque la probabilidad de que ocurra el daño sea inferior al cincuenta por ciento, a condición de que se acredite que existe una real posibilidad de que el

⁵⁷ Se critica el fallo por haber concedido la reparación del total de los daños económicos, ya que se sostiene que lo más justo hubiera sido obligar a los demandados a hacerse cargo de esos daños en la misma proporción en que redujeron la expectativa de vida: es decir, en un 14%. Cfr. Emanuel, ob. cit., p. 4.

⁵⁸ En el caso, se había acreditado que si el diagnóstico hubiera sido correcto la víctima hubiera tenido un 25% de posibilidades de no sufrir una necrosis ilíacofemoral. Markesinis y Deakin, ob. cit., pp. 181-182, observan que en estos casos puede permitirse la indemnización si se conceptualiza el daño producido como "loss of chance" (pérdida de una oportunidad).

⁵⁹ No obstante, se otorgan compensaciones por los gastos en que incurrirá la víctima por chequeos médicos regulares (*medical surveillance*).

daño se produzca. Por ejemplo, en el caso *Petriello v. Kalman* (576 A.2d 474, 1990), se dio lugar a la indemnización en contra de un demandado, un médico ginecoobstetra, que por un procedimiento negligente dañó a la víctima y además le infirió una posibilidad entre un 8% y un 16% de sufrir en el futuro otra particular forma de perjuicio, aunque al parecer la Corte instruyó al jurado para que redujera la indemnización de acuerdo a la probabilidad de ocurrencia del daño: es decir, que se le diera sólo el 16% del total del valor de los perjuicios que la víctima hubiera recibido si el daño fuera actual. Esta "emerging view"⁶⁰ no siempre es más beneficiosa para las víctimas que la tradicional, ya que si la probabilidad de ocurrencia del daño es superior al 50%, la fórmula tradicional permitiría cobrar el total de los daños, mientras que el criterio emergente lo haría sólo en proporción a la probabilidad constatada en el caso.

4. INDETERMINACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El nexo de causalidad necesario para configurar la *causation in fact* puede ser difícil de establecer en los casos de una masiva exposición a sustancias que se revelan dañinas para un cierto porcentaje de la población. El problema radica en que, si bien puede disponerse de evidencia científica de que el elemento tóxico ha podido dañar a un cierto segmento de la población expuesta a su acción, no resulta posible conectar causalmente esa exposición y el particular daño sufrido por un demandante en particular, ya que los daños que éste acredita bien podrían haber sido provocados, en su caso, por factores diferentes.

La jurisprudencia norteamericana ha permitido en estos casos que los demandantes actúen mediante una acción colectiva de clase (*class action*) y así les concede cobrar por el daño que se habría hecho a cierto porcentaje de la población, para posteriormente distribuir la indemnización entre los componentes de la clase. Así, en *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation* MDL N° 381, 597 F.Supp. 740, E.D.N.Y. 1984, aff'd 818 (F.2d 145, d Cir. 1987), los veteranos de Vietnam demandaron por los daños causados a ellos y a sus hijos por la exposición a un herbicida llamado *Agent Orange* utilizado por los militares en dicha guerra entre 1965 y 1970⁶¹.

⁶⁰ Emanuel, ob. cit., p. 131.

⁶¹ Un acuerdo para instituir un fondo de 180 millones de dólares para distribuir entre los miembros de la clase fue aprobado.

5. LA CAUSATION IN FACT Y LA PLURALIDAD DE DEMANDADOS. DE LA DOUBLE FAULT A LA MARKET SHARE THEORY

La consideración de la existencia del nexo causal es particularmente compleja en los supuestos en los que los sujetos activos que intervienen en el hecho o proceso que culmina en el daño son varios.

Un primer grupo de casos se refiere a aquellos en los que hay culpa de ambos agentes y sólo uno de ellos ha podido causar el daño pero no se sabe cuál. Se aplica entonces la teoría que Prosser denomina "*double fault and alternative liability*"⁶², según la cual se permite a la víctima pedir la indemnización a todos los eventuales culpables, invirtiéndose la carga de la prueba de la causalidad, de manera que si un demandado quiere liberarse de responsabilidad ha de probar que el daño fue ocasionado por la conducta del otro. La sentencia que instituyó la regla juzgó el caso en el que dos demandados habían disparado negligentemente en una calle pública y el demandante había sido herido por un disparo que podría haber salido de cualquiera de las dos armas de fuego. La Corte de California resolvió el caso invirtiendo la carga de la prueba de la causalidad (*Summers v. Tice*, 1948, 33 Cal.2d 80). Se discute si esta regla puede aplicarse aun cuando no se compruebe culpa por parte de los demandados⁶³.

Otra formulación que tiende a solucionar los casos de pluralidad de demandados es la conocida fórmula de la "*market share liability*". En estos casos, los demandados son tres o más y han actuado negligentemente (o han fabricado un producto defectuoso) y hay claridad sobre que uno de ellos ha causado el daño, pero no se sabe cuál. Nuevamente las Cortes invierten la carga de la prueba de la causalidad y dejan que sean los demandados los que prueben su falta de participación en los hechos dañosos. Los demandados que no logren acreditar la falta de nexo causal, son considerados responsables pero no solidariamente sino en proporción a su cuota de participación en el mercado de un determinado producto dañoso. El *leading case* aquí es *Sindell v. Abbott Laboratories* (607 P.2d 924, Cal. 1980). La Corte de California aplicó la responsabilidad por cuota de mercado en un caso en que la víctima había sufrido daños congénitos causados por el DES (*Diethylstilbestrol*) ingerido por su madre cuando estaba embarazada, pero que no podía probar a qué laboratorio correspondía la droga concreta que ella había consumido. La Corte estimó que los laboratorios demandados podían acreditar que no habían fabricado la dosis particular que causó el daño y si no lo hacían debían responder en proporción a la participación que tuvieron en el entero mercado del DES. Algunas decisiones posteriores plantean que no basta que el

⁶² Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 271.

⁶³ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 271.

demandado pruebe que no pudo haber causado el daño particular para excusarse de responsabilidad, sino que debe demostrar que nunca vendió el producto dañino, ya que no se trataría de causalidad de un singular caso sino de responsabilidad basada en “*over-all-risk*” (*Hymowitz vs. Eli Lilly & Company*, 539 N.E.2d 1069, N. Y, 1989).

La fórmula ha sido cuestionada por las dificultades de mensurar el mercado sobre el cual se aplicará. Pareciera que los tribunales se inclinan por la aplicación del mercado nacional y no sólo por el mercado local (así en *Hymowitz*), básicamente sobre la base de una mayor facilidad para la gestión de este tipo de litigios. Se observa, sin embargo, que puede suceder que el demandado responda sólo por su participación en el mercado nacional aun cuando haya sido el único proveedor en el mercado local⁶⁴.

También se ha discutido la aplicación de esta teoría a productos cuyo desarrollo es especialmente valioso para la sociedad, como las vacunas contra algunas enfermedades. En *Shackil v. Lederle Laboratories* (561 A.2d 511, N. J. 1989) la Corte rechazó la aplicación de la teoría de responsabilidad por participación en el mercado respecto de la vacuna para la DPT (*diphtheriapertussis-tetanus*) porque “la imposición de la *market-share liability*... podría ir contra los objetivos sociales de mantener un adecuado abastecimiento de vacunas salvadoras de vidas y de desarrollar alternativas seguras a los métodos actuales de vacunaciones”.

La responsabilidad por la teoría del *market share* constituye una excepción a la regla de la autoría conjunta (*co-tortfeasors*) que por regla general impone la solidaridad (*joint and several liability*). Por ello, en algunos supuestos los tribunales han pretendido imponer una fórmula alternativa, denominada “*enterprise liability*”, según la cual aunque los demandados hayan actuado independientemente pueden haber constituido una suerte de cooperación industrial y ser imputados de haber procedido en una acción concertada (“*concert of action*”) (*Bichler v. Eli Lilly & Co.*, 436 N.Y. S.2d 625, App. Div. 1981, *aff'd* 55 N.Y. 2d 571, 1982).

IV. PROXIMATE CAUSE

1. EL PROBLEMA A CONSIDERAR EN LA PROXIMATE CAUSE

No basta que el demandante haya mostrado que la negligencia del demandado ha sido la *causation in fact* del daño; además se le exige que acredite que ha sido una causa próxima del mismo: *proximate cause*. En Derecho inglés, se suele hablar más bien de falla del vínculo causal por “*remoteness of damage*” (lejanía del daño)⁶⁵.

⁶⁴ Emanuel, *ob. cit.*, p. 134.

⁶⁵ Buckley, *The Modern Law of Negligence*, Butterworths, 2ª ed., London, 1993, pp. 44 y ss.

Hay consenso en estimar que al exigirse esta nueva valoración no se está planteando propiamente un tema de causalidad estricta, sino más bien uno de política jurídica que consiste en determinar qué extensión debe tener la responsabilidad frente a los daños que pueden concatenarse en el suceder causal. Es principalmente, y a diferencia de la *causation in fact*, un problema de Derecho⁶⁶.

También se cuestiona el calificativo de "*proximate*", ya que significa literalmente cercanía o inmediatez en tiempo y espacio, cuando en realidad la valoración del deber del demandado de hacerse cargo de las consecuencias de sus actos puede basarse en factores diferentes a lo temporal y espacial. Por eso, Prosser postula que debería hablarse más bien de *legal cause* o de *responsible cause*⁶⁷. El *Restatement of Torts (Second)* utiliza la expresión "*legal cause*".

2. UN PRIMER FACTOR DE DETERMINACIÓN: LA RELACIÓN DIRECTA

Una primera jurisprudencia sobre el tema de la *proximate cause* estableció que la cercanía o proximidad entre conducta ilícita y daño debía ser entendida como una relación directa en términos físicos: de espacio y tiempo (*Direct Causation test*). Con ello se excluía la causalidad cuando en la producción del resultado intervenían fuerzas extrañas al actuar del demandado. La conducta del demandado en tal evento podía ser causa pero no era "próxima". La teoría de la relación directa fue acogida por un famoso caso del Derecho inglés: *In Re Polemis, Furness, Wilby and Co* (3 K.B. 560, 1921), en el cual se juzgó que si los empleados del demandado habían dejado caer un tablón, lo que produjo chispas que a su vez permitieron que encendiera una acumulación de gas de petróleo y explotara un yate, había *proximate cause*, ya que las acciones de los empleados eran la causa directa del daño al no haber intervenido ninguna fuerza extraña. La acreditación de la relación directa no requiere que el daño haya sido de algún modo previsible. El fallo estimó que el hecho de que la explosión pudiera ser imprevisible no empecía la relación directa entre el hecho culpable y el daño.

No obstante, este criterio en la actualidad ha sido desplazado. Se considera que si bien la relación directa puede ser un factor a analizar no es de por sí suficiente para considerar la existencia de una *proximate cause*⁶⁸.

⁶⁶ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 273.

⁶⁷ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 273. Señala, p. 73, nt. 4, que el término procede del Lord Canciller Bacon, quien en sus *Maxims of the law*, apuntó que "*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*".

⁶⁸ Diamond, John L., Levine, Lawrence y Madden, M. Stuart, *Understanding Torts*, Matthew Bender, United States, 1996, p. 213.

3. EL ACTUAL PREDOMINIO DEL TEST DE LA PREVISIBILIDAD

El criterio más recurrido por las Cortes para juzgar la presencia de la *proximate cause* es el “*Foreseeability test*”, por el cual si el demandado debería razonablemente haber previsto, como un riesgo de su conducta, las consecuencias o tipo de daño que ha sufrido la víctima, será responsable. La percepción de que la *proximate cause* es una cuestión de límites del alcance de la responsabilidad por razones políticas más que fácticas, parece estar en el fondo de esta preferencia tan marcada por el factor de la “razonable previsibilidad”⁶⁹.

Ya en 1928, en uno de los más famosos casos de la jurisprudencia norteamericana, *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* (162 N.E. 99, N. Y. 1928), la imprevisibilidad de la posible víctima fue considerada una causa de exoneración de responsabilidad. Los hechos del caso fueron los siguientes: un pasajero que portaba un paquete envuelto en papel de diario corrió a tomar un tren, los guardias del ferrocarril al intentar ayudarlo a subir al tren en movimiento provocan la caída del paquete, el cual al caer produce una explosión, ya que contenía fuegos artificiales. La explosión provoca una caída de unas balanzas (“scales”) que hieren a la Sra. Helen Palsgraf, quien se encontraba a varios metros de distancia de la plataforma. La Sra. Palsgraf demandó a la empresa de ferrocarriles. La Corte de Apelaciones de Nueva York revocó el fallo de primera instancia y, mediante un voto de mayoría redactado por el juez Cardozo, determinó que la demandada no estaba obligada a responder, en razón de que no podía establecerse que hubiera negligencia o culpa. Este concepto, dijo el juez Cardozo, es relativo, y si bien podía haber negligencia frente al sostenedor del paquete no la había respecto de la demandante. En efecto, nada podía sugerir que el paquete fuera potencialmente peligroso en caso de caer. Aunque la sentencia trata el elemento de previsibilidad como requisito de la culpa o negligencia, pone de manifiesto también el problema de la *proximate cause*, como sostiene el voto disidente de Andrews, al que nos referimos más abajo.

El criterio de la previsibilidad como test propio de causalidad y no de culpa, fue consagrado por la decisión del Comité Judicial del *Privy Council* de Gran Bretaña (la última Corte de Apelaciones para los estados del *Commonwealth*), en otro famoso caso llamado sintéticamente *Wagon Mound N° 1 (Overseas Tankship Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd., 1961, A.C. 388)*. En el caso, ocurrido en Sidney (Australia), uno de los trabajadores del barco del demandado derramó negligentemente petróleo en la bahía del puerto, lo que detuvo los trabajos de reparación

⁶⁹ Diamond, Levine y Madden, ob. cit., p. 205. Consideran estos autores que desde que comienza a entenderse que la *proximate cause* es una cuestión de cuándo debe imponerse la responsabilidad por negligencia, no es sorprendente que la sola consideración de si ha intervenido una nueva fuerza no es una teoría satisfactoria para establecer la causalidad.

de dos barcos atracados en el muelle del demandado. Después de comprobar que el petróleo no podía inflamarse, los trabajadores continuaron con sus labores de soldadura. Pero un poco de metal fundido cayó al agua e incendió el petróleo, que destruyó el muelle y los dos barcos. El dueño del muelle demandó al dueño del barco que derramó el petróleo. La Corte de Apelaciones reaccionó contra el test de la relación directa de *Polemis* y sostuvo que no era justo hacer responsable a una persona de las consecuencias imprevisibles de sus actos, que la previsibilidad debía considerarse no del daño concreto producido pero sí del tipo de daño que podría esperarse de la conducta del demandado. En el caso, la Corte estimó que el tipo de daño ocurrido (incendio del muelle) no era previsible, pues se trataba de un daño distinto al esperado (daño por contaminación).

En la actualidad, la mayoría de las Cortes exigen un test de previsibilidad para estimar acreditada la *proximate cause*, pero la cuestión se traslada a determinar si una consecuencia dañosa era o no previsible razonablemente. El mismo caso *Wagon Mound* demuestra que los mismos hechos pueden ser juzgados previsibles o imprevisibles según el criterio del juzgador. En efecto, cuando se resuelve la demanda que presenta el propietario de uno de los barcos incendiados en contra del mismo demandado, la misma Corte llega a la conclusión de que el demandado debe responder, ya que la previsibilidad exigida no necesita ser alta cuando el riesgo, que se ha manifestado, sería significativo y no hay justificación para incurrir en él. Es el caso llamado *Wagon Mound N° 2* (*Overseas Tankship Ltd. v. Miller Steamship Co.*, 1967, 1 A.C. 617)⁷⁰.

El criterio de la previsibilidad, aunque aceptado e invocado formalmente por la mayor parte de las Cortes, ha sido matizado y limitado en varios aspectos. En el caso *Hughes v. Lord Advocate* (AC 837, 1963), la *House of Lords* inglesa mantuvo la regla de la previsibilidad de *Wagon Mound N° 1*, pero le introdujo una limitación. Sostuvo que el análisis de la previsibilidad se satisfacía con la previsión del daño, sin que sea necesario extenderla a la concreta forma en la que éste se produce. En los hechos, los empleados de la Oficina de Correos habían dejado negligentemente una lámpara a parafina cerca de una toma de aire de una alcantarilla que estaba abierta; un niño tropezó con la lámpara, la que cayó en la alcantarilla. Se produjo una explosión que hizo caer al niño dentro de la alcantarilla, por lo cual resultó quemado. La Corte estimó que la responsabilidad podía ser impuesta toda vez que algún daño por quemaduras a un niño por dejar una lámpara encendida era previsible;

⁷⁰ Se discute si este segundo caso contradijo la teoría del primero. Markesinis y Deakin, ob. cit., p. 198, piensan que las decisiones de ambos casos son compatibles en el sentido de que lo exigido es que un determinado tipo de daño a la propiedad debe ser previsible, no bastando que sea esperable un genérico daño patrimonial.

el hecho de que este previsible tipo de daño ocurriera de una manera imprevisible no tenía importancia.

El criterio de restricción ha sido asumido también por los tribunales norteamericanos; en *United Novelty Co. v. Daniels* (42 So. 2d 395, Miss. 1949) se juzgó el caso de una explosión ocurrida por los siguientes hechos: un empleador estaba limpiando una máquina con gasolina cuando una rata escapó y corrió dentro de una caldera con una llama abierta; la rata envuelta en llamas retornó a la máquina causando su explosión. La Corte juzgó responsable al empleado porque la proximidad entre la máquina y la llama hacían previsible el tipo de daño ocurrido (la explosión) por más que la forma en que el fuego y la gasolina hicieron contacto fuera sumamente extraña.

Otra limitación del *test* de la previsibilidad se refiere a la coincidencia entre el tipo de daño causado y el tipo de daño previsible. Según esta teoría bastará que el tipo de daño sea previsible para el demandado, para poner sobre él la responsabilidad de todas las consecuencias que se derivan, aunque éstas no hayan sido previsibles. El debate se centra entonces en qué debe entenderse por "tipo de daño" ("*kind of damage*"). Como veremos, las Cortes parecen ocupar una noción muy abierta de "tipo de daño" en los casos de lesiones corporales y una más restringida cuando se trata de pérdidas patrimoniales⁷¹.

La previsibilidad, sin embargo, aunque ocupada reiteradamente por la jurisprudencia, no cuenta con simpatías en la doctrina. Incluso se llega a sostener que la tesis de *The Wagon Mund* "ha conducido a una mayor incertidumbre que el criterio supuestamente más vulnerable de *Re Polemis*. El antiguo *test* [relación directa], aplicado intuitivamente, fue capaz de producir resultados más satisfactorios y consistentes que su sucesor"⁷².

4. LA TEORÍA DEL "EGG-SHELL INJURY"

El *test* de la previsibilidad ha sido dejado de lado en aquellos casos que son llamados gráficamente como "*egg-shell*" (cáscara de huevo). Se trata de aquellos supuestos en los que el daño producido es mucho más grave que el que hubiera sido previsible por tener la víctima una particular debilidad que el agente no conocía. La denominación de "*egg-shell*" proviene del caso hipotético en el que el agente golpea suavemente en la cabeza a la víctima, y ésta sufre un severo daño cerebral por padecer de una "*egg-shell-like head*" (cabeza de "cáscara de huevo").

En estos casos, el *test* de la previsibilidad, en principio, debería eximir de responsabilidad al autor, ya que las consecuencias dañosas efectivamente producidas no eran razonablemente previsibles. Sin embargo, las Cortes

⁷¹ Markesinis y Deakin, ob. cit., p. 177.

⁷² Buckley, ob. cit., p. 49.

han sentido que sería injusto hacer recaer en la víctima las consecuencias de este daño y han afirmado la responsabilidad, aduciendo la regla de que "*the defendant takes the plaintiff as he finds him*" ("el demandado se hace cargo del demandante tal como lo encuentra"). Así, por ejemplo, en un antiguo caso se juzgó que la negligencia del ferrocarril al no mantener una plataforma podía ser la *proximate cause* de la muerte de una persona que al torcerse el tobillo sufrió de una endocarditis (*Keegan v. Minneapolis & St. Louis R.R. Co.*, 78 N. W. 965, 965, Minn. 1899)⁷³. En un caso inglés más reciente (*Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, QB 405, 1962), se hizo responsable al demandado por no haber proporcionado un casco de seguridad a la víctima que murió de un cáncer desarrollado a raíz de una quemadura de sus labios con metal fundido.

Esta teoría se aplica sin dudar en los casos de daño físico, pero hay más dudas cuando el daño mayor producido es de naturaleza psíquica o emocional, producido por una especial fragilidad de la víctima en esta esfera. Algunos fallos sostienen que no debe haber diferencias entre una cabeza "cáscara de huevo" y una psiquis "cáscara de huevo" (*Malcom v. Braodburts*, 3 All E. R. 508, Q. B. Div'l Ct. 1970). Por ello, si una suave colisión de automóviles que no causa daños físicos produce la activación de una esquizofrenia en una menor de 14 años, hay *proximate cause* y el demandado deberá responder por el daño psíquico (*Steinbauser v. Hertz Corp.*, 421 F.2d 1169, 2d Cir. 1970).

En doctrina hay quienes conceptualizan este criterio de causalidad como una excepción al test de la previsibilidad y como una cierta sobrevivencia soterrada del antiguo test de la relación directa. No faltan, sin embargo, los que piensan que en realidad no es más que una cierta modulación del mismo test de la previsibilidad por medio de la extensión del concepto de "tipo de daño" previsible, estimando que todo daño corporal, desde una torcedura de tobillo a un ataque al corazón, es de la misma clase. Esta tendencia se presenta tanto en Estados Unidos⁷⁴ como en Inglaterra⁷⁵.

5. EL RESTATEMENT OF TORTS: FACTOR SUBSTANCIAL Y PREVISIBILIDAD RESTROSPECTIVA

El *Restatement of Torts (Second)* determina que para que pueda acreditarse una "*legal cause*" es necesario que la conducta negligente del agente haya sido el factor substancial en la producción del daño y que no haya ninguna regla de Derecho que lo exonere por la manera en la cual su negligencia lo ha ocasionado (§ 431).

⁷³ En el mismo sentido, *Clark v. Associated Retail Credit Men of Eash.*, D.C., 105 F.2d 62, D.C. Cir. 1939; *Lee v. Reagan* 267 S.E.2d 909 (N.C. App. 1980).

⁷⁴ *Diamond, Levine L. y Madden*, ob. cit., p. 211.

⁷⁵ *Markesinis y Deakin*, ob. cit., p. 197.

El § 431 del *Restatement* señala una lista de consideraciones que pueden ayudar a determinar si la conducta ha sido el factor substancial del daño, tales como el número y extensión de otros factores que han contribuido a la producción del daño, si la conducta del agente ha creado una fuerza o serie de fuerzas en continua y activa operación, el lapso de tiempo que existe entre la conducta negligente y el daño, etc.

Una vez que se haya establecido que la negligencia del agente ha sido un factor substancial en la producción del daño, pasa a considerarse la previsibilidad. Aquí el *Restatement* coincide con el test tradicional al señalar que la imprevisibilidad de la manera en la cual el daño ha ocurrido no excusa de responsabilidad (§ 435), pero que si retrospectivamente aparece como altamente extraordinario que la conducta del agente hubiera podido causar el daño, en tal caso no habrá responsabilidad por falta de causalidad (§ 433).

La fórmula del *Restatement*: "*looking back from the harm to the actor's negligence conduct, it appears to the court highly extraordinary that it should have brought about the harm*", es una recepción del voto disidente del juez Andrews en el famoso caso de *Palsgraf v. Long Island R.R.* (162 N.E. 99, N.Y. 1928), y que sostenía que la previsibilidad para establecer la causalidad no debía ser evaluada desde la perspectiva del demandado antes del accidente, sino desde la perspectiva de lo que aparecería como el natural resultado de un acto negligente mirando hacia atrás (*looking back*) desde el accidente⁷⁶.

A pesar de la autoridad que se reconoce universalmente al *Restatement of Torts Second*, las Cortes no lo han seguido en este punto y han preferido mantener el criterio de previsibilidad entendido como un juicio anticipado de que las consecuencias eran razonablemente esperables⁷⁷.

V. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL: *SUPERSADING CAUSE*

Las cuestiones de interrupción de la cadena causal de acontecimientos que libera de responsabilidad al demandado son estudiadas en el sistema de *torts* bajo el concepto de *superseding cause*, es decir, como una causa que termina por desplazar o sustituir a la conducta del agente en la producción del daño.

Por cierto, no toda fuerza ajena que interviene en la cadena causal tiene la potencia de desplazar la causalidad del demandado. Pero si se trata de fuerzas altamente improbables y extraordinarias pueden llegar

⁷⁶ En el supuesto de *Palsgraf* para el juez Andrews lo importante no era si el guardia del ferrocarril podía prever que al golpear a un pasajero con un paquete que parece inocuo podía desencadenarse una explosión, sino, si conociendo que el paquete contenía materiales explosivos, las consecuencias serían previsibles.

⁷⁷ Diamond, Levine L. y Madden, ob. cit., p. 216.

a ser consideradas *superseding causes* y liberar de responsabilidad al agente. Se sostiene así que "si el acto interviniente es extraordinario bajo las circunstancias, no previsible en el normal curso de los eventos o independiente de éste o muy distante de la conducta del demandado, bien puede ser un acto desplazante (*superseding*) que rompa el nexo causal..." (*Derdiarian v. Felix Contracting Corp.*, 414 N.E. 2d 666, 670, N. Y. 1980).

Las fuerzas intervinientes que se consideran pueden provenir de la naturaleza o de la acción de una tercera persona. En ambos casos, la previsibilidad juega un papel muy importante para calificar si se da una *superseding cause* o no.

Tratándose de actos de la naturaleza ("*acts of God*") se romperá el nexo causal cuando puedan calificarse de altamente extraordinarios e imprevisibles. A veces, además de la imprevisibilidad del acontecimiento, se exige que el riesgo del daño debido al acto natural no haya sido incrementado por la negligencia del demandado.

Cuando se trata de actos de terceros, se presenta la cuestión de si el acto del tercero ha sido negligente o doloso. En general, se sostiene que es más fácil considerar imprevisible un acto criminal o doloso que un acto negligente. Pero el hecho de que la acción del tercero sea un crimen o un ilícito civil doloso no siempre rompe el nexo causal ni merece ser calificado de *superseding cause*. De nuevo surge el factor de la previsión: si la conducta delictuosa del tercero podía ser prevista por el agente y el riesgo de una intervención de este tipo era tan grande que podía esperarse que el agente hubiera tomado resguardos en contra de ella, lo que no hizo, el demandado permanecerá responsable. La acción del tercero será sólo una causa interviniente pero no una *superseding cause* (*Watson v. Kentucky & Indiana Bridge & R.R. Co.*, 128 S.W. 146, Ky. 1910)⁷⁸.

Si se trata de actos negligentes es más fácil afirmar que el demandado los debió prever, ya que es usual que la gente no sea todo lo cuidadosa que sería de esperar. Por ejemplo, si la víctima se encontraba en una cabina telefónica situada en un lugar cercano a una calle principal, y no puede salir de ella por un trabamamiento de las puertas y resulta así colisionada por un automóvil conducido por un persona embriagada, la empresa propietaria de la cabina debe responder, ya que un jurado puede llegar a concluir que el riesgo de que una cabina sea colisionada por un automóvil es una de las cosas que hizo peligrosa la conducta del propietario al instalar una cabina con ese defecto en las puertas (*Bigbee v. Pacific Telephone & Telegraph Co.*, 665 P.2d 947 (Cal. 1983)).

En esa línea de pensamiento se encuentran los casos de ventas de licor, en los que se juzga al dueño del bar como responsable por los

⁷⁸ Se exceptúan los casos en los que el demandado puede probar que la conducta del tercero absorbe completamente su propia negligencia y se aplica la teoría de la "*Shifting responsibility*".

accidentes causados por alguno de sus clientes bebidos si le ha vendido alcohol cuando ya estaba bajo su influencia. El caso más connotado en esta materia es *Rappaport v. Nichols* (156 A.2d 1, N.J. 1959), que afirmó que los daños sufridos por un conductor muerto por un choque del auto conducido por una persona ebria, eran el resultado del "ordinario curso de los eventos" iniciados por la negligencia del propietario del bar que sirvió el alcohol. Este criterio no se aplica cuando el expendio de bebidas alcohólicas ocurre no en el plano comercial sino doméstico o como parte de una actividad recreacional (*Halvorson v. Birchfield Boiler, Inc.*, 458 P.2d 897, Wash. 1969). Permanece discutido un caso fallado por la Corte de New Jersey que extendió la jurisprudencia de *Rappaport* para imponer responsabilidad al anfitrión de un evento social que sirve directamente alcohol a su invitado sabiendo que se embriagará (*Kelly v. Gwinnell*, 476 A.2d 1919, N.J. 1984, con un voto disidente que sostiene que el fallo de mayoría "pone sobre cada ciudadano que sirve una bebida a un amigo la pesada carga de vigilar y regular a sus invitados").

En todos estos casos la previsibilidad juega un papel vital. Sin embargo, se debilita cuando concurren otros factores. Así, se estima que si la causa interviniente es imprevisible pero constituye una de las consecuencias "normales" provocada por la conducta negligente del demandado, no se quebrará el nexo causal.

Se incluyen en esta doctrina los casos de daños causados por el intento de escapar del peligro provocado por el demandado y los casos de rescate, en los que un tercero intenta salvar a una persona del peligro en que la coloca el demandado y resulta dañado el mismo rescatador o el rescatado (incluso por una negligencia del rescatador). Así lo juzga una famosa sentencia redactada por el juez Cardozo en *Wagner v. International Railway*, 133 N.E. 437, N.Y. 1921). Según Cardozo en estos casos "el peligro invita al rescate". Se exceptúa el evento en el que el rescatador actúa con una negligencia grosera o con una conducta bizarra, pues en tales casos puede tratarse de una *superseding cause* (*McLaughlin v. Mine Safety Appliance Co.*, 181 N.E.2d 430, (N.Y. 1962).

También se colocan en esta línea los casos en los que la conducta del demandado intensifica o agrava un daño ya existente. Si el demandado lesiona al demandante y éste recibe un tratamiento médico negligente que agrava el daño, el demandado será responsable por todo, sin considerarse la acción del médico como una causa *superseding*. El típico caso en materia de causalidad es el de la ambulancia que choca mientras lleva al lesionado por el demandado provocándole lesiones más severas. Es resuelto sin dudas afirmando el nexo causal y negando que la acción negligente del conductor de la ambulancia sea una *superseding cause* (*Lucas v. City of Juneau*, D. Alaska 1955, 127 F.Supp. 730). Del mismo modo, el demandado que obliga a la hospitalización del demandante, quien sufre una operación innecesaria por la confusión de su ficha médica con la de otro paciente, será responsable también por este daño (*Restatement*

of Torts Second § 457, Illustr. 3). En esta tendencia pueden incluirse los casos de suicidio de la víctima: se estima que si el demandante, por el hecho del daño provocado por el demandado, se priva de la vida, este suicidio puede ser entendido como una *superseding cause* siempre que lo haya cometido en estado de lucidez (*sane*); en cambio, si el daño provocado por el demandado le suscitó a la víctima un estado de locura (*insane*) y éste le conduce al suicidio por un “*irresistible impulse*”, no habrá una *superseding cause* y el demandado debe responder también por esta muerte.

Hemos visto, hasta ahora, que las Cortes afirman la causalidad cuando la causa interviniente era previsible o, a lo menos, normal en el desarrollo de los eventos. Pero en otros casos se avanza más y se resuelven supuestos en los que la causa interviniente no es ni previsible ni normal pero ocasiona el mismo tipo de daño que hubiera de esperarse de la negligencia del demandado. Se trata, por tanto, de una causa imprevisible pero con resultado previsible. En general, se piensa que en estos casos la causa no es una *superseding cause* y no libera de responsabilidad al primer agente. Señala Prosser que “un sentimiento instintivo de justicia conduce a la conclusión de que el demandado es moralmente responsable en tales casos, y que la pérdida debe recaer sobre el demandado y no sobre un inocente demandante”⁷⁹. Se hace excepción cuando la causa imprevisible es un hecho criminal o un *tort* doloso por parte de un tercero, ya que en tales casos se suele aplicar la teoría de la “*shifted responsibility*” y la culpa del tercero absuelve completamente la del primer agente.

Si la causa interviniente es imprevisible o anormal y también lo es el resultado dañoso provocado, aunque haya negligencia, las Cortes exoneran de responsabilidad por considerar que la fuerza que ha intervenido es una *superseding cause*, ya que no sería justo hacer responsable al demandado por un daño que no era esperable de su descuido y que se produce por una causa extraordinaria, imprevisible o anormal. Esto se aplica a los hechos de la naturaleza y también a los actos de terceros. Un grupo de casos resueltos según este criterio son los llamados “*Key-in-ignition cases*”, en los que el demandado deja su auto abierto y con las llaves puestas y un ladrón lo sustrae y más tarde atropella al demandante. Las Cortes han sostenido que la acción del ladrón es una *superseding cause* que libera de responsabilidad al dueño del auto. La razón es que el riesgo que hace que la conducta de dejar las llaves sea descuidada no tiene nada que ver con el riesgo de la conducta del tercero interviniente, y además el tipo de daño es diferente (menoscabo a la propiedad en el primero, y lesiones corporales en el segundo)⁸⁰. En algunos casos en que el riesgo del robo y del atropello era previsible,

⁷⁹ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 316. En el mismo sentido, Emanuel, ob. cit., p. 151.

⁸⁰ Emanuel, ob. cit., pp. 152-153.

las Cortes pueden afirmar la responsabilidad del demandado que dejó las llaves (*Hergenrether v. East*, 393 P.2d 164, Cal. 1964, donde el auto fue robado en una zona con una alta tasa de criminalidad).

Complejos son los casos en los que el daño provocado por el demandado resulta absorbido completamente por el daño mayor provocado por la causa interviniente. En Inglaterra, se cita el caso *Baker v. Willoughby* (AC 467, 1970), en el que el demandado en un choque automovilístico había lesionado la pierna del demandante, y después en un incidente separado éste había sido baleado por ladrones como resultado de lo cual la pierna anteriormente lesionada le había sido amputada; el demandado alegó que sólo podía hacerse responder por las pérdidas producidas por la lesión hasta el momento de la amputación. Sin embargo, la Corte sostuvo que no había interrupción del nexo causal y le hizo responder por los daños incluso más allá del día de la amputación.

En Estados Unidos se suele mencionar en materia de *superseding cause* la distinción entre causas dependientes y causas independientes. Son causas dependientes aquellas que concurren en los hechos en respuesta a la negligencia del demandado. Las independientes son las que no han sido ocasionadas por la conducta del agente. Podría pensarse así que las causas dependientes no son *superseding cause* y sí lo son las independientes. Sin embargo, en la actualidad se afirma que la distinción no es necesaria ni menos determinante. Como sostiene el manual de Emanuel, los estudiantes más que fijarse en si se trata de una fuerza dependiente o independiente deben intentar contestar esta pregunta: "¿La conducta del demandado incrementó el riesgo de modo que una causa interviniente como la que ha ocurrido ocurriría y provocaría daño, o un daño como el que ocurrió ocurriría? Si la respuesta es afirmativa, la causa interviniente no será una *superseding cause* y no habrá rompimiento de la relación de causalidad"⁸¹.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. ¿QUIÉN DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LA CAUSATION: EL JUEZ O EL JURADO?

En el sistema judicial norteamericano se distingue la labor del juez y la del jurado. En términos muy generales el juez debe decidir las cuestiones de Derecho y el jurado las cuestiones fácticas o de hecho. Sólo si el juez estima que los hechos no están en disputa o que ninguna persona razonable podría diferir sobre ellos puede establecerlos él mismo sin presentar la cuestión al jurado.

⁸¹ Emanuel, ob. cit., p. 154.

De este modo, podría pensarse, a primera vista, que la *causation in fact*, como cuestión fáctica, debería corresponder al jurado, y, a la inversa, la *proximate cause* sería de competencia del juez, ya que se trataría de determinar una cuestión de política jurídica: dados los hechos sucedidos es justo, conveniente, prudente, socialmente admisible, etc., que el demandado cargue con todas sus consecuencias. Además, conceptos como los de previsibilidad o anormalidad en los que se basa el concepto de *proximate cause* son estándares normativos, o sea, cuestiones jurídicas.

Sin embargo, no sucede así en el sistema procesal norteamericano, puesto que se estima que el jurado no sólo es competente para establecer los hechos sino también para efectuar calificaciones jurídicas de los mismos, según las instrucciones que previamente le haya dado el juez⁸². En consecuencia, el jurado debe pronunciarse tanto sobre la *causation in fact* como sobre la *proximate cause*. En ambos casos, el jurado está facultado para establecer si los hechos pueden ser calificados por un concepto normativo: por ejemplo, si son la causa *sine qua non* (test *but for*) o el factor substancial, en el caso de la *causation in fact*, o si existe la previsibilidad o la normalidad que se requiere para la *proximate cause*. La decisión del jurado viene, sin embargo, orientada y encauzada por una previa instrucción del juez que le impone ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, el juez puede pedir al jurado que se pronuncie sobre si la conducta del demandado "es una causa sin la cual el daño no hubiera ocurrido", caso en el que el jurado no podrá hacer uso de la teoría del factor substancial, y lo mismo a la inversa si el juez instruye al jurado que debe decidir si el acto del agente fue la causa substancial en la producción del daño. Igual cosa sucede en el terreno de la *proximate cause*, para la cual también el juez provee de instrucciones al jurado sobre con qué criterio debe evaluar la presencia del requisito y así, por ejemplo, determinarán si la *proximate cause* se examina con la previsibilidad o con otros estándares normativos.

Tanto en la *causation in fact* como en la *proximate cause*, el juez puede sustraer la decisión del jurado si estima que los hechos o su calificación jurídica en relación con la causalidad no están en disputa o que ninguna persona razonable podría diferir sobre ellos⁸³. En la gran mayoría de los casos esta posibilidad de diferente opinión existirá y por tanto la decisión corresponderá al jurado⁸⁴.

⁸² Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 320, advierte que aunque la conclusión de que las consecuencias eran previsibles o que fueron "directamente" causadas por la negligencia son cuestiones no meramente fácticas sino evaluativas, sin embargo son decididas por el jurado al igual que las cuestiones de hecho propiamente tales.

⁸³ Page Keeton, *Prosser...*, cit., p. 321.

⁸⁴ Emanuel, ob. cit., p. 154.

2. PRUEBA DE LA CAUSATION IN FACT

El primer estadio de la causalidad: *causation in fact*, presenta en los casos difíciles la necesidad de establecer criterios de valoración de las pruebas. Muchas veces es necesaria la presentación de informes de peritos, llamados "*experts testimony*". Esta prueba es indispensable en los casos de *medical malpractice* o daños a la salud, ya que el jurado no posee los conocimientos necesarios para saber si la acción negligente causó o no el daño.

En algunos casos no basta el testimonio de uno o más expertos, sino que es necesario examinar la "*scientific evidence*", es decir, el estado de los conocimientos científicos en relación con el agente y el daño producido. Es el factor probatorio fundamental en los casos de responsabilidad por productos defectuosos. Se discute, sin embargo, qué debe considerarse evidencia científica para estos efectos. Las opiniones varían entre dos extremos: mientras por un lado se afirma, siguiendo el *Frye* estándar (por el caso *Frye v. U.S.* 293 F. 1013, D.C. App. 1923), que debe tratarse de una teoría científica apoyada por una parte mayoritaria o sustancial de la comunidad científica, por otro, se señala que cualquier posición o teoría científica es admisible como prueba, incluso aunque sea rechazada por la mayoría de los expertos que trabajan en esa área. En 1993, la Corte Suprema adoptó un término intermedio para los casos federales: la evidencia, dijo la Corte, no necesita ser "generalmente aceptada", pero sí debe ser un "conocimiento científico". Para ser calificada como tal la teoría debe haber sido testeada o al menos ser susceptible de ello. Además, el hecho de que la teoría no haya sido publicada es un elemento a tener en cuenta para negar su carácter de científica, aunque no determinante; puede aceptarse como evidencia una teoría que no ha sido publicada aún, siempre que sea propuesta por científicos acreditados. En cambio, si la teoría ha sido publicada pero es rechazada por una amplia mayoría de los expertos puede ser excluida como evidencia científica (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 113 S.Ct 2786, 1993).

Las Cortes han flexibilizado la exigencia de prueba de la causalidad. Basta que el demandante aporte una "*preponderance of evidence*", es decir, una prueba más contundente o verosímil que el demandado. No es necesario que pruebe con absoluta certeza que sin el hecho del demandado el daño no se habría producido, basta que establezca que ello es lo más probable. Así, la Corte Suprema de Canadá en *Snell v. Farrell* (72 DLR, 4ª, 289, 1990) sostuvo que, si bien la carga de la prueba empuja al demandante, "en ausencia de evidencia contraria presentada por el demandado, una inferencia de causalidad puede ser configurada, aunque no se haya aducido una evidencia positiva y científica".

3. LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba de que la conducta del demandado ha sido la *causation in fact* del resultado dañoso compete al demandante. Excepcionalmente, cuando son varios los agentes y no puede determinarse cuál de ellos causó el daño, se sostiene la inversión de la carga de la prueba en favor del demandante (*Summers v. Tice*, 1948, 33 Cal.2d 80).

En Inglaterra se ha debatido sobre si es posible en algunos casos invertir la carga de la prueba de la causalidad y ponerla sobre los hombros del demandado. En *McGhee v. National Coal Board* (1 WLR 1, 1973), la *House of Lords* sostuvo la responsabilidad del empleador por la dermatitis provocada por el polvo existente en el lugar de trabajo, a pesar de que su existencia era una característica inherente a la labor y el empleador sólo fue negligente en no ofrecer facilidades para la limpieza. Lord Wilberforce estableció en la sentencia que "allí donde una persona, por infracción de su deber de cuidado, ha creado un riesgo, y el daño ocurre dentro del área de ese riesgo, la pérdida debe recaer en él a menos que pruebe que existe alguna otra causa". Sin embargo, en un caso posterior, la misma *House of Lords* rechazó la explicación de Lord Wilberforce del caso *McGhee* y estimó que no había cambios en la regla de la carga de la prueba de la causalidad sino simplemente una flexibilidad mayor para apreciar la evidencia aportada por el demandante (*Wilsher v. Essex Area Health Authority*, AC 1074, 1988).

LA CAUSA DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL)*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho U. de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. ANTROPOLOGÍA, SOCIOLOGÍA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El tema de la relación de causalidad en materia de responsabilidad por daños y perjuicios tiene fama de ser difícil; es muchísima la literatura que existe no sólo desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sino también de la filosofía del Derecho, aunque en nuestro país el asunto se ha estudiado en general de soslayo por parte de los autores del Derecho civil, salvo en el último tiempo en que la doctrina ha entrado de lleno en el tema⁸⁵. Se trata de un área en la cual confluyen diferentes disciplinas y unas se nutren de otras.

* Este trabajo es parte de la investigación que ha hecho el autor en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1020360 sobre "La relación de causalidad en la responsabilidad civil". Se trata de una versión reelaborada de la conferencia que se ofreció en el seminario organizado por la Universidad de los Andes, sobre Responsabilidad civil y la relación de causalidad, los días 3 y 5 de septiembre de 2002. Una versión anterior fue publicada en *Revista Chilena de Derecho*, 2 (2003), pp. 345-379. El trabajo se actualizó, en lo que se refiere a jurisprudencia y doctrina nacionales, al 30 de abril de 2008.

⁸⁵ Una aproximación más completa hace Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 369 y ss.; para el Derecho chileno también puede verse en Domínguez Águila, Raúl, "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho Chileno", en *Roma e America Diritto Comune*, 10/2000, Mucchi Editore (pp. 115-127); Araya Jasma, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, LexisNexis, Santiago, 2003, y de nuestro coinvestigador en el Proyecto Fondecyt 1020360, Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 179-206. En materia de responsabilidad contractual, Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 267-288. Como un trabajo completísimo sobre la materia, últimamente Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 373-444.

En este trabajo me propongo revisar el problema de la causa del daño, a partir de la presentación de un número importante de casos que he recogido de la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales de justicia, especialmente de las Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema.

El ser humano, por su condición de ser inteligente (y libre), es el único capaz de dirigir o modificar intencionalmente el curso de los acontecimientos. La inteligencia, alimentada por los sentidos, le permite al ser humano no sólo intervenir activamente en un curso causal, sino que también prever las consecuencias del mismo, es decir, imaginar el resultado que de él puede derivarse –en la dimensión más relevante para el Derecho–, como es predecir su potencialidad de daño o, lo que es lo mismo, dimensionar el peligro que una acción conlleva, lo que conecta con la idea de riesgo⁸⁶.

Incluso más, la racionalidad con que actúa el ser humano también le permite prever el curso de acción que un determinado acontecimiento puede tomar cuando en él interviene otra persona. Es decir, la previsión de un hecho incluye no sólo el poder establecer con antelación cuál va a ser el despliegue futuro físico de las cosas, sino que también determinar el probable comportamiento que puede adoptar una persona involucrada en esa situación. Son muchas las sentencias, en este sentido, que han entendido que existe una adecuada relación causal entre hecho dañoso y demandado, en que a éste se le ha imputado un hecho en cuya producción ha intervenido un tercero que no ha actuado por orden ni instigación del demandado⁸⁷.

Son tan importantes estas características –la cualidad humana para prever los acontecimientos y la susceptibilidad de ser previstos determinados hechos– que la previsibilidad como factor de conexión entre hecho y sujeto demandado se ha convertido en un elemento central en la formulación dogmática de la relación de causalidad, fundamentalmente desde que el fisiólogo Luis von Kries propusiera la teoría de la causa adecuada⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. Fierro, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 397, que dice "... la idea que dimana del concepto riesgo, es la de una contingencia adversa a la que se está dispuesto a afrontar, mientras que el peligro es una posibilidad perjudicial causalmente probable que es inherente a una determinada situación pero que el sujeto puede ignorar. El riesgo, por tanto, es algo que el sujeto actuante asume, es una expectativa completamente subjetiva, con mayor o menor grado de probabilidad de que ocurra en la realidad un evento indeseado mientras que ello no es necesariamente así con respecto al peligro".

⁸⁷ Véase más adelante el caso de doña Julia Zuleta que demanda por daños y perjuicios a la empresa que le denunció criminalmente con antecedentes no fidedignos.

⁸⁸ Aunque el precursor fue Luis von Bar, lo que ocurre es que von Kries le da un preciso perfil. La teoría, como se sabe, examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, teniendo en cuenta lo que acontece corrientemente según la experiencia habitual, conforme con el orden normal u ordinario de los acontecimientos (cfr. Goldenberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed. ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 22-23).

De otro lado, la sociología del Derecho contemporánea, abandonando la teoría de la acción humana, como elemento central que explica el comportamiento social relevante para el Derecho, lo revisa desde la óptica del sentido que un determinado acontecer social puede tener en el medio en que él se desenvuelve. Esta aproximación ayuda a entender la vinculación que un hecho puede tener con una persona. En esta explicación, adquiere carácter determinante la idea de confianza, como factor que ayuda a hacer menos complejo el orden social⁸⁹. En esta aproximación, por lo mismo, ya no es la acción el quicio de la imputación, sino la información o sentido que un determinado comportamiento tiene desde la óptica del observador.

II. DOCTRINAS SOBRE LA CAUSALIDAD EN MATERIAS CIVILES Y NUESTROS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Pese al desarrollo doctrinal que ha tenido la cuestión de causalidad en materia de responsabilidad por daños y perjuicios y al innumerable conjunto de teorías que se han formulado tanto en el Derecho continental como en el Derecho anglosajón, la verdad es que nuestros tribunales de justicia, en materia de juicios civiles, no parecen responder a criterios doctrinales claros, ni menos estables⁹⁰. No podría decirse, como ocurre en otros países, que nuestra Corte Suprema adhiera a una teoría determinada. Porque, si bien parece existir un decantamiento en favor de la tradicional teoría de la equivalencia de las condiciones —o *conditio sine qua non*—, lo cierto es que el análisis que se desprende de los fallos en estas materias es generalmente poco profundo y muy elemental. Por otro lado, tampoco se puede apreciar una línea de evolución, si se tiene presente que en el Derecho comparado la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido descartando, al menos para toda la línea del análisis causal, y se han buscado nuevas alternativas doctrinales, recurriéndose a la teoría de la causa adecuada⁹¹ como la más socorrida.

⁸⁹ Sobre el tema de la confianza puede verse Luhmann, Niklas, *Confianza*, Universidad Iberoamericana, Anthropos, Barcelona, 1996.

⁹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, t. I, 2ª ed., Ediar-Conosur, Santiago, 1983, p. 249, formulaba una observación similar hacia 1943.

⁹¹ En muchos países la teoría a la que más se recurre por la jurisprudencia es la de la causalidad adecuada. Así lo explica para el Derecho español De Cuevillas Matozzi, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Monografías, Valencia, 2000, p. 111, "[e]n los años ochenta y noventa hay una aceptación contundente hacia la teoría de la causalidad adecuada, al comienzo limitándose a expresar qué se entiende por causa para dicha corriente dogmática: el hecho que según el criterio de razonable regularidad, conforme al buen sentido o a la experiencia diaria produce un resultado concreto y, posteriormente, no sólo nombrándola en forma precisa sino incluso definiéndola y realizando un análisis comparativo con su antónima, la de la *conditio sine qua non*"; lo mismo Alpa y Ruffolo, en "Casi e questioni di diritto privato", "IX Atto illecito e

La razón que explica la falta de desarrollo doctrinal en materias civiles y la falta de sustancia dogmática que exhiben algunos fallos podemos encontrarla en la raíz subjetivista que informa el sistema de responsabilidad del Código Civil⁹². Nuestros tribunales han trasladado los problemas que presenta la relación de causalidad al análisis de la culpabilidad, dado que para la doctrina tradicional en la raíz de la cuestión causal se encuentra el comportamiento culpable o doloso del demandado y esto hace que el estricto asunto de la causalidad pierda relevancia⁹³. El trabajo de moderación de la condena, en estos casos, se realiza al momento de determinar si ha concurrido o no el factor de imputación subjetivo.

En el siguiente fallo de nuestra Corte Suprema, por el que se rechaza un recurso de casación, puede apreciarse lo que decimos. El caso que compulsamos es el famoso juicio civil por negligencia médica que siguió un ministro de la misma Corte Suprema en contra de todo el equipo médico y de salud que le practicó una operación, con la lamentable consecuencia de que equivocó la cadera que debía intervenir. Inicialmente se operó la cadera sana (la izquierda) y sólo al percatarse de esta situación el médico jefe ordenó, luego de finalizar la operación errada, iniciar la operación de la cadera enferma (la derecha). Las sentencias de primera y segunda instancia acogieron la demanda en contra de todos los demandados (equipo médico y asistencial completo) y la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y fondo formalizados por los demandados. En el considerando que copio se puede apreciar cómo la Corte, siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones, formula el juicio de imputación contra todos ellos, porque entiende que ha existido negligencia en todo el equipo y que, de no mediar esta deficiencia, no se habría producido el daño. Sin perjuicio de que volveré sobre este

responsabilità civile”, o. ed., Dott. A Giuffrè, Milano, 2000, p. 45. En el caso argentino está recepcionada legislativamente en el art. 906 del Código civil argentino, introducido por la ley 17.711, cfr. Goldenberg, Isidoro, *La Relación...*, cit., p. 23; Viney y Jourdain, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, 2^a ed., LGDJ, París, 1998, p. 172, explican que son muchas las veces que los tribunales franceses acogen el principio de la causa adecuada, dejando de lado el de la conditio *sine qua non*. En el Derecho colombiano, Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 393, explica que tanto para asuntos civiles ante la Corte Suprema como administrativos ante el Consejo de Estado, la doctrina de la causa adecuada es la teoría dominante.

⁹² Domínguez Águila, “Aspectos de la relación de causalidad...”, p. 121, “resulta entonces explicable el porqué, en un sistema de responsabilidad civil subjetivo, la preocupación por la causalidad no haya sido relevante ya que un criterio simple para su determinación es, en la práctica, bastante para dilucidar la cuestión y el porqué el centro del análisis del juicio de responsabilidad reposa en la noción de culpa basada en la previsibilidad”. Por su parte, Alessandri Rodríguez, *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 241, explicaba que “hay relación de causalidad cuando el hecho —o la omisión— doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se habría producido”, poniendo así de relieve el factor subjetivo.

⁹³ *Ibíd.*, p. 242, más adelante expresa “cuando la causa del daño es una, el problema de la relación causal no ofrece dificultad”.

fallo, por ahora dejo establecido que el oscurecimiento y la parquedad en el análisis de la relación causal se produce por una anticipación en el juicio de imputación subjetiva, que aparece como el gozne sobre el que se hace descansar la reprochabilidad de la conducta⁹⁴.

“37º.- Que ante los hechos recordados precedentemente y de otros establecidos en autos, la sentencia recurrida, tanto en su considerando 9º como al reproducir los fundamentos del fallo de primer grado y particularmente los que llevan los números 40º, 42º, 45º, 46º, 47º, 48º, 49º y 50º, dio por establecida la responsabilidad cuasidelictual del recurrente como coautor del ilícito investigado en autos, por su descuido o negligencia culpable en materia básica o elemental durante la intervención quirúrgica en que se lesionó grave e indebidamente la cadera izquierda del querellante, conducta negligente que, al igual que la de otros integrantes del equipo interdisciplinario, pero con el mismo objetivo común, que participó en aquella intervención quirúrgica, dio origen a que se produjera el resultado antijurídico, esto es, las lesiones graves en la cadera que no debía ser operada, *al punto que si no hubiere mediado culpabilidad en uno cualquiera de los miembros del equipo, tal resultado no se hubiere producido, de donde se sigue la necesaria relación de causalidad entre cada responsable y el resultado*. De allí, entonces, que la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, no ha vulnerado las normas legales que el recurso estima infringidos, dándoles la debida aplicación ante la evidencia de los hechos establecidos en estos autos, de los cuales prescinde el presente recurso”. (Corte Suprema, sentencia de 20 de junio de 1996, Rol 33.393-95, Legal Publishing: 13931; cursiva propia).

En otro caso, en que se demandaba una indemnización por el daño causado a un estanque, por efecto del incumplimiento de un contrato de obra, se rechazó la demanda en ambas instancias y se desecharon los recursos de casación, porque se estimó que no se habría probado que una negligencia de la sociedad demandada fuera responsable de los daños reclamados. Es precisamente la ausencia de negligencia en el demandado lo que lleva al rechazo de la demanda y, dado que falta la negligencia, a la Corte le parece innecesario pronunciarse por la cuestión de la causalidad.

“2.- Que los jueces del fondo han establecido que, si bien es cierto se ha probado la existencia de daños en el interior del Estanque Caracoles, *no se ha comprobado fehacientemente que dichos daños se hayan producido por la negligencia de la demandada*, más aún cuando la actora al cumplir su parte de tal celebración debió

⁹⁴ El profesor De Ángel Yagüez, Ricardo, en el Prólogo al libro de De Cuevillas Matozzi, *La relación...*, cit., pp. 15 y ss., explica este problema que también se detecta en los fallos del Tribunal Supremo Español, y se conforma: “[l]a cuestión se complica cuando existen elementos de juicio que permiten considerar que en el demandado hubo ‘alguna culpa’. Ahí es donde en mi entender se instala la verdadera dificultad en torno a la relación de causalidad. Porque creo que es defendible que precisamente en esta hipótesis es cuando procede argumentar en torno al nexo causal. La culpa del demandado llevaría en principio a su condena, pero puede ocurrir que el desenlace sea absolutorio, porque a pesar de aquella culpa, no exista causalidad jurídicamente calificada como tal”.

dejar constancia durante la ejecución de la obra de tales negligencias o falta de responsabilidad en su aplicación. A lo que se agrega que tampoco se ha probado el valor de los daños que se pretende se indemnicen" (Corte Suprema Rol 432-01, sentencia de 30 de mayo de 2001; Legal Publishing: 18734; cursiva propia).

III. CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD NORMATIVA

Pienso que la indagación por el vínculo causal no puede orientarse hacia la formulación de un juicio exclusivamente de tipo empírico, porque ello equivaldría a investigar únicamente un curso causal de carácter material o de naturaleza física, que en ciertos casos sólo sirve como presupuesto primario para reprocharle a alguien una determinada conducta, pero es insuficiente, en sí mismo, para establecer una verdadera vinculación jurídica⁹⁵. Un criterio tan básico, poco o nada podría aportar en los casos de concurrencia de causas, en los de conductas omisivas, en los supuestos en que se vinculan hechos con daños puramente morales o extrapatrimoniales, en los casos en que el resultado dañoso está anudado a un comportamiento peligroso y en los supuestos legales de responsabilidad objetiva⁹⁶. Por ello, parece razonable construir una noción de causalidad jurídica, que lleve a un juicio de imputación objetiva, es decir, a una atribución de un hecho a una persona, por la vía de un juicio normativo⁹⁷, en el que ha de buscarse la conexión del hecho con la posición del demandado, sin consideración a indagaciones de tipo subjetivo.

Aunque en sede de responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, si bien es verdad que muchos de los problemas que se intentan resolver recurriendo a algún criterio de relación causal, se pueden satisfacer con un juicio de imputación subjetiva⁹⁸, lo cierto es que, en estos casos, una aplicación lisa y llana de la teoría de la equivalencia de las condiciones –la más elemental y “objetiva” de las teorías– puede conducir a soluciones injustas, según veré. En cuanto a la responsabilidad estricta u objetiva,

⁹⁵ Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual...*, cit., p. 394, afirma que la causalidad física es supuesto de la causalidad jurídica, pero únicamente para la responsabilidad subjetiva, pero para la objetiva “la causalidad jurídica queda subsumida en la causalidad física” (p. 398), lo que lleva a una confusión entre responsabilidad por culpa y causalidad jurídica que no parece consistente. En una posición diametralmente opuesta está Domínguez Águila, “Aspectos de la relación de causalidad...”, cit., p. 118-13, quien sostiene, en cambio, que en Chile el problema de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad subjetiva debe resolverse adecuadamente con la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es una forma de afirmar que la relación causal se resuelve por la vía de una determinación física. Los problemas de causalidad jurídica los presentaría la responsabilidad objetiva, porque “un test como el usado en el sistema subjetivo no basta para limitar a extremos razonables el deber de reparación...”.

⁹⁶ Cfr. Domínguez Águila, “Aspectos de la relación de causalidad...”, *ibíd.*

⁹⁷ Debemos el mérito a Hans Kelsen, la distinción entre imputación natural (causalidad) e imputación jurídica; véase Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Temas, Editorial Universitaria Buenos Aires, BA, 1989, pp. 16-34.

⁹⁸ Domínguez Águila, “Aspectos de la relación de causalidad...”, cit., p. 121.

la mera atribución material o física de un hecho al demandado aparece como un factor insuficiente y peligroso para resolver los problemas de imputación, pues puede hacerse responder a una persona hasta límites intolerables⁹⁹. Es razonable hablar, entonces, de una causalidad jurídica¹⁰⁰.

Un caso evidente de lo que hablo se puede ver en la sentencia que compulso, en el cual el Servicio de Salud de Aconcagua fue condenado a pagar a la viuda de un paciente internado por problemas psiquiátricos y que se suicidó. La sentencia de segunda instancia hizo la siguiente consideración, para estimar que el Servicio demandado había incurrido en responsabilidad por “falta de servicio”.

“5º) Que entendiéndose que existe esta falta cuando el servicio público ha funcionado mal, en forma prematura o tardía o no ha funcionado en absoluto, cabe señalar que de los hechos precedentemente establecidos se desprende que la Dirección del Hospital Psiquiátrico no adoptó las medidas adecuadas de protección del paciente Mario Hernán Tello, puesto que es un hecho no discutido que la ventana por la cual se lanzó carecía de mayores protecciones, circunstancia agravada por el hecho de que otros pacientes ya habían usado este medio para suicidarse, que Mario Hernán Tello había manifestado sus intentos suicidas e incluso había sido sorprendido encaramado en dicha ventana, siendo un deber de la administración del hospital velar por la seguridad de sus pacientes afectados por enfermedades mentales, todo lo cual hacen concluir al tribunal que efectivamente en la especie existió una falta de servicio de la administración del hospital y que existe una relación de causa a efecto entre esta falta y la muerte de Mario Hernán Tello Herrera” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 15 de junio de 2005, Rol 917 2003, por la cual confirma la sentencia de primera instancia, rebajando la condena por daño moral en favor del su cónyuge sobreviviente de \$ 160.000.000 a 10.000.000. La Corte Suprema desechó el recurso de casación en la forma interpuesto. Legal Publishing: 32948).

Es evidente que esta sentencia no pudo afirmar que había causalidad entre la falta de servicio que se le atribuye al demandado y la muerte de Mario Hernán Tello Herrera, sin hacer un juicio normativo, porque es obvio que el suicido no fue causado por el Servicio de Salud demandado, sino por la acción del propio paciente internado.

En el caso que a continuación compulso, la Corte de Apelaciones de Santiago recurrió a un criterio de causalidad cercano al sentido común, y

⁹⁹ Este es el punto que hace cobrar particular importancia a la cuestión de la causalidad y que Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual...*, cit., p. 398, creo no pone suficientemente de relieve.

¹⁰⁰ Sobre este aspecto parece existir consenso en la literatura comparada. Para el Derecho español De Cossio, Alfonso, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966 (pp. 527-554), p. 533, ya lo decía con claridad, doctrina que ha sido ampliamente acogida en la doctrina española. En el Derecho italiano, también se reconoce esta noción de causalidad jurídica Visitini, Giovanna, *I Fatti Illeciti*, III, *Causalità e danno*, Cedam, 1999. pp. 3-9, en donde la autora lo vincula fundamentalmente a la determinación de los daños resarcibles. En el Derecho anglosajón, la distinción se basa en los términos “factual cause”, que apunta al elemento fáctico, y “legal cause”, para seleccionar la causa del daño y así limitar las consecuencias dañosas, fruto de una decisión judicial, cfr. Markesinis y Deakin, *Tort Law*, 4º ed., Oxford, 1998, pp. 174-175.

claramente normativo. En el juicio respectivo se debatía la responsabilidad que podía caberle a una conocida empresa de auditoría, respecto de la mala decisión tomada por una empresa inversionista al comprar una sociedad inmobiliaria dedicada al negocio de cementerios, en razón de que los informes de auditoría no estaban practicados conforme a las reglas usuales de contabilidad y por lo mismo no reflejaban razonablemente el estado financiero de la empresa. Las sentencias de primera y de segunda instancia desecharon la demanda. En el caso de la de primer grado con costas, por estimar que no pudo ser sólo el informe de la empresa demandada la causa de la decisión de compra, más aún si el directorio de la compradora había decidido la compra antes de que la demandada hubiera emitido los informes que se estiman equivocados.

“4. Que extrapolando estos principios teóricos al caso *sub lite*, cualesquiera sea la teoría que se adopte, prima siempre el sentido común, el buen juicio para hurgar en los antecedentes allegados a la causa y determinar si ha habido o no relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño producido.

5. Que se ha acreditado en estos autos que diversas empresas fueron consultadas por la demandante antes de tomar la decisión de invertir en el grupo Intasan y sus filiales, entre ellas una dedicada a la calificación de riesgos, de manera que no se vislumbra cómo la pretensión de la actora pudiera ser acogida, ya que falta el elemento esencial de relación causal antes desarrollado y que en este caso no concurre” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 2005, Rol 1769-2000, dictada por la novena sala compuesta por los ministros señores Juan Araya, Enrique Silva C. y el abogado integrante don Óscar Herrera; la CS desechó los recursos de casación en la forma y fondo, Legal Publishing: 35275).

IV. ITER DAÑOSO Y CAUSALIDAD

Pese a que entre nosotros no se suele advertir este punto, me parece que es importante detectar que en el camino causal de un hecho dañoso pueden encontrarse al menos dos hitos.

1. VINCULACIÓN CAUSAL ENTRE DEMANDADO Y HECHO DAÑOSO: EL *AN DEBEATUR*¹⁰¹

Es lo que algunos autores prefieren llamar *autoría*¹⁰². Creo que en la indagación por la cuestión causal, en este hito, debe detectarse un vínculo

¹⁰¹ Cfr. Rosello, Carlo, *Il danno evitabile*, Ceddam, Padova, 1990, pp. 14-15.

¹⁰² Cfr. Ghersi, Carlos Alberto, *Reparación de daños*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989, pp. 89 y ss. El autor inserta este factor dentro de la teoría general de la atribución de un hecho a una persona, es decir que una persona haya generado una actividad que pueda calificarse como “hecho propio” y que ese hecho pueda ser “imputado” en el sentido de serle atribuido jurídicamente a una persona. Es vidente que en la reflexión de este autor la atribución e imputación es largamente superadora de un juicio de causalidad, pero no

entre la actuación (u omisión) del agente supuestamente responsable y el hecho dañoso en sí mismo¹⁰³, y así se desprende del artículo 2314 en relación con el artículo 1437, ambos del Código Civil.

En efecto, el artículo 2314 CC establece el presupuesto básico de la responsabilidad, cuando dispone: "El que ha *cometido* un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito" (destacado mío). Es claro que para ser responsable hace falta haber cometido un delito, y como un delito es "...un *hecho* que ha inferido injuria o daño a otra persona...", conforme con el artículo 1437 del Código Civil, quiere decir que debe existir una relación de causalidad entre la actuación humana, activa u omisiva, y el hecho dañoso, para que verdaderamente se pueda decir que alguien "ha cometido un delito o cuasidelito".

Este aspecto interesa destacarlo, porque una forma clara de evitar la responsabilidad de una persona es alegar la falta de relación causal entre el comportamiento humano y el hecho dañoso, es decir, que está interferida o quebrada la relación causal precisamente en este punto. Las siguientes sentencias discurren sobre este tema, sea para acoger o para desestimar la demanda, tanto en sede contractual como extracontractual.

En un primer caso, se dedujo demanda por parte de Aetna Chile S.A. Compañía de Seguros Generales en contra de la Distribuidora Cummins Diesel S.A.C.I. -Dicsa- basado en que a raíz de un siniestro que afectó a la nave de pesca Piquero (derivado de un desperfecto que dañó principalmente al cigüeñal del motor de la embarcación), dicha Compañía de Seguros debió pagar a los armadores U.F. 1.506,80 suma que reclama ahora de Dicsa porque fue esta la empresa que reparó, colocó e instaló en su oportunidad aquel cigüeñal en el motor del pesquero.

La demanda se fundó en que Aetna, de acuerdo con el artículo 553 del Código de Comercio, se subrogó en los derechos que le correspondían a los armadores contra Dicsa en razón de que esta empresa no ejecutó debidamente lo convenido en el contrato de confección de obra material o de venta (artículos 1858, 1996 y 1999 del Código Civil) al proporcionar un cigüeñal que tenía mal ajustada la tuerca que oprimía el piñón del engranaje correspondiente, además de que la golilla de seguro estaba incorrectamente fijada.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, fallo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción. Dijo la Corte:

"19°. Que si bien es cierto que en la sentencia se lee que no se probó la concurrencia de culpa o dolo de parte de la demandada, con lo cual excluye el fundamento de

hay duda que en la primera fase de sus análisis discurre en torno a un vínculo de esta naturaleza.

¹⁰³ Viney y Jourdain, *Traité...*, cit., p. 168, hablan del vínculo entre el hecho del demandado y el daño inicial.

una posible responsabilidad extracontractual, no lo es menos que también sostiene de un modo rotundo, que el percance experimentado en el barco pesquero no es imputable al demandado, no sólo porque se probó que la reparación se llevó a cabo convenientemente sino que, lo que es aún más categórico, *no hubo entre el desperfecto del motor y la conducta de la demandada, la necesaria relación causal*, para los efectos de responsabilizar a Dicsa por los daños ocasionados por el siniestro. En otras palabras está dicho que el mérito de autos dispipó la presunción que pesaba sobre la demandada en cuanto contratante, a raíz del desperfecto del motor" (sentencia de 29 de agosto de 1994, confirmada, al rechazarse el recurso de Casación en la forma y fondo interpuesto Corte Suprema Rol 19.937/94; Legal Publishing: 22461, destacado propio).

Como se puede leer, el argumento de fondo para el rechazo fue la falta de prueba respecto de la culpa o dolo del demandado (su comportamiento), lo que hace desaparecer uno de los supuestos de la pretensión indemnizatoria. Pero, sin embargo, en la sentencia compulsada se hace una afirmación respecto de ausencia de la relación causal, que deja nítido el punto que quiero alumbrar: la falta de vínculo entre conducta de la demandada y hecho dañoso.

En otro caso, la demandante reclamó por daños y perjuicios tanto a la sociedad propietaria del Hotel de la Frontera en Temuco, como a la constructora responsable de unos trabajos que se hicieron en el Hotel, por las inundaciones que se recibieron desde un tercer piso y que afectaron la propiedad de la demandante. Tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda instancia, se rechazó la demanda en contra de ambos demandados.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco precisamente niega lugar a la demanda, fundada en que no existe relación de causalidad entre la conducta de la demandada y el hecho dañoso, en este caso la inundación. Dijo la Corte:

"3°.- Que en relación con lo expuesto en los razonamientos precedentes, la prueba testimonial rendida en autos por la demandante y que se traduce en los dichos de los testigos Claudio Arturo Bravo López, Juan Acacio Henríquez Salas, Alicia Betzy Santibáñez Salas, Remo Sergio Fulgeri Vergara y Bernardo Fernando Insunza Espinoza, que refieren que *los daños que sufrieron la oficina, elementos y materiales de trabajo allí existentes fueron ocasionados por el agua que provenía en la losa y cañerías del tercer piso del Hotel de la Frontera, indicando cada uno los daños que observaron en el lugar, nada aporta acerca de las causas u orígenes de los daños que advirtieron ni se desprende de sus dichos que esos perjuicios o destrozos haya sido producto de una culpa o de una infracción reglamentaria proveniente de la actuación de los demandados.*

En otras palabras, no se ha acreditado la existencia de la relación de causalidad entre la inundación de la oficina del demandante y sus efectos en sus bienes allí existentes con alguna conducta negligente o descuidada o infraccional de los demandados, sin olvidar, además, que la demandante no cuidó de precisar cuáles debieron ser los cuidados o medidas que aquellos debieron haber tomado en la

ejecución de sus actos al efectuar la reparación del Hotel de la Frontera, sobre todo que el libelo de la demanda señala que presume que ni los dueños del hotel ni la empresa constructora se preocuparon de tomar las medidas necesarias y conducentes para prevenir los daños causados a terceros" (Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 3 de julio de 1998 Rol 240-96, destacado del autor).

En el fallo de casación, que acoge el recurso, los hechos se aprecian de una manera completamente diferente:

2°.- Que los hechos antes enunciados, establecidos luego del análisis de la prueba documental, testimonial y confesional rendida en la causa, constituyen circunstancias graves, precisas y concordantes *que permiten presumir que el escurrimiento de agua se produjo por el actuar negligente y descuidado de la Constructora Molco Ltda.*, cuyo representante no sólo reconoció en la absolución de posiciones de fojas 70 vta. la realización de tales faenas, sino que, como aparece del expediente criminal rol N° 91.213 del Primer Juzgado del Crimen de Temuco tenido a la vista, indicó que tales filtraciones fueron consecuencia de trabajos realizados entre enero de 1994 a febrero de 1995, y que reparó sólo los daños ocasionados al inmueble del piso inferior, a entera conformidad de su propietario;

3°.- Que, de esta manera, ha quedado fehacientemente establecida la relación causal entre los daños causados a los bienes de la empresa demandante con los actos de la Constructora Molco Ltda., la que, por ende, se encuentra obligada a cancelar los perjuicios acreditados en autos; por el contrario, tal causalidad no se vislumbra en relación con el actuar de la demandada Inmobiliaria Montecarlo S.A., ya que a su respecto, sólo se encuentra establecido que encargó los trabajos a la Constructora, sin que se hubiera acreditado que asumiera responsabilidad por la actuación negligente de ésta subsidiaria o solidaria, o que aquélla naciere de alguna disposición legal o contractual." (Corte Suprema, Casación de Fondo sentencia de 21 de septiembre de 1999 Rol 2520-98, Legal Publishing: 16251, destacado propio).

Como se aprecia en este último fallo, el motivo copiado estima clara la vinculación que debe darse entre hecho dañoso y conducta del presunto responsable. Por la ausencia de esta circunstancia en la instancia se había rechazado la demanda. Es curioso, pero se rechaza la responsabilidad de la empresa propietaria que había encargado la obra, que era la contratante. En este caso, para la Corte falla la cuestión de la imputación, que la concibe como subjetiva.

2. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO DAÑOSO Y SUS CONSECUENCIAS: EL *QUANTUM DEBEATUR*

También debe concurrir la necesaria relación causal entre el hecho dañoso y sus consecuencias¹⁰⁴. En los casos que analizo a continuación, lo que no existe o no se prueba es la conexión necesaria que debe existir

¹⁰⁴ Cfr. Ibíd, p. 177; Araya, *La relación...*, cit., pp. 165-176.

entre un hecho que se supone produjo un daño y el daño mismo. Aquí la relación causal puede fallar absolutamente, sea porque entre el hecho imputado y los pretendidos daños no existe ligazón causal alguna, o bien porque se pretenden daños remotos o extremadamente lejanos al hecho, lo que plantea el problema referido a la previsibilidad de los daños y el de los daños indirectos. Muchas de las dificultades que aparecen en el estudio de la relación causal, precisamente se centran en determinar la extensión de los daños que se persiguen.

2.1. Responsabilidad extracontractual

En materia de responsabilidad extracontractual, el mismo artículo 2314 del CC nos ayuda a ilustrar el tema, pues, conforme con esta disposición sólo el hecho que "...ha *inferido* daño a otro", es susceptible de obligar a la indemnización.

La siguiente sentencia de la Corte Suprema clarifica este punto:

"1° Que de acuerdo a los antecedentes recopilados en autos no ha sido posible establecer que *la lesión consistente en la fractura costal de que da cuenta el informe de fojas 52 haya derivado exactamente del accidente de tránsito ocurrido el día 12 de diciembre de 1997* que dio origen a estos autos;

2° Que, en efecto, el informe pericial de fojas 52 es de fecha 24 de febrero de 1998, esto es, *posterior en más de dos meses a la fecha del accidente de tránsito* y se basa en una radiografía cuyo origen y fecha esta Corte desconoce por no haber sido acompañada a estos autos, de modo que no es posible asignarle valor probatorio en lo que concierne al origen o causa de las lesiones de que da cuenta el examen efectuado y consignado en tal documento. Más aún, el propio informe de fojas 52 no efectúa una referencia con respecto a la fecha y origen de la radiografía en que se basa. En tales circunstancias, es imposible para el sentenciador formarse la convicción de una relación de causalidad entre esa lesión y el accidente de tránsito investigado" (Corte Suprema, Casación sentencia de 16 de noviembre de 1999, Rol 3183-99, Legal Publishing: 16393).

Como puede advertirse, conforme con la sentencia quedaron acreditados dos hechos independientes, por un lado el accidente automovilístico y por otro la lesión sufrida por el demandante —una fractura costal— pero no hay prueba de que dicha lesión provenga y sea consecuencia del accidente.

En otro caso, en que se perseguía la responsabilidad civil por daños medioambientales causados a un predio por la refinería de Ventanas, se rechaza la demanda, entre otras razones, porque se no se tiene por acreditada la relación causal entre las supuestas acciones de la demandada y los daños alegados.

"Por último, cabe hacer presente que la relación de causalidad entre el ilícito, y los daños no evaluados determinadamente no existen dado, a como se ha establecido en las inspecciones oculares, informes periciales y documentos acompañados,

los humos expelidos por la chimenea de Fundición de Ventanas, no abarcaron la zona del predio de los demandantes permanentemente, de tal manera que pudieran haber provocado los daños señalados, sino que por el contrario, los humos contaminantes se dirigían en sentido inverso a la ubicación de los terrenos de los actores” (Corte Suprema, recurso de casación rechazado, sentencia de 18 de enero de 2001, Rol 3.748-99, Legal Publishing: 17954).

2.2. Responsabilidad contractual

En sede contractual el problema de la causalidad se ha planteado desde hace mucho tiempo, y sabemos que el tema no fue pacífico entre los autores anteriores al Código Civil francés¹⁰⁵. La distinción entre perjuicios intrínsecos y extrínsecos apuntaba a la necesidad de moderar de alguna manera los daños por los cuales el deudor de una obligación civil debía responder cuando la incumplía. La diferencia en la sanción de la infracción dolosa o negligente, que en nuestro Código Civil está recogida en el artículo 1558, apunta a lo mismo.

Dice el artículo 1558, inciso primero CC:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

La siguiente sentencia muestra con claridad este elemento:

“Que sólo a título informativo, puesto que los hechos fueron objeto ya de la sentencia que ha señalado, expresa que el día 28 de septiembre de 1993 llevó el motor de su auto, taxi colectivo Placa AJ-73-12 Hyundai Pony a una reparación completa de ajuste de motor a los talleres de la demandada, comprando los repuestos en el mismo establecimiento. Se pagó el trabajo completo y los repuestos y se retiró el vehículo el 3 de octubre de 1993 percatándose de inmediato que la culata estaba agrietada; volvió el motor al taller de la demandada quien lo recibió nuevamente y lo volvió a entregar con los mismos problemas y defectos, negándose a repararlo.

*“En efecto, en la especie no se ha acreditado en forma fehaciente la concurrencia de la culpabilidad del demandado ni la relación de causalidad entre el daño producido y el hecho ejecutado, ya que el testigo que depone por el actor dice que *las reparaciones al vehículo fueron hechas en septiembre u octubre de 1993 y él lo revisó**

¹⁰⁵ Sobre el punto puede verse De Cuevillas Matozzi, *La relación...*, cit., pp. 317 y ss. También en el Derecho argentino se ha hecho un estudio muy profundo sobre el tema, particularmente después de la reforma al Código Civil de 1968; por todos Goldenberg, *La relación...*, cit., pp. 49-63. Interesan a este respecto los artículos 520 y 521 del Código Civil, “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 520) y “Si la inexecución de la obligación fuere maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas (art. 521).

en enero o febrero de 1994, esto es, 3 o 4 meses después; que después que el vehículo se reparó la culata quedó operativa". (Sentencia de primera instancia de fecha 31 de julio de 1998, pronunciada por doña Sylvia Aguayo, del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, Rol 795-96, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

De acuerdo con los hechos que han quedado recogidos en esta sentencia, no hay manera de vincular el daño causado (la grieta en la culata) con el hecho dañoso (la presunta infracción al deber de reparar el vehículo). Lo interesante es que para la Corte el transcurso del tiempo, al alejar temporalmente ambos hechos, hace presumir la intervención de causas extrañas.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO Y LA RELACIÓN CAUSAL

Si se revisa nuestra jurisprudencia, particularmente de la Corte Suprema, se podrá comprobar que emana como doctrina fuerte y constante, que el juicio sobre si ha concurrido o no la relación causal es una *quaestio facti* y no una *quaestio juris*, lo que la lleva a sostener que los problemas de causalidad no son susceptibles de ser conocidos por la vía del recurso de casación en el fondo¹⁰⁶. Esta doctrina, en mi opinión, puede ser considerada como una exageración, si con ella se pretende evitar toda discusión en sede casacional respecto de la relevancia del nexo causal.

Como ya dije, es evidente que la cuestión causal debe superar un análisis meramente natural (de pura realidad física), para hacer un juicio de imputación, de tipo objetivo si se quiere, pero que sobrepase la pura apreciación fáctica, referida al cómo ocurrieron los hechos¹⁰⁷.

En muchos casos es comprensible que la indagación se quede en una cuestión puramente empírica, pues, cuando el sustrato de la responsabilidad es subjetivo, la diligencia o negligencia de la víctima puede cumplir la misma función de imputación. Esta es la razón por la cual en nuestro país se sigue recurriendo con fuerza a la teoría de equivalencia de las condiciones o *csqn*¹⁰⁸ en toda la cadena causal.

¹⁰⁶ Domínguez Águila, "Aspectos de la relación de causalidad...", cit., pp. 126-127.

¹⁰⁷ Corral, *Lecciones...*, cit., p. 207, "es controvertible que la afirmación de causalidad sea una mera cuestión fáctica. En los casos complejos los hechos podrán estar establecidos, y sin embargo los criterios normativos que deben aplicarse (previsibilidad, creación de un riesgo, ámbito de protección del tipo civil) podrán ser enfocados desde ángulos diversos. Sostenemos, por tanto, que sólo son de competencia exclusiva de los tribunales de instancia los hechos y circunstancias que los ligan, pero no la afirmación misma de la causalidad, que por tratarse de una cuestión jurídica (de imputación) estará sujeta al control de casación".

¹⁰⁸ Es el punto que sostiene Domínguez Águila, "Aspectos de la relación de causalidad...", cit., 121. Como se sabe la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, fue formulada por Maximiliano von Buri, que la plantea orgánicamente en sede criminal. El punto básico de esta teoría se afirma sobre la base de que en un resultado todas las condiciones que concurren a causarlo deben mirarse como equivalentes. Por ello, es causa del resultado toda condición que suprimida (*sine qua*) el efecto deja de producirse (*non*), cfr. Goldenberg, *La relación...*, cit., pp. 15-17.

El planteamiento jurisprudencial tiene larga data; para ilustrarlo recojo aquí una sentencia relativamente reciente de nuestra Corte Suprema.

“Determinar la existencia de esa relación de causalidad es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente y que escapa a la potestad de este tribunal, por cuanto el recurso de casación en el fondo, por su propia naturaleza, no tiene otra finalidad que la de examinar errores de Derecho contenidos en la sentencia sobre la base de los hechos establecidos y considerado por los sentenciadores en el ámbito exclusivo de sus atribuciones. (Consid. 11º)” (Corte Suprema, sentencia que rechaza un recurso de casación, de fecha 7 de mayo de 1992, se ignora Rol).

En este caso se desechó un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por un banco en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que, en segunda instancia, resultó condenado a pagar al demandado una indemnización de daños y perjuicios de fuente extracontractual, por daño material y moral, a consecuencia de que el banco demandado había protestado una letra de cambio que el demandante alegaba haber provisto oportunamente de fondos para su pago. El demandado, al formalizar el recurso, estimó que el tribunal de la instancia había considerado erróneamente que concurría la relación de causalidad, para así imputarle responsabilidad. Argumentó que el daño material que se demandaba había tenido su causa en la resiliación de un contrato de promesa de compraventa y no fue la consecuencia del protesto erróneo de una letra de cambio o de la publicación del mismo en el Boletín de Informaciones Comerciales.

Como se ve, la argumentación del banco era razonable y parecía admisible revisar la cuestión causal al conocer del recurso de casación, para así determinar efectivamente si la actuación del banco era la causante del daño infringido. Esclarecer si los daños provienen de un protesto irregular o de la resiliación de un contrato me parece una cuestión jurídica, porque importa una apreciación de mérito o la virtualidad normativa que un hecho tiene para causar daño. Más aún, si estamos en el ámbito del daño moral, que era una de las partidas a que se había condenado al demandado en la instancia.

La doctrina que critico me parece equivocada, porque entiendo por *hecho* como aquello que ha quedado probado en el proceso, es decir, que explica lo ocurrido. Frente al hecho uno se aproxima y lo describe, y precisado lo “encuadra”, “subsume” o “tipifica” en las normas jurídicas. Por ello, puede decirse que cuestión de Derecho dice relación con la calificación de lo sucedido, es decir, hay un juicio normativo de tipo racional; es un ejercicio de comparación y de valoración¹⁰⁹. Si en la cuestión de

¹⁰⁹ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pp. 303-307. Domínguez Águila, “Aspectos de la relación de causalidad...”, cit., p. 127, afirma

causalidad nos quedamos en una pura o mera cuestión física, puede ser razonable no admitir la casación, pues sería una *quaestio facti*. Pero ya se dijo que la indagación causal no se agota allí, pues se debe esclarecer el grado de participación de la persona demandada en el hecho, participación que debe determinarse a partir de la actuación racional del sujeto, es decir, por su capacidad de reconocer los acontecimientos, de prever su curso futuro y ciertamente de estimar su potencialidad dañosa. Todo este comportamiento aparece como una valoración de circunstancias, que es una apreciación normativa, es decir, de calificación jurídica. Por otro lado, la extensión de los daños, conectada con el tema de la previsibilidad, al menos en sede contractual, también demuestra que existe una fuerte connotación jurídica en la cuestión causal¹¹⁰.

El Tribunal Supremo Español desde hace mucho tiempo ha sentado la doctrina contraria a la que ha venido sosteniendo nuestra Corte Suprema.

“Si bien el nexo o relación de causalidad entre culpa y daño es un vínculo jurídico que puede ser apreciado en casación, sin embargo la doctrina científica ha considerado que como el acontecer causal procedente del hombre se halla en relación con su voluntad y su responsabilidad, ésta en el curso causal llega solamente hasta donde llegue su imputabilidad. De ahí que a la mera relación causal material haya de añadirse ese elemento intencional sin el cual no existe responsabilidad causal”¹¹¹.

Una buena confirmación de que la cuestión de causalidad es jurídica, lo demuestra el siguiente caso. Se trata de una mujer que fue denunciada por su antiguo empleador por robo y como consecuencia de esa denuncia fue procesada; en el juicio los testimonios de los representantes

[p]or nuestra parte entendemos que habría que distinguir dos aspectos en la materia. El criterio que ha de seguirse para la determinación de la relación de causalidad y la aplicación de dicho criterio a los hechos de la causa. Lo primero es una cuestión de Derecho, porque se refiere a la noción misma de causalidad (...). Pero la aplicación de este concepto al caso concreto es propia de los jueces del fondo porque esa sí es una cuestión de puro hecho, a menos de haberse incurrido por el tribunal en infracción de leyes reguladoras de la prueba”.

¹¹⁰ El un sentido similar Araya, *La relación...*, cit., p. 74, “la posibilidad de revisar en casación no debería quedar restringida a la sentencia que desconozca la necesidad de este requisito u omite comprobar sus concurrencias o a aquellas en que se han violado normas reguladoras de la prueba, sino que debería abarcar, además, todas las cuestiones jurídicas que, según lo expuesto más arriba, se encuentran involucradas...”.

¹¹¹ De Ángel, *Tratado...*, cit., p. 68. Aunque el Tribunal Supremo modera su criterio, pues, ha dicho, luego de reconocer que efectivamente la cuestión de causalidad es una *quaestio iuris*, por tanto controlable por la vía de la casación, que “...es un juicio de valor que está reservado a los tribunales y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que el juzgador de instancia ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio”, *ibid.*, pp. 786-787. En Francia, según informan Viney y Jourdain, *Traité...*, cit., 166.-168, ya es una jurisprudencia constante entender que la relación causal, tiene elementos mezclados de hecho, no casable, y también de Derecho. Pero como se entiende que la causalidad que se determina es jurídica la Corte de Casación interviene ampliamente en cuestiones de causalidad.

de la sociedad empleadora fueron determinantes para encausarla. Pero, adelantando la investigación, se determinó que la denuncia era infundada y la procesada fue absuelta. La mujer demandó de daños y perjuicios a la sociedad denunciante y en las instancias fue acogida la demanda. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo. La demandada reclamaba que no podía existir relación de causalidad entre su actuación (la denuncia y los testimonios de sus ejecutivos ante los tribunales) y el efecto producido: cárcel y procesamiento. Sin embargo la Corte Suprema estimó que sí la había. Dijo la Corte:

“Y en cuanto a la relación causal entre el actuar de la empresa y el daño producido, cuya existencia niega el recurso, se razona en el considerando 49 (cuadragésimo noveno), en el que, sobre este punto, expresa: no toca sino reiterar algunas ideas ya latamente analizadas al respecto: Julia Zuleta fue procesada por los tribunales en juicio de acción penal pública en que General Supply no fue parte, ello es cierto pero no lo es menos que los autos de procesamiento y de acusación se sustentan en antecedentes recopilados en los sumarios, y en el caso sub lite los antecedentes principales, sobre todo en cuanto al primer delito imputado, fueron proporcionados por los agentes y representantes de la empresa ahora demandada, quienes con sus dichos llevaron al juzgador a presumir delito, allí donde toda la investigación posterior permitió finalmente descubrir lo que ellos debieron saber siempre y que inclusive Leonardo Solari (gerente general y representante de la firma) reconoce parcialmente días antes del fallo absolutorio, que no parece haber habido delito alguno cometido por Julia Zuleta; esos dichos afirmando hechos inexactos u omitiendo hechos conocidos o que debían conocer, *fueron causa eficaz y principal del auto de procesamiento y de la acusación y fueron por lo mismo, causa del perjuicio que irrogaron ese procesamiento y acusación, a Julia Zuleta*”.

En mi opinión, no puede ser más evidente que en este caso existe un juicio de imputación de tipo jurídico, porque efectivamente por la vía de un análisis físico, puramente natural, no hay forma de conectar los hechos que se imputaban. La pura denuncia no fue la causa material del procesamiento de la demandante, ello fue efecto de la resolución del tribunal, que debió ponderar una serie de antecedentes. Es obvio que había una fractura física entre el hecho del demandado civil, que está configurado por la denuncia, y el resultado (procesamiento y detención). Pero la racionalidad del comportamiento humano le permitía prever al demandado lo que razonablemente un juez haría a partir de los antecedentes que le estaba aportando. Aquí está la base del juicio de imputación, que en este caso me pareció bien formulado.

Con todo, en otro considerando del mismo fallo, la Corte recuerda su doctrina constante, en esta materia, que impide revisar en la casación la cuestión causal. En mi opinión deja bien asentado el tema, porque distingue entre los hechos mismos sobre los cuales recae el juicio de causalidad y la calificación jurídica de ellos.

“9º.- Que sobre el nexo causal, tan insistentemente objetado o negado por el recurso, cabe expresar que su existencia es una cuestión de hecho que, como se ha señalado, quedó correctamente determinado en el fallo como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad que se persigue en contra de la demandada, vínculo al que se le dio, además, la calificación jurídica que, en el caso, le corresponde.

Resulta, por tanto, inaceptable, frente a todos los hechos inamovibles del juicio, que el recurrente se esfuerce en aislar o independizar determinadas actuaciones y resoluciones producidas en la causa penal, sean éstas la detención, el encarcelamiento, el sometimiento a proceso y la acusación en contra de la demandante, atribuyendo la primera a la obra de Investigaciones y las restantes a la decisión del juez, de todos los datos calificados de inexactos y de las omisiones consideradas como deliberadas o culpables, cuya fuente de origen se hallaba radicada en la empresa misma y eran proporcionados, silenciados o distorsionados por sus propios personeros, ya que es incuestionable que estos antecedentes, desde un principio, integraron y formaron parte principal de la figura de apariencia delictiva inculpatoria, que se sostuvo ante el tribunal como cierta y real en contra de la señora Zuleta, desencadenándose de esta manera los perjuicios directos, y no indirectos como se pretende, que motivan la indemnización que se demanda, los que sólo quedaron aun más de manifiesto con aquella detención y esas otras resoluciones, medidas, unas y otras que, desde luego, no han interrumpido la relación de causalidad citada ni mucho menos pueden ser estimadas como las verdaderas culpables o causantes del daño moral sufrido por la demandante” (Corte Suprema, recurso de casación rechazado sentencia de 4 de enero de 1996, Rol 31.753/95, Legal Publishing: 13758).

En el siguiente caso, también dramático por sus consecuencias, se hace responsable al Estado, por el suicido de un acusado a quien un funcionario de Investigaciones le habría detenido, golpeado y encarcelado injustamente.

“DUODÉCIMO: (...). Parece claro, de los presupuestos fácticos conocidos en esta causa y que, en todo caso, no se encuentran controvertidos, que la acción ilícita cometida por un funcionario del Estado de imputar a una persona un delito que no cometió, someterla a apremios ilegítimos y encerrarla en una celda, donde finalmente se colgó, muriendo por asfixia, sólo pudo realizarse por la propia culpa del referido Estado al no observar la debida vigilancia de quien está bajo su dependencia. Es por ello, por la mal llamada “responsabilidad por el hecho ajeno, que la acción de responsabilidad extracontractual de autos, dirigida en contra del Estado, debe prosperar” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14 de agosto de 2007, Rol 6308-2002, Legal Publishing 37011).

Es claro que la muerte no puede ser una consecuencia físicamente necesaria y directa del encarcelamiento y tortura, pero, sin embargo, se estima que tiene un nexo evidente con ese hecho.

Con posterioridad a la publicación de este trabajo, en su primera versión una sorprendente sentencia de nuestra Corte de Apelaciones dejó sentada la siguiente doctrina:

“Cuarto: Que tradicionalmente se ha estimado que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa y si bien estas expresiones resultan un tanto vagas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el naturalístico y el normativo. El primero exige, una relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa a efecto, y el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho.

Quinto: Que la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto, se plantea un problema de atribución de los daños al hecho, si a pesar de haberse realizado un acto que civilmente es ilícito, no existe, sin embargo relación entre el daño y el equívoco fin protector de la norma.

Sexto: Que, con todo, la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto el naturalístico, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de Derecho y, como tal, es susceptible de ser revisados por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo” (Corte Suprema, sentencia de 26 de enero de 2004, Rol 29427-200, Legal Publishing: 29707).

El asunto se había iniciado por una demanda de daños y perjuicios deducida por una sociedad comercial en contra de un banco, en razón de que había sufrido la pérdida de la acción penal por no haber podido notificar válidamente unos cheques, dado que el banco librado había consignado en el protesto un domicilio que en la realidad no existía, sin verificar que efectivamente el domicilio del cuentacorrentista era verdadero. La sentencia de primera instancia acogió la demanda condenando al banco demandado, pero la de segunda instancia, acogiendo el recurso de apelación, la había desechado. La demandante interpuso un recurso de casación en el fondo por mala aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual y la Corte Suprema acogió el recurso sentando la doctrina que he copiado.

Aunque sorprende este fallo, y que debo alabar, la doctrina que contiene no se ha consolidado¹¹². Así, por ejemplo, en un fallo posterior se sentó por nuestra Corte Suprema la siguiente doctrina para desechar el recurso de casación por manifiesta falta de fundamento.

¹¹² Aunque se ha vuelto a invocar la doctrina; vid. sentencia de la Corte Suprema de 31 de agosto de 2005, Rol 3767-2003, Legal Publishing: 3741. “Vigésimo primero: Que, tal como lo ha fallado esta Corte Suprema, definir la concurrencia de la relación causal no sólo encierra la apreciación de elementos de orden fáctico si el hecho es condición necesaria de responsabilidad, pues comprende igualmente aspectos de carácter jurídico atribuir el daño a la acción u omisión ilícita y que aunque los primeros deben ser establecidos soberanamente por los jueces del fondo por tratarse de una cuestión de hecho, los segundos corresponden a una materia de Derecho que puede ser revisada por este tribunal de casación (sentencia de 26 de enero de 2004 recaída en el rol de ingreso N° 2742 02, de la Corte Suprema)”.

“8º) Que, los sentenciadores para decidir como hicieron, esto es, confirmar el fallo de primer grado y rechazar la demanda, estimaron que no fue demostrada en el proceso la negligencia del personal médico, ni la relación causal entre el actual de éstos y el daño; 9º) Que, siendo ello así, el recurso aparece construido sobre la base de hechos que no se encuentran asentados en la causa, lo que impone desde ya su rechazo, dado que los hechos establecidos y que sustentan la decisión adoptada en el fallo recurrido no pueden ser alterados por este Tribunal, porque la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba que se ha denunciado no se ha configurado, como se pasa a señalar; 10º) Que, en efecto, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil señala los medios de prueba de que puede hacerse uso en un juicio entre los cuales se mencionan los documentos, apareciendo de los antecedentes que los sentenciadores no han considerado elementos probatorios distintos a los allí señalados.

Luego, en cuanto al artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, se ha sostenido reiteradamente por esta Corte que la apreciación del mérito probatorio de un informe pericial, que se practica conforme a las reglas de la sana crítica es una cuestión de hecho, cuya estimación corresponde soberanamente a los Jueces del mérito y no es revisable, de consiguiente, por medio del recurso de casación en el fondo; 11º) Que, por las razones antes expuestas, el tribunal ha llegado a la conclusión de que la casación en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento, lo que impide traer los autos en relación para conocer de ella” (Corte Suprema, sentencia de 24 de julio de 2006, Legal Publishing: 35267).

En mi opinión, que los sentenciadores de la instancia hayan concluido que no había relación causal entre el tratamiento de la herida y el deceso, no impedía a la Corte conocer del recurso, oyendo alegatos, pues la autopsia señalaba que la causa del deceso fue un *shock séptico*, y que el cadáver presentaba como concausa una herida cortante en el meñique. Había suficiente evidencia de que efectivamente la muerte pudo haber sido causada por la infección de esa herida, debido a un mal tratamiento sanitario o médico atribuible al servicio. Creo que un análisis de la causalidad era perfectamente admisible en sede de casación, pues, lo que se busca es valorar la imputación de un daño a una persona determinada, y la tarea de imputación no es puramente fáctica o descriptiva, es también normativa¹¹³.

¹¹³ Barros Bourie, *Tratado...*, cit., pp. 419-420, explica que sólo son cuestiones de hecho “los antecedentes probatorios que las partes hacen valer en sustento de la calificación del daño como directo o indirecto (por ejemplo, un informe pericial que muestre que el daño sufrido no pertenece al ámbito de riesgo desencadenado por el hecho), pero no lo son las preguntas de calificación propiamente tales.

VI. LA CAUSALIDAD EN LAS OMISIONES

1. SIGUIENDO CRITERIOS TRADICIONALES

Como se ha dicho, cuando el hecho que se imputa está configurado como una omisión, la cuestión causal se oscurece¹¹⁴. El hecho se ha producido materialmente por otros acontecimientos y, por lo mismo, si se pretende imputar responsabilidad por omisión, el único vínculo que es posible establecer entre el demandado y el resultado dañoso es la trasgresión a un deber de conducta, o la utilización intencional de un curso causal conocido, como instrumento para lograr el resultado que causa daño (los delitos de omisión impropia de que nos hablan los penalistas)¹¹⁵.

Para la solución tradicional fundada en la *conditio sine qua non*, en los casos de conducta omisiva, debe hacerse un ejercicio de reconstrucción causal hipotética inverso, es decir, preguntarse qué hubiera ocurrido de haberse desplegado la conducta debida por parte del presunto responsable. Si el resultado dañoso no se hubiese producido, quiere decir que la omisión puede considerarse causa del resultado. Pero esta doctrina histórica deja en evidencia que en materia de omisiones la distinción entre vinculación causal y culpa es particularmente difícil de formular, porque la negligencia es un defecto de conducta, es decir, la falta de un comportamiento debido (cfr. art. 44 del Código Civil, en donde los tres tipos de negligencia se formulan por defecto de conducta “no manejar los negocios ajenos...”, para la culpa grave, “... es la falta de aquella diligencia y cuidado...”, para la culpa leve, y “la falta de aquella esmerada diligencia...”, para la levísima). En verdad, estamos en un campo de un claro juicio de imputación y por lo mismo de causalidad jurídica¹¹⁶.

¹¹⁴ En el Derecho penal ha sido una de las cuestiones más debatidas. La simple lógica indica que de la nada puede surgir (*ex nihilo nihil fit*), luego no sería formulable la cuestión causal, como doctrina física, en actos de omisión por todos cfr. Fierro, *Causalidad e...*, cit., p. 368.

¹¹⁵ Goldenberg, *La relación...*, cit., p. 155 “[e]n el tratamiento de la relación causal en las omisiones (...) se impone al intérprete, como prius metodológico, esclarecer el concepto normativo de ‘omisión’, que no se identifica con una mera conducta pasiva del agente; es necesario que el comportamiento que se omite sea una acción esperada, en cuanto supone la preexistencia de un deber jurídico de obrar de una determinada forma”.

¹¹⁶ Fierro, *Causalidad e...*, cit., p. 368, “[p]ero si la sola omisión es considerada desde un enfoque normativo y, más específicamente, como un no hacer algo debido y exigido por la ley, entonces la imposibilidad lógica derivada del *ex nihilo nihil fit* (...) pierde su significación y, por otra parte, cobra toda su fuerza el verdadero sentido, reiteradamente señalado, de que antes de encontrarnos frente a una relación causal estamos frente a una relación imputativa, mediante la cual el Derecho enlaza una situación determinada con el incumplimiento de una obligación que era concretamente exigible al sujeto”. Araya, *La relación...*, cit., p. 65, afirma “en el fondo parece que si ha de imputarse a esas personas los resultados producidos, esa responsabilidad sólo se podrá reconducir a las correspondientes acciones que habrían podido evitar los resultados”.

En los casos que compulso a continuación, se aprecian las dificultades a la hora de establecer responsabilidad por omisiones. En el primero, se demandó por responsabilidad extracontractual, por falta de servicio a la Municipalidad de Providencia, al carecer la calle Arturo Medina de la señalización adecuada. El demandante responsabilizó a la Municipalidad local por los daños sufridos por su vehículo y por las lesiones leves que él mismo recibió al chocar contra un muro en plena vía pública, accidente que se habría producido por la ausencia de señalización del peligro. En la primera instancia se acogió la demanda, pues se estimó un deber legal de la Municipalidad señalar adecuadamente los trabajos en las vías; pero la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió de manera distinta, acogiendo así la apelación de la Municipalidad, argumentando que no existía ninguna señal caminera que permita advertir la presencia de un muro en la vía, y por ello rechazó la demanda. La Corte Suprema, al conocer del recurso de casación interpuesto por el demandante, volvió al fallo de primera instancia.

“Segundo.- Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que el artículo 137 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto definitivo se fijó por D.S. del Ministerio del Interior N° 622, publicado en el Diario Oficial correspondiente al día 22 de agosto de 1982, dispone que las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicios, uno de los cuales corresponde precisamente a las municipalidades cual es el que se refiere al tránsito público y al deber de señalar adecuadamente las vías públicas, según lo establecen los artículos 3° letra a) y 22 letra c) del mismo cuerpo legal, en cuyo cumplimiento debe estarse, además de lo que dispongan los reglamentos sobre la materia, a la Convención sobre Señalización Vial, suscrita por Chile en la Convención de Viena y que, aprobada por el Gobierno de Chile, se publica en el Diario Oficial correspondiente al día 24 de marzo de 1975, en la cual se contempla un signo especial como señal de advertencia de peligro en el caso de existir obras en un tramo de la vía (artículo 9° y sección B N° 15)” (Corte Suprema sentencia de casación de 4 de noviembre de 1993, Rol 5903-93, Legal Publishing: 20246).

Como se dijo, en casos de responsabilidad por omisiones, es clave y previo determinar si existe un deber de actuación que haga reprochable la falta de conducta. Fue éste el punto que llevó a la aceptación o al rechazo de la demanda en el caso que acabo de revisar. No deja de ser curiosa la defensa Municipal, que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago; parece absurdo justificar una falta de señalética que puede evitar el peligro de un accidente, fundado en que legalmente no existe ningún reglamento que la contemple. No creo que en este caso haga falta más que sentido común y la misma buena fe que debe informar la actuación del municipio, lo que debe llevarle a ofrecer señales eficaces, pese a que no estén reglamentadas.

En otro caso, dramático por sus consecuencias, en que un guardia privado de una conocida cadena de supermercados resulta muerto por una banda terrorista en un asalto a un local que vigilaba, la viuda demanda por responsabilidad de daños y perjuicios a la empleadora de su marido, fundada en que no se habrían adoptado por parte de la empresa las medidas de seguridad necesarias que permitieran evitar la muerte del guardia. El deber de seguridad no estaba en cuestión, el punto en litigio era si lo actuado por la empresa había sido suficiente. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, pues estimó que la empresa no había adoptado las medidas de seguridad convenientes. Particular fuerza le hizo al juez de la primera instancia el testimonio de dos testigos oculares que aseguraron que el occiso al ser intimidado por su victimario retrocedió y trató de desprenderse del maletín sin conseguirlo, atendido el nerviosismo del momento, y en esas circunstancias se produjeron los disparos mortales (sentencia de 19° Juzgado Civil de Santiago, de 30 de agosto de 1997).

Pero en la sentencia de segunda instancia se revocó el fallo, precisamente porque se estimó que no había relación de causalidad entre el resultado y la actuación de la empresa, desde el momento que no se probó cuáles habrían sido las medidas de seguridad que habrían evitado la muerte del vigilante, ni la supuesta imposibilidad que habría tenido el asesinado para desprenderse del maletín. Como se ve, todos estos elementos son de tipo normativo e hipotético, a partir de los cuales se configura la satisfacción o insatisfacción del deber de seguridad de la empresa. Normatividad pura.

“3°.- Que las circunstancias mencionadas en la consideración anterior conducen a concluir que el daño *en cuestión* no fue consecuencia necesaria de la actuación de la demandada y que no es procedente disponer el pago pedido, toda vez que para que así se resuelva conforme al alcance del artículo 2329 del Código Civil es necesario que exista conexión directa entre el daño y el hecho ilícito, cual, como se viene razonando, no es la situación de autos”. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 21 de junio de 2000, Rol 6.642-97, fallo que quedó a firme por el posterior rechazo del recurso de casación en el fondo, CS sentencia de 2 del 11 de 2000, Legal Publishing: 17566).

En un caso reciente, se condenó a una casa comercial por el hecho de que dos de sus dependientas retuvieron la cédula de identidad de un cliente y luego hicieron uso malicioso de ella, tomando créditos a su nombre. La Corte de Apelaciones de Antofagasta estimó que había responsabilidad en la empresa comercial por falta de organización y vigilancia al momento de revisar la causalidad, e imputándole además acciones directas, e hizo la siguiente consideración, en donde no obstante afirma que está aplicando el criterio de la *conditio sine qua non*, recurriendo a la denominada “supresión mental hipotética”, sin embargo más adelante reconoce que ha hecho una imputación de tipo normativo.

“DECIMOCTAVO: Que cabe ahora referirse a la causalidad –último elemento de la responsabilidad civil de acuerdo a lo que se ha dicho– la que supone que entre el hecho y el daño, exista una relación directa y necesaria, lo que significa que el hecho culpable sea condición necesaria del daño, de manera que eliminado hipotéticamente ese hecho, el daño no se habría producido. Este elemento constituye así la “*condictio sine qua non*” de la responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, esta causalidad aparece en forma simple, ya que resulta evidente que la conducta de la empresa demandada ha ocasionado los daños alegados. Resultando atingentes las pruebas rendidas al respecto, se ha podido determinar que el daño sufrido por doña Mirla Rodríguez, es atribuible normativamente a las omisiones y acciones de la demandada.

DECIMONOVENO: Que así entonces, con los medios probatorios allegados a los autos, ha quedado establecida la responsabilidad de la demandada, quien omitió establecer los dispositivos organizacionales que la diligencia exige para evitar daños a sus clientes, no llevando a cabo el comportamiento que éstos tienen derecho a esperar, realizando además voluntariamente y con conocimiento de la situación que afectaba a la demandante, conductas positivas que acrecentaron el daño, por lo que –al no haber presentado prueba alguna en contrario–, ha de estarse a la regla general que establece el primer inciso del artículo 2329 del Código Civil, esto es, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. (Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 10 de enero de 2008, Rol 538-2007, Legal Publishing: 38152).

2. NUEVAS ORIENTACIONES: ¿IMPUTACIÓN OBJETIVA?¹¹⁷

En las sentencias que compulso a continuación aprecio una tendencia, en materia de responsabilidad civil basada en omisiones, que imputan al agente responsable que sobrepasa el riesgo admitido, lo que nos aproxima a la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los autores del Derecho penal¹¹⁸, aunque las consideraciones de los fallos se tienen de sentido culpabilístico.

¹¹⁷ Sobre el punto para el Derecho civil, en el que analiza los criterios de imputación del daño ateniendo al fin de la norma, de la causa próxima, de la causa adecuada y los daños consecuentes según el criterio del riesgo incremental, en Barros Bourie, *Tratado...*, cit., pp. 384-405.

¹¹⁸ La doctrina de la imputación objetiva es un sistema de imputación jurídica que se desarrolla en el Derecho Alemán a partir de la década de los años 20 del siglo pasado, y que encuentra una primera formulación en el gran civilista Karl Larenz, quien pretendía huir de las doctrinas de la imputación basadas en la acción humana, tributarias de la filosofía jurídica hegeliana. Los penalistas acogen con entusiasmo esta doctrina, y en los últimos 40 años, con el apoyo de la sociología jurídica que desarrolla Niklas Luhmann, han propuesto diversas variantes de la doctrina. No puede hablarse, entonces, de un conjunto armónico, ni siquiera sistemático, sino más bien tópico, salvo en el caso del profesor Jakobs. Lo que se pretende es establecer criterios de imputación (o mejor de desvinculación) entre hecho y sujeto: los más conocidos son: la alusión al fin protector de la norma, el nivel de riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de la confianza. Sobre imputación objetiva puede verse Bustos, Juan, y Larrauri, Elena, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989; Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996; Gómez Benítez, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; FRISCh, Wolfgang, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Colex, Madrid,

2.1 El Helicóptero que aterrizó en un terraplén de la mina La Disputada de Las Condes.

En este caso, se condenó a la demandada, porque permitió el aterrizaje de un helicóptero en un terraplén de la compañía demandada, sin advertir que existían cables de tendido eléctrico que podían hacer difícil la aproximación.

“17°.- Que conforme a tales antecedentes resulta establecido el deber de cuidado de quien actuaba por la Compañía Minera La Disputada de Las Condes S.A., en orden a que sus conocimientos específicos sobre el sector, *le obligaban a abstenerse de señalar a sus contratistas de la existencia de un terraplén que servía de helipuerto ocasional, puesto que estaba en antecedentes de los riesgos extraordinarios o anormales que importaba operar en ese lugar, los cuales excedían los normalmente aceptables*, tanto por la cantidad de cables de tendido eléctrico existentes en el lugar, como por la falta de señalización de los mismos, o si se quiere, por el hecho que de señalarse ese lugar como helipuerto eventual, no se especificó adecuadamente los factores de riesgo desmedido del sector, esto es la existencia de multiplicidad de cables de alta tensión en el lugar, dejando de adoptar las medidas de precaución mínimas que le son exigibles en tales condiciones, de acuerdo a las circunstancias y situación específica de estas personas, atendido el conocimiento que tenían del terreno.

18°.- *Que a lo anterior se une el hecho que se transgrede con la conducta expresada el principio de confianza de los contratistas, quienes haciendo fe de lo apropiado de los medios que se le indican, proceden a poner en conocimiento del piloto lo informado, señalándole que el terraplén aludido era utilizado como helipuerto ocasional, razón por la cual esta persona se dirige al lugar, sin tomar mayores providencias que respecto de aquellos riesgos que pudo prever normalmente, entre los que no se encuentra el advertir un tendido eléctrico y cables de seguridad que no eran fácilmente apreciables a simple vista.*

Aquí ha existido un actuar consciente y voluntario en orden a señalar que el terraplén era utilizado como helipuerto ocasional, estando en conocimiento que en el sector no se encontraban señalizadas con balizas las líneas de alta tensión y los cables de seguridad. Sin embargo, no resulta acreditado que dicho actuar se realizara con la intención de producir daño, por lo que corresponde calificar el proceder como una conducta negligente, pues no se actuó como le era exigido según los conocimientos que tenía de la situación de hecho del sector, de acuerdo a su posición y según las circunstancias específicas de este caso concreto.

Se puede imputar negligencia en el actuar, pues no fue diligente en señalar las condiciones de mayor relevancia para operar helicópteros en el lugar, generando un riesgo extraordinario o anormal, según se ha dejado dicho, el cual desconocía el piloto Juan Muñoz Moreno. Faltan, si se quiere, a un deber específico de cuidado, en relación a la actividad o función propia, las personas que actuaban por la Compañía Minera La Disputada de Las Condes Sociedad Anónima” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de abril de 2002, Rol 2.802-99, Legal Publishing: 21425L).

1995; también Corral, *Lecciones...*, cit., pp. 188-191, hace una reseña de ellas para el Derecho civil.

Si bien admito que en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago intenta un recurso a la negligencia, es imposible no advertir la influencia que se reconoce en el fallo de la doctrina de la imputación objetiva. Al menos dos nociones que se vierten en el fallo son tributarias de dicha doctrina. Por una parte la idea de riesgo admitido y riesgo rechazado o reprobado, y por otra el factor de vinculación –que tiene como función imponer una conducta– en este caso es el principio de la confianza. Es decir, la Corte imputa la conducta en virtud de la primera actuación del trabajador de la compañía, que propone el aterrizaje en la “loza” sin advertir de los peligros anormales que existían, que es lo mismo que exponer a la víctima a un riesgo no permitido. Se conecta así con una situación de riesgo no admitido, como es el aterrizar en un helipuerto que presenta riesgos peculiares o anormales, que no han sido advertidos, pese a que fue propuesto el aterrizaje en el lugar por la misma compañía.

Se podía argumentar, siguiendo otros criterios de causalidad, en sentido inverso, por ejemplo si se estima que no existe acción culposa, como lo hace el voto de minoría:

“La demandada no incurrió en responsabilidad extracontractual directa, por no haber violado ninguna obligación determinada impuesta por la ley, lo que basta para excluir la culpa contra la legalidad que se le imputa” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de abril de 2002, Rol 2.802-99).

Rescato este caso, porque me parece que incorpora elementos dogmáticos al tema de la causalidad siguiendo las orientaciones de la imputación objetiva, en donde el quicio en que reposa la imputación no está en la culpa en sí misma sino en la cuestión de la superación del riesgo admitido. Es obvio que la caída del helicóptero es causada por hechos que no son atribuibles directamente a la demandada, pero que se le imputan al incrementar el riesgo permitido, que era naturalmente previsible para ella y no previsible para la demandante, a partir de la información que recibió.

2.2. La muerte de una paciente con embarazo tubario por efecto de una transfusión sanguínea equivocada (la omisión de verificar por segunda vez el grupo sanguíneo).

En este caso, se investigó la posible responsabilidad criminal por cuasidelito de homicidio de la tecnóloga médica y del anestesista, que frente a un grave caso de embarazo tubario que debió ser atendido de urgencia y exigió transfusión sanguínea de la paciente, se le transfundió sangre del grupo equivocado, lo que causó un shock en la paciente que derivó a las pocas horas en su muerte. La sentencia de primera y segunda instancia condenaron a ambos profesionales, por estimarse que había negligencia en ellos, en el caso de la tecnóloga médica al enviar sangre

del grupo equivocado y el anestesista al no haber procedido a asegurar la clasificación del grupo sanguíneo de la paciente (Corte de Apelaciones de Santiago). Pero la Corte Suprema luego de casar de oficio en la forma la sentencia, modificó el fallo, absolviendo al médico anestesista.

“Undécimo.- Que en el caso de autos no se ha comprobado que el médico acusado haya actuado con impericia y tampoco con negligencia. Al decir de Etcheberry, la negligencia se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada. “La inactividad no ha creado el riesgo pero la actividad pudo haberlo evitado”. (Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, tomo I, pag. 319, Editorial Jurídica de Chile, 2004.) Por el contrario, de los antecedentes reunidos en autos es posible concluir que el anestesista realizó su labor en buena forma y que después de haberse realizado una primera transfusión al ordenarse una segunda en medio de la operación, hubo de estar a la lógica de que la segunda remesa de sangre, la que venía a nombre de la paciente debió corresponder a la adecuada. *No es posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la que la labor del anestesista debe estar dirigida no sólo a suministrar la anestesia sino también a vigilar los índices vitales del paciente, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo. En esta situación concreta no ha podido ser previsible para el encausado que desde la unidad de sangre del hospital se haya enviado bajo los rótulos de la paciente, sangre no compatible.*

Duodécimo.- Que, de los hechos que se han dado por establecidos en la sentencia no aparece que el médico anestesista que intervino en la operación de la paciente le haya causado con su actividad un mal, entendiéndose por este uno que le haya causado la muerte, ya que no se ha podido establecer claramente que haya actuado en su oficio con negligencia culpable, sino que, por el contrario su actuar se ha debido a un accidente causado por la negligencia de otra persona diferente.

Decimotercero.- Que al contestar la acusación el encausado Hafong ha solicitado se le absuelva de la acusación dictada en su contra toda vez que su actuar se encuentra eximido por las causales de los números 8 y 10 del artículo 10 del Código Penal. A lo largo de este fallo se ha podido comprobar que si bien al realizar la transfusión de sangre a la paciente este encartado lo hizo aplicándole una de grupo sanguíneo diferente al adecuado, lo que le causó la muerte a Flora del Carmen Cubillos Toledo, sin embargo su actuar fue accidental ya que no podía estar al tanto ni aun con los mejores cuidados, de que desde la unidad de sangre de donde se había enviado la anterior, esta vez, con el nombre de la paciente se enviara una sangre incompatible”. (Corte Suprema, sentencia de 19 de enero de 2005, Rol 9-2003, Legal Publishing: 31808).

Si se aprecia bien, aquí se rechaza la responsabilidad criminal del médico anestesista, pues entiende que el mero hecho de la transfusión no es lo relevante, pues la Corte Suprema estima que él no tenía un deber de supervigilar lo actuado por el Banco de Sangre y por lo mismo podía legítimamente confiar en el rótulo de la unidad de sangre que le llegó, lo que no le obligaba a volver verificar el grupo sanguíneo.

2.3. La muerte en el estadio de Fútbol Federico Schwager

Un tercer caso, en donde aprecio un reconocimiento más explícito de la teoría de la imputación objetiva para cuestiones de responsabilidad civil, cuando hay omisiones, es el que sigue. Los herederos de un espectador de un partido de fútbol de tercera división asistente al estadio Federico Schwager, demandan a la Municipalidad de Lota, propietaria del recinto, por la muerte de espectador, al caer sobre un espacio vacío en las graderías, riesgo que no había sido suficientemente advertido por los organizadores ni por la Municipalidad. Quedó acreditado en el proceso el estado de intemperancia del occiso.

La Corte de Apelaciones de Concepción y la Corte Suprema acogieron la demanda.

“En la especie no se ha discutido la obligación que pesa sobre la municipalidad demandada de administrar los bienes municipales, valer decir, del estadio municipal Federico Schwager y tampoco se discute el deber que sobre ella recaía de tener sus instalaciones en condiciones de completa seguridad para que pudieran ser usadas por el público sin peligro de su integridad física, y dentro de las medidas de seguridad, no bastaba con sacar los tablonces de los primeros peldaños, como lo hizo, a fin de que los asistentes al recinto no pudieran acceder a la gradería superior, pues existía la posibilidad de que alguien con más osadía lo hiciera, como efectivamente aconteció con Pedro Troncoso Beltrán, situación que debió preverse por la municipalidad y sobre esa base, no podía autorizar el uso del estadio y en evento de hacerlo, como efectivamente aconteció, debió clausurar físicamente los sectores de gradería en mal estado, cerrándolos, pero nada de ello se hizo, conformándose de este modo una falta de servicio que le hace incurrir en la responsabilidad contenida en el art. 137 de la ley 18.695-141 de ahora- y la obliga a indemnizar el perjuicio causado con su conducta, pues, como se dijo, no están acreditadas las circunstancias excluyentes del caso fortuito o culpa de la víctima.

Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de no resultar probado que la víctima cayó al pisar un tablón que se levantó, como se dice en la demanda, ya que la responsabilidad de la Municipalidad se genera por su conducta de permitir el uso de un estadio con sus graderías en mal estado, limitándose a sacar los tablonces de tres peldaños para impedir el acceso a las graderías superiores, al ser obvio que tal medida no era suficiente, pues se formó un espacio vacío con una altura aproximada de dos metros, al que podría caer cualquier persona, como realmente sucedió, siendo irrelevante si la caída fue por levantamiento de tablón, tropezón o pérdida de equilibrio, *pues, de no existir el vacío, la caída no habría tenido el efecto que produjo.*

Sin perjuicio de lo consignado, es claro que la víctima se expuso imprudentemente al daño con el hecho de intentar bajar las graderías superiores estando bajo la influencia del alcohol prescindiendo del peligro que significaba el vacío formado por los dos tablonces faltantes en las gradas inferiores, y que debe considerarse en la regulación del monto del perjuicio, pero, aún considerando esta circunstancia, se estima adecuado el valor fijado por el juez de primer grado, como cuantía de la indemnización para cada uno de los demandantes”. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 28 de noviembre de 2001, Rol n° 1.548-2000, confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 4 de abril de 2002, Rol n° 319-02).

Este caso nos lleva al tema de la responsabilidad objetiva que afecta a las municipalidades por falta de servicio y, por lo mismo, en donde la relación causal cobra particular relevancia como factor de imputación. La Corte de Apelaciones formula motivaciones que parecen fundarse en criterios objetivos de responsabilidad, al atribuir a la municipalidad la creación de un riesgo que pudo prever y que no actuó en consecuencia para mitigarlo. Pero la argumentación se obscurece, cuando imputa el hecho de la caída a la actuación municipal aplicando la teoría de la *conditio sine qua non*, lo que obliga a aplicar los principios de responsabilidad por culpa. Si esa referencia sólo se ha hecho para vincular fácticamente los hechos puede ser razonable, pero es insuficiente, porque la imputación jurídica no puede hacerse descansar únicamente en dicha circunstancia. Ella se apoya en el riesgo creado, que en este caso las sentencias lo estimaron atribuible a la municipalidad demandada. Más allá de otras consideraciones que pueda merecer la sentencia, me limito a destacar esta línea de argumentación del fallo, porque nos pone en el camino de la imputación objetiva, que es una dogmáticamente correcta de darle contenido jurídico a la cuestión de la causalidad. Por lo mismo, estimo que la defensa de la municipalidad en este caso siempre debió discurrir por la vía de que no se estaba frente a una falta de servicio, es decir, que el riesgo atribuido no le correspondía.

En otro muy similar, se condenó a la Municipalidad de Florida (Región del Bío-Bío), por el accidente que sufrió una persona, también en estado de intemperancia, al cruzar intempestivamente una cancha de carreras de caballos a la chilena, organizada *ad hoc*, siendo arrollada por uno de los caballos que corría y que ya había sobrepasado la meta. Se estimó que la Municipalidad no había exigido las medidas de seguridad suficientes y que éstas habrían sido causa del accidente. En este caso, en la reflexión que hace la Corte de Apelaciones de Concepción se mezclan cuestiones de causalidad física, con elementos normativos:

“9°. Que estos cierros en esa extensión, no eran suficientes para otorgar los resguardos y seguridad a los participantes, fundamentalmente por las especiales características que revestía este evento, características, que se consignan en el razonamiento cuarto donde era previsible la asistencia de gran cantidad de personas, algunas con ingesta de bebidas alcohólicas observando las carreras desde la orilla de la calzada.

En estas condiciones, las medidas de seguridad adecuadas eran la colocación más allá de los 230 metros de cierros de seguridad que no permitieran la entrada de público, tanto en la pista de carrera, como su prolongación después de la meta, esto hubiera evitado el accidente, siendo, en consecuencia, insuficiente los 230 metros de cierros.

No se encuentra acreditada la concurrencia de personal de Carabineros en forma suficiente, ni informe escrito de Carabineros en cumplimiento al artículo 169 de la Ley de Tránsito, en el sentido que los alcaldes no pueden autorizar actividades deportivas a efectuarse en la vía pública sin previo informe de Carabineros.

En todo caso, ninguna influencia tiene la presencia de personal policial ni el estado de temperancia alcohólica del actor, ni otras circunstancias adoptadas, si el elemento esencial que contribuyó a la embestida del caballo a la víctima fue el no haber tomado las medidas de protección del cierre en la forma descrita.

10°. Que, en este orden de ideas, en nada altera que el accidente se produjera después de la meta, porque de haber tomado el elemental resguardo en la forma precisada precedentemente el accidente no se produce, de lo que se deriva el nexo de causalidad entre la falta de servicio, por haber funcionado deficientemente, con las lesiones sufridas por el actor en el accidente.” (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 3 de mayo de 2005; la CS desechó los recursos de casación, con voto de minoría del ministro señor Gálvez, que estuvo por acogerlos y desechar la demanda; sentencia de 30 de noviembre de 2005, Rol 2655-2005, Legal Publishing: 33259).

2.4. La muerte en una calle de La Unión

En la sentencia que sigue se analiza la responsabilidad de una Municipalidad, acogándose la demanda, desde una óptica similar: la generación de un riesgo no admitido y evitable. En éste caso, similar al anterior pero de consecuencias fatales, el marido de la demandante fallece al chocar en la madrugada, y aún de noche, en una calle de La Unión, al golpearse contra un tubo que, cubierto con gruesos tablonces de más de veinte centímetros, atravesaba toda la calzada, impactando su frágil vehículo (motoneta). Al momento de ocurrir la desgracia no existían barreras ni señalización de ningún tipo, que advirtiesen del peligro que existía sobre la calzada.

Así razonó la sentencia:

“Decimoctavo: Que atendido el mérito de los antecedentes analizados, este juez estima que la causa de la muerte de don José Ernesto Saldivia Silva la constituye la existencia de una obra que obstruía el tránsito vehicular, la cual no estaba señalizada ni contaba con elementos que permitieran eludirla:

Que, conforme lo analizado hasta ahora, no caben dudas a este sentenciador que la Ilustre Municipalidad de La Unión incurrió en responsabilidad al haber incumplido gravemente sus funciones legales, generando un riesgo previsible y evitable con mediana negligencia y cuidado.

Tales funciones incumplidas son aquellas contempladas en los artículos 22 de la Ley L.O.C. de Municipalidades y 100 y 102 de la ley N° 18.290, ya citadas. En efecto, la Municipalidad de La Unión no sólo no cumplió su función pública en materia de tránsito sino que tampoco cumplió su obligación como ejecutora de trabajos en las vías públicas” (Sentencia de 10 de agosto de 2000 del Juzgado Civil de la Unión Rol 36.981, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, y recursos de casación rechazados por sentencia de 29 de enero de 2002, Rol 4972-2.000, Legal Publishing: 19303).

2.5. Un fallo exagerado: responsabilidad de establecimientos médicos de carácter público

Un quinto caso, pero en donde la reflexión de los sentenciadores nos parece más elemental y necesitada de moderación, o al menos de mayor enjundia dogmática, lo extraigo de un fallo que hace responsable a un servicio de salud por daños causados a un paciente. Aquí también estamos en el terreno de la responsabilidad estricta o sin culpa, que no puede entenderse como responsabilidad *tout court*.

Una paciente ingresada al Hospital Las Higueras en Talcahuano falleció a consecuencia de una enfermedad contraída en el mismo hospital y distinta de la que causó el ingreso al establecimiento hospitalario. La Corte razona de manera severa.

“23) Que, en tales condiciones, el Servicio de Salud Talcahuano no podría eludir su responsabilidad en el acaecimiento del deceso de la señora Fierro, porque fue en su establecimiento hospitalario que ésta contrajo la mortal infección, no habiéndose controvertido, por otra parte, que a él ingresó en ese aspecto sana y sólo para obtener mejoría de un problema de vesícula que la aquejaba.

No parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad, fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento, por mucho que alegue la demandada que no existe hospital en el mundo que tenga un índice de infecciones hospitalarias igual a cero, o que en el caso concreto del Hospital Las Higueras tenga tasas de infección intrahospitalaria por debajo de los indicadores nacionales.

Si las infecciones intrahospitalarias existen, es deber del servicio erradicarlas, y, si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de impedir su nefasta acción, y cuando de todas maneras debido a una infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces, que ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia.

24) Que para que tenga lugar la responsabilidad extracontractual del Estado o del organismo público personificado y nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada, sólo son condiciones para su procedencia la existencia del daño para un administrado y una actuación u omisión de parte de la Administración, que haya sido la causa de aquél, de modo que entre uno y otra se dé la necesaria relación vinculante de causalidad.

A juicio de esta Corte, tales extremos de la responsabilidad del Servicio de Salud Talcahuano aparecen debidamente acreditados, pues es un hecho, como se ha consignado en este fallo y en el de primer grado, que doña Adriana Fierro Caamaño falleció a consecuencias de una infección contraída durante su permanencia en el Hospital” (fallo confirmado por la Corte Suprema sentencia de casación 24 de enero de 2002, Rol 3665-2000, Legal Publishing: 19288).

En este caso, fue el resultado de muerte de la paciente por infección, contrastado con la causa de ingreso de la paciente, lo que hizo atribuir responsabilidad en el Servicio, análisis que nos parece demasiado grueso

para resolver problemas de daños en áreas tan sensibles como la de la medicina asistencial, particularmente pública.

Creo que en casos como éste, falta mayor ponderación respecto del factor de imputación, porque el resultado producido no puede bastarse a sí mismo para atribuir responsabilidad. Me parece que alguna moderación habrá que establecer, y en este caso el camino razonable parece ser el de un nivel de riesgo admitido. Pretender que nuestros hospitales públicos respondan por cualquier infección, supone exigirles un estándar exagerado e incompatible con las condiciones en que funciona nuestro sistema de salud. Falta, en mi opinión, ductilidad; creo que la sentencia habría mejorado de afinarse más el sentido de la imputación jurídica, por la vía de ponderar riesgos y establecer así parámetros de actuación.

2.6. El incremento del riesgo

En el siguiente caso se reflexiona sobre el incremento del riesgo de muerte que supuso para una paciente internarse en un hospital público (5 de noviembre de 2001), por efecto de una endocarditis bacteriana aguda e insuficiencia aórtica severa, que sugería inicialmente tratamiento clínico y a falta de reacción de la paciente, debía intervenir quirúrgicamente (reemplazo valvular). El hospital aseguró a la familia que podría operarle, cuando la situación de la paciente así lo aconsejara (diciembre de 2001), pero una debilidad del servicio (falta de válvula de reemplazo) hizo postergar la operación más de un mes y la paciente falleció por un cuadro de grave infarto hepático, el 11 de febrero de 2002, sin recibir la esperada y prometida operación.

El fallo de primera instancia, confirmado en la Apelación, condenó al servicio sobre la base de que se había incrementado el riesgo de muerte.

“14°. Que, si bien en asuntos referentes a la salud y vida humana no es posible dar normas de carácter absoluto, ninguna duda cabe a la sentenciadora que la actuación defectuosa del Hospital Guillermo Grant Benavente acrecentó el riesgo para la salud de Claudia Morales Bustos de forma tal, que se tornó irreversible una situación que pudo haberse manejado médica y quirúrgicamente y como consecuencia de esa defectuosa atención se produjo el resultado dañoso, esto es, la muerte de Claudia” (Sentencia del 3^{er} Juzgado de Concepción, firmada por doña Patricia Mackay Foigelman de fecha 21 de junio de 2004, y confirmada por la CA de Concepción: la Corte Suprema desechó los recursos de casación en la forma y en el fondo el 8 de enero de 2005, Rol 4757-2005, Legal Publishing: 33235).

2.7. El fin de protección de la norma

En el caso que expongo a continuación, la Corte Suprema exoneró de responsabilidad a una Municipalidad y a la compañía de Agua Potable

demandada, por los daños causados por efectos de una inundación producida por el colapso de unos estanques de agua potable no autorizados, en razón de que ello no fue la causa directa del daño, pues ellos de todas maneras se habrían producido, y sin perjuicio de que no existía exigencia legal para recabar la autorización. La demanda se desechó en ambas instancias y la Corte Suprema también desechó los recursos, aunque estuvo dispuesta a analizar la cuestión de la causalidad, para confirmar que en el caso no concurría.

“Vigésimo cuarto: Que, en ese sentido, cabe tener en consideración que aun cuando en conformidad con la letra c) del artículo 4º de la ley orgánica constitucional Nº 18.695, de 31 de marzo de 1986, las municipalidades han podido desarrollar directamente o con otros órganos funciones relacionadas con el medio ambiente, la verdad es que los permisos de edificación y de obras de urbanización que debía otorgar la unidad municipal correspondiente, de acuerdo con el artículo 19 del mismo cuerpo legal, se orientan a verificar las condiciones de calidad técnica y seguridad de las construcciones, según aparece de la normativa consignada en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en la respectiva Ordenanza General, cuya aplicación se hace efectiva a través de tales autorizaciones, de la fiscalización de las obras y de su recepción final”.

“Vigésimo quinto: Que el criterio adoptado por los sentenciadores en orden a descartar la falta de permiso municipal de la construcción de los estanques de agua potable como factor causal de los perjuicios reclamados por los actores, sobre la base de sostener que de haberse concedido el permiso, el daño igualmente se habría producido, tampoco es ajeno a un recto análisis de la materia ni constituye un error de Derecho. Porque ese planteamiento corresponde a una modalidad de exclusión del vínculo de causalidad entre la acción reprochable y el perjuicio. Se trata del criterio que el mismo autor Díez Picazo denomina de “la conducta alternativa correcta”, según el cual, no puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañino, si, eliminado idealmente ese comportamiento, el resultado dañino se habría producido con seguridad o probabilidad cierta y si la conducta no ha incrementado el riesgo de ocurrencia del evento dañino. Este procedimiento es valedero también en las situaciones en que, como ocurre en la especie, el daño se pretende imputar a una omisión, si la actuación debida no hubiera impedido el resultado dañino, ni hecho mayor el riesgo de que éste tuviera lugar”.

“Vigésimo sexto: Que en la materia puede apuntarse, asimismo, que la ley de bases del medio ambiente Nº 19.300, de 9 de marzo de 1994 y las normas reglamentarias que la complementan, vinieron a proteger los aspectos de orden paisajístico del entorno, estableciendo un sistema de evaluación del impacto ambiental orientado precisamente a prevenir los perjuicios de ese carácter, según aparece del artículo 10 de ese texto legal, que somete a quien trate de desarrollar las actividades que indica a la obligación de practicar una declaración de impacto ambiental e impone un estudio sobre tal impacto, si ellas producen una “alteración significativa en términos de duración o magnitud del valor paisajístico o turístico de una zona”, al tenor de lo preceptuado en la letra e) de su artículo 11 y teniendo en cuenta, asimismo, que en caso de infraestructuras sanitarias, sólo quedaron afectas a calificación ambiental las obras de saneamiento o tratamiento de aguas

contaminadas, con arreglo a la letra p) del artículo 10 de la ley citada. De modo que el fallo recurrido tampoco incurrió en equívoco jurídico alguno al desestimar la existencia de la relación causal necesaria entre la falta de permiso municipal de los aludidos estanques y la desvalorización que, como consecuencia de un daño de carácter paisajístico habrían experimentado los predios de los actores a raíz de su construcción, pues no correspondía propiamente al municipio, sino a los organismos a cargo de la aplicación del sistema de protección de medio ambiente considerar, en su caso, los aspectos de ese orden de las actividades sujetas a dicho sistema, para los efectos de su aplicación. (Corte Suprema, sentencia de 31 de agosto de 2005, Rol 37367-2003, Legal Publishing: 32741).

En otro caso similar, se demandó a la Municipalidad de Rancagua, por los daños que se habrían producido a una construcción vecina por la mala construcción de otra propiedad que estaba mal construida. La demandante hizo responsable a la Municipalidad por haber recibido una propiedad en malas condiciones técnicas de construcción. En la primera instancia el tribunal acogió la demanda, pero la Corte de Apelaciones de Rancagua enmendó el fallo y desechó la demanda por estimar que no se habría acreditado la relación de causalidad entre la supuesta falta de servicio (mala recepción de la obra) y los daños causados a la demandante.

"Decimotercero: Que, respecto de la recepción definitiva de la construcción hecha por la Sra. Antiquera Chorrini, a la que tantas veces alude su contraparte, hay que tener presente que efectivamente en su momento, y antes que finalizara la obra, el entonces Director de Obras, don Max Encina Henríquez, solicitó al Alcalde de Rancagua, mediante Ordinario N° 665, de 27 de julio de 2000, según fojas 14 del Expediente de Edificación N° 502, que se ha tenido a la vista, que dictara un decreto de inhabilidad sobre la referida propiedad, ya que en reiteradas oportunidades se le notificó a su propietaria que debía solicitar la recepción definitiva haciendo caso omiso a sus requerimientos, existiendo, además, reclamos por daños en el inmueble de Avda. Millán N° 775, producidos por "ausencia de canales y bajadas de aguas lluvias". Así se hizo por decreto N° 1427, de 2 de agosto del 2000.

Sin embargo, luego que cumpliera con todas las especificaciones técnicas, se decretó la recepción definitiva el 1° de agosto de 2001, es decir, un año después, hecho que probaría, según lo apelado por el Municipio, que la Dirección de Obras realizó la fiscalización adecuada, posponiendo la autorización final.

"Decimocuarto: Que, en suma, la controversia jurídica planteada por la demandada dice relación a si daños ocasionados a la vivienda de la actora fueron causados por la recepción definitiva de la construcción colindante o por la índole y calidad de aquella.

Decimoquinto: Que, a la luz de los antecedentes ya referidos, se concluye que en la especie no se encuentra acreditada la existencia de la falta de servicio en la actividad del órgano administrativo, en este caso, la Dirección de Obras de la Municipalidad de Rancagua, y tampoco que los daños experimentados por la actora hallan sido causados por esa falta". (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 14 de enero de 2005, Rol 21210; el recurso de casación fue desechado por la Corte Suprema; Legal Publishing: 31910).

VII. LA INTERFERENCIA DE LA RELACIÓN CAUSAL¹¹⁹

Un tema siempre complejo es analizar las situaciones en que existe una fractura de la relación causal, debido a la interferencia de otro curso de hechos. Los tribunales, en estos casos, deben apreciar la potencialidad de la causa alegada para producir el daño y valorar el hecho de que intervenga otro curso causal paralelo, para así esclarecer el efecto que pueda tener en términos de imputación o exoneración del demandado. Es en el terreno de las concausas en donde las doctrinas de la causalidad resultan útiles.

1. CUANDO LOS CRITERIOS TRADICIONALES FALLAN

Como he dicho, nuestros tribunales siguen apegados en muchos casos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo que les lleva a hacer un análisis de la causalidad muy estricto y conducente a condenas excesivas. Los casos que expongo a continuación, me parecen paradigmáticos.

1.1 Los bosques vecinos incendiados por la acción de un grupo *scout*.

Los hechos son sencillos, pero de consecuencias devastadoras. Un guardabosques que estaba al servicio de la sociedad demandada, propietaria de una plantación, autorizó el campamento de un grupo *scout* en el bosque, el grupo hizo una fogata la que derivó en un incendio, el que creció como efecto de los vientos y se propagó a los predios vecinos, cuyos propietarios demandaron a la sociedad propietaria por los daños causados fundados en la negligencia en que había incurrido el dependiente a cargo de cuidar la plantación. La sentencia que compulso hizo responsable a la sociedad demandada del incendio, más aún, en razón de que el guardabosque se alejó del bosque a su cargo luego de autorizar el ingreso de los *scouts*. El fallo aplica como criterio causal el de la equivalencia de las condiciones, y a partir de él, y dado que estimó acreditada la negligencia del guardia, simplemente atribuye los daños a la sociedad empleadora.

“10°.- Que en cuanto al daño producido a los actores y que es el tercer requisito para la procedencia de la indemnización, no existe controversia en autos ni sobre su naturaleza y extensión, ni sobre su monto. De modo que estos tres rubros deberán ser determinados por el Tribunal tomando en cuenta solamente las pruebas y apreciaciones que se agregaron a los autos.

¹¹⁹ Sobre esta materia el trabajo de Araya, *La relación...*, cit., pp. 95-163, es particularmente importante.

Desde luego, tanto el Fundo Deuco como el Fundo Santa Zenaida sufrieron cuantiosos daños al quemarse bosques de pino y eucaliptus de distintas edades y varios metros de cerco de madera y alambre.

En lo que respecta a la extensión del daño y a su valor, esta Corte se atenderá al mérito del peritaje practicado por el ingeniero forestal don Enrique León Hernández (fs. 858, 991 y 993), apreciados conforme a las reglas de la sana crítica (art. 425 del Código de Procedimiento Civil). Ello porque se trata de un perito nombrado por el Tribunal, en desacuerdo de las partes; y que es un profesional cuya experiencia y prestigio no se ha puesto en duda. En cuanto al testigo señor Claudio Cruz Herrera, que también emitió un peritaje a solicitud de los actores (fs. 3 a 14), será desestimado como prueba pericial por no tener nombramiento del Tribunal y como prueba testimonial por ser singular y no encontrarse corroborada con otra en los autos. En todo caso este rechazo está referido sólo a algunos aspectos puntuales en que difiere del perito señor León, puesto que en lo esencial están contestes.

De acuerdo a lo expresado, debemos dejar sentado que el bosque que se quemó es el siguiente:

- a) De propiedad de Sociedad Fliott Ltda. 42,71 hás de pino insigne de 9 años; 4 hás de pino insigne de 18 años y 4 hás de pino insigne de 35 años, y
- b) De Sociedad Foresta Ltda.: 30,36 hás de pino insigne de 9 años; 11,96 hás de pino insigne de 35 años.

Además, se quemaron 800 metros de cerco de propiedad de Sociedad Foresta Ltda. y 2.100 metros de cerco de Sociedad Fliott Ltda.

De modo que las actoras no sufrieron daños en bosques de eucaliptus (5 hás), como sostiene su defensa en el escrito de apelación de fs. 1.107, y que habría constatado el testigo señor Cruz.

Por otra parte, la extensión del bosque de pino quemado constatada por el perito señor León es inferior a la referida por el testigo señor Cruz, debiendo estarse a lo establecido por el primero, por las razones dadas con anterioridad sobre el valor probatorio de uno y otro medio.

Por lo mismo, deberá también estarse a la evaluación de los daños que hizo el perito señor León, tanto en lo que respecta a su monto como al método de evaluación empleado, es decir, atendiéndose exclusivamente al costo de reposición del bosque dañado.

No puede atenderse la solicitud de la actora para que en la evaluación del bosque de 35 años se atenga el Tribunal al valor comercial y no al costo de reposición, porque no hay antecedente alguno en el proceso que permita tener una referencia del primer método, excepto la opinión del testigo señor Cruz que, como ya se dijo, no puede ser tomada en cuenta. Con todo, si así se hiciera, se estaría fallando ultrapetita, puesto que la evaluación así determinada estaría referida al cobro de un lucro cesante, que no fue incluido en la demanda.

De este modo el valor de los daños asciende a la suma de \$ 31.193.519 para Sociedad Forestal Industrial Foresta Ltda. y de \$ 15.600.000 para Sociedad Fliott Ltda., a la fecha del peritaje, es decir, agosto de 1988, fecha desde la cual devengan intereses corrientes y el reajuste que experimente el Índice de Precios al Consumidor. 11°.- Que finalmente, corresponde analizar si concurre en la especie el cuarto requisito de la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, esto es, relación de causa a efecto entre el hecho u omisión culpable y el daño producido.

Dice Alessandri que hay relación de causalidad cuando el hecho o la omisión doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se habría producido. Cuando el primero engendra al segundo y éste no puede darse sin aquél, en el decir de la jurisprudencia.

La causa de un daño puede ser única o múltiple. En este último caso se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones en que se estima que todos los hechos que han concurrido a producir un daño son considerados como causas de todo él y, por tanto, como equivalentes.

Es lo que la doctrina penal denomina concausas.

La relación causal puede ser mediata o inmediata, pero en ambos casos cumple plenamente como requisito, puesto que lo que la ley quiere es que el daño sea la consecuencia necesaria y directa del hecho ilícito.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda que existe esta relación causal entre la acción u omisión culpable de los dos demandados y el daño producido a los actores.

Existió una sola causa, pero compleja; o si se prefiere varias causas que condujeron al resultado final, que fue el incendio de los bosques.

Esta verdadera cadena causal empieza con la autorización que el guardabosques, como representante de Bosques de Chile, otorgó a los *boys scouts* para acampar en el lugar. Continúa con la quema de basura realizada por los jóvenes el día 29 de enero de 1988, quema que no pudo ser controlada por sus autores, propagándose al pastizal vecino y posteriormente a los bosques del Fundo Deuco, hasta terminar con el incendio de los bosques del Fundo Santa Zenaida.

Toda esta situación se vio agravada o corroborada con la concurrencia de otra causa, cual es el alejamiento del lugar del guardabosques que en todo momento debió estar allí.

Pero lo cierto es que nada de lo relatado hubiese ocurrido si el guardabosques hubiera cumplido con su deber de impedir que los scouts acamparan en el lugar de tan alto riesgo de incendio.

No cabe ninguna duda que la causa inmediata del incendio fue la quema de basura efectuada por los *scouts*. Ni siquiera los demandados se han atrevido a señalar una cosa diferente, porque no la hay. Por el contrario, del informe de la Policía Forestal (fs. 242 y 254), ratificado por los funcionarios policiales que lo emitieron (fs. 430 y 815); el mérito de la causa criminal N° 46.524-4 (fs. 122); informe del liquidador de seguros de Aetna Chile S.A. (fs. 218); informe del Gerente Forestal de la propia empresa demandada (fs. 258); declaración de Claudio Cruz (fs. 293); declaración de Adolfo Guzmán (fs. 372 y 443), y del informe del perito Enrique León Hernández (fs. 858, 991 y 993), se desprende que el fuego tuvo su origen en la quema de basuras efectuada por el grupo de *scouts* que se encontraban acampando en el Fundo Deuco, el día 29 de enero de 1988.

Finalmente, debe tenerse presente que la propagación del fuego –hecho fortuito– no es la causa de los daños sino el incendio producido por los *scouts*. Obviamente que la propagación –hecho absolutamente previsible– es sólo la consecuencia del incendio, el cual no se hubiese propagado si no hubiese existido. De modo que debe rechazarse la alegación formulada al respecto por la defensa del demandado Cordero" (Corte de Apelaciones de Temuco sentencia de 28 de mayo de 1991, Rol 939-90, confirmada por la Corte Suprema al rechazar un recurso de Queja).

Me parece que la propagación del fuego que causa el desastre es un hecho que no puede conectarse jurídicamente con tanta facilidad con la actuación del guardabosque, por muy negligente que haya sido su comportamiento. La Corte estima que la simple previsibilidad de esta propagación permite conectar estos daños, pero no estoy de acuerdo. En este caso, la aplicación estricta de la teoría de la *csqn* conduce a una mala solución, y creo que con mayor esfuerzo dogmático la Corte pudo llegar a una solución más moderada. La razón está en que la seguridad de los bosques de los demandantes no podía depender únicamente de la diligencia o negligencia de la actuación de un vecino. Hacer descansar la seguridad de un bosque costosísimo en la actuación correcta del guardabosques del predio ajeno, parece una desproporción. Por ello, estimo que la concausa fue un elemento que debió considerarse para moderar los daños, porque esa concausa incrementó el nivel de riesgo que soportaba la actuación del guardabosques.

1.2 El caso Béraud

Como se ha dicho, en el caso del Ministro Béraud se condenó a todo el equipo médico y de salud, aplicando el principio de la equivalencia de las condiciones, lo que me parece una exageración. Es evidente que cualquiera de los médicos o personal de salud asistente a la operación (arsenalera, pabellonera, ayudante, etc.) pudo haber advertido que se estaba operando la cadera equivocada, pero el punto no es éste, sino que si la persona en cuestión tenía o no bajo su responsabilidad conocer cuál era la cadera que debía operarse y si era su deber advertir del error. Me parece que la arsenalera, cuya función en una operación es asistir a los cirujanos en cuanto al material quirúrgico no tiene por qué poner atención respecto de un elemento que no recae en la órbita de su responsabilidad. El principio de la confianza, que fue alegado en el proceso, debió aplicarse en este caso, de lo contrario las operaciones rápidas y urgentes se tornan ineficientes al imponerse deberes a quienes no corresponde. Lo mismo puede decirse del anestesista, que si bien debió hacer un estudio previo del paciente, el error mismo respecto de la cadera que se va operar, entiendo que escapa a su responsabilidad, una vez más por el principio de la confianza, pues, no es él quien va a practicar la intervención.

Por lo expuesto, estimo que el criterio de la *conditio sine qua non* fue en este caso mal aplicado. Una doctrina distinta, tal vez el de la causalidad adecuada, habría permitido escoger aquel factor que fue el relevante y sobre él hacer recaer la imputación. Qué duda puede haber que dicho factor orbita en torno a la actuación del cirujano y a lo más su equipo de ayudantes. Y respecto de éstos, sólo dependiendo de las circunstancias de la operación, porque bien pudiera ser que intervengan

como ayudantes del cirujano, quienes que no conozcan la historia clínica del paciente, o se limiten a actuar conforme con el requerimiento que haga el cirujano jefe.

2. LOS PROBLEMAS DEL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

La institución clásica que actúa como interferencia de la relación causal es el *caso fortuito*¹²⁰, definido en el artículo 45 del Código Civil, "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Es corriente en nuestra doctrina atribuir al caso fortuito las notas de imprevisibilidad, irresistibilidad y extraneidad al sujeto que lo padece¹²¹. La mayoría de los autores han configurado el caso fortuito con rigor, y entienden que la irresistibilidad es un factor absoluto y por lo tanto que no está vinculado al grado de culpa o diligencia por el cual responde el deudor en sede contractual, o a la culpa de la cual se responde en materia extracontractual, sino simplemente como una circunstancia que rompe el vínculo causal¹²². Tampoco se hacen distinciones entre caso fortuito y fuerza mayor, pese a que la doctrina comparada viene admitiendo una diferencia conceptual, atribuyendo al caso fortuito un origen interno y a la fuerza mayor una causa externa a la actividad sobre la que interviene¹²³.

En la jurisprudencia el caso fortuito se ha ido perfilando a partir del concepto de la imprevisibilidad, como un elemento extraño al sujeto.

¹²⁰ Cfr. Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual...*, cit., p. 446, "causalmente el daño obedece o se produce por efecto del acontecimiento que interfiere entre conducta y daño".

¹²¹ Alessandri Rodríguez, *La responsabilidad extracontractual...*, cit., t. II, pp. 600-601.

¹²² *Ibid.*, p. 600, cuando afirma que la imposibilidad debe ser absoluta "[u]na simple dificultad o una imposibilidad relativa, personal al agente, no bastan; la culpa se aprecia *in abstracto*"; para la responsabilidad contractual Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, t. II, pp. 746-747. Por el contrario Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual...*, cit., p. 444 vincula la irresistibilidad, en sede extracontractual, al cuidado y diligencia que imponen los estándares ordinarios prevalecientes en la sociedad civil en un momento y lugar y determinados. También últimamente García González, Alejandro, *Responsabilidad civil contractual, obligaciones de medios y de resultado*, Conosur, Santiago, 2002, plantea una doctrina más flexible, cuando afirma "los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad que señala el art. 45 del CC, deben medirse de acuerdo al grado de diligencia de que se responde por la gradación de culpa que hace el art. 1547".

¹²³ Cfr. Reglero Campos, L. Fernando, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, F. Reglero coordinador, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 336-337, explicando la doctrina de Exner señala, que "el contenido fundamental de esta tesis reside en el criterio de la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad. Será caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito del riesgo de esa actividad, mientras que la fuerza mayor viene definida por el suceso exterior a la misma".

Desde una óptica tradicional, nuestras Cortes analizan la posibilidad de eximir de responsabilidad civil por caso fortuito, sobre la base de detectar la concurrencia de todos los elementos. Pero, dado que se ofrece el mismo concepto de relación causal –el que emana de la teoría de la equivalencia de las condiciones– y como al caso fortuito entre nosotros se le ha dado una configuración sumamente objetiva o estricta, ello hace que la culpa de la víctima impida que pueda calificarse de fortuita una circunstancia concurrente con la actuación de la víctima para así moderarse las consecuencias de la responsabilidad.

2.1. Las crecidas de los ríos o canales: ¿casos fortuitos?

a) *Caso Río Colbún*

En este caso, se rechazó la demanda indemnizatoria en contra de la Empresa Colbún porque se estimó que no se había acreditado la relación causal entre la liberación de aguas que hizo esta empresa, generadora de electricidad y la inundación que se produjo en una casa habitación aguas abajo, ni la negligencia en la actuación de la empresa. Aquí se le asigna tal relevancia a la concausa, que lleva a la Corte a rechazar la demanda, precisamente por no existir nexo causal.

“7º) Que la testimonial rendida por el actor y transcrita en el fundamento doce del fallo en alzada, sólo es apta para dar por establecida la magnitud extraordinaria de la crecida del río Maule, especialmente en su desembocadura en la ciudad de Constitución, la noche del 16 al 17 de junio de 1986 y que este hecho, causó perjuicios de tal proporción en el lugar que prácticamente hizo desaparecer el inmueble del actor con sus enseres, pero no, que el aumento extraordinario del caudal se haya debido exclusivamente a la liberación excesiva de las aguas del Embalse Colbún o que ésta, se efectuara de manera negligente o con imprudencia temeraria”. (Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 14 de enero de 1992, Rol 45.377, Legal Publishing: 21853).

El fallo estima que no hubo prueba de la actuación negligente de la demandada dueña del embalse y rechaza la existencia de la relación causal, al considerar que no se probó “que el aumento extraordinario del caudal se haya debido exclusivamente a la liberación excesiva de las aguas”, lo que me deja perplejo. El término “exclusivamente” es extraño porque supone admitir que al menos parcialmente sí se produjo la crecida del río por efecto de la liberación de aguas, pero la conclusión es incongruente, porque lo que parece quiere argumentar, es que no está demostrado que la crecida no se habría producido sin la liberación de aguas, es decir, la inocuidad de la liberación de las aguas en relación con la crecida del río. Pero así como está dicho por la sentencia, me parece que no puede rechazarse la causalidad física, porque aunque no se haya

producido la crecida del río “exclusivamente” por la liberación de aguas del embalse, al menos se produce en parte por efecto de ella. Y una vez acreditada esta conexión causal, resulta al menos extraño no presumir la negligencia de una empresa que libera aguas en medio de un aguacero, con la cierta probabilidad de generar o incrementar la crecida.

Este puede verse como un caso de un curso causal hipotético¹²⁴ que subsume la actuación del demandado, pues el daño igual se hubiera producido, con o sin liberación de aguas por parte de la empresa demandada. Con todo, creo que los motivos del fallo pudieron ser mejores.

b) *Caso del río Gol-Gol*

En este caso se demandó a una empresa contratista del Ministerio de Obras Públicas que, autorizada por el Ministerio, procedió a remover una ribera del río Gol-Gol para extraer áridos. Como consecuencia de dicha actuación los demandados alegaron que se habían causado daños en un predio de su dominio, concretamente que se había originado el cambio en el cauce de las aguas del río Gol-Gol y su violento desplazamiento hacia la ribera sur donde se encuentra el predio Isla La Fortuna de propiedad de Fernando Vergara Estrada, que habría sufrido continua erosión, produciéndose entonces la pérdida de una extensión considerable de suelo y de vegetación. En el fallo de primera instancia se rechazó en todas sus partes la demanda, por estimarse que la demandada había actuado ateniéndose a las instrucciones del Ministerio de Obras Públicas.

En el fallo de apelación la Corte de Apelaciones de Valdivia revocó la sentencia de primera instancia y acogió parcialmente la demanda. De este fallo interesan dos motivos; en uno se estima que concurre relación de causalidad entre la actuación de la empresa y los daños causados (más bien reconoce que hubo negligencia) y otro en el que se rechaza una de las partidas indemnizatorias pedidas en la demanda, precisamente por no concurrir la relación causal. La Corte de Apelaciones de Valdivia desestima el caso fortuito en este caso, porque cree que el efecto de desplazamiento de parte de la ribera debió preverse por la demandada, y a continuación determina la concurrencia de la relación de causalidad porque considera que de haber existido mayor preocupación de parte de la demandada, el perjuicio no se habría producido.

“12º) Que con los antecedentes aparejados al proceso, aparece con meridiana claridad que la empresa demandada Ingecol S.A., realizó las labores de extracción de áridos cumpliendo con las instrucciones emanadas del plan aprobado por el Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas, sin embargo

¹²⁴ Cfr. sobre nexo de causalidad y “causas hipotéticas”, Infante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y “casos hipotéticos”*, Tirant Monografías, Valencia 2002, en particular pp. 198 y ss.

en la realización de las labores encomendadas originó el cambio en el cauce de las aguas del río Gol-Gol y por ende produjo un violento desplazamiento hacia la ribera Sur, causándole daños en la propiedad de don Fernando Vergara Estrada, lo que significa, que la empresa demandada ejecutó las obras, con negligencia, constitutiva de culpa y en caso alguno con dolo, ya que no puede perderse de vista que la demandada necesariamente debió prever que las condiciones que presentaba el río Gol-Gol, la situación climática de la zona y los trabajos de extracción que allí se realizaban podían y debían provocar el cambio en el cauce del río y los demás hechos que causaron, con el consecuente daño al ofendido y actor. 13°) Que con lo señalado en el fundamento que antecede es notoria la relación de causalidad habida entre la culpa y el daño producido, ya que de haber existido una mayor preocupación y estudio por parte de la demandada respecto de la situación que produciría con su actuar negligente, sin duda alguna el perjuicio o daño no habría tenido lugar" (Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 30 de mayo de 2001, Rol 3596-00, el recurso de casación fue declarado inadmisibile).

Me parece que en este último motivo se ve nítidamente el conflicto dogmático, porque la Corte le da una connotación a la relación causal –siguiendo al profesor Alessandri– aplicando el criterio de *la conditio sine qua non*, pero no ya respecto del comportamiento efectivo en que incurrió la demandada y que produjo el efecto dañoso que se ha dicho, sino en relación con la omisión en que, según el fallo, incurrió la demandada. Yo creo que si la Corte estaba pensando únicamente en términos materiales, la relación causal ya estaba acreditada, pues fue el trabajo en el río efectuado por la demandada el que causó el desplazamiento de la ribera. Le bastaba establecer que dicha actuación no había sido suficientemente diligente, y que fue lo resuelto en el considerando 12. Por ello, el considerando 13 está de más, pues introduce una consideración sobre causalidad extraña y que nada aporta a lo que ya se ha dicho.

En el otro considerando, se rechaza una partida indemnizatoria solicitada que pedía indemnización para el control de la socavación, fundado en que la necesidad de estabilizar riberas no encuentra su causa en el trabajo de la sociedad demandada, sino en factores climáticos. Es decir, tenemos aquí la concurrencia de una concausa que hace inocua la acción de Ingecol. Se presenta lo que hemos denominado "curso causal hipotético", porque por esos daños no debe responderse, dado que efectivamente y en todo caso la demandante habría debido incurrir igualmente en ellos en el futuro. El razonamiento me parece correcto.

"24°) Que en lo que respecta a \$ 50.000.000 por trabajos inmediatos a realizar durante el año 1998 y \$ 362.783.212 por control de socavación y estabilización de riberas, rubros contenidos en el petitorio de la demanda de autos cabe proceder al rechazo de los mismos, toda vez que el primero de ellos no está probado en la causa ni dimana de otro antecedente y el segundo, en atención a que sin duda alguna, *no se puede soslayar que el constante flujo del río, acrecentado en parte por la situación climática de la zona ha permitido que año a año se socaven las riberas del río Gol-Gol y por ende deba procederse a la estabilización de sus riberas, por lo*

cual aquello entonces no puede estimarse que únicamente se debe y ha acontecido por la actuación negligente de la empresa demandada, y en clara consonancia con lo denotado, y no estando así y además plenamente comprobado el valor del perjuicio que por este concepto se demanda, no será acogida tal petición” (Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 30 de mayo de 2001, Rol 3596-00, Legal Publishing: 18719).

c) *El caso del canal Severín*

En este otro caso se demandó a la empresa constructora, al arquitecto y a la Municipalidad respectiva por los graves daños producidos en las viviendas del Conjunto Habitacional los Reyes, ubicado en la comuna de Quilpué, por efectos de lluvias que causaron la inundación de las viviendas, debido a un mal sistema de recolección de las mismas. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, pero la Corte de Apelaciones de Valparaíso la rechazó, entre otros argumentos, por estimar que no se había acreditado una relación de causalidad entre el hecho mismo y los daños. La Corte estimó que la causa principal de las inundaciones estuvo en el desborde del canal Severín, que es de responsabilidad del SERVIU, que no era parte en el juicio, por lo que se concluyó que se trataba de un hecho de un tercero.

“VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, no obstante la conclusión a la que ya se ha arribado de fuerza mayor, conforme se ha razonado, ya que la causa principal de la inundación comentada es el desborde del canal Severín, acueducto que está fuera de los terrenos del conjunto habitacional de los demandantes, se debe señalar que, consecuencialmente, no existe relación de causalidad entre los hechos que esgrimen los actores y sus consecuencias, ya que como se observa la causa es otra. En efecto, de acuerdo a los antecedentes de autos, dicho canal Severín se encuentra en terrenos pertenecientes al Servicio de Vivienda y Urbanismo, SERVIU, quien, aparentemente, no realizó labores de mantención y limpieza del mismo, contribuyendo a su desborde a consecuencias de las fuertes lluvias que aumentaron desproporcionadamente su caudal. Esta última entidad fiscal no fue demandada por los actores. Luego, el daño o perjuicio sufrido por los actores, no tiene su causa en los defectos de planificación y construcción esgrimidos en contra de las empresas propietarias y constructoras como profesional a cargo, ni en la inobservancia de normas legales, sino en la fuerza mayor del desborde de un canal ajeno al predio y cuyo responsable es también ajeno al presente juicio” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 7 de enero de 2008, Rol Rol 2.117-2006).

Curioso es que en este caso no se haya analizado con suficiente rigor, en mi criterio, la concausa, como es la falta de un sistema eficiente de aguas lluvias en el propio conjunto; de hecho existe prueba en el proceso en este sentido.

2.2. Un hecho imprevisible: la pinchadura de un neumático

En la sentencia que sigue se analiza un fallo en materia penal, que ayuda a comprender el sentido que tiene la interferencia de la relación causal, por efecto de un caso fortuito, como es el que se produce por la pinchadura de un neumático. La Corte de Concepción revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al procesado, por el delito de lesiones, por estimar que la causa del accidente estuvo en un hecho fortuito.

1°.- Que se encuentra establecido que una de las ruedas de la camioneta conducida por el encausado, sufrió una pinchadura sin que exista ningún antecedente que permita concluir que ese desperfecto se produjo después del accidente y, es más, acorde a lo que expresa el informe de fs. 81 expedido por CIAT, esta circunstancia fortuita provocó la pérdida de control de la camioneta, desde que como es un hecho público y notorio, si a un vehículo motorizado que se desplaza a una velocidad normal sufre una baja de presión en alguna de sus ruedas, de inmediato el conductor siente afectada la conducción e instintivamente procura enderezar el móvil que tiende a desviarse de la dirección que traía.

2°.- Que esas consecuencias se producen, independientemente, de si el conductor se encuentra sobrio o bajo la influencia del alcohol. Es decir, que si la pinchadura del neumático no se produce, ya sea que se admita que el conductor lo hacía en estado bebido, o lo hiciera sobrio, el accidente no habría acontecido.

3°.- Que en consecuencia, ha sido un acontecimiento imprevisible e insuperable, como lo fue la pinchadura del neumático, lo que provocó la pérdida del control de la dirección del vehículo con las consecuencias de que da constancia el proceso" (Corte de Apelaciones de Concepción sentencia de 4 de septiembre de 1991, Rol 9.5478, Legal Publishing: 22056).

3. LA RELACIÓN CAUSAL FALLA CUANDO EL CURSO DE ACCIÓN DEL DEMANDANTE HA SIDO INTERFERIDO POR LA ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA

En el caso que presento a continuación, se perseguía la responsabilidad penal y por ello el análisis causal parece mucho más acucioso. Aunque no se aprecia cuál es el criterio dogmático que se sigue, es evidente que la sentencia no se queda en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se trata de un menor que es atropellado a mitad de cuadra por un automovilista; el menor ingresa al hospital con evidente estado alcohólico. Pese a que no se da por acreditado que el conductor del vehículo lo hacía a velocidad prudente en el momento en que se cruza el menor, la sentencia desestima este hecho como relevante, a los efectos de determinar la causa del accidente, porque parece mucho más decisivo el hecho de que el menor hubiera cruzado en un lugar equivocado –fuera del paso de cebra– y se encontrase en estado etílico.

“Segundo: Que el estudio de esas probanzas que cumplen con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal para ser apreciadas como presunciones conducen a concluir *que el atropello fue consecuencia del actuar del menor al atravesar la calzada de la Avenida Libertad, de la ciudad de Viña del Mar, en forma imprudente de su parte fuera del paso demarcado para los peatones y de los diez metros anteriores a la próxima esquina* lo que se refuerza con la sola lectura del acta de inspección ocular del Tribunal que rola a fojas 98, a la cual concurrieron todos los que aparecen como testigos presenciales de los hechos que así lo reconocen en esa diligencia, todo lo cual se corrobora con las conclusiones de los informes periciales de fojas 100 a fojas 120, dispuesto por el juez a fojas 4, y de fojas 211, emitido por la Sección Investigadora de Accidente de Tránsito de Viña del Mar.

A lo dicho cabe tener en consideración lo que se expresa en el informe de atención de la Unidad de Emergencia del aludido establecimiento asistencial que rola a fojas 43 que expresa en cuanto al diagnóstico: TEC, aliento etílico, fractura expuesta pierna izquierda, agregando a la boleta de alcoholemia agregada a fojas 209 que también consigna una apreciación clínica de aliento etílico documentos que no pueden ser preteridos en la decisión del órgano jurisdiccional no obstante el resultado final del informe de alcoholemia porque corresponden a actuaciones médicas recién ingresado el menor atropellado;

Tercero: Que en estas condiciones los hechos que se han dejado establecidos en este fallo pierden su carácter de típicos particularmente si se tiene en consideración lo que dispone el artículo 492 inciso segundo del Código Penal que prescribe: En los accidentes ocasionados por vehículos de tracción mecánica o animal de que resultaren lesiones o muerte de un peatón, se presumirá, salvo prueba en contrario, la culpabilidad del conductor del vehículo, dentro del radio urbano de una ciudad, cuando el accidente hubiere ocurrido en el cruce de las calzadas o en la extensión de diez metros anterior a cada esquina; y, en todo caso, cuando el conductor del vehículo contravenga las ordenanzas municipales con respecto a la velocidad, o al lado de la calzada que debe tomar.

Todo ello conduce a desestimar en los hechos pesquisados en esta causa la presencia de alguna de las presunciones a que se refieren los artículos 114 y 150 de la Ley del Tránsito vigente a la fecha de los hechos.

Por otra parte las probanzas reunidas en este proceso no son suficientes para estimar que los hechos pesquisados puedan ser calificados como un delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad por lo que ha de rechazarse la acusación particular en tal sentido;

Cuarto: Que la mayor o menor velocidad con que el encausado pueda haber conducido el vehículo en la ocasión de autos no es un elemento de juicio que tenga relevancia en la especie, si se tiene presente que los diversos testimonios reunidos en la causa sobre la materia son contradictorios al respecto para lo cual basta remitirse al acta de inspección ocular del Tribunal, que verdaderamente importa una reconstitución de la escena.

La circunstancia de que haya huido del sitio del hecho sólo cobra importancia, desde un punto de vista estrictamente legal, si se investiga la conducción del vehículo motorizado en estado de ebriedad, según se desprende del inciso primero del artículo 122 de la Ley de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, como lo pretendió el acusador particular lo que como se ha expresado se desestimaré (Corte Suprema sentencia de 1 de diciembre de 1997, Rol 2642-97, Legal Publishing: 14957).

El fallo me parece destacable, porque introduce implícitamente la noción del fin de protección de la norma, y no se queda sólo en la descripción empírica de la causa del daño –es obvio que el muchacho resultó herido por efecto del atropello– pero el punto era si podía imputarse ese daño al conductor. La decisión absolutoria en el fallo demuestra que para la Corte un simple exceso de velocidad no puede ser suficiente, pues, aunque la sentencia no lo dice directamente, lo que busca es prevenir en general accidentes, pero no evitarlos cuando la propia víctima cruza a mitad de calle y en estado de intemperancia.

Debe tenerse presente que los tribunales no siempre siguen este mismo criterio. En un caso muy similar, en que se perseguía la responsabilidad criminal de un automovilista que atropelló y dio muerte a un ciclista en calle Colón de Santiago, se condenó al conductor porque se determinó que la “causa basal”¹²⁵ del accidente fue el exceso de velocidad, y no el cruce imprudente del ciclista ni su estado ético (1,2 gramos de alcohol en la sangre).

“7º Que, en la especie, viene al caso puntualizar, no se trata de determinar cuál de los partícipes incurrió en más o en menos infracciones, ni cuál de ellas es más o menos grave. El punto a dilucidar es mucho más complejo. Trátase de precisar *cuál comportamiento incidió, de modo determinante, en el resultado acaecido y es de consiguiente, culpable*. A ese efecto, oportuno es recordar que el encausado transitaba, en zona urbana y densamente poblada (Avenida Colón de esta ciudad), a una velocidad no inferior a los 134 kilómetros por hora, esto es, como lo apunta la sentencia recurrida, a una que supera en casi tres veces el máximo allí permitido. En tales condiciones, es claro que –al margen de la obvia infracción reglamentaria– un comportamiento de esa índole supone en el agente una manifiesta falta de prudencia, un actuar derechamente negligente, comoquiera que tal velocidad, especialmente excesiva, resultaba en grado sumo riesgosa y representativa de un peligro inminente, al paso que puso al agente en situación de prever que no sería capaz de controlar adecuadamente su vehículo. Luego, ha de apuntarse, en todo caso, que se ha tenido por cierto que la víctima no respetó en debida forma la señal ceda el paso que enfrentaba y que en su organismo se evidenció una dosificación alcohólica de 1,02 gramos por mil en la sangre. Aun cuando pueda aceptarse que lo anterior involucra una conducta antirreglamentaria, es también cierto que tales factores carecen de la relevancia penal pretendida, dado que aun si se prescindiera de ellos es posible concluir que el desenlace fatal de todos modos se habría producido. *Es decir, sólo la eliminación del exceso de velocidad conduce, indefectiblemente, a la desaparición del resultado*. En efecto, conforme lo demuestra el informe pericial de 13 –cuyas conclusiones asumiera como propias el fallo que se analiza– si el encausado hubiere respetado la máxima

¹²⁵ La reflexión en torno a la causa basal es propia de los tribunales del crimen, y lo que busca es definir cuál fue la causa exacta del hecho criminal (dañoso). Pero conceptualmente la Corte parece comprenderla como una *conditio sine qua non*, cuando afirma que “sólo la eliminación del exceso de velocidad conduce, indefectiblemente, a la desaparición del resultado”.

permitida, la colisión se habría evitado, no habría acontecido, dado que advirtió la presencia del ciclista a una distancia superior a los 43 metros, rango más que suficiente como para lograr la detención del móvil si éste se hubiere desplazado a la única velocidad que le era lícita: 50 kilómetros por hora. Por lo tanto, puede inferirse que la *causa basal* en el presente caso, encuentra su origen en la infracción cometida por el encausado y no en aquellas en que incurriera el occiso y que, por lo tanto, sólo aquél es penalmente culpable, tal como lo asentara el fallo que se cuestiona” (Corte Suprema sentencia de 12 de abril de 1999, Rol 114-99, Legal Publishing: 15850).

En el caso que viene a continuación, en que se perseguía la indemnización de daños y perjuicios que se había causado a un cuentacorrentista de un banco, por un acta de protesto mal formulada debido al error de un dependiente del banco demandado, se rechazó la demanda porque se estimó que la víctima había utilizado mal los procedimientos de reclamo y, por lo mismo, los perjuicios no derivaban directamente del error del protesto.

“3° Que los jueces del fondo, después de apreciar las pruebas rendidas por los litigantes, concluyeron que no se verificaron los requisitos que hacen procedente una acción indemnizatoria de perjuicios, basada en las normas de la responsabilidad extracontractual. En efecto, los sentenciadores adquirieron la convicción de que el actor se vio privado de la posibilidad de recurrir a las normas establecidas en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, para cobrar el cheque que se protestó en forma indebida; porque no empleó los mecanismos que la legislación bancaria establece, para subsanar los errores que se incurren al estampar un protesto en el reverso de un cheque que se presenta al cobro y, además, porque no interpuso los recursos que establece la ley para impugnar las decisiones que se estiman contrarias a Derecho. Lo anterior implica en definitiva, una absoluta falta de relación de causalidad entre la omisión culpable del dependiente, que estampó en el acta de protesto un número diferente al verdadero y el presunto daño que invoca el actor”. (Corte Suprema, sentencia de 17 de octubre de 1997, Rol 3.288, Legal Publishing: 14858)

4. LA INTERFERENCIA DE LA RELACIÓN CAUSAL PUEDE PROVENIR DE LA ACTUACIÓN DE UN TERCERO

También puede producirse una interferencia en la relación causal, cuando se determina que la causa del daño no es atribuible en todo o en parte al demandado, sino a un tercero, del cual el demandado no responde¹²⁶. Conceptualmente puede afirmarse que la intervención de ese tercero rompe el curso causal cuando era imprevisible e inevitable para

¹²⁶ Logra así una exoneración o al menos una atenuación de su responsabilidad.

el demandado la actuación de este tercero¹²⁷ o, lo que es lo mismo, se trata de un fortuito¹²⁸.

En el siguiente caso la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por un banco demandado de perjuicios morales y que había sido condenado en la instancia. Los hechos básicos son los siguientes: el banco demandado entregó a un tercero distinto del titular de la cuenta corriente, diversos talonarios de cheques. Esta persona falsificó al menos 36 cheques, firmándolos a nombre del titular de la cuenta. En la causa quedó acreditado que el falsificador no había sido autorizado por la demandante para retirar talonarios de cheques. Por otra parte, resultaba notoria la disconformidad entre la firma titular de la cuenta corriente y las firmas estampadas en los formularios falsos destinados a retirar talonarios de cheques, e igual disimilitud existía con respecto a las firmas registradas en órdenes de pago que no provenían de la titular. Además, se demostró que gran cantidad de esos cheques le fueron protestados, amén de algunas demandas que debió afrontar y de la resistencia de algunas de las instituciones financieras a concederle créditos a causa de informes comerciales negativos. Como consecuencia de ello, la demandante experimentó un daño moral que lesiona su honor, su crédito, su prestigio, su buen nombre y su desempeño profesional y la afectó profundamente. El banco demandado pretendía se rechazara la demanda, porque estimaba que no podía ser responsable contractualmente de unos perjuicios que se habían producido como consecuencia de la actuación de un tercero, que había hecho mal uso de unos cheques que el demandado efectivamente había entregado mal. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación, confirmando así los fallos de las instancias.

Dijo la Corte:

“Las causas que motivan un daño pueden ser varias y a veces sucesivas pero lo que importa es que todas ellas hayan contribuido en forma directa y necesaria a generarlo, de modo que si alguna hubiere fallado, con certeza, no se habría producido el daño. En tal situación, el que incurrió en hecho ilícito o en incumplimiento contractual que generó directa y necesariamente el daño es obligado a repararlo y no puede excusarse por el hecho de que otra causa, además de su conducta culpable, haya contribuido a producirlo.”

¹²⁷ Reglero Campos, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, cit., pp. 356-358, como criterio de solución apunta “...para determinar si el hecho de un tercero constituye o no una causa de exoneración de responsabilidad (fuerza mayor) habrá de atenderse al dato de su ajenidad o no al específico ámbito de aplicación de la ley especial. Adviértase que esa amenidad no ha de serlo tan sólo respecto de la conducta o actividad del demandado, sino también respecto del ámbito global de actividad en que se enmarca esa conducta”.

¹²⁸ Cfr. Viney y Jourdain, *Traité...*, cit., p. 223; en un sentido parecido Araya, *La relación...*, cit., p. 125, “si se invoca como única causa, para exonerar de responsabilidad, el hecho del tercero debe reunir los requisitos del caso fortuito; si se invoca como causa concurrente, para atenuar la responsabilidad, es indiferente que el hecho del tercero sea previsible o resistible.”

En el caso de autos concurre la responsabilidad extracontractual del autor del hecho ilícito y la responsabilidad contractual del banco demandado, cuya ligereza y falta de comprobación adecuada al entregar los talonarios de cheques a un tercero posibilitó la falsificación, indudablemente el fraude de que fue víctima la actora no se habría producido si el banco hubiera cotejado las firmas de su comitente con las registradas por ésta.

En la generación del perjuicio o lesión que reclama la demandante, concurrieron en estrecha comunión e interdependencia, el incumplimiento contractual por parte del banco por el hecho de haber proporcionado aquellos talonarios de cheques, con palmario descuido de sus empleados, y el dolo del estafador, por otra. (Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación en el fondo en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 20 de octubre de 1994, Rol 18.647, Legal Publishing: 13168).

En este caso la Corte utiliza un criterio de causalidad similar al de la equivalencia de las condiciones: “Lo que importa es que todas ellas hayan contribuido en forma directa y necesaria a generarlo, de modo que si alguna hubiere fallado, con certeza, no se habría producido el daño”. No concuerdo con ello, pues, no obstante existir una norma precisa que exige hacer una conexión de previsibilidad de los daños, la Corte no lo hace, al menos formalmente, imputándole al banco demandado todos los daños morales que la estafa causó al cuentacorrentista.

Por el contrario, en el siguiente caso la Corte de Apelaciones de Santiago negó la relación de causalidad, por estimar que el hecho de la pérdida del automóvil había sido causado directa e inmediatamente por la actuación del tercero acreedor prendario¹²⁹.

“8º) Que, en cuanto a la relación de causalidad alegada por el actor, existente entre la actuación del Servicio en el otorgamiento de un certificado sin anotaciones y la pérdida del automóvil al haber sido incautado y rematado, no existe tal nexo, en razón de que el hecho en cuestión, es consecuencia directa e inmediata del derecho real de prenda que tiene el acreedor de perseguir la cosa en manos de terceros, que le confiere la Ley 4.702 (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de agosto de 2007, Legal Publishing: 37018).

VIII. LA CUESTIÓN DE LA PRUEBA

1. EL INFORME DE INSTITUCIONES EXPERTAS

La relación causal, siendo una cuestión que tiene una dimensión jurídica como se ha dicho, se basa en antecedentes fácticos que deben ser probados. Para acreditar la concurrencia de los supuestos de la relación causal, puede

¹²⁹ Se demandó al Servicio de Registro Civil por daños y perjuicios, por emitir equivocadamente un certificado de gravámenes respecto de un automóvil, en circunstancias que le afectaba una prenda. El comprador, confiado en la certificación que dio el Registro Civil, compró el vehículo y luego lo perdió por efecto de la ejecución de la garantía prendaria.

ser muy importante un informe de un organismo especializado, como es el caso de los informes que evacua el Servicio de Investigación de Accidentes del Tránsito (la SIAT), dependiente de Carabineros de Chile; también, en caso de incendios, puede ser importante –aunque no siempre decisivo en los fallos– el informe del Cuerpo de Bomberos; puede resultar de utilidad, además, el informe que en ciertos casos preparan, para fines preventivos, las instituciones que administran los fondos para los accidentes del tránsito.

En el caso siguiente se desecha la demanda y no se tiene como determinante el informe de Bomberos. Se trata de una demanda por daños y perjuicios de fuente contractual. El demandante, dueño de una propiedad urbana de la ciudad de San Fernando que resultó completamente destruida por un incendio declarado en el mismo inmueble, demandó a la sociedad arrendataria que usaba la casa como oficina. El demandante atribuyó responsabilidad a la demandada, porque estimó que dio un uso excesivo a la casa, instalando computadores y equipos eléctricos que hicieron colapsar el sistema, lo que habría quedado de manifiesto en el informe que al efecto elaboró el Cuerpo de Bomberos local. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, pero la Corte de Apelaciones de Rancagua la rechazó en todas sus partes.

El considerando más importante es el que copio a continuación, en donde se resta valor al informe del Cuerpo de Bomberos, como un verdadero informe pericial porque en lo fundamental, el informe de Bomberos no se pronuncia por otras posibles causas que pudieron hacer colapsar el sistema.

“Décimo: Que en dicho proceso la única prueba relativa a la causa del siniestro es un informe técnico del Cuerpo de Bomberos que, en primer lugar, no constituye propiamente un peritaje, desde que no contiene un pormenorizado análisis de la cuestión, con los razonamientos técnicos que fundamenten una conclusión y, además, y esto es lo esencial, sólo dice que la fuente de calor sería la energía eléctrica y ello por recalentamiento de las líneas eléctricas, sin indicar una sola palabra respecto al estado de la instalación, a la cantidad de aparatos conectados a la red, al máximo de carga que la instalación podía soportar, a la existencia o inexistencia de los alargadores que los actores mencionan como causantes del recalentamiento de las líneas. El dicho informe técnico es apenas un dictamen preliminar y no fundado, que permitió al juez del crimen sobreeser no porque se probara un origen determinado del fuego, sino al contrario, porque no se probó ninguno que fuera intencional.

Por ello el sobreesimiento es temporal y no definitivo. Mal entonces ese informe puede llevar a dar por probado un origen del fuego en la causa civil, y mucho menos llevar sus términos más allá de lo que expresan, y dar por acreditado que de haber habido falla eléctrica, ella sea imputable a una recarga del sistema atribuible al demandado. Es en este último aspecto donde los certificados del superintendente se apartan del informe técnico, como se expresó”. (Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 23 de noviembre de 2000, Rol 15.887. La Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación en el fondo por error en la formalización del recurso, Legal Publishing: 19110).

Estimo exagerado el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, porque aunque no fuera demasiado contundente este informe del Cuerpo de Bomberos, al menos permitía construir una presunción en el sentido de que efectivamente el incendio fue causado por efecto del colapso en el sistema eléctrico. Cuestión distinta es el punto respecto de quién debía responder por dicho colapso, si el arrendatario que lo usa hasta hacerlo colapsar, o el arrendador que advertido de que a la casa se le dará un uso para oficinas, no mantiene el sistema eléctrico en estado de servir para tal uso. Me parece que la responsabilidad debe atribuirse al que monta el sistema computacional, pues debe asegurarse de que el sistema eléctrico soportará sus requerimientos.

En el caso que sigue, el informe del Fiscal de Aviación permite a la Corte Suprema establecer la responsabilidad del piloto de la avioneta por la muerte de dos personas, e indemnizar así a las viudas de los fallecidos en el accidente y que eran demandantes en el juicio.

“Luego de ponderar las pruebas aportadas, no puede menos que concluirse que la colisión del avión en que viajaban los maridos de las actoras se debió a la imprudencia de quien pilotaba la aeronave, toda vez que en el informe pericial del accidente se deja constancia de la inexperiencia de aquél en vuelos cordilleranos, del desconocimiento de la ruta utilizada y de la insuficiente altura del avión en los momentos del hecho, todo lo cual llevó al Fiscal de Aviación a concluir que el piloto excedió la capacidad de la aeronave con la consecuente pérdida de velocidad y de sustentación.

La relación de causalidad entre el impacto de la nave y el actuar imprudente de quien la pilotaba que se requiere para establecer responsabilidad civil, también resulta probado con las mismas probanzas, puesto que en el informe pericial han sido descartadas otras circunstancias motivantes del siniestro y, por el contrario, se concluyó que la imposibilidad de alcanzar una velocidad adecuada a la altura necesaria para desarrollar el vuelo en condiciones de seguridad se debió a la inobservancia de las características de construcción del avión, sin duda alguna conocidas por el Piloto y Oficial Policial que se encontraba a cargo, lo que determinó la colisión que produjo la muerte de sus ocupantes” (Corte Suprema, sentencia de casación de 18 de junio de 1998, Rol 223-97).

En materia de accidentes del trabajo, los informes que emiten las instituciones de seguridad del trabajo resultan particularmente importantes¹³⁰, como veremos a continuación.

“Decimoquinto: Que con la prueba rendida en autos y los antecedentes agregados en causa criminal Rol N° 23.193 de ese mismo Tribunal tenida a la vista, es un hecho de la causa y debe darse por establecido, que la muerte de don Víctor Castillo Díaz hecho ocurrido el 3 de diciembre de 1996, se produjo como

¹³⁰ Aunque son informes que estas instituciones evacuan con fines preventivos, sin ningún deber jurídico de emitirlos, resultan a los tribunales particularmente útiles, porque son elaborados por expertos. No pueden calificarse como un informe pericial.

consecuencia de la exposición a gases nitrosos, mientras efectuaba labores de soldadura para la parte demandada, hecho este determinado por la Asociación Chilena de Seguridad y que confirmó la Superintendencia de Seguridad Social de lo que resulta que su deceso es consecuencia de un accidente de trabajo" (Corte de Apelaciones de Copiapó, sentencia de 14 de noviembre de 2000, Rol 7.096, Legal Publishing: 19573).

2. LAS PRESUNCIONES

Existen sentencias que han determinado la relación causal (o la responsabilidad) por presunciones, las que pueden operar a favor o en contra del demandado.

2.1. En favor del demandado

En el caso que sigue, se demandaba indemnización de perjuicios en contra de Ferrocarriles del Estado. El demandante fundó su demanda en que perdió una pierna y quedó con otras secuelas permanentes, al ser atropellado por un tren en la ciudad de Viña del Mar al cruzar la línea férrea y sin advertir el paso de un tren a gran velocidad, dado que el tren no activó sus bocinas de aviso. El Tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda porque estimó que por parte de Ferrocarriles no se dio cumplimiento al artículo 106 de la Ley N° 18.290¹³¹ y lo mismo confirmó la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de julio de 1999, Rol 156.820). Pero la Corte Suprema invalidó la sentencia por el motivo establecido en el N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N° 4 del artículo 170 del mismo cuerpo y en la sentencia de reemplazo negó lugar a la demanda, entre otras razones apoyado en el artículo 107 de la ley N° 18.290, que contiene una presunción a favor de las empresas de ferrocarriles¹³². Para ello estimó satisfechas las exigencias contenidas en la Ley Orgánica de Ferrocarriles, haciendo una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por un cruce reglamentario.

"7°) Que el artículo 41 del D.F.L. N° 1 de 1993 del Ministerio de Transportes, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de Ferrocarriles del Estado, expresa que, en los puntos que los caminos públicos

¹³¹ "Artículo 106.- Las empresas de ferrocarriles deberán mantener, en los cruces públicos, los elementos de seguridad y sistemas de señalización que determine el reglamento, según sea la importancia y categoría del cruce.

Sin perjuicio de lo anterior, las empresas de ferrocarriles mantendrán despejados ambos lados del cruce en el sentido del riel, en una distancia suficientemente amplia para percibir oportunamente la aproximación de un vehículo ferroviario".

¹³² "Artículo 107.- Se presume la falta de responsabilidad de las empresas de ferrocarriles en accidentes que ocurran en los cruces que mantengan en funcionamiento los elementos o sistemas de seguridad reglamentarios".

cruzaren a nivel las vías férreas, la Empresa de Ferrocarriles sólo está obligada a mantener en funciones un servicio práctico de señales que permita a los que transiten por ellos percibir a la distancia la proximidad de un cruzamiento. Y en la especie, ya está dicho que existe en el cruce en cuestión, un servicio de barreras para impedir el paso de vehículos, que se encuentra muy cercano al paso de peatones y que necesariamente debe entenderse dicha intersección como una unidad, de suerte que los peatones por fuerza perciben cuando las barreras bajan para el cruce de vehículos debiendo tomar las precauciones necesarias, lo que, sumado al hecho que los trenes hacen sonar campanas al acercarse a la estación, no permite sostener, de ninguna manera, que Ferrocarriles del Estado haya desplegado alguna conducta ilícita, dolosa o culposa, que haya sido la causante del resultado dañoso ya señalado.

8º) *Que sin perjuicio de lo anterior, del artículo 107 de la ley N° 18.290 cabe presumir, sin que haya prueba que destruya tal presunción, la falta de responsabilidad de la empresa demandada, por haberse producido el accidente en un cruce que mantiene los elementos o sistemas de seguridad reglamentarios* (Corte Suprema, sentencia de 16 de octubre de 2000, Rol 3579-99, Legal Publishing: 17424).

No concuerdo con este fallo, porque lo cierto es que la presunción sólo es aplicable si se mantienen los sistemas de seguridad reglamentarios, que en este caso eran mínimos, por lo que se hizo descansar la exoneración de responsabilidad en una presunción débil. Es cierto que en este caso la presunción es más de falta de negligencia que de causalidad, pero dado que el hecho físico causal era insoslayable —el tren arrolló al demandante— lo que había que determinar era la imputación del hecho, que en este caso se presumió en contra de la víctima. Y concluyo que es muy bajo el umbral de riesgo que se le ha hecho recaer sobre Ferrocarriles.

2.2. En contra del demandado

En este otro caso, la presunción operó en contra del demandado. Se trata de dos incendios que se propagaron a una propiedad vecina. En la demanda de perjuicios, los demandantes reclamaron la indemnización fundados en que estimaron negligente la acción y particularmente porque no estaba autorizado el roce en el predio vecino. Los demandados alegaron caso fortuito, indicando que sí tenían autorización y que habían ocupado entre 10 y 12 personas para la labor de control del fuego, pero que imprevistamente se extendió al predio vecino por efecto del viento. El tribunal de primera instancia dio lugar a la demanda y la Corte de Apelaciones de Concepción confirmó el fallo, en una interesante sentencia redactada por el profesor Ramón Domínguez Águila, en la que se aplica el principio de la presunción de culpa del agente por el peligro que en sí supone la cosa.

“9. Que forma parte de la experiencia común, que el uso del fuego como medio de limpieza de terrenos rústicos es una actividad de suyo extremadamente peligrosa,

en particular en una zona como la de la Octava Región, eminentemente forestal. Por lo mismo, 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. El más ilustre de nuestros comentaristas sobre la responsabilidad civil, escribía al respecto que: La presunción de culpabilidad que, según nosotros, establece el artículo 2329, no se aplica sino cuando el hecho que cause el daño, por su naturaleza o por las circunstancias en que se ha realizado, permite atribuirlo a la culpa o al dolo de agente, es susceptible de ser imputado a su descuido o a su negligencia. Hay hechos que denotan por sí mismo 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 una 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). Es la misma idea que traduce el principio probatorio del que hace uso de *Common Law* y que se expresa en el brocardo *Res Ipsa Loquitur*; la cosa habla por sí misma. De acuerdo a él: Debe existir prueba razonable de negligencia; pero allí 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 no sucede 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)" (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 23 de julio de 1993, Legal Publishing: 22090).

IX. CONCLUSIONES

Nuestros tribunales suelen poner poca atención a las cuestiones sobre causalidad, porque en un sistema subjetivo como el nuestro las dificultades que el tema presenta pueden resolverse con los criterios sobre imputación subjetiva (culpa o dolo del demandado).

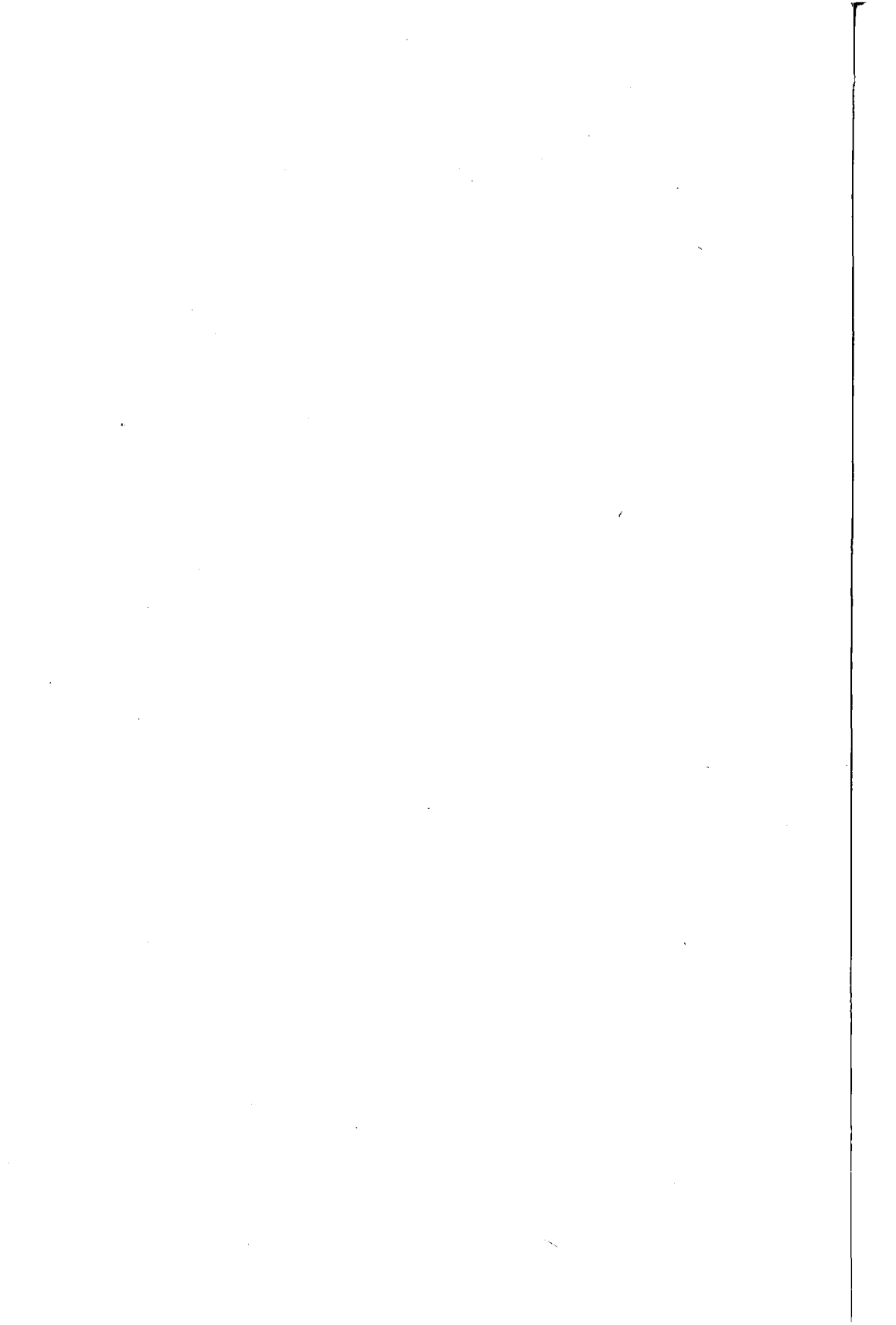
Aunque no se exhibe una tendencia sólida, nuestras Cortes aplican el criterio de la equivalencia de las condiciones, llegándose en algunos casos a sentencias exageradas. Urge un cambio de criterio doctrinal en estas materias, especialmente para analizar problemas de concausas y cuando hay que pronunciarse sobre la extensión de los daños.

Para nuestra Corte Suprema la relación de causalidad es una cuestión de hecho que no puede ser revisada por la vía del recurso de casación en

el fondo, aunque hay sentencias de casación en que se ha hecho cargo del tema. Se estima que esta es una doctrina exagerada, porque en la cuestión de causalidad van envueltos elementos normativos que pueden y deben ser controlados por la vía del recurso de casación. Últimamente, se aprecia una tendencia a corregir esta situación, distinguiendo los aspectos puramente fácticos de los normativos, referidos al juicio de imputación propiamente tal.

En materia de responsabilidad estricta, especialmente en materia de responsabilidad de la administración, es importante definir criterios de causalidad que lleven a apreciar el riesgo en función del deber de actuación de la autoridad.

Existen fallos que parecen comenzar a mirar nuevas doctrinas, particularmente referidas a lo que en Derecho penal se denomina la teoría de la imputación objetiva, a partir de las cuales las expectativas sociales y el riesgo creado con ellas cobran importancia crucial. Parece indispensable abrirse a estas doctrinas, pues permiten asentar el tema de la causalidad sobre elementos dogmáticos más elaborados, que nos lleven a los tribunales a moderar una aplicación casi mecánica de la teoría de la equivalencia de las condiciones y al mismo tiempo determinar criterios de imputación más acordes con la realidad social.



CAUSALIDAD Y PREVISIBILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL*

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho U. de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

I. LA AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. DE LA TEORÍA CLÁSICA A LA UNIFICACIÓN

La teoría clásica de la responsabilidad civil se construye como un sistema bipartito, donde, por una parte, se encuentra la responsabilidad que surge para el deudor cuando incumple una obligación previa cuya fuente es un contrato y, por la otra, la responsabilidad en que incurre cualquier persona cuando comete un hecho ilícito que causa daño injustamente a otra. Los códigos civiles no suelen hablar de responsabilidad en ninguno de los dos casos: prefieren regular la indemnización de perjuicios de la obligación contractual incumplida y, en sede distinta, los delitos o cuasidelitos como fuentes de obligaciones diversas del contrato. No puede haber, por tanto, mayor distancia y falta de conexión entre ambos esquemas normativos.

Un primer intento de aproximación entre las dos estructuras indemnizatorias viene dado por los esfuerzos sistematizadores de la doctrina que verá en ellas dos formas diversas de “responsabilidad por daños causados”. A aquella que corresponde atribuir al deudor incumplidor se dará el nombre de responsabilidad contractual o *ex contractus*, y, de modo negativo, se identificará la disciplina de los daños causados por violación del deber general del *neminem laedere* como responsabilidad “extracontractual”.

* El autor agradece los comentarios del profesor Cristián Banfi del Río que permitieron perfeccionar una versión anterior de este trabajo.

Pese a la denominación común de ambas como responsabilidad, la dogmática clásica se encargaba de aclarar inmediatamente que su origen, naturaleza y regulación jurídica eran distintas y excluyentes entre sí. La responsabilidad contractual supone siempre un vínculo anterior entre el autor del daño y el perjudicado: la obligación contractual incumplida, lo que no se verifica en el caso de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. De esta primera y más ostensible verificación surge un buen número de diferencias normativas: la determinación de la culpa, la prueba de ésta, el tipo de daño reparable, la extensión de la indemnización, la solidaridad en caso de coautoría, la prescripción de las acciones, la procedencia de cláusulas de exoneración, y otras similares.

Este modelo dual se verá seriamente amenazado por obra de la doctrina y de la jurisprudencia de fines del siglo XX que, progresivamente, irá derribando considerablemente los muros divisorios entre ambos regímenes y, en muchos casos, anunciará o propiciará la completa unidad del fenómeno resarcitorio. Esta tendencia parece ser paralela al desplazamiento que se ha verificado en el último siglo del paradigma de responsabilidad: habiendo sido en el siglo XIX la responsabilidad por contrato, ha pasado a ser en el XX la responsabilidad extracontractual¹³³.

2. LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El movimiento en pro de la unificación de los regímenes de responsabilidad ha, sin duda, contribuido a una profundización en la estructura y funcionalidad de los estatutos normativos diversificados y a acercar notablemente ambas formas de reparación de daños, favoreciendo una mayor coherencia a la respuesta del Derecho frente a las víctimas. Pero no ha logrado su objetivo de suprimir completamente la frontera entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La dualidad de regímenes persiste en los tratamientos doctrinales (si bien a veces se intentan análisis conjuntos) y también en las normas positivas, ya sea por conservación de las reglas tradicionales o por nuevos estatutos que perseveran en la distinción¹³⁴.

La reivindicación de la especificidad de la reparación de los daños contractuales se centra en la idea de la preexistencia de un marco de deberes predispuestos entre las partes. La obligación de reparar es una obligación subordinada que nace en el contexto del contrato infringido y que no puede ser valorada y delimitada sin atender a este marco normativo anterior. Como señala Francesca Giardina, si bien en cuanto obligaciones

¹³³ Carbonnier, Jean, *Droit civil. IV: Les obligations*, Puf., 20^a ed., 1996, p. 276.

¹³⁴ Por ejemplo, el Código Civil de Quebec de 1994 distingue la "responsabilidad civil" por hechos ilícitos (arts. 1457-1481), de la ejecución del contrato por equivalente (arts. 1607-1625).

resarcitorias, la originada por incumplimiento y la causada por hecho ilícito pueden asimilarse, se mantiene la distinción estructural que consiste en que la obligación de indemnización contractual es un deber derivado que proviene de una obligación originaria previa (contrato). Tal naturaleza derivada necesariamente ha de influir en la determinación de la injusticia del daño, del nexo de causalidad y de la apreciación de la culpa¹³⁵.

En el ámbito anglosajón se ha puesto de relieve que la técnica del contrato consiste en una maximización de la riqueza, en tanto que la del Derecho de daños apunta a preservar la riqueza inicial; mientras los autores del hecho ilícito son responsables por empeorar las cosas, los incumplidores del contrato lo son por no hacerlas mejor¹³⁶.

3. ¿ES REALMENTE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD?

La reivindicación del carácter autónomo de la responsabilidad contractual lleva a algunos a desmentir la naturaleza reparatoria de la indemnización contractual y a impugnar que se le trate como una forma de responsabilidad civil paralela a la responsabilidad por hechos ilícitos.

La obligación de indemnizar derivada de la infracción del contrato no sería una obligación reparatoria sino el efecto de la obligación principal incumplida. No es una reparación sino un cumplimiento por equivalente. Esta tesis fue defendida por primera vez por Sainctelette en 1884 (*De la responsabilité e de la garantie*), pero es mantenida por autores modernos, como Le Torneau¹³⁷. El mismo Carbonnier señala que los daños contractuales constituyen la secuencia y la proyección de las relaciones preexistentes organizadas entre acreedor y deudor, mientras que la responsabilidad delictual interviene entre dos extraños que el azar ha colocado episódicamente en presencia¹³⁸.

4. LOS ELEMENTOS COMUNES Y LOS ELEMENTOS DISTINTIVOS

La opinión que parece prevalecer sostiene que, si bien responsabilidad contractual y extracontractual contienen elementos comunes que pueden tener un tratamiento unitario, conservan singularidades que mantienen la diferencia de cada disciplina normativa.

¹³⁵ Giardina, Francesca, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Giuffrè, Milano, 1993, passim. Sostiene esta autora que la responsabilidad contractual puede ser entendida como "una suerte de especificación de la obligación resarcitoria en función de una obligación primaria preexistente. Esta especificación, que se expresa netamente en la naturaleza 'derivada' de la obligación resarcitoria, permea la completa estructura de la responsabilidad debitoria" (p. 233).

¹³⁶ Cfr. Weir, Tony, "Complex Liabilities", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol XI/12, Torts (Tübingen, Mohr, 1976), p. 5.

¹³⁷ Cfr. Domínguez Hidalgo, Carmen, *El daño moral*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. II, p. 511.

¹³⁸ Carbonnier, ob. cit., p. 276.

Elementos comunes son, por ejemplo, el daño o perjuicio, sin el cual ninguna de las dos formas de responsabilidad puede tener lugar, el factor de imputación que sigue centrado fundamentalmente en el dolo o la culpa y la exigencia de antijuridicidad en el comportamiento lesivo.

Elementos distintivos son, en cambio, la apreciación de la culpa, la extensión de los daños indemnizables, la diversa aplicabilidad del principio de reparación integral del daño, y los plazos de prescripción de las acciones que tienden a hacer valer cada una de las responsabilidades.

La relación de causalidad puede ser considerada a la vez un elemento común y un elemento distintivo entre ambas formas de responsabilidad, según cuál de las funciones le asignemos a este elemento.

5. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Una primera función que atribuimos al nexo causal es la de permitir imputar a una persona el hecho dañoso como un todo. De este modo, podemos decir que la acción de alguien ha sido la causa de la lesión o perjuicio producido en otra persona.

La segunda función se produce una vez afirmada la causalidad del hecho dañoso y dice relación con la extensión de los daños sucesivos o conectados con dicho hecho que deben ser puestos de cargo e indemnizados por el causante de este último.

Si pensamos en la primera función, la relación causal es un elemento común a ambas formas de responsabilidad, y así lo reconoce la doctrina más moderna casi sin excepciones. Se declara que "para que la responsabilidad contractual del deudor sea comprometida es primeramente necesario probar que él o una de las personas que le sustituyan *ha causado* un daño a la persona o a los bienes de su cocontratante en la ejecución misma de la prestación promedida"¹³⁹. La doctrina nacional lo afirma en forma unánime¹⁴⁰. También así lo han juzgado nuestros tribunales¹⁴¹.

En cambio, la causalidad considerada como la extensión de los daños indemnizables se presenta como un elemento distintivo de la responsabilidad contractual, por aparición de un nexo de causalidad de apreciación diferente que restringe el que se utiliza para la responsabilidad delictual.

¹³⁹ Seriaux, Alain, *Droit des obligations*, Puf, Paris, 1992, p. 218.

¹⁴⁰ Por todos, Abeliuk, René, *Las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2001, t. II, Nº 824, p. 731.

¹⁴¹ Por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de 27 de octubre de 2000, señala: "En consecuencia, la existencia de un vínculo causal entre el incumplimiento y el daño, es esencial para establecer la responsabilidad del deudor". La Corte Suprema rechazó los recursos de casación intentados en su contra (rol 4631-2000, Legal Publishing: 22.692). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha señalado que entre los requisitos de la indemnización de perjuicios en materia contractual se encuentra "c) la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios" (C. Rancagua, 22 de diciembre de 2002, rol 19.102, Legal Publishing: 25.987).

No es la misma consideración la que se hace respecto de la limitación de los daños indemnizables, que aparece ya no como un requisito para que se configure la responsabilidad por incumplimiento, sino como un elemento de la determinación del requisito "perjuicios".

Debe señalarse en todo caso que históricamente ambas cuestiones estaban estrechamente ligadas y no se ocupaban términos como causalidad o relación de causalidad, que son de origen moderno y surgidos en el contexto de la responsabilidad extracontractual, y de allí extrapolados a la indemnización contractual por la tendencia a asimilar ambas formas de responsabilidad.

II. SISTEMAS EN TORNO A LA CAUSALIDAD EN EL RÉGIMEN CONTRACTUAL

1. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL E INDEMNIZACIÓN

El incumplimiento del contrato no sólo posibilita la aplicación de remedios coactivos como la ejecución forzada, sino también la prestación por equivalente y el pago de daños y perjuicios consecuenciales derivados de la infracción contractual.

Nada hay que objetar cuando el acreedor intenta recuperar el valor de la prestación incumplida. Pero cuando trata de obtener una compensación de daños superiores al valor de la prestación, surge la interrogante sobre cuánto puede demandar por sobre la prestación inicialmente convenida, lo que va en directa relación a la pregunta sobre el tipo de perjuicios adicionales al mero incumplimiento que puede ser invocado como título para reclamar la indemnización.

En todos estos casos se trata de establecer una frontera entre perjuicios que pueden ser transferidos al deudor y perjuicios que, de existir, deben ser soportados por el acreedor que es en quien primeramente recaen¹⁴².

No todo daño que sufre el acreedor con ocasión de un incumplimiento contractual comprometerá la responsabilidad del deudor. Es necesario efectuar una delimitación. Es lo que advirtieron los juristas ya en el antiguo Derecho romano.

¹⁴² Cfr. Holmes, Oliver W., *The common law*, Little, Brown and Company, 1881, traducción de la 45ª ed. por Fernando N. Barrancos y Vedia, Tipográfica Editoria Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 95, para quien el principio general en el Derecho de daños es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga, sin que esta regla se vea afectada por el hecho de que un ser humano sea el instrumento casual de la desgracia.

2. LA TENDENCIA A LA LIMITACIÓN DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES

En el Derecho romano clásico no se observa una regla general que pudiera operar para definir la frontera entre lo indemnizable y lo no indemnizable en materia de violación de relaciones contractuales. En las fuentes se advierten soluciones particulares que dicen relación con el tipo de acción (contrato) que se pretende hacer valer.

En la época de Justiniano la diversidad de criterios para la determinación de los "intereses", como se denomina a los daños contractuales, está produciendo resultados que se presentan como abusivos. En una Constitución del año 531 Justiniano intentará poner orden en la materia mediante una regla general y perentoria. Que la situación anterior se ha vuelto intolerable para la autoridad lo revela la justificación que se hace de la norma: "Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible..."

La regla que intenta limitar los daños reclamables por violación de contrato distingue dos situaciones: los casos en los que se debe una cantidad o cosa cierta ("*qui certam habent quantitatem, vel naturam*"), como en las ventas y arrendamientos y demás contratos, y "los demás casos que parece que son inciertos" ("*aliis autem casibus, qui incerti esse videtur*"). Para los primeros, se ordena que los intereses, esto es, lo que se cobra en caso de incumplimiento, no excedan del duplo de la cantidad o cosa cierta. En los supuestos inciertos, se deja la limitación al criterio de los jueces, pero estos son advertidos de que se trata de restituir el daño "que en realidad se infiere" y que no debe elevarse el cómputo artificiosamente haciendo que su cumplimiento sea imposible. Esta determinación comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (C. 7.47.1)¹⁴³.

¹⁴³ C. 7. 47.1: "De las sentencias que se profieren respecto a los intereses: 1. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del Pretorio.- Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. Así, pues, mandamos, que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, para que se restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que, elevándose el cómputo a lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites. Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto al daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a este determinaron los antiguos el interés. Y sea para todos término de la antigua prolijidad, conforme a lo que se ha dicho, el contexto de esta constitución. Dada en Constantinopla, las Calendas de Septiembre después del Consulado de Lampadio y Oreste, varones esclarecidos. (531)".

3. LOS CRITERIOS MEDIEVALES

Los juristas medievales prosiguieron la tendencia para limitar los daños que pueden ser indemnizados en materia contractual. Pero se encontraron con que el *Corpus Iuris Civilis* mantenía criterios disímiles. Mientras en el *Codex* se recogía la Constitución de Justiniano del 531 (C. 7.47.1), en el *Digesto* aparecían las opiniones de los jurisconsultos que resolvían la materia conforme a las acciones contractuales que se ejercían en particular dependiendo del tipo de contrato. Esto genera muchas disparidades e intentos de armonizar los textos que se presentan contradictorios¹⁴⁴.

Abundan, entonces, las clasificaciones de los intereses o formas de daños contractuales. Se distingue entre el "*interesse singulare*" (daño que depende de las circunstancias personales del perjudicado) y el "*interesse commune*" (daño que se determina por el precio usual de la cosa). Fundándose en un texto de Paulo recogido en el *Digesto* (D. 19. 1. 21. 3) otros diferencian entre "*interesse circa rem*" y "*extra rem*", llamados también "*intrinsicum*" y "*extrinsicum*"¹⁴⁵. También se distingue entre *damnum propinquum* y *remotum*. Así el fruto de la cosa es considerado como un daño de lucro cesante extrínseco *intra rem*, pero se afirma como *remotus et non propinquus* el interés *extra rem*, sea que se tratara de daño emergente (como si el acreedor debió vender sus cosas) o de lucro cesante (falta de ganancia del *mercator*). El lucro consistente en el mayor valor de la cosa se consideró *intrinsicum intra rem*¹⁴⁶.

En el Derecho común se entiende obligatoria la limitación de C. 47.7.1, aunque se discute cuáles son los casos de cosas ciertas en las que cabe aplicar el criterio del *duplum*.

¹⁴⁴ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, t. I, p. 553.

¹⁴⁵ Coing, H., ob. cit., t. I, p. 554. Entre nosotros Barrientos Zamorano, Marcelo, "Los daños extramatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, p. 10, sostiene que el texto de Paulo es el verdadero precedente de la regla del art. 1558 del Código Civil chileno. El párrafo del *Digesto* señala: "Cuando hubiere consistido en el vendedor que no se entregue la cosa, se comprende en la estimación toda la utilidad del comprador, que consiste solamente en la misma cosa [*contra ipsa rem consistit*]. Porque si, por ejemplo, pudo negociar con el vino y obtener lucro, esto no se ha de estimar, no de otra suerte, que si hubiese comprado trigo, y por la circunstancia de que no hubiera sido entregado, hubiere padecido hambre su familia; porque consigue el precio del trigo, no el de los esclavos muertos de hambre; y no se hace mayor la obligación, porque se reclama más tardíamente, aunque crezca, si el vino valiera más hoy; y con razón porque ya si hubiese sido dado, ya si no, lo tendría yo como comprador, porque a lo menos se ha de dar hoy lo que ya antes debió darse".

¹⁴⁶ Cfr. Carrasco Perera, Ángel, en Albaladejo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1989, t. XI, vol. 1, art. 1107, p. 710.

4. DUMOULIN

En 1584, un jurista francés, Charles Dumoulin (en latín Molineus), publica una obra monográfica sobre el tema (*De eo quod interest*, Venetiis 1584), la que actuará como una verdadera bisagra entre el Derecho común y los juristas que formularán el modelo que aceptará la codificación napoleónica.

Dumoulin dirá que los "*casus certi*" de la Constitución de Justiniano son aquellos en los que el objeto originario de la deuda estaba determinado claramente en cuanto a la especie y cantidad. Para el cálculo de los daños propicia el uso del "*interesse singulare*" (Dumoulin, n. 85)¹⁴⁷. Pero el monto del daño extrínseco no puede nunca exceder del doble del interés intrínseco (el valor de la prestación tenido en cuenta por la previsión contractual)¹⁴⁸. Según Dumoulin la limitación del doble se justifica, pues ha de reputarse que el deudor no ha querido obligarse a más (Nº 60). Aparece aquí ya formulado el criterio de la previsibilidad como regla común para los *casus certi et incerti* del texto del *Codex*: "*non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti qui verossimiliter apparebant tempore contractus, sive limites periculi praevisi et facile suscepti non debent excedi*" (Dumoulin, nº 60). Distinguirá entre daños próximos y daños remotos, excluyendo la indemnización de éstos (Dumoulin, nº 12). Se funda en el texto del Digesto (D. 19.1.21.3)¹⁴⁹.

Como ya había afirmado Andreas Alciatus (*De eo quod interest*, Lugduni, 1537, p. 549)¹⁵⁰, Dumoulin estima que la limitación de los intereses a los daños intrínsecos no tiene lugar en caso de dolo. Funda esta conclusión en otro párrafo del Digesto que sanciona al que ha vendido una cosa viciosa engañando al comprador (D. 19.1.13)¹⁵¹.

¹⁴⁷ Cfr. Coing, ob. cit., t. I, p. 555.

¹⁴⁸ Cfr. Domínguez, ob. cit., t. II, p. 494.

¹⁴⁹ De allí que Barrientos, ob. cit., p. 14, sostenga que la limitación del resarcimiento contractual a los daños previsibles ha nacido y se ha desarrollado en el tratamiento de la compraventa, donde mejor se justifica este beneficio para el deudor de buena fe.

¹⁵⁰ Cfr. Coing, ob. cit., t. I, p. 556.

¹⁵¹ D. 19.1.13 pr.: "...el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por lo menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así, pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano".

5. EL CANON DE LA PREVISIBILIDAD PARA MEDIR LOS DAÑOS REPARABLES

5.1. Los fundadores del modelo: Domat y Pothier

El canon de la previsibilidad aparece ya explícito en las *Leyes civiles* de Jean Domat, al tratar de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar oportunamente la cosa vendida. Explica que “el provecho o pérdida para la computación de los daños y perjuicios debe limitarse a los que nacen del mismo retardo, y son una consecuencia tan natural y ordinaria, de modo que podían ya preverse”; en cambio, anota que los perjuicios “nunca deben hacerse extensivos a las consecuencias más lejanas e imprevistas, que son más bien un efecto extraordinario del orden divino que del retardo del vendedor”¹⁵².

Pero será Robert Joseph Pothier, el gran sistematizador del Derecho romano en clave iusracionalista que produjo la obra de sedimentación que permitió el éxito de la codificación francesa, quien establecerá los criterios que pasarán finalmente a la legislación. Los manifestará en su *Tratado de Obligations*, en el que sigue muy de cerca la casuística elaborada por Dumoulin¹⁵³.

Para Pothier la Constitución de Justiniano ya no tiene fuerza legal pero traduce un principio general fundado en la razón y la equidad que consiste en la necesidad de que el juez modere los daños y perjuicios indemnizables, cuando no hay dolo del deudor, poniendo como tope la suma a la cual el deudor “ha podido pensar que podrían subir como máximo”¹⁵⁴.

El canon que permite determinar los perjuicios indemnizables es la previsibilidad: “el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever en el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inexecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido a otros”¹⁵⁵.

La previsibilidad se presume en relación con los daños intrínsecos, es decir, los que dicen relación con la cosa objeto de la obligación, y no para los que se ocasionan en otros bienes con motivo del incumplimiento. Respecto de estos últimos, daños extrínsecos, la previsibilidad debe

¹⁵² Domat, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. Felio Vilarruelas y José Sardá, Imprenta de José Taulo, Barcelona, 1844, t. I, p. 152. A pesar de que la regla aparece explicada tratándose de la venta, el mismo Domat al tratar de las obligaciones que siguen naturalmente a las convenciones y referir la obligación de resarcir los perjuicios por el incumplimiento, introduce una nota en la que se remite respecto de los daños y perjuicios a los arts. 17 y 18 a la Sec. 2ª del contrato de venta (ob. cit., t. I, p. 130, nt. 3).

¹⁵³ Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1961, N°160-168, pp. 91-100. El único autor que cita en estos párrafos es Dumoulin, y lo hace con profusión (se pueden contar una decena de referencias).

¹⁵⁴ Pothier, *Tratado...*, cit., p. 97.

¹⁵⁵ Pothier, ob. cit., N° 160, p. 92.

argumentarse, sobre la base de que aparezca en el contrato que “han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de incumplimiento de la obligación”¹⁵⁶. Pero, aclara Pothier que, si bien estos daños extrínsecos pueden superar con mucho el duplo del objeto de la obligación, no debieran sin embargo otorgarse sin una moderación, usando para ello el criterio de la previsibilidad: “no se debe condenar al deudor por más de la suma máxima que racionalmente podía él pensar que en ese caso ascenderían”¹⁵⁷.

Pero la previsibilidad no es una limitación que favorezca al deudor que ha incumplido dolosamente, ya que aquel que comete dolo se obliga a la reparación de todo el daño que ese dolo causare¹⁵⁸. A pesar de ello, Pothier coloca también una limitación de los perjuicios reparables por el deudor doloso. Es la distinción, igualmente sacada de Dumoulin, entre perjuicios próximos y remotos. Si el daño es una consecuencia “lejana e indirecta”, o “no necesaria” del incumplimiento, no puede ser incluido en la indemnización. El ejemplo que Pothier da (el de la venta de una vaca con una enfermedad contagiosa) ha pasado a la posteridad y es citado en casi todas las obras sobre la materia¹⁵⁹. Pero aún respecto de los daños directos, piensa Pothier que es necesario dejar a la prudencia del juez “usar de alguna indulgencia en la tasación de daños y perjuicios”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Pothier, ob. cit., N° 162, p. 93. Cita dos ejemplos. Por el primero, si quien vende un caballo a un canónigo con una cláusula expresa que le obliga a entregarlo en cierto tiempo para que el comprador pudiera llegar oportunamente a disfrutar un beneficio, no cumple, debe responder por los daños extrínsecos. En el segundo caso, el que da en arrendamiento una propiedad para que el arrendatario ponga allí una posada, responde en caso de evicción no sólo de los gastos de mudanza y de diferencia de precios de arriendo sino de los daños extrínsecos consistentes en la pérdida de clientes y relaciones comerciales.

¹⁵⁷ Pothier, ob. cit., N° 165, p. 97. Igualmente más abajo: “un deudor no puede reputarse como habiéndose querido obligar por daños y perjuicios a una más grande suma que aquélla a la cual él ha podido pensar que podrían subir al más alto grado los daños y perjuicios a los cuales se sometiera, en caso de inexecución de su obligación”.

¹⁵⁸ Pothier, ob. cit., N° 166, p. 98.

¹⁵⁹ En el caso de la venta de una vaca con una infección, Pothier concede que, incluso habiendo dolo del vendedor, se deberá indemnizar por el precio de la vaca enferma y de todas las del ganado que se contagiaron. Pero se pregunta si es indemnizable el daño consistente en la falta de cultivo de las tierras que sufre el comprador por carecer de los animales necesarios para trabajarlas o en la pérdida de la propiedad a manos de los acreedores a los que no pudo hacer frente por la no explotación del fundo. Respecto de este último, contesta negativamente, por cuanto se trataría de “una consecuencia lejana de su dolo, y no una relación necesaria”. Respecto del primero también se inclina por la negativa, ya que le parece que no es una consecuencia “absolutamente necesaria”, pues el comprador bien podría haber empleado otros animales o haber arrendado la propiedad para disfrutar sus rentas. Pero como es posible que incluso usando de estas alternativas no habría podido obtener el mismo beneficio, el menoscabo producido puede entrar en los daños y perjuicios que serán debidos (Pothier, ob. cit., N° 167, p. 99).

¹⁶⁰ Pothier, ob. cit., N° 168, p. 99.

5.2. El Código Civil francés

Los criterios de Pothier cristalizaron en dos normas del Código Civil francés recogidas en sus artículos 1150 y 1151, situados en el capítulo concerniente a los efectos de las obligaciones, y dentro de una sección titulada "*Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*" (sección IV, del capítulo III, del título III, del libro III).

El art. 1150 dispone que el deudor no será obligado más que por los daños y perjuicios que han sido previstos o que ha podido prever en el tiempo del contrato, siempre que la inexecución no sea dolosa¹⁶¹.

El precepto siguiente, el art. 1151, se ocupa justamente del deudor doloso, disponiendo que los perjuicios indemnizables (sean los referidos a la pérdida experimentada por el acreedor o la privación de una ganancia) no son otros que aquellos que sean una consecuencia "inmediata y directa de la inexecución de la obligación"¹⁶².

De esta manera, los límites a la indemnización son dos y su aplicación depende del grado de reprochabilidad del deudor. Si actuó con dolo, se indemnizan todos los daños cuya causa directa e inmediata sea el incumplimiento. Si actuó sin dolo, sólo se indemnizan los daños directos que hayan sido previstos o que se hayan podido prever. El primer límite es de causalidad, segundo es de previsibilidad "al tiempo del contrato".

Discutieron los codificadores si debía seguirse a Pothier entregando al juez una facultad discrecional para moderar la indemnización. Finalmente, se convino en que ello no era conveniente.

5.3. Su recepción en otros Derechos codificados

La doctrina de Pothier codificada por el texto napoleónico hizo fortuna en los sistemas latino-continentales de raíz romanista.

Fue recogido por el Código Civil italiano de 1865 (arts. 1228 y 1229), y más tarde en el Código Civil de 1942. Los arts. 1223 y 1225 de este último cuerpo jurídico consagran prácticamente las mismas reglas: si no hay dolo de parte del deudor, el resarcimiento contractual es limitado al daño que podía preverse al tiempo "en el cual ha surgido la obligación" (art. 1225). En caso de dolo se aplica la regla general del art. 1223 que dispone que la reparación comprende aquellos daños que "sean una consecuencia inmediata y directa" del incumplimiento o retardo (art. 1223). La

¹⁶¹ El texto del precepto dice: "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée" (art. 1150).

¹⁶² El texto reza así: "Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention" (art. 1151).

diferencia con la regulación francesa es que la norma de la previsibilidad abarca no sólo las obligaciones contractuales.

El Código Civil español seguirá las huellas del francés pero con una redacción, influida por García Goyena, que ha dado múltiples problemas a los intérpretes. Se trata del art. 1107, que dispone en un primer inciso que los daños de que responde el deudor "de buena fe" son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación "y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento". El inciso segundo prosigue ordenando que en caso de dolo, el deudor responderá de todos los daños que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación". A pesar de las diferencias de redacción, la doctrina se inclina por interpretar la norma en el mismo sentido que la francesa.

El Código Civil argentino de 1870 siguió de cerca la versión de García Goyena, que reemplaza el criterio de la previsibilidad por el de consecuencia "inmediata y necesaria" y la extensión en caso de dolo para las consecuencias "conocidamente ocasionadas"¹⁶³. El art. 520 pone de cargo del deudor los perjuicios que sean "consecuencia inmediata y necesaria", mientras que el deudor doloso debe responder por los daños "que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en otros bienes" (art. 521). La redacción es oscura; con todo parece que Vélez Sarsfield pretendía reproducir los criterios de García Goyena, Pothier y del Código Civil francés¹⁶⁴. La oscuridad de la norma llevó a que el legislador de la ley Nº 17.711 restaurara la armonía de las dos disposiciones pero ya no en el sentido francés sino poniendo de cargo del deudor doloso incluso las "consecuencias mediatas"¹⁶⁵.

¹⁶³ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. III, art. 1016, pp. 50-52. García Goyena critica el criterio de la previsibilidad del *Code* por falta de claridad: por regla general los contratantes no estarán de acuerdo sobre si el incumplimiento fue o no previsto. Propone su sustitución por el concepto de "consecuencias necesarias y directas" con el que parece querer aludir (por los textos romanos que cita) a los perjuicios referidos al objeto de la prestación: "circa rem impam consistit" (intereses intrínsecos) Para el dolo utiliza la expresión "conocidamente ocasionados" para los perjuicios imputables, con lo que cree ampliar la fórmula equivalente del Código francés al entenderla como todo daño que haya sido ocasionado por el dolo, y "que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata o inevitable" (p. 51).

¹⁶⁴ En nota al art. 520 refiere como equivalentes el hecho de que el perjuicio pudiera preverse con el de ser consecuencia inmediata de la ejecución: "Esta intención probable de las partes no ha podido comprender sino el perjuicio que podía preverse o que fuese consecuencia inmediata de la inexecución de la obligación, según el curso ordinario de las cosas".

¹⁶⁵ Dice el texto del artículo vigente: "Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas".

5.4. Su recepción en el *Common Law*

La regla de la previsibilidad no sólo floreció en los Derechos codificados sino también en el ámbito del Derecho anglosajón, dándose una curiosa coincidencia entre *Common Law* y Derecho civil romano-continental.

Se reconoce como principio de la tradición un caso inglés fallado en 1854: *Hadley vs. Baxendale*¹⁶⁶, en el que se estimó que la responsabilidad del deudor incumplidor no podía ir más allá de lo que podían haber previsto las partes como consecuencia natural del incumplimiento. Desde allí, en el *Common Law* se afirma la existencia de la *contemplation rule* que pone la frontera de lo indemnizable en el campo contractual en el criterio de la previsibilidad (*foreseeability*)¹⁶⁷.

Si se indaga en la fuente histórica de este precedente se encuentra la enseñanza de Pothier, que era recogida en los principales tratados sobre contratos de la época y que fue expresamente invocado en el juicio *Hadley vs. Baxendale*¹⁶⁸.

Pero el criterio inglés no asumió totalmente la enseñanza del maestro de Orleans, ya que no hizo la excepción en caso de dolo.

6. EL CANON DE LA CAUSALIDAD DEL DERECHO GERMÁNICO

Los criterios elaborados por el Derecho común medieval, en especial el de la previsibilidad, no serían recogidos por el Derecho germánico. La doctrina pandectística marcaría la tendencia hacia otro parámetro para definir los daños indemnizables. La obra epigonal en la materia es la de Friederich Mommsen (*Beiträge zum Obligationenrecht, II: Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855), quien fijó la regla de que el interés o daño indemnizable se determina por la diferencia entre el importe actual del patrimonio del perjudicado con el que tendría de no haber mediado el incumplimiento. En consecuencia, lo único que interesa es la conexión

¹⁶⁶ 156 Eng. Rep. 145.

¹⁶⁷ Los hechos del caso fueron los siguientes: los demandantes, dueños de un molino de harina, reclaman indemnización a los demandados, transportistas por no haber entregado a tiempo una pieza de hierro del molino a quien debía usarla como molde para construir una pieza de reemplazo. Ante el retraso quedaron impedidos de usar el molino y demandaron el lucro cesante. Los demandados alegaron que no se les informó sobre el propósito de la entrega de la pieza. La sentencia redactada por el juez Alderson les da la razón al estimar que en tales circunstancias no podía hacerse responsable de una pérdida que no era el resultado probable del mismo: "cuando dos partes han celebrado un contrato y una de ellas lo ha incumplido, los daños que la otra parte está facultada para exigir producto de dicho incumplimiento debieran ser aquellos que equitativa y razonablemente puedan considerarse como derivados naturalmente, i.e. de acuerdo al curso normal de las cosas, de dicha infracción contractual, o que razonablemente pueda suponerse han sido contemplados por ambas partes, al tiempo de la celebración del contrato, como el resultado probable del incumplimiento del mismo". La *House of Lords* ha sostenido que, para ser indemnizable bajo la regla "*Hadley v. Baxendale*", el eventual daño debe haber sido comunicado al demandado o previsible por él como una posibilidad sustancial: cfr. *The Heron II*, [1969] 1 AC 350.

¹⁶⁸ Cfr. Domínguez, ob. cit., t. II, pp. 504-505, especialmente notas 32 a 35.

causal: "El ámbito que tiene el interés en cada caso, es... determinado por el nexo causal entre el daño producido y el hecho que obliga a la indemnización"¹⁶⁹.

El criterio de Mommsen es recogido por Winscheid, desde donde pasará a la regulación del *BGB*. El § 249 establecerá que deben indemnizarse los daños necesarios para lograr una restauración de la situación que habría existido si el hecho que origina la responsabilidad no hubiera ocurrido.

La doctrina posterior trató de moderar el rigor de esta regla mediante la teoría de la causa adecuada y de la finalidad de la protección de la norma que fundamenta la responsabilidad¹⁷⁰. El mismo *BGB* parece retornar a la idea de previsibilidad para la indemnización del lucro cesante, pues establece que éste es reparable en la medida en que el lucro podría haber sido esperado en el curso ordinario de los hechos, o en consideración a las especiales circunstancias, a la luz de los preparativos y medidas adoptadas (§ 252).

En este modelo debe ser encasillado el Código Civil suizo, que se limitó a establecer el deber del deudor incumplidor de indemnizar el daño "resultante" (art. 97). También ha sido acogido por el reciente Código Civil holandés que dispone que "La reparación no se extiende más que al daño cuya relación con el hecho sobre el cual se funda la responsabilidad del deudor es tal que, atendida igualmente la naturaleza de la responsabilidad y del daño, puede ser imputado al deudor como la consecuencia de ese hecho" (art. 98 del libro VI). La norma se aplica por igual a las responsabilidades contractual y extracontractual.

7. EL MODELO ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil chileno se alineó plenamente con el modelo francés, consagrando la previsibilidad como canon de la limitación de la extensión de la responsabilidad contractual del deudor no doloso. El art. 1558, inc. 1° CC, reunió en un solo precepto las dos reglas de los arts. 1150 y 1551 del *Code*, al disponer que "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". El inciso tercero de la norma advierte que "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

Del examen de los proyectos del Código se advierte que la decisión de seguir al Código francés en esta materia fue adoptada en los inicios del proceso y no tuvo variaciones posteriores. La norma aparece ya en

¹⁶⁹ Mommsen, p. 137, citado por Coing, ob. cit., t. II, p. 576.

¹⁷⁰ Coing, ob. cit., t. II, p. 577.

el art. 10, del título XI, del proyecto de 1842, prácticamente con su texto definitivo, si bien reunidos los actuales incisos primero y tercero en uno solo, de modo que la posibilidad de estipular en contrario estaba referida de manera específica a la extensión de los perjuicios indemnizables¹⁷¹.

El paralelismo con las normas napoleónicas es manifiesto. Sólo pueden señalarse como diferencias, además del aspecto formal de reunir en una sola norma las dos francesas, la explicitación de la primacía de la autonomía privada y el cambio en la referencia al origen de los perjuicios, sustituyendo la expresión francesa "de la inexecución de la convención", por la más detallada "de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". A ello hay que agregar un cambio que no ha llamado la atención de nuestros autores. El codificador chileno prefirió la proposición "o" para conectar los términos "inmediata" y "directa" reemplazando la proposición "y" que utiliza el Código Civil francés. El *Code* reza "consecuencia inmediata y [et] directa", mientras que el nuestro señala "consecuencia inmediata o directa".

De este modo, en el Derecho civil chileno la relación causal tiene dos momentos de análisis: como atribución de un daño al incumplimiento contractual, y segundo como limitación de dichos daños en beneficio del deudor no doloso. A continuación estudiaremos ambos estadios de la causalidad en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual.

III. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. APLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La exigencia de la relación de causalidad es aplicable a la responsabilidad por incumplimiento contractual. Aunque no fuera un elemento explícito en las normas codificadas, la doctrina no ha tenido inconveniente en descubrir que se trataba de una exigencia implícita en la formulación misma de dichas normas.

En nuestro ámbito, se invoca el art. 1556 CC que dispone que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante que "provengan" del incumplimiento. El art. 1558 CC, por su parte, señala que el deudor doloso debe indemnizar incluso los perjuicios imprevistos al tiempo del contrato, pero siempre que fueren "una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Otras normas podrían añadirse a éstas: el art. 1553 N° 3 CC permite al acreedor de una obligación de hacer

¹⁷¹ Además, empleaba el verbo en presente para los perjuicios del deudor doloso: "son consecuencia inmediata o directa". La norma se reproduce en el art. 101 del Proyecto de 1847 y en el art. 1737 del Proyecto de 1853. En el Proyecto Inédito, art. 1737, adquiere su redacción definitiva.

demandar que el deudor le indemnice de los perjuicios "resultantes" de la infracción del contrato.

Nuestra doctrina se ha uniformado para exigir como requisito de la indemnización de perjuicios como efecto de las obligaciones, la relación causal entre el hecho que infringe el contrato y el daño producido al acreedor, elemento que se une a los demás presupuestos de este tipo de responsabilidad como el incumplimiento, su imputabilidad al deudor, la constitución en mora y la existencia y prueba de los perjuicios¹⁷².

La doctrina no advierte mayores novedades en este elemento a los ya examinados y profundizados en sede de responsabilidad extracontractual. Más bien se contenta con hacer una remisión más o menos desarrollada a las teorías sobre individualización de la causalidad forjadas para los problemas derivados de la extensión de la responsabilidad por hechos ilícitos no contractuales.

Pero parece indudable que el análisis de la causalidad no puede ser exactamente el mismo cuando tratamos de visualizar quién debe responder por los daños causados por accidentes en el tráfico general, que cuando intentamos asignar los gravámenes de un incumplimiento dentro del equilibrio de prestaciones y riesgos adoptado por el instrumento contractual.

En primer lugar, debe advertirse que la causa aquí necesariamente deberá tener la calificación de incumplimiento contractual. Es la infracción del contrato la que debe considerarse causa del daño que se demanda. Si el daño no es considerado efecto del incumplimiento no habrá responsabilidad contractual (puede haberla extracontractual si el hecho constituye una infracción a un deber legal o del principio del *neminem laedere*)¹⁷³. De esta manera, la causa del daño en la responsabilidad contractual adquiere la connotación de típica (la contenida en la estipulación convencional), mientras que por regla general los hechos causantes de responsabilidad delictual son atípicos, en el sentido de que no se necesita que estén definidos expresamente en forma previa al surgimiento de la acción para pedir reparación de los daños.

Además, como ya hemos señalado, la causalidad en su función limitativa debe tener en cuenta igualmente las previsiones y los riesgos asumidos por las partes a través del contrato.

Esto último lo veremos en el capítulo siguiente. Ahora nos detendremos en el análisis de la relación causal en su función de asignación de la responsabilidad por el incumplimiento o hecho dañoso.

Para esto conviene intentar una delimitación entre los conceptos de incumplimiento, autoría y culpa. Ello nos permitirá depurar el rol que

¹⁷² Por todos, Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 267 y ss.

¹⁷³ Rodríguez, ob. cit., p. 278.

debe jugar la causalidad en este entramado de elementos que se conjugan en la responsabilidad por infracción del contrato.

2. INCUMPLIMIENTO, AUTORÍA, CULPA Y CAUSALIDAD

La noción de incumplimiento está en la base de toda la responsabilidad contractual. El incumplimiento es su condición necesaria, aunque no suficiente. Desde una perspectiva objetiva, que parece prevalecer en la doctrina comparada, puede decirse que el incumplimiento es toda conducta, activa u omisiva, realizada por el deudor, o por los auxiliares de éste que contraviene lo prometido en el contrato y frustra de este modo el interés del acreedor.

Las formas de incumplimiento son variadas. Nuestro Código distingue usualmente entre incumplimiento y retardo. El art. 1533 CC dispone que “es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación; el art. 1534 vuelve a distinguir entre “inejecución” y “retardo”; el art. 1535 CC habla de “no ejecutar” o “retardar” la obligación y lo propio hace el art. 1558 CC al señalar que los perjuicios deben ser una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. A veces la distinción se hace tripartita para incluir, aparte de la no ejecución y el retardo, el cumplimiento imperfecto (art. 1556 CC). La doctrina más moderna agrega otros supuestos de incumplimiento, como el cumplimiento parcial, la violación de deberes de protección, el incumplimiento definitivo, etc.¹⁷⁴.

En todo caso, la verificación del incumplimiento es una cuestión objetiva que consiste en comparar la conducta esperable según el contrato y aquella que efectivamente se produjo en la realidad. Lo relevante en esta sede no es la valoración de la conducta del deudor, sino la manera en que se ha satisfecho o no el interés del acreedor¹⁷⁵.

Ahora bien, el juicio verificador del incumplimiento no prejuzga ni presupone el de causalidad, por la simple razón de que tampoco revela por sí mismo la existencia de perjuicios.

El incumplimiento permite, sin embargo, avanzar hacia la identificación del autor del eventual perjuicio. Si hay incumplimiento contractual

¹⁷⁴ En la reforma alemana del Derecho de obligaciones en el BGB (ley de 1º de enero de 2002), se acuña el término genérico de “Pflichtverletzung” (lesión de un deber de prestación) para incluir todos los casos de incumplimiento que generan indemnización (nuevo § 280.1). Cfr. Albiez Dohrmann, Klaus Jochen, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 55 (2002), Nº 3, pp. 1172 y ss.

¹⁷⁵ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 568-569, excluye del análisis del incumplimiento la valoración del comportamiento del deudor. Esta es relevante para atribuir responsabilidad al deudor, pero no para calificar el incumplimiento. En el incumplimiento se valora más el bien el interés del acreedor: “Lo que se trata de saber es en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación” (p. 569).

el autor de los daños que se deriven de dicha inobservancia del contrato está ya identificado: es el deudor previsto en el contrato. La noción de causalidad vincula el daño con el incumplimiento, y en éste viene dado ya el elemento de la autoría. El deudor incumplidor es el causante de los perjuicios que se sigan de ese incumplimiento.

No todo incumplimiento hará incurrir al deudor en responsabilidad por los daños causados, sino únicamente aquel que le sea imputable. La principal causa de imputación de la responsabilidad contractual, al igual que en la responsabilidad extracontractual es la culpabilidad, en cualquiera de sus dos formas: descuido o negligencia (culpa) o intención deliberada (dolo). En estricta teoría la relación de causalidad debe distinguirse también de la culpa o dolo que justifica la imputación al deudor del incumplimiento, de manera que podrá afirmarse aquella aún en ausencia de ésta y viceversa.

Pero el supuesto de que habiendo incumplimiento imputable (doloso o culposo) y perjuicio, no haya relación causal, es de muy improbable ocurrencia. El Código Civil, con todo, parece ponerse en el caso de que el incumplimiento no sea causa de perjuicio o incluso le haya reportado beneficio al acreedor, y en tal caso descarta la responsabilidad a menos que haya cláusula penal pactada (art. 1542 CC).

En línea de principio, el caso inverso es factible: puede haber relación causal entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido por el acreedor, pero aquel no ser imputable al deudor por falta de culpa o dolo. En un análisis meramente empírico de la causalidad (con la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*) esto es plausible, pero no sucede lo mismo con las doctrinas normativistas de la causalidad, que introducen en el análisis de ésta valoraciones como la previsibilidad del resultado, el ámbito de protección de la norma, el incremento del riesgo permitido, etc. En esta concepción de la causalidad, es muy posible que coincida el juicio de negligencia con el de causalidad.

A nuestro juicio, es posible distinguirlos, aunque ello no siempre será fácil en el terreno de los hechos, si pensamos que el deber de cuidado tiene por objeto únicamente el riesgo de que se produzca un daño genéricamente expuesto. Habrá culpa toda vez que el deudor haya podido representarse que con su conducta está incumpliendo el contrato y pudiendo ocasionar algún tipo de daño al acreedor, sin que sea necesario que se represente o pueda representarse la específica naturaleza de dicho perjuicio. El examen de la causalidad introducirá una previsibilidad que tiene en cuenta el daño concreto que se ha producido. Si el daño que efectivamente sufrió el acreedor es de tal naturaleza que no puede ser considerado como una consecuencia previsible, en la valoración estándar de un hombre medio razonable, de la conducta del deudor, faltará el nexo de causalidad.

Puede discutirse si este análisis de la previsibilidad del hecho dañoso cabe al margen y con prescindencia de las estipulaciones contractuales.

Si fuera así, no habría diferencia entre la determinación del nexo causal en la responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad debitoria. Nos parece, sin embargo, que no es posible configurar el juicio de previsibilidad y de adecuación del incumplimiento como causa de los perjuicios sin atender al marco de expectativas y de riesgos que constituyen la completa relación obligacional entre las partes¹⁷⁶.

3. RESPONSABILIDAD POR EL VALOR DE LA PRESTACIÓN Y RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS CONSECUENCIALES

En la doctrina moderna se hace cada vez más patente un esfuerzo por objetivizar la responsabilidad derivada de infracción contractual. Una de estas formas es la de distinguir entre la responsabilidad por la prestación incumplida, que sería una pretensión de cumplimiento en equivalente (la misma obligación que modifica su objeto), y la responsabilidad por los perjuicios causados por la falta de prestación pero que van más allá de la simple reposición de su valor: perjuicios consecuenciales o anexos. La distinción entre nosotros aparece nítida en el art. 1521 CC, donde ante una pérdida de la cosa debida por culpa, se distingue entre el deber de pagar su precio (donde la obligación solidaria se perpetúa) y la acción para reclamar indemnización de perjuicios (que se dirige únicamente al codeudor solidario culpable)¹⁷⁷.

Por ello, es razonable que la responsabilidad que repone el valor de la prestación sea objetiva y que no necesite que se impute a dolo o negligencia. Solamente el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor determinará la exoneración (por extinción de la obligación), pero no la falta de culpa.

En cambio, la responsabilidad por los perjuicios consecuenciales necesitará de la imputación subjetiva, si bien la inejecución de la obligación pondrá del lado del deudor la carga de la prueba de su diligencia. En las llamadas obligaciones de medio la culpa es antes que factor de imputación de los daños, elemento constitutivo del incumplimiento.

La diferencia en torno a la exigencia de la culpa, aparece clara en la regla del art. 1677 CC que regula el caso en que el deudor sin culpa se ha puesto en la imposibilidad de cumplir (ha destruido la cosa debida ignorando la obligación), disponiendo que el deudor deberá "el precio" (valor de prestación), pero no la indemnización de perjuicios (consecuenciales).

¹⁷⁶ En el mismo sentido, Giardina, ob. cit., p. 234, para quien "para la reconstrucción del nexo causal la referencia a la relación originaria es esencial" en la responsabilidad contractual.

¹⁷⁷ Esta distinción es fundamental para la reconstrucción interpretativa que propone Baraona González, Jorge, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, 1 (1997), pp. 151 y ss.

Ahora bien, debemos preguntarnos ¿cómo se desenvuelve el requisito de la causalidad ante estas dos formas de responsabilidad contractual? La doctrina parece haber advertido que la diferencia de finalidad y contenido de la indemnización condiciona también el examen de la causalidad.

En efecto, la causalidad de la responsabilidad por el valor de la prestación puede darse por establecida por el solo hecho del incumplimiento. La ausencia de la prestación debida es causa directa y necesaria de la pérdida de su valor en el patrimonio del acreedor. No es necesario efectuar análisis ni de previsibilidad, adecuación o probabilidad. Si el deudor no cumplió sigue debiendo y debe pagar el valor de lo prometido. Sólo el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida de la obligación exonerarán de responsabilidad al deudor, el primero por excluir la imputación y el segundo por extinguir el deber de prestación.

Por lo tanto, el problema tradicional de la causalidad queda reservado para los daños que no consisten en la reposición del valor de la prestación omitida, es decir, para los perjuicios que concurren o acompañan al incumplimiento. El art. 1558 CC al hablar de perjuicios previsibles o que sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento se refiere a este tipo de daños, puesto que poner estas exigencias para el daño consistente en el valor de la prestación incumplida sería superfluo y hasta absurdo: el juicio de previsibilidad y de inmediatez no es algo que pueda ponerse en duda respecto de este daño, que siempre será previsible e inmediato¹⁷⁸.

En lo que sigue nos referiremos únicamente a la responsabilidad contractual por estos perjuicios consecuenciales y no a la omisión del valor de la prestación.

4. CRITERIOS PARA ESTABLECER EL NEXO CAUSAL CONTRACTUAL

Los criterios para determinar la causalidad en la responsabilidad contractual son los mismos que se barajan en sede de responsabilidad delictual. Algunos se fundan en la conexión fáctica o física de los acontecimientos; otros proponen fórmulas normativas para denegar el nexo causal cuando los criterios empíricos parecen ampliar excesivamente la responsabilidad.

La teoría de la *conditio sine qua non* (el incumplimiento es causa del daño toda vez que se pueda afirmar que sin el incumplimiento el daño no se habría verificado) por su sencillez siempre ha gozado de aceptación por parte de los tribunales. Pero su consistencia lógica es puesta en duda porque supone un perjuicio sobre la capacidad del acontecimiento para

¹⁷⁸ Carrasco Perera, ob. cit., p. 722, afirma que la previsibilidad no se plantea respecto del daño de prestación, aunque puede ser una consecuencia no necesaria o inmediata, por ejemplo, si se produce por intervención dolosa del hecho de un tercero.

producir ese resultado. Su aplicación, además, produce una ampliación enorme de la imputación causal, ya que todo puede ser causa de todo.

Como rectificación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, se elaboró la teoría de la adecuación, que tiende a discriminar de entre los múltiples hechos que confluyen o se suceden en la causación, aquellos que pueden ser razonablemente “adecuados” para producir el resultado. El juicio de adecuación es, en el fondo, una valoración de probabilidad. Se descartan los hechos que si bien son naturalísticamente causas del daño, no parecen adecuados para producirlo por haberlo provocado de un modo improbable o contrario al curso ordinario, normal, de los acontecimientos. Si bien esta teoría permite moderar la expansión exagerada de la responsabilidad a la que conduce la *conditio*, no resulta convincente en la justificación de por qué se descartan los daños considerados improbables.

Se constata, así, lo infructuoso de analizar el problema de la causalidad pretendiendo que sea de una cuestión meramente fáctica, susceptible de precisar por medio de la observación neutra y prejurídica de la cadena de hechos en los que se inserta el resultado dañoso. El concepto mismo de concatenación es una toma de postura, una interpretación de cómo suceden los hechos. En la causalidad la valoración normativa es insoslayable, puesto que lo que nos preguntamos es si deben ponerse de cargo del autor de una acción todas las consecuencias a ella conectadas empíricamente. La causalidad física no basta, es necesario un juicio de “imputabilidad” de ese resultado lesivo. Esta es la línea desarrollada primeramente por Larenz, y adoptada luego por la dogmática penal liderada por Roxin bajo la denominación de teoría de la “imputación objetiva” (por oposición a la subjetiva basada en la culpabilidad). Desde el terreno penal, la teoría regresa para arraigar en la responsabilidad civil.

En materia de obligaciones, la doctrina alemana más autorizada parece inclinarse por aplicar los criterios forjados por la teoría de la imputación objetiva pero recurriendo a la adecuación para los casos que caen fuera de dichos criterios¹⁷⁹.

En todo caso, dos criterios elaborados por la teoría de la imputación objetiva pueden ser muy útiles cuando se enfrentan casos de responsabilidad por incumplimiento contractual.

El primero es el llamado “ámbito (o fin) de protección de la norma”, que sugiere que si una persona realiza una conducta que transgrede una norma no debe responder, en virtud de ella, de los daños que efectivamente se derivaban de su actuación pero que no son de aquellos que la

¹⁷⁹ Así, Medicus, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad. Ángel Martínez Sarrion, Bosch, Barcelona, 1995, t. I, p. 276, postula que cuando no sea posible aplicar el criterio del ámbito de protección de la norma (como por ejemplo cuando la norma no liga la obligación de reparar a una conducta sino a un resultado), debe recurrirse al juicio de probabilidad de la teoría de la adecuación.

norma intentaba prevenir prohibiendo dicha conducta. Así, por ejemplo, si alguien maneja un auto con sus focos defectuosos no responde de la colisión que se produce a plena luz del día.

El criterio del ámbito de protección de la norma es utilizable cuando las conductas de las que deriva la responsabilidad están tipificadas, como sucede en materia penal y también tratándose de la responsabilidad contractual. Es innegable que la causalidad deberá afirmarse o negarse en sede contractual atendiendo al fin o ámbito de protección que tenían las estipulaciones contractuales, expresas o tácitas, relacionadas con la distribución de los riesgos entre las partes¹⁸⁰.

Otro criterio de la doctrina de la imputación objetiva es la del incremento general de los riesgos de la vida ordinaria. Se excluye así la causalidad para aquellos casos en los que la conducta del demandado intervino en la producción del resultado, pero debe ser considerada inidónea como causa por cuanto no incrementó el riesgo general de la vida que se daría incluso sin su presencia. Es el típico ejemplo de quien aconseja un viaje en avión esperando que la víctima muera en un desastre aéreo, lo que efectivamente se produce.

Si aplicamos el criterio en materia contractual, debemos considerar excluibles como causas aquellas conductas del deudor que no incrementan el riesgo general que soportan las partes como integrantes del tráfico comercial en el que están insertas. Así, por ejemplo, si hay un riesgo general de que parte de la fruta transportada se malogre, no habrá causalidad en un deficiente embalaje si se prueba que la forma defectuosa en que se embaló la mercadería no incrementó el riesgo de descomposición.

5. CAUSALIDAD CONTRACTUAL Y OMISIÓN

Los casos más frecuentes de incumplimiento se producen simplemente por una inacción del deudor. Es decir, la responsabilidad contractual en la mayoría de los casos será una responsabilidad por omisión: por no haber hecho lo que se debía hacer. En este caso, el deber de actuar proviene del contrato y no de la ley como en la responsabilidad por omisión penal o extracontractual. Es el contrato el que inviste en "posición de garante" al deudor en favor de los intereses del acreedor tutelados por la prestación.

Es un hecho que si la causalidad es siempre un asunto complejo, lo es aún más en el terreno de las omisiones, porque aquí fallan hasta las

¹⁸⁰ Medicus, ob. cit., t. I, p. 276, señala que la misma interpretación teleológica que debe hacerse de la norma legal para imputar los daños causados por su violación, es posible realizar por "la interpretación de los contratos atendido el fin de protección". Pone el ejemplo del médico que incumple el deber de informar sobre determinados riesgos de una intervención a su paciente, pero después se produce un daño que corresponde a un riesgo que no era objeto de información obligatoria.

teorías más empíricas: la omisión no puede ser nunca causa porque lo que no es acción no puede tener efecto. Pero como dice Von Tuhr: "Es indudable que la conducta meramente negativa del deudor al abstenerse de cumplir el contrato o en caso de mora, ocasiona un daño que reclama indemnización"¹⁸¹. La omisión puede ser causa jurídica de un daño cuando el comportamiento era exigible y es posible determinar o prever que, de haber actuado el deudor, el daño se hubiera evitado.

No obstante, es posible que se configure causalidad por acción en la responsabilidad contractual, como sucederá toda vez que se infrijan deberes negativos u obligaciones de no hacer. Por ejemplo, si un deudor obligado a guardar silencio sobre ciertos asuntos relativos al acreedor los difunde indebidamente.

6. CONCURRENCIA DE CAUSAS EN EL DAÑO CONTRACTUAL

Una de las mayores complicaciones para afirmar el nexo causal es la concurrencia o concurso de causas, que se manifiesta cuando el daño resulta de un complejo de hechos o conductas, siendo una de ellas la del presunto responsable.

6.1. Codeudores y corresponsabilidad

Una primera forma de concurso de causas es la de participación en los hechos de varias personas. En sede de responsabilidad extracontractual existe una norma para establecer la solidaridad entre los varios partícipes del hecho ilícito (art. 2317 inc. 2º CC). Ningún coautor puede invocar que el otro actuando solo también habría ejecutado la acción¹⁸². En materia contractual, la cuestión se plantea cuando existe pluralidad de deudores: si todos concurren en el hecho que constituye el incumplimiento, ¿puede considerarse solidaria su responsabilidad? La doctrina nacional sostiene que debe distinguirse: si de varios deudores uno de ellos actúa y determina por su culpa el incumplimiento, solamente éste debe reparar los perjuicios (con la excepción de la obligación solidaria respecto del precio de la cosa: art. 1521 CC). Si son varios los deudores a los cuales es imputable el incumplimiento por dolo o culpa lata, todos son considerados responsables por el total. Se argumenta en favor de esta solución sobre la base del art. 2317 inciso segundo, que dispone que "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso". Como el inciso primero se refiere a la coautoría del delito o cuasidelito, se concluye que el inciso segundo, so pena de inoperancia, ha de referirse a la responsabilidad contractual.

¹⁸¹ Von Tuhr, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Reus, Madrid, 1934, t. I, p. 68.

¹⁸² Medicus, ob. cit., t. I, p. 278.

Al dolo se suma la culpa grave como equivalente al dolo¹⁸³. La aplicabilidad del art. 2317 inc. 2º CC a la responsabilidad contractual no deja de ser dudosa por la ubicación de la regla. Pareciera que la causalidad común y la solidaridad en la indemnización queda mejor resuelta sobre la base del art. 1526 N° 3 CC, el que, previa corrección del defecto de dicción (al hablar de “un” deudor que responde solidariamente), nos sirve para fundar la indivisibilidad de la responsabilidad por perjuicios de los varios codeudores que por su hecho o culpa hacen imposible el incumplimiento de la obligación. Esta interpretación permite que los deudores respondan aunque no hayan actuado con dolo o culpa grave, sino con culpa leve o levísima, según el grado de culpa que se aplique al contrato.

Es necesario analizar, además, el caso en que los deudores se comprometen a realizar acciones independientes, pero en colaboración, para obtener la prestación. Si ambos rehúsan, ninguno puede eludir su responsabilidad aduciendo que la prestación hubiera permanecido incumplida de todos modos por la falta de cumplimiento del otro¹⁸⁴. Si sólo uno de los deudores es renuente éste sólo será la causa del incumplimiento y deberá responder por los perjuicios resultantes, como se desprende del art. 1534 CC.

Quedan por estudiar los supuestos en los que existe una pluralidad de deudores pero no es posible atribuir el hecho que supone el incumplimiento a ninguno en particular, siendo claro sin embargo que uno de ellos es el que lo determinó. Son los casos que la doctrina alemana llama de “causalidad alternativa” y que, aunque más frecuentes en sede extracontractual, pueden presentarse también en sede contractual, sobre todo tratándose de contratos complejos que involucran varios deudores y prestaciones colaborativas. Por ejemplo, si se encarga a un equipo de arquitectos, pintores, etc., la restauración de los vitrales de un templo medieval y uno de ellos se rompe. No es posible saber cuál de los miembros del equipo fue quien produjo el daño pero está fuera de duda que el responsable es uno de sus integrantes, ya que solamente ellos tenían acceso al recinto donde trabajaban.

En el caso de la responsabilidad extracontractual se suele afirmar la solidaridad cuando la agrupación de los posibles causantes está determinada por una actividad ilícita (casos de riñas). No sucede lo mismo cuando se trata de una concertación para una actividad lícita, como lo

¹⁸³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 408, pp. 355-356; Abeliuk, ob. cit., t. II, N° 889, pp. 786-787.

¹⁸⁴ Von Tuhr, ob. cit., t. I, p. 67, pone el siguiente caso: se conviene que A suministre la piedra y B el mortero para la construcción de un edificio y dentro del mismo plazo. Si los dos incurren en mora, “ambos responden del daño que se deriva del retraso en la edificación, sin que puedan aducir que bastaba la mora del otro para causarlo”. Es un caso en el que la teoría de la equivalencia de las condiciones conduciría paradójicamente a la exclusión de la causalidad.

sería por principio la derivada de contrato, caso en el cual no es posible hacer responder por los perjuicios a alguien cuya conducta no ha sido la causa probada del daño¹⁸⁵. En nuestro sistema civil, habría que distinguir entre el valor de prestación y los perjuicios consecuenciales. El valor de prestación debe ser restituido al acreedor por los deudores, en forma solidaria si la deuda tenía ese carácter (art. 1521 CC) o en proporción a sus cuotas si era simplemente conjunta. En cambio, los perjuicios consecuenciales o anexos no pueden imputarse a ninguno, salvo que se pruebe que con su hecho o culpa provocó el incumplimiento (art. 1521 y 1526 N° 3 CC).

6.2. Auxiliares o dependientes del deudor

Si el incumplimiento se debe a las personas que cooperan con el deudor en el desarrollo de sus negocios y mantienen un vínculo de dependencia con él, la causalidad que se afirma respecto de su conducta se vincula directamente con la del deudor.

Este principio está recogido en nuestro Código Civil, al establecer el art. 1679 CC que “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa por quien fuere responsable”. La norma, aunque situada en sede de extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida, trasunta una regla general y de hecho es aplicada a diversos contratos, como el arrendamiento de cosa (arts. 1925, 1926, 1929, 1941, 1947 inc. final CC), el arrendamiento de obra (arts. 2000, inc. 2° y 2003, regla 3ª), el contrato de transporte (arts. 2014 y 2015 inc. final) y el contrato de hospedaje (arts. 2242 y 2243).

La doctrina entiende que comprende en general a todas las personas que auxilian al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como aquellos a quienes éste encarga la ejecución de la obligación¹⁸⁶.

6.3. La concurrencia entre el hecho del deudor y el hecho de un tercero del que no responde

Si el incumplimiento está determinado parcialmente por el hecho o culpa del deudor y por la conducta de un tercero que no es dependiente o auxiliar del deudor, se plantea el problema de si el deudor ha de responder por el total de los daños o sólo por la parte en que contribuyó a su desarrollo.

La intervención en el curso causal de un tercero por el cual el deudor no responde en la órbita contractual constituirá un caso fortuito o fuerza

¹⁸⁵ Von Tuhr, ob. cit., pp. 67-68.

¹⁸⁶ Abeliuk, ob. cit., t. II, N° 851, p. 755.

mayor si se cumplen los dos requisitos adicionales a la exterioridad (que se da por sentada en el hecho del tercero): la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Nos remitimos, en consecuencia, al examen del caso fortuito en cuanto a su capacidad para desplazar la causalidad del hecho del deudor.

Si la intervención del tercero no constituye caso fortuito, sea porque no era imprevisible para el deudor o, siéndolo, no era inevitable, se produce un concurso de causas que permite considerar dos soluciones: atribuir, siguiendo la doctrina de la *conditio sine qua non*, la totalidad de la causación al deudor y hacerle responder por la totalidad de los daños (sin perjuicio de su derecho a pedir reembolso al tercero), o considerar que la contribución a la causación del resultado lesivo ha sido parcial, por lo que se impone una disminución proporcional de la indemnización.

Tal vez lo más razonable sea considerar la primera postura para la indemnización netamente compensatoria, es decir, para la que consiste en el valor de prestación, dejando la facultad al juez de disminuir la responsabilidad respecto de los perjuicios consecuenciales ocasionados al acreedor. Dejamos a salvo la acción del acreedor contra el tercero por la lesión del crédito en que ha incurrido, ya sea directa o por cesión legal impuesta al deudor (art. 1677 CC)¹⁸⁷.

En todo caso, el hecho de un tercero no interrumpirá la causalidad si el sentido de la obligación del deudor estaba en la evitación del hecho del tercero (ej. el depositario negligente responde por el robo de la cosa realizada por un tercero)¹⁸⁸.

6.4. Los casos de causa hipotética

La doctrina ha discurrido sobre los casos en los que el hecho del deudor debería haber sido la causa del daño, pero no la ha sido porque el resultado que se esperaba del incumplimiento se ha producido por obra de otro acontecimiento que le impidió desplegar su potencialidad dañosa. Por ejemplo, si un veterinario inocular negligentemente una droga a un caballo que debiera ocasionarle la muerte en tres días, pero ello no llega a ocurrir porque el animal perece antes por un incendio del establo en el que se encontraba. O si un arrendatario ha descuidado la conservación de la casa de modo que amenaza ruina inminente, pero el edificio se cae por obra de un terremoto que sobreviene con anterioridad. En estos casos, el incumplimiento queda en calidad de causa hipotética

¹⁸⁷ Esta responsabilidad será extracontractual y se afirmará en la medida en que el hecho del tercero sea causa del incumplimiento. Aunque se plantea que si el tercero ha sido un cómplice del deudor en la inexecución contractual la solución debería pasar no por una concurrencia de responsabilidades sino por la afirmación de una responsabilidad unitaria por el incumplimiento. Así, Díez-Picazo, ob. cit., pp. 605-606.

¹⁸⁸ Carrasco, ob. cit., p. 727.

pero no de causa real, por lo que debiera descartarse la responsabilidad derivada de contrato¹⁸⁹.

Por el contrario, si la conducta del deudor es la que ha provocado el incumplimiento pero se prueba que el daño hubiera sobrevenido igual de haber cumplido oportunamente, la causalidad se ha dado en realidad y el deudor deberá responder sin que pueda invocar que el acreedor de todas maneras hubiera tenido que hacer la pérdida incluso no mediando su inexecución. A esto se opone la regla que contienen los arts. 1547 inc. 3º y 1674 inc. 2º CC, según la cual si el caso fortuito que impide el cumplimiento se produce estando en mora del deudor éste se exonerará de responder si prueba que el caso hubiera sobrevenido igual de haber cumplido oportunamente¹⁹⁰. Pero queda la duda de si estamos frente a una regla general aplicable a todos los casos fortuitos o de una excepción que se circunscribe únicamente a los que ocurren durante una circunstancia que hace cargar al deudor con los efectos de todo caso fortuito. Nos parece que la última debe ser la solución razonable. El deudor que incumple la obligación produce realmente un daño al acreedor y el hecho de que éste lo hubiera padecido igualmente de haber cumplido queda en el terreno de las hipótesis que no pueden perjudicar al acreedor. Otra cosa es que si por ley el deudor deba responder incluso de los casos fortuitos que le alcancen, como sucede si se encuentra en mora, la ley le levante ese gravamen considerando que de todas maneras el acreedor habría sido afectado por ese caso a pesar de haberse ejecutado correctamente el contrato¹⁹¹.

Con todo, si la causa hipotética que habría determinado el daño incluso en caso de cumplimiento oportuno del deudor cernía ya su riesgo destructor sobre la prestación, la disminución de valor de ésta debería tomarse en cuenta para evaluar sus daños. Así, por ejemplo, si se da muerte a un caballo que padecía una enfermedad que le habría matado igualmente. El caballo al que se dio muerte es un caballo enfermo y por tanto su valor es menor.

¹⁸⁹ Von Tuhr, ob. cit., t. I, p. 63, señala: "No basta que el daño haya podido sobrevenir por efecto de su conducta, sino que es necesario que se produzca en realidad como consecuencia de ella y no de otro accidente".

¹⁹⁰ Las normas se refieren al caso típico del caso fortuito que destruye la cosa debida, pero la regla es generalizable a todos los eventos que determinan la imposibilidad sobrevenida.

¹⁹¹ Seguimos a von Tuhr, ob. cit., t. I, pp. 63-64. Señala: "para comprender este resultado, hay que tener en cuenta lo siguiente: el deudor que, faltando a sus deberes, exponga la cosa del acreedor a un caso fortuito, es responsable de ello. Pero si la cosa hubiera perecido también por otro caso fortuito en poder del acreedor, el deudor, con la misma conducta que en condiciones normales le hace responsable de los casos fortuitos, precave al acreedor contra una pérdida equivalente. Por eso es justo que se le exima de responsabilidad por el caso fortuito a él imputable" (pp. 64-65, nt. 3).

7. DAÑO INICIAL Y CONSECUENCIAS DAÑOSAS

7.1. La distinción entre daño inicial y consecuencias dañosas

La distinción entre daño inicial y sus consecuencias ulteriores es un tema que ha preocupado por largo tiempo a la doctrina, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad contractual¹⁹². Las reflexiones de los juristas medievales sobre los daños próximos y los daños remotos, y la consideración de Pothier de que los daños que resultan ser efectos demasiado lejanos del incumplimiento para imponer al deudor, incluso doloso, el deber de repararlos, no hacen sino atisbar soluciones para discernir cuándo el incumplimiento ha producido una cadena de acontecimientos dañinos que se diseminan después de la “explosión” principal constituida por el incumplimiento.

Es un hecho que el daño inicial producido por el incumplimiento es la merma en el patrimonio del deudor (daño emergente) por la falta del valor de la prestación incumplida. Pero ese incumplimiento puede dar motivo a daños consecuenciales, que se producen simultáneamente: la privación de una ganancia (lucro cesante), la repercusión del daño en terceros relacionados con el acreedor, o sucesivamente: el incumplimiento a su vez del acreedor que había comprometido a otro la mercadería adeudada, la insolvencia del acreedor, el remate de sus bienes, etc.

La causalidad se presenta así en su función discriminante entre los varios perjuicios sobrevivientes por o después del incumplimiento buscando cuál de ellos debe ser puesto de cargo del deudor. Se trata de una valoración normativa que supera la mera causalidad fáctica o naturalística de los acontecimientos.

En nuestro Derecho civil la regla llamada a resolver esta materia está en el inciso primero del art. 1558 CC, que señala que el deudor doloso, si bien responde de los perjuicios previsibles, no es responsable de los perjuicios que no fueron “una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

La norma no se refiere al daño inicial: la falta del valor de prestación, porque es obvio que en relación a este daño el deudor debe responder: la causa manifiesta de ese perjuicio es el incumplimiento. No sucede lo mismo con los perjuicios que se derivan de la omisión de la prestación, y que son efectos del incumplimiento en el análisis naturalístico del suceder causal. Respecto de estos perjuicios dispone el art. 1558 CC: por eso habla de que el deudor doloso será responsable de “todos los perjuicios” que fueron consecuencia inmediata o directa¹⁹³.

¹⁹² Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 2ª ed. Paris 1998, pp. 177-178.

¹⁹³ En este sentido, un fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique ha señalado: “El incumplimiento como requisito de la indemnización de perjuicios es ante todo una acción u omisión,

Una primera cuestión que debemos plantear, antes de pasar a estudiar en qué consiste la frontera demarcada por el precepto, es si se trata de un único criterio que se denomina con dos vocablos sinónimos o si se trata de dos conceptos diferentes cada uno con su denominación propia.

7.2. Los criterios de conexión del art. 1558 CC: ¿unidad o duplicidad?

Como ya hemos advertido, nuestro codificador varió sutilmente la fórmula consagrada en el art. 1151 del *Code* que hablaba de consecuencia inmediata “y” directa, para aludir a una consecuencia inmediata “o” directa. Nos parece que el cambio revela la intención de no asimilar ambos criterios en uno solo, aunque con una denominación plural, sino de distinguir dos tipos de criterios: hay responsabilidad si la relación causal del daño consecucional es inmediata al incumplimiento; hay responsabilidad si se acredita que es una consecuencia directa del incumplimiento, aun cuando sea mediata.

Para apoyar este aserto, que nuestra doctrina ha pasado por alto, invocamos la diferencia tan marcada con la norma que sirvió de modelo indudable a nuestro codificador. Es una de las pocas locuciones en las que Bello se sintió en la necesidad de alterar el contenido de la regla que le servía de inspiración. No puede haberse tratado de una mera inadvertencia, menos atendiendo sus conocimientos de lenguaje y gramática del idioma español¹⁹⁴.

Por el orden con que aparecen expuestos parece que el juez debiera primero buscar la causalidad con el criterio de la inmediatez y, a falta de éste, apreciar el grado de vinculación directa.

7.3. “Consecuencia inmediata”: la primera conexión

La consecuencia es inmediata cuando se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño¹⁹⁵, como por ejemplo si el médico por impericia receta un fármaco equivocado que agrava la dolencia del paciente o si el deudor retrasa el pago de la obligación y el acreedor por esa falta de recursos

orientada en el sentido de dejar de cumplir la obligación, un resultado que se produce como consecuencia del incumplimiento y una relación de causalidades entre la manifestación de voluntad y el resultado, y así lo ha entendido el legislador cuando en el artículo 1558 del Código Civil habla de ‘imputar’ dolo al deudor y cuando agrega, en la misma disposición, que los perjuicios indemnizables deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación” (C. Iquique, 27 de octubre de 2000, con casación rechazada por la Corte Suprema, rol 4631-2000, Legal Publishing: 22.692).

¹⁹⁴ No ha sido García Goyena la fuente de este cambio, ya que el art. 1016 de su Proyecto de Código Civil español hablaba de “consecuencia inmediata y necesaria” (t. III, p. 50).

¹⁹⁵ Aplicamos la acepción del Diccionario de la Real Academia Española que concibe lo inmediato como “lo que sucede enseguida, sin tardanza”.

incurre en mora en sus propias obligaciones. El incumplimiento trae inmediatamente el daño en cuestión. Ese daño debe ser reparado porque hay causalidad.

El juicio de inmediatez no es necesariamente cronológico, sino lógico-normativo: por lo que habrá inmediatez incluso cuando el daño ocurra tiempo después del incumplimiento, sin que haya operado ningún hecho adicional que interfiera en su despliegue y que no sea invariable acompañamiento de la inejecución¹⁹⁶.

7.4. "Consecuencia directa": las consecuencias mediatas

Cuando falla la inmediatez hemos de preguntarnos por las consecuencias mediatas del incumplimiento, es decir, aquellas que operan a distancia del incumplimiento aunque conectadas causalmente con él, de modo empírico. Esto es, sin el incumplimiento no se hubieran producido (*conditio sine qua non*).

Aquí el codificador ha introducido el criterio de la vinculación directa, rechazando aquellas consecuencias que si bien son empíricamente efectos en cuanto integran la serie o cadena causal, resultan, en una valoración normativa, demasiado lejanas o remotas (indirectas). Pero ¿cuándo puede afirmarse que el daño es directo? El Diccionario de la Real Academia Española señala que directo no es lo que excluye interposiciones de otros hechos intercalados, sino más bien "lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios" (acepción 2), y también que el vocablo se aplica "a lo que se encamina derechamente a una mira u objeto" (acepción 3). Esta significación natural de la palabra nos induce a pensar que el vínculo directo requiere una apreciación ya no empírica sino valorativa de la cadena causal: se trata de determinar cómo una determinada consecuencia que no es inmediata al incumplimiento puede ser atribuida como efecto a ese hecho fundamental por considerarse no significativos o relevantes los hechos sucedidos en el intermedio. De alguna manera el incumplimiento estaba llamado a desembocar en esa consecuencia, y por ello esta es un efecto directo de aquél. Como dicen Viney y Jourdain en Francia, es necesario que el daño sea directo, en el sentido de que la causa pueda "explicar" el surgimiento del daño¹⁹⁷.

En la consecuencia mediate pero directa el daño es producido por el incumplimiento pero unido a otro hecho que, sin embargo, no tiene la significación o fuerza para transformarse en la única causa del daño ni

¹⁹⁶ Señalan Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo Perrot, B. Aires, 1995, p. 219, que "es daño inmediato el que deriva del incumplimiento en sí mismo, es decir, aquél del cual el incumplimiento es causa próxima. Dado que la inmediatez en el caso es lógica y no cronológica, es también inmediato el daño que deriva de la conexión de un hecho que invariablemente acompaña al incumplimiento".

¹⁹⁷ Viney y Jourdain, ob. cit., p. 164.

para disminuir la calidad de causa fundamental y principal atribuida al incumplimiento.

La doctrina argentina, sobre la base de los artículos 901 y 906 del Código Civil, distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas y remotas. Las mediatas son aquellas que tienen una conexión con el hecho principal de 2º grado (hay una circunstancia que media entre el incumplimiento y el daño). Las remotas son las que presentan una conexión de 3º grado o más (los hechos que se interponen son más y ya la consecuencia es muy lejana respecto del incumplimiento). Las consecuencias remotas quedan fuera de la causalidad¹⁹⁸.

Por lo demás esta era la enseñanza de Pothier en la que se basa nuestro Código. Cuando se pregunta por el alcance de la responsabilidad del deudor doloso se refiere a la consecuencia "lejana e indirecta" del incumplimiento, entendiéndose por tal aquellas que no son necesarias sino que han podido deberse a otras causas. Por ello, el vendedor de la vaca enferma no responderá de la insolvencia sobrevenida al comprador por la falta de cultivo de sus tierras, a su vez ocasionada por el contagio de su ganado, ya que ese desequilibrio patrimonial "puede tener otras causas"¹⁹⁹.

Para determinar si la consecuencia es directa habrá que recurrir a los criterios de adecuación y de imputación objetiva que hemos visto.

7.5. El daño por repercusión en la responsabilidad contractual

En la responsabilidad extracontractual se acepta que no sólo puedan accionar los afectados directamente por el hecho ilícito, sino también aquellos terceros que sufren como consecuencia del daño sufrido por la víctima principal. Es usual que se concedan indemnizaciones, sobre todo por daño moral, a cónyuges o parientes de las víctimas de muerte o lesiones corporales causadas ilícitamente.

La cuestión puede presentarse también en materia de responsabilidad contractual, como se ha advertido en Francia²⁰⁰. Pensemos por ejemplo en un incumplimiento de un deber de seguridad por el cual la víctima sufre un accidente o muere. ¿Podrán los miembros de la familia pedir indemnización de los daños materiales y morales sufridos por la pérdida del ser querido? La dificultad que puede observarse nace de la relatividad del contrato, que parece no cubrir intereses de personas que no han sido partes de la relación obligacional. No parece posible que estas personas que sufren daños por repercusión puedan hacer valer la responsabilidad

¹⁹⁸ Cfr. Alterni, Ameal y López Cabana, ob. cit., p. 219. El art. 906 del Código Civil argentino señala que: "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad".

¹⁹⁹ Pothier, ob. cit., N° 167, pp. 98-99.

²⁰⁰ Viney y Jourdan, ob. cit., p. 178.

contractual, ya que en estricto rigor son terceros ajenos al contrato. Claro que si la lesión es por sí misma un hecho ilícito, con prescindencia de la existencia de contrato, podrán hacer valer la responsabilidad extracontractual. Siendo terceros ellos no pueden perjudicarse por la pretendida imposibilidad del cúmulo de responsabilidades.

Distinto del daño por repercusión es el llamado “daño en cascada”²⁰¹ y que consiste en la propagación del daño sufrido por la víctima principal a terceros que sufren un nuevo daño que es causado por la pérdida sufrida por la primera víctima. En responsabilidad contractual esto puede ser más común de lo que parece a primera vista, sobre todo en los supuestos de contratos coligados. Así el deudor omite la prestación debida, y por causa de ello el acreedor también deja de cumplir con su propia obligación respecto de un tercero. ¿Puede este tercero invocar la responsabilidad contractual del primer deudor como causa del segundo incumplimiento? De nuevo pareciera que este acreedor que sufre el daño en cascada no podrá invocar la responsabilidad contractual toda vez que él no es parte del primer contrato. Podría, sí, considerar que con su incumplimiento el primer deudor lesionó su derecho de crédito e invocar la responsabilidad extracontractual de éste, pero tendría que probar culpa o dolo, no respecto del primer incumplimiento, sino respecto del hecho de que su acreedor no pudiera, a su vez, cumplir su obligación para con el demandante.

En ambas hipótesis la relación de causalidad deberá ser considerada a la luz de los criterios de la responsabilidad extracontractual²⁰².

7.6. La causalidad del lucro cesante

Una importante partida de la indemnización es la que se refiere a la pérdida de una ganancia que, de no ser por el hecho dañoso, la víctima habría conseguido. Es el *lucro cessans* reconocido ya en las fuentes romanas, y que llega a nosotros a través del art. 1556 de nuestro Código Civil, aunque sin definirlo.

La doctrina señala que se entiende por lucro cesante, “la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”²⁰³, o más precisamente, que se trata de un daño futuro que corresponde “a la utilidad, provecho o beneficio económico que el contratante deja de obtener como consecuencia del incumplimiento”²⁰⁴.

²⁰¹ Cfr. Viney y Jourdan, ob. cit., p. 178.

²⁰² Viney y Jourdan, ob. cit., pp. 179-180, informan que la jurisprudencia francesa es muy liberal en la apreciación de estos daños y no ha tenido para nada en cuenta la limitación del art. 1151 del *Code* relativa a las consecuencias “inmediatas y directas”. Señalan que en general los tribunales afirman la causalidad toda vez que de no haber ocurrido el primer daño es cierto que no se habría derivado el daño en cascada o por rebote. Cuando aprecian que ello conduciría a indemnizaciones exageradas limitan el nexo causal pero por la vía de apreciar más rigurosamente la prueba.

²⁰³ Abeliuk, ob. cit., t. II, Nº 893, p. 791.

²⁰⁴ Rodríguez, ob. cit., p. 227.

Aquí la causalidad opera en sentido inverso al daño emergente. No se trata de acreditar que el incumplimiento causó una pérdida, sino que el cumplimiento habría podido ser causa de la ganancia. El juez debe establecer un juicio de causalidad hipotética: ¿qué habría sucedido si el deudor hubiera ejecutado oportunamente la obligación? Habrá que atender a las circunstancias particulares del acreedor y al medio en el que se desenvuelve, y además a su probable intención de hacer la ganancia. Aunque es lógico suponer que si había probabilidad según el curso ordinario de las cosas de hacer el lucro, el acreedor lo habría querido hacer²⁰⁵. En todo caso, es necesario que se hayan aportado antecedentes probatorios para que el juez pueda evaluar el lucro cesante reclamado²⁰⁶.

Si con posterioridad al incumplimiento ocurre un hecho que, de haberse cumplido la obligación, hubiera de todos modos impedido la ganancia, habrá una interrupción del curso causal hipotético y deberá negarse el lucro cesante²⁰⁷.

²⁰⁵ Enneccerus, Ludwig, "Derecho de Obligaciones", en Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M., *Tratado de Derecho Civil II*, revisado por H. Lehman, trad. B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, 2ª ed. al cuidado de J. Puig Brutau, Barcelona, 1954, p. 74. Por eso no parece correcta la sentencia de la Corte de Temuco que niega la causalidad del lucro cesante en el caso en que un arrendador no le entregó oportunamente la propiedad a un arrendatario, impidiéndole así subarrendarla y obtener las rentas del subarrendamiento. Según la Corte el demandante-subarrendador no tiene derecho al cobro de los daños o perjuicios indirectos como lo sería el lucro cesante en la especie (C. Temuco, 28 de marzo de 1985, Jurisprudencia Nº 34, p. 27, extracto citado en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia. Código Civil*, t. V, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, 1997, art. 1558 p. 373). No parece que en este caso el perjuicio sea indirecto ni imprevisible, si estaba estipulado en el arrendamiento la facultad de subarrendar. Al parecer pesó en el ánimo de los jueces en este caso el hecho de que, como lo dice también la sentencia, no estaba acreditada fehacientemente la existencia del contrato de arrendamiento. Según nota del Repertorio el contrato de subarrendamiento era simulado para prefabricar un lucro cesante que no existía.

²⁰⁶ En el caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago en 1989, una sociedad demandó al Fisco por el incumplimiento en la entrega de un predio comprado a la CORA, reclamado como lucro cesante las utilidades que esperaba obtener en cinco años de funcionamiento de un centro turístico que quería establecer en el inmueble. La Corte rechazó la indemnización por este concepto diciendo que "la demanda por fundarse en utilidades inciertas de obtener de un centro turístico cuyo financiamiento cierto y definitivo no es posible determinar por no existir antecedentes que permitan afirmar que la sociedad demandante tuviese los fondos para construirlo o el crédito acordado para ese fin y que, aun en ese evento, no se sabe si esa construcción se llevaría a cabo en definitiva y que aun terminado y comenzada su explotación, existieran utilidades, es que no es posible acoger el cobro demandado por lucro cesante" (C. Santiago, 19 de julio de 1989, rol 427-88, con recurso de casación en el fondo rechazado por la Corte Suprema por sentencia de 30 de octubre de 1991, rol 14.840, Legal Publishing: 11.583). En otro caso, más reciente, la Corte Suprema negó la indemnización por lucro cesante del afectado por un accidente laboral, por estimar que "la prueba rendida en autos no permite establecer -con la necesaria certeza- que la capacidad residual de ganancia que mantiene el afectado sea tan exigua como para justificar otro pago adicional, a lo que cabe agregar que no hay elementos que permitan determinar el tiempo durante el cual -de no mediar el accidente- se habría extendido la relación laboral que vinculó a las partes, todo lo cual impide establecer la relación de causalidad que exige la norma recién citada [el art. 1558 del Código Civil] e impide dar lugar al cobro que por este concepto se formula en la demanda" (C. Sup. 9 de julio de 2002, GJ 275, p. 227, reproduciendo el considerando del fallo de la Corte de Apelaciones casado por *ultra petita*).

²⁰⁷ Cfr. Rodríguez, ob. cit., p. 227.

También se negará la indemnización de la ganancia frustrada por el incumplimiento si el acreedor no adoptó las medidas razonables que hubieran impedido o aminorado esa frustración. En tal caso, la frustración es atribuible más a la inacción del acreedor que al hecho del deudor, ya que pesa sobre el acreedor una carga de adoptar las medidas razonables para aminorar el impacto del daño²⁰⁸.

8. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Caso fortuito y fuerza mayor aparecen unificados en nuestro Derecho Civil bajo el común concepto de “imprevisto a que no es posible resistir” (art. 45 CC). La doctrina suele agregar que debe tratarse de un hecho ajeno o exterior al deudor²⁰⁹. El suceso externo, imprevisible e irresistible puede provenir de las fuerzas de la naturaleza: un naufragio, una tormenta, un terremoto, un incendio o de actos de terceros, como un delito, una orden de autoridad, etc.

Aunque existe una fuerte tendencia a relacionar caso fortuito y culpa, de manera de conceptualizar el caso fortuito como ausencia de la diligencia debida, la doctrina comparada se inclina por desvincular el caso fortuito de la culpa y posicionarlo en sede de relación de causalidad. Se señala de esta manera que no deben reconducirse los elementos del caso fortuito a los de la culpa por medio de calificar la previsibilidad y la inevitabilidad sobre la base de la diligencia debida por el deudor según el tipo de contrato, sino que debe reconocerse en él un evento exterior que viene a romper el vínculo de causalidad entre el comportamiento del deudor y el incumplimiento. Es la falta de causalidad y no la ausencia de culpa la que justifica la exoneración del deudor²¹⁰.

Así lo entiende entre nosotros Jorge Baraona, cuando señala que el caso fortuito “actúa como circunstancia que exonera al deudor de responder, no en cuanto elimina la ‘culpa’ del deudor (falta de diligencia debida), sino porque, en principio, destruye la relación de causalidad que debe existir entre el hecho (infracción del contrato) y la persona del deudor. Es decir, si se prueba caso fortuito quiere decir que el acreedor

²⁰⁸ Carrasco, ob. cit., p. 736, afirma: “Todo acreedor que actúa en el Derecho de contratos con perspectivas al mercado (es decir, que no se trate de un consumidor) debe aminorar el coste de su daño buscando en cobertura un bien que sustituya a la prestación fallida. Esta es la razón que explica y justifica casi siempre la jurisprudencia restrictiva en materia de lucro cesante. El acreedor no puede solicitar el lucro que dejó de ganar si pudo conseguir en el mercado una prestación equivalente con la que negociar y lucrarse. Su daño ‘razonable’ no será otro que la diferencia de costes entre la prestación contratada y la buscada en sustitución”.

²⁰⁹ Cfr. Abeliuk, ob. cit., N° 841, p. 745.

²¹⁰ Así, Díez-Picazo, ob. cit., pp. 589-590, propiciando que el caso fortuito debe ser entendido como eventos o hechos exteriores, que queden fuera del ámbito o marco de control del deudor, si bien este ámbito puede estar determinado por los deberes de diligencia según la clase de deudor.

no podrá, como regla, pretender la *aestimatio rei* o ser indemnizado, pues la falta de cumplimiento se ha producido por una causa no atribuible al obligado²¹¹.

Las nociones de imprevisibilidad e inevitabilidad del caso fortuito deberán juzgarse en abstracto, pero atendiendo a la economía del contrato y a los riesgos a que se sometieron las partes²¹².

9. HECHO DE UN TERCERO QUE NO DEPENDE DEL DEUDOR

Al caso fortuito puede asimilarse el hecho de un tercero, que no depende del deudor, si esa acción interrumpe la causalidad de modo que el resultado dañoso no puede ser imputable, según el criterio de la causalidad adecuada, a la conducta del deudor. Por ejemplo, si alguien daña o hurta la cosa depositada e impide el cumplimiento debido del depositario²¹³.

En todo caso, el quiebre del nexo de causalidad sólo se producirá cuando la actuación del tercero no haya sido posibilitada o, al menos, no suficientemente precavida por el deudor. En principio, como en el caso fortuito, la acción del tercero debe ser también imprevisible o irresistible para el deudor²¹⁴.

Si el hecho del tercero es la causa del perjuicio sufrido por el acreedor ante el incumplimiento contractual, este podrá perseguir al tercero por la lesión ocasionada al crédito, pero en este caso se aplicará el estatuto extracontractual²¹⁵.

²¹¹ Baraona, ob. cit., p. 175.

²¹² Baraona, ob. cit., pp. 175-176.

²¹³ En un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Iquique se estimó que el hecho de un tercero interrumpía el nexo causal liberando al deudor de responsabilidad. En el caso, el demandante alegó el incumplimiento de un contrato de compraventa de 600 sacos de cemento por parte de la empresa vendedora. La demandada se defendió diciendo que había dejado la mercancía vendida en el lugar señalado por el comprador, si bien fueron recibidos por el cuñado de éste que dijo ser su socio y que posteriormente está declarado rebelde, con orden de aprehensión pendiente, en un proceso penal por estafa. La Corte revocó la sentencia de primera instancia que había dado lugar a la demanda de indemnización de perjuicios y consideró que "toda vez que un hecho extraño rompe este nexo de causalidad desaparece la obligación de indemnizar", si bien también se fundó en que el deudor justificó el cumplimiento de la obligación al poner a disposición del deudor los sacos de cemento. La Corte Suprema rechazó los recursos de casación de forma y fondo intentados contra el fallo de alzada (C. Iquique, 27 de octubre de 2000, con casación rechazada por la Corte Suprema, rol 4631-2000, Legal Publishing: 22.692).

²¹⁴ Señala Rodríguez, ob. cit., p. 197, que "la acción del tercero debe ser sobreviviente, imprevista y generar un obstáculo de tal entidad para el cumplimiento de la obligación que el deudor no esté obligada a atajarla". Sin embargo, Alessandri, ob. cit., N° 528, p. 445, si bien tratando de la responsabilidad extracontractual, señala que el hecho de un tercero es una causa de exoneración distinta de caso fortuito, por lo que no debe exigirse la imprevisibilidad e irresistibilidad, sino únicamente que no haya culpa de parte del demandado.

²¹⁵ Díez-Picazo, ob. cit., p. 605, señala que no siempre que el hecho del tercero interrumpa el nexo de causalidad del incumplimiento del deudor implicará que éste sea responsable extracontractualmente ante el acreedor por lesión del crédito. Para que así lo sea es necesario demostrar que el hecho del tercero es, de acuerdo con las reglas de la causalidad adecuada,

El acreedor también podrá exigir que el deudor le ceda sus acciones contra el tercero cuando se ha producido la imposibilidad sobrevenida de la obligación, por aplicación del art. 1677 CC.

10. HECHO DEL ACREEDOR E INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

La exposición temeraria al daño produce en sede de responsabilidad extracontractual una atenuación de la responsabilidad en virtud del art. 2330 CC. La doctrina agrega que si el hecho de la víctima llega a romper el nexo causal constituyéndose en la causa exclusiva del perjuicio, el demandado no responderá.

Estos principios parecen aplicarse al régimen contractual, de manera que si el incumplimiento se debe a un hecho del acreedor que desplaza la causalidad del comportamiento del deudor, no habrá responsabilidad contractual para este último²¹⁶. Si la conducta del acreedor si bien interviene o facilita el incumplimiento no lo determina causalmente, se podrá moderar la indemnización que el deudor debe pagarle²¹⁷.

El caso más típico de culpa de la víctima en materia contractual es el de la mora del acreedor, que se configura por la negativa no justificada del acreedor a recibir la prestación a la que el deudor está dispuesto. La mora del acreedor puede eximir o al menos moderar la indemnización de perjuicios debida por el deudor²¹⁸. Parece seguro que se exonerará de los perjuicios moratorios²¹⁹ y de los que provengan de la falta de realización de la prestación prometida (art. 1548 CC). Esta mora, sin embargo, no exonera al deudor del deber de cumplir, ya que puede hacerlo mediante el pago por consignación. Tampoco le exime del deber de conservación

la causa directa del daño. Por ejemplo, en el caso de que un tercero cause imprudentemente un shock a una cantante la que no puede por eso ejecutar un contrato de espectáculo, no responderá de las pérdidas derivadas de la falta de ejecución del contrato ya que se trata de un daño indirecto.

²¹⁶ Carrasco, ob. cit., p. 755, sostiene que: "El acreedor carga con el daño que se produce como consecuencia necesaria de su conducta", pero precisa que ello sucederá en la medida en que no haya sido el deudor quien creó la situación de riesgo ilícito que impulsó al acreedor a actuar para tratar de evitar la realización del riesgo.

En un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Rancagua se estimó que no había responsabilidad del arrendador por no haber cumplido el contrato de arrendamiento de unos buses que debían ser utilizados por una Sociedad de Transportes. Se acreditó en el proceso que el arrendador llevó los buses pero el representante de la sociedad arrendataria no los dejó salir a efectuar sus recorridos (C. Rancagua 20 de diciembre de 2002, rol N° 19.102, Legal Publishing: 25.987).

²¹⁷ Rodríguez, ob. cit., pp. 199 y ss. prefiere analizar el hecho del acreedor como un elemento de la imputación subjetiva del incumplimiento, y resalta la necesidad de que el comportamiento del acreedor sea considerado negligente y además que el deudor no haya incurrido en culpa al no prevenirlo o superarlo.

²¹⁸ Díez-Picazo, ob. cit., p. 602, indica que si bien el deudor puede pagar por consignación, "En todo caso, se excluye o cuando menos se reduce la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que el acreedor pueda sufrir".

²¹⁹ Rodríguez, ob. cit., p. 204, señala como uno de los efectos de la mora del acreedor la exoneración del deudor de responsabilidad por la mora, sobre la base del art. 1552 CC.

de la cosa debida, aunque reduce el grado de diligencia a la culpa grave o lata (art. 1680 CC).

También debe notarse que pesa sobre el acreedor la carga de adoptar las medidas que razonablemente contribuyan a paliar los efectos dañinos del incumplimiento, lo que tiene especial relevancia en la causalidad del lucro cesante, como ya mencionamos.

11. LA AMPLIACIÓN DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES POR ACUERDO DE LAS PARTES

El art. 1558 CC en su inciso tercero señala que las estipulaciones de los contratantes pueden alterar las reglas que él da sobre la causalidad de los daños. Pareciera, entonces, que es posible pactar que el deudor responderá incluso por las consecuencias que no sean inmediatas ni directas del incumplimiento. Esto quiere decir que el deudor se hará responsable de perjuicios que no tengan un vínculo de causalidad jurídica con su actuación. Pero ya hemos asentado que el vínculo causal es un elemento esencial de la responsabilidad, de manera que si falta podemos hablar de indemnización pero no de responsabilidad civil.

A nuestro juicio, sucedería algo similar a lo que ocurre en la cláusula penal, donde la indemnización se devenga con el solo incumplimiento y con prescindencia de que haya o no perjuicio al acreedor. No puede hablarse entonces propiamente de responsabilidad, sino de caución o garantía.

Del mismo modo, el pacto por el que se ponen de cargo del deudor consecuencias que no reconocen causalidad con su incumplimiento parece más una convención de garantía que de responsabilidad agravada.

El pacto de ampliación de la indemnización no es sin embargo una forma de cláusula penal, aunque se haya puesto un monto máximo a los daños indemnizables, ya que en este caso el acreedor se compromete a probar que se han producido esos perjuicios, lo que no sucede en la cláusula penal.

Además, el hecho de que se amplíe la causalidad a las consecuencias remotas o indirectas, no supone que se comprenda cualquier daño que sufra el acreedor. Será necesario que se trate de perjuicios conectados en la cadena causal del incumplimiento. En este caso, la teoría de la *conditio sine qua non* será útil para excluir aquellos daños que no son consecuencias, ni siquiera indirectas o remotas, del incumplimiento.

12. LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL Y EL CONTROL DE CASACIÓN

La relación de causalidad, siendo un elemento de la responsabilidad contractual, debe ser probada por el demandante. Se emplearán todos los medios de prueba admisibles. En casos complejos, el informe pericial

será de gran ayuda para estimar la conexión de los distintos hechos. No obstante, no debe olvidarse que la relación causal no se satisface con un examen meramente empírico de las circunstancias fácticas, y requiere una valoración normativa de previsibilidad y de imputación adecuada. Esta valoración deberá ser hecha por el juez, teniendo en cuenta los elementos de hecho acreditados en el proceso.

Surge el problema de si la relación causal en la responsabilidad contractual puede ser revisada por el Tribunal de Casación. Clásicamente la Corte Suprema se ha negado a apreciar el nexo causal en sede de casación, estimando que el vínculo de causalidad es un elemento de hecho cuya determinación es privativa de los jueces de instancia²²⁰. Empero, en una sentencia más reciente se distingue entre los elementos fácticos y el juicio normativo que se incluyen en la causalidad, lo que en principio permitiría a la Corte revisar la causalidad sobre la base de los hechos acreditados en el proceso: "Que, determinar, por otra parte, si los daños son directos o indirectos, necesariamente corresponde referirse a la relación de causalidad, la que sin perjuicio de no ser invocada al fundar el error de Derecho, se puede apreciar que los magistrados de la instancia determinaron que existía entre el tratamiento inadecuado o negligente y los perjuicios sufridos por el actor, precisando lo anterior al establecer los hechos. Sin perjuicio de lo anterior, luego de tener por acreditados los supuestos fácticos, igualmente corresponde a este Tribunal de Casación determinar la concurrencia de la relación de causalidad, la que se advierte en este caso, puesto que efectivamente se encuentra presente una correspondencia de causa a efecto entre el incumplimiento contractual o la realización de los procedimientos inapropiados y todos los perjuicios ordenados indemnizar, de forma tal que suprimido mentalmente el primero no se generarían los segundos" (C. Sup. 24 de septiembre de 2007, rol 4103-05, MJJ 15635)²²¹.

²²⁰ En el caso de responsabilidad por un examen que erróneamente dio positivo a la prueba del virus del SIDA, el laboratorio demandado recurrió de casación en el fondo por infracción del art. 1558 del Código Civil, pues, según alegó, los perjuicios sufridos por el actor fueron ocasionados por su propia conducta imprudente, ya que enterado del resultado del examen no consultó un médico sino que se autodiagnosticó la enfermedad del SIDA. La Corte Suprema rechazó la causal de casación por estar "dirigida a desvirtuar los hechos fijados en la sentencia por los jueces del mérito, pues uno de los presupuestos fácticos del fallo es la existencia del nexo causal entre el incumplimiento de su obligación por parte del demandado y los perjuicios extramatrimoniales sufridos por el demandante y, por ende, no puede este tribunal, conociendo del recurso de casación en el fondo, alterar este hecho" (C. Sup. 5 de noviembre de 2001, GJ N° 257, p. 39).

²²¹ Como se ve, no obstante, la Corte sigue anclada en la teoría tradicional de la equivalencia de las condiciones para establecer la causalidad, lo que resulta contradictorio con su planteamiento de que es posible revisarla como cuestión de Derecho y no meramente fáctica.

IV. LA PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS

1. SENTIDO GENERAL DE LA LIMITACIÓN: PREVISIBILIDAD, CAUSALIDAD Y CULPA

Hemos visto que la regla general es que se responde de todos los perjuicios que tengan una relación de causalidad jurídica con el incumplimiento, es decir, de aquellos que pueden calificarse de consecuencias inmediatas o, al menos, directas del hecho en que consiste la infracción del contrato.

La ley, sin embargo, establece una limitación a la causalidad que favorece a todo deudor al que no pueda imputarse dolo, señalando que se responderá sólo de aquellos perjuicios directos que hayan sido efectivamente previstos por las partes al momento de celebrar el contrato o que, aunque no lo han sido, habrían podido ser previstos por ellas: "sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato" (art. 1558 inc. 1º CC). El criterio en definitiva es el último, ya que lo que expresamente se prevé en el contrato no tiene mayor dificultad para ser reconocido y aplicado. Lo que interesa es el canon de la previsibilidad como criterio que limita o restringe el deber de reparar. Se trata de que el deudor indemnice al acreedor únicamente por las pérdidas que puedan calificarse de previsibles a la hora de celebración del contrato.

El canon de la previsibilidad puede prestarse a confusión en relación con la exigencia de causalidad de la responsabilidad contractual. En efecto, la causalidad adecuada se establece sobre la base de probabilidades y por tanto requiere también un juicio sobre la previsibilidad del daño.

No es extraño que algunos autores hayan confundido ambos elementos, señalando que en verdad la regla se justifica por establecer la forma en la que se mide la causalidad en la responsabilidad contractual. El daño imprevisible no tiene un vínculo de causalidad adecuada con el incumplimiento, es siempre indirecto, y es por esto por lo que la ley exonera al deudor de indemnizarlo²²².

Tal postura surge de un error sobre el momento en el que se sitúa el juez para efectuar el juicio de previsibilidad. Para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el del hecho ilícito que causa el daño, es decir, tratándose de responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación establece claramente que el momento en que el debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquél en que el contrato se celebra. En

²²² En Francia han sostenido esta tesis autores de gran autoridad como Esmein y Savatier. Cfr. Viney, Geneviève, *La responsabilité: effets, en Traité de Droit Civil de Jacques Ghestin V*, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 436.

este sentido, debe entenderse la expresión “al tiempo del contrato” que utiliza el art. 1558 CC²²³.

La norma, por tanto, no expresa los límites de la causalidad en la responsabilidad contractual, sino que delimita el deber de reparar los daños causalmente conectados con el incumplimiento. De todos los daños sobre los que se reconoce una causalidad, porque han sido previsibles en el momento en que el deudor infringió la obligación, sólo deberá indemnizar aquellos que eran previsibles cuando el contrato fue celebrado²²⁴.

Se trata por tanto de una norma especial sin la cual el deudor debiera responder de todos los perjuicios que son efectos del incumplimiento, al igual que en la responsabilidad extracontractual. Es, por tanto, una regla que impone una cierta excepción al principio de reparación integral del daño.

A la inversa es posible que un daño que sea previsible al tiempo del contrato no sea, sin embargo, una consecuencia causal del incumplimiento por la forma en la que se desencadenaron los sucesos que lo determinaron. En este caso, no operará la limitación del art. 1558, pero sí la exigencia de causalidad.

Tampoco debe confundirse la previsibilidad como medida de limitación de los daños indemnizables con la previsibilidad que suele incluirse en el concepto de culpa o negligencia, en el que se basa normalmente la responsabilidad por infracción de los deberes contractuales. La culpa tiene su propio juicio de previsibilidad que se refiere no a todos los daños consecuenciales sino únicamente al evento dañoso, basta que el deudor haya podido saber que con su actuación lesionaría los intereses del acreedor, sin que sea necesario que cada uno de los daños causados haya sido incluido en ese juicio de previsión o previsibilidad²²⁵. Este tema

²²³ En contra, un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de diciembre de 1994, *Cadi con Municipalidad de Concepción*, sostiene que el art. 1558 CC no se refiere a los perjuicios que se previeron a la fecha del contrato, pues para el arrendamiento y para cualquier contrato de tracto sucesivo tiempo del contrato “es el período durante el cual se desarrolla el contrato, desde su nacimiento hasta el momento en que se haya producido la restitución del inmueble arrendado” (citado por Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, N° 341, p. 287).

²²⁴ Es cierto que más que una limitación del daño resarcible la regla expresa más bien una delimitación de la responsabilidad contractual. Como señala Di Gravio, Valerio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 139, la parte del daño considerada imprevisible al momento de contratar es algo externo a la obligación desde su nacimiento, de modo que no puede hablarse en rigor de limitación de la responsabilidad, salvo en el sentido de determinación de la misma: “es obvio –continúa este autor– que todo elemento de una figura legal termina por ‘limitar’ la aplicabilidad de la norma, respecto del ámbito que ella habría tenido si no hubiese contenido aquel elemento; pero es claro que, en tal modo, se refiere al concepto de límite’, en el sentido de confín, y no ya de ‘limitación’, para la cual se necesitaría postular la existencia de otra norma que funcionara como elemento de parangón, la cual aquí no existe”.

²²⁵ Barrientos, ob. cit., p. 19, argumenta que esta distinción se basa tanto en objeto de la previsibilidad (el evento dañoso o lesionado de los intereses del acreedor, en el caso de la culpa, y las consecuencias dañosas, que pueden limitarse por el art. 1558 CC) como en el tiempo en que se efectúa la valoración (en la culpa, el momento relevante es el del

se plantea con más complejidad en la responsabilidad extracontractual²²⁶, ya que en la contractual por regla general del solo incumplimiento se presume la culpa *ex art.* 1547 del Código Civil.

Debe, finalmente, asentarse que la regla hace responsable al deudor no doloso de los perjuicios “que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato” (art. 1558 CC). Lo que importa en definitiva no es que las partes efectivamente previeran la ocurrencia del daño sino de que pudieran preverlas. Se trata de un juicio, no de previsión efectiva, sino de previsibilidad, de que las partes estaban en situación de haber previsto aunque en realidad no lo hayan hecho.

Aclarado el sentido de la regla de la previsibilidad al tiempo del contrato, conviene detenerse en qué razones son las que justifican y fundamentan esta notoria excepción a un principio tan caro a la responsabilidad civil.

2. LAS CRÍTICAS AL MANTENIMIENTO DE LA REGLA

Hay autores que piensan que en el moderno Derecho de la responsabilidad la limitación de los daños contractuales no tiene ningún fundamento plausible. Es inadecuada tanto para las nuevas concepciones sobre las que se opera en materia contractual, donde ya no es posible seguir funcionando sobre la idea de un acuerdo de voluntades de individuos con la misma capacidad de negociación, como para la nueva forma de entender la responsabilidad, donde la protección de la víctima y el principio de reparación integral del daño son reconocidos como elementos irrenunciables. De este modo, la regla legal que limita los daños a los previsibles constituye una excepción arbitraria al derecho de la víctima a ser indemnizada por todos los perjuicios sufridos, regla que ya no puede justificarse sobre la base de un consentimiento presunto o invocando la libre voluntad de las partes.

Además, se señala, la presencia de esta regla constituiría una separación entre responsabilidad contractual y extracontractual que se opone a la tendencia unificadora que se defiende como más coherente.

En estas razones funda Carmen Domínguez la supresión de la regla como solución ideal “para evitar todos sus efectos distorsionadores y las graves injusticias generadas por la derogación que comporta al principio de reparación integral de los perjuicios”²²⁷.

incumplimiento, mientras que en el caso del art. 1558 CC el tiempo es aquel en que se constituye la obligación).

²²⁶ Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 214.

²²⁷ Domínguez, ob. cit., p. 582, con ello la autora pretende también derribar el obstáculo que puede constituir la regla para la indemnización del daño moral en sede contractual.

Discrepamos de este planteamiento porque nos parece que el principio de la reparación integral del daño no es un principio absoluto. Incluso en la responsabilidad extracontractual se contemplan criterios para moderar las indemnizaciones exageradas como la previsibilidad de los resultados como elemento de la causalidad. No parece injustificado que en materia contractual, por la especificidad del instrumento de distribución de riesgos, el legislador contemple un criterio propio para la extensión del daño. En el fondo, la responsabilidad contractual no puede dimensionarse ni justificarse sin tener en cuenta la disciplina jurídica del incumplimiento, y esto constituye un obstáculo fuerte a las tendencias unificadoras²²⁸.

Por cierto, la derogación de la regla no puede justificarse sólo en que con ello se obtendría la uniformidad de regímenes reparatorios, porque es necesario probar en forma previa que efectivamente los sistemas de responsabilidad obedecen a principios y estructuras comunes. Pero si fuera así la proposición de derogación no debería centrarse en el art. 1558 CC sino en todas las normas que otorgan peculiaridades a la responsabilidad contractual, entre ellas las referidas a la necesidad, de la mora, a la presunción de culpa y a la prescripción.

Afirmada la conveniencia de preservar la regla, queda por discernir cuál es su fundamento.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

3.1. La voluntad contractual

La explicación más recurrida de la limitación recurre al principio de la autonomía de la voluntad sobre el cual se elaboró la teoría general del contrato en los tiempos de la codificación. Si los contratos obligan porque son queridos por las partes, es lógico que, en caso de incumplimiento, sólo den lugar a indemnizaciones que hayan sido queridas expresa o implícitamente por los mismos contratantes.

Es la justificación que encontramos en Pothier al aludir a que no se puede imponer al deudor más responsabilidades que aquellas que haya podido tener en cuenta al momento de contratar, porque no es posible suponer que haya querido obligarse a más²²⁹. Ha sido también la justificación

²²⁸ Di Gravio, ob. cit., p. 138.

²²⁹ Pothier, ob. cit., N° 164, p. 96: "El principio sobre que se funda esta decisión es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inexecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá: dicho se está, pues, que cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir como máximo; pues ha de reputarse el

preferida de la doctrina, no sólo en el ámbito latino-continental sino anglosajón desde que en el mismo precedente que estableció la regla: *Hadley vs. Baxendale*, la funda en la “*contemplation of the parties*”²³⁰.

Entre nosotros, Claro Solar la acepta sin mayores desarrollos e incluso retomando la distinción de Pothier entre perjuicios intrínsecos y extrínsecos. En general, estos últimos no se indemnizan salvo que hayan sido previsibles: “Algunas veces la responsabilidad se extiende a los perjuicios extrínsecos; para ello es necesario que estos daños y perjuicios hayan sido previstos en el contrato, de tal modo que el deudor quede obligado a indemnizarlos, expresa o tácitamente”²³¹.

No obstante, la explicación basada en el consentimiento tácito se ha prestado a críticas ante el debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad. Si el querer de las partes ya no es el gozne de toda la regulación contractual no es posible seguir insistiendo en que la limitación de la responsabilidad contractual a los daños previsibles se funde en la voluntad de las partes²³².

Por otro lado, desde el análisis económico del Derecho se cuestiona que realmente lo que las partes hubieran querido pactar es una indemnización limitada. En un escenario sin costos de transacción podría parecer incontestable que deudor y acreedor preferirían que la indemnización fuera completa y cubriera todos los daños²³³.

3.2. El principio de buena fe

Una tesis que intenta justificar la regla desprendiéndola de la teoría del acuerdo tácito es la que quiere ver en ella una manifestación más del principio de la buena fe contractual, que entre nosotros contiene la norma del art. 1546 CC que exige que los contratos se ejecuten de buena fe. La indemnización por el incumplimiento es una forma de ejecución del contrato en su sentido amplio y, por lo tanto, debe estar regida por este criterio.

deudor como no habiéndose obligado a más”. Pothier remonta la justificación a Dumoulin, en su *Tractatus de eo quod interest*, N° 60.

²³⁰ La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América en el caso *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.* (190 U.S. 540, 23 S. Ct. 754, 47 L. Ed. 1171, 1903), en ponencia de Oliver W. Holmes, reafirmó la fundamentación en que no se presume que el deudor haya querido hacerse responsable por riesgos que no estaban bajo su control.

²³¹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. XI: De las obligaciones, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Bogotá, 1992, t. II, N° 1247, p. 754. Más recientemente, Barrientos, M., ob. cit., p. 20, ha señalado en este mismo sentido que “La reclamación de previsibilidad en los daños contractuales arranca, por último, de la autonomía de la voluntad”.

²³² Viney, ob. cit., pp. 438-439.

²³³ Así, Gómez Pomar, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 112 y ss.

La buena fe se opondría a permitir que se indemnicen al acreedor perjuicios que se producen de un modo imprevisto e inesperado para el deudor y que podían preverse solamente por informaciones que el acreedor omitió revelar al deudor²³⁴.

La argumentación ha sido contradicha por la afirmación de que si la imprevisibilidad proviene de culpa del acreedor, la regla no es necesaria por cuanto procedería la moderación de la indemnización por culpa de la víctima²³⁵.

3.3. La justicia contractual y la distribución de riesgos

Se aduce igualmente en apoyo de la regla de la limitación su mejor adaptación a la justicia contractual y al equilibrio que intenta obtener el instrumento negocial en la distribución de los riesgos entre las partes. La justificación reside, en consecuencia, en la naturaleza misma del contrato y de la obligación contractual. En el fondo, la previsibilidad es el elemento que conecta el daño con el contrato y hace posible hablar de responsabilidad contractual. Quien dice fuera del contrato dice injusto: "*qui dit hors du contrat dit injuste*"²³⁶.

Se critica a esta tesis que el equilibrio contractual y la justicia conmutativa se logra por la regla de la previsibilidad pero desde la óptica del deudor, mientras que en la del acreedor la justicia exigiría que gozara de una reparación plena del daño causado. Es claro que el hecho imprevisto crea una situación de desequilibrio porque por hipótesis no ha sido contemplado como riesgo por las partes; la cuestión es saber quién debe soportar el costo de ese desequilibrio. En la época de la codificación parecía justo pedir ese sacrificio al acreedor, a quien se estimaba con mayores recursos y capacidad económica, pero en la hora actual es muchas veces el acreedor el que merece protección: por ejemplo, cuando se trata de un deudor que se dedica profesionalmente a una actividad²³⁷.

3.4. La naturaleza del daño contractual

Un nuevo intento de explicar la regla de la limitación dice relación con la naturaleza del daño que se produce por el incumplimiento contractual. Así, Alain Sériaux piensa que la justificación puede remontarse a la doctrina de la restitución del daño injusto de Santo Tomás de Aquino. En efecto, Santo Tomás se plantea la cuestión de si la restitución puede

²³⁴ Así, Souleau, I., *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, tesis (dactyl.), Paris II, 1979, N° 434-447, citada por Viney, ob. cit., p. 438.

²³⁵ Viney, ob. cit., p. 439.

²³⁶ Souleau, ob. cit., N° 457, citado por Viney, ob. cit., p. 438.

²³⁷ Viney, ob. cit., pp. 439-440.

comprender algo que no ha sido quitado a la víctima. La dificultad estriba en que la justicia de la restitución reclama la igualdad entre lo quitado y lo restituido, de manera que si no existe lo que se quitó no puede haber restitución justa. Sin embargo, hay varios casos en los que se ordena indemnizar lo que no se ha quitado: por ejemplo, si un deudor no devuelve oportunamente el dinero prestado en mutuo por el acreedor queda obligado a indemnizarle por el lucro que dejó de percibir por la demora. La solución de Santo Tomás es distinguir dos formas de daño: el daño efectivo y el daño potencial. En el daño efectivo se produce la igualdad de la restitución respecto de lo quitado (por ejemplo, si se destruye la casa debe pagarse su valor). Pero existe un daño potencial, que se produce cuando "se damnifica a alguno impidiendo que alcance lo que está en vías de tener". En este caso, no se justifica que haya restitución por igual entre la indemnización y la pérdida de la adquisición potencial, ya que ésta no había sido lograda al momento de producirse el daño: "tal daño —enseña el Aquinate— no es preciso recompensarlo por igual. Puesto que es menos poseer algo en potencia que tenerlo en acto. Y el que está en vías de alcanzar algo lo posee sólo virtualmente o en potencia. Y por eso si se le devolviese de modo que lo tuviese en acto, se le restituiría lo que se le quitó no simplemente, sino multiplicado, lo cual no es necesario para la restitución... Sin embargo, está obligado a hacer alguna compensación según la condición de las personas y de los negocios"²³⁸.

En la interpretación de Sériaux, el primer tipo de daño concierne a la responsabilidad delictual, el segundo a la contractual. Con esta última no se trata sino de proveer al acreedor más que el equivalente de lo que era jurídicamente esperable del deudor. Por eso, la indemnización debe ser medida por el canon de la prestación prometida: "Si esta falla, el deudor debe entonces entregar al acreedor una suma igual a lo que el acreedor, al aceptar el contrato, ha tomado el riesgo de no obtener"²³⁹.

La tesis es sugerente pero plantea dificultades porque parece confundir la noción de daño imprevisible con la de lucro cesante. Este último es indemnizable y cae dentro de la lógica del contrato aunque también respecto de él podría afirmarse que es un daño de una adquisición potencial. De hecho los ejemplos de Santo Tomás son ejemplos de lo que hoy llamaríamos lucro cesante.

3.5. Razones de política legislativa

La constatación de que existen regímenes contractuales, como el alemán, que no contemplan la regla de la limitación, conduce a dudar de que ella sea un elemento tan esencial y estructural de la justicia contractual o de la responsabilidad por incumplimiento. Una derogación de

²³⁸ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 62, a. 4.

²³⁹ Sériaux, Alain, *Droit des obligations*, Puf, Paris, 1992, p. 234.

la regla puede ser efectuada sin que se altere sustancialmente el modo en que entendemos los contratos. Los deudores deberán quizás tomar precauciones mayores, tener mayor solvencia económica o recurrir al seguro. Nada de ello afectaría a principios irrenunciables o estructurales del Derecho de los contratos, tal como se le concibe en las sociedades contemporáneas.

¿Dónde estaría entonces el fundamento de la existencia de la regla? Si no está en los principios ni son razones de justicia las que la justifican deberán ser simples motivos de oportunidad o conveniencia. Se trataría simplemente de una opción de política legislativa que pretende descargar a los deudores de un peso excesivo en los riesgos de las obligaciones que asumen y facilitar así la celebración de contratos cuyo costo se incrementaría notablemente si el deudor tuviera que asegurarse contra riesgos que no puede prever al momento de celebrar el contrato.

Las razones de política pueden influir incluso en la jurisprudencia. Viney ha sostenido que la moderación de la indemnización contractual puede llegar a ser un instrumento que la jurisprudencia utilice como reacción a la tendencia a ampliar, muchas veces en forma excesiva, el tipo y umbral de los daños reparables por la vía de la responsabilidad civil. La norma recuperaría vigor como un instrumento de una política de moderación judicial de los daños contractuales²⁴⁰.

3.6. Razones de eficiencia económica

La teoría que intenta justificar la regla no en principios sino en razones de conveniencia, puede tener un buen aliado en el análisis económico. El estudio de Fernando Gómez Pomar intenta explicar que la regla de la limitación es más eficiente desde el punto de vista económico que aquella de la responsabilidad plena.

En su visión, los acreedores pueden categorizarse según la valoración que atribuyen a la prestación y, por tanto, a su incumplimiento, de modo que hay algunos que la valoran mucho y otros poco. Si la regla no existiera y el deudor debiera indemnizar por los daños imprevisibles, no habría incentivo alguno para que el acreedor que estima más la prestación informe de ello al deudor. Como el deudor no puede discriminar entre los acreedores cuál de ellos aprecia más o menos la prestación, debe prepararse para responder a todos como si fuera el más interesado en la prestación y, al tener que adoptar las máximas precauciones, subirá el precio uniformemente para todos, con lo cual pierden los acreedores que podrían haber accedido a un precio menor porque su interés en la prestación es inferior. Estos acreedores terminan subsidiando a los otros.

²⁴⁰ Viney, ob. cit., p. 441.

El panorama cambia si existe la regla legal que limita los daños a los previsibles. En este caso, el acreedor que por circunstancias especiales estima más la prestación de lo que sería la media estará incentivado a traspasar esa información al deudor para así, en caso de incumplimiento, poder ser indemnizado en correspondencia a su interés. Por cierto, el deudor en ese caso podrá subir el precio de ese contrato para hacer frente a los mayores costos en precauciones que deberá adoptar. Pero al mismo tiempo, el deudor puede reputar que la categoría de acreedores que no le transfiere información especial se contenta con la indemnización de los perjuicios ordinarios, y por ello podrá ofrecerles un precio más bajo.

La regla permite al deudor diferenciar los tipos de contrato que puede ofrecer, por medio de la suposición de que los acreedores que necesitan un grado de protección especial se autodenunciarán, so pena de ser tratados como los acreedores ordinarios en caso de que se produzca el incumplimiento. Es cierto que el mismo resultado podría darse si se obliga a los acreedores ordinarios a informar su categoría al deudor, pero como estos son más numerosos el costo sería mayor: "Un contrato no uniforme, con precauciones e indemnizaciones diferenciadas para cada tipo de acreedor es el resultado, en principio más eficiente: permite adaptar el comportamiento contractual y las consecuencias del incumplimiento a la verdadera valoración de la prestación por el destinatario de la misma. La regla de responsabilidad limitada permite obtener el resultado deseado con menores costos de transacción. Dado que los acreedores de tipo A [los que valoran más la prestación que el promedio] constituyen la minoría dentro de la población de potenciales contratantes, es menos costoso que sean éstos los contratantes que incurran en el coste de transacción de identificar su tipo ante el deudor, que no sea el grupo mayoritario de acreedores el que tenga que revelar su tipo, con los costes de transacción que tal revelación acarrea"²⁴¹.

En resumen, la regla puede ser entendida mejor que en las explicaciones tradicionales que la conectan a la voluntad de las partes, si se la concibe siguiendo el análisis económico del Derecho "como un instrumento para incentivar la comunicación de información contractual privada entre las partes"²⁴².

3.7. Un intento de fundamentación pluridimensional

Como vemos, la diversidad de opiniones sobre las razones que existen para mantener la vigencia de la regla son muy variadas. Aunque se nos acuse de sincretismo, pensamos que las razones que hemos mencionado no son necesariamente excluyentes entre sí y que pueden complementarse para dar con una fundamentación de carácter pluridimensional.

²⁴¹ Gómez Pomar, ob. cit., pp. 177-118.

²⁴² Gómez Pomar, ob. cit., p. 266.

En una primera dimensión, nos parece plausible pensar que estamos ante una política legislativa que obedece a razones de conveniencia, entre las que puede estar el favorecer la asunción de compromisos contractuales, no incrementar excesivamente las indemnizaciones o incentivar la entrega de información de los acreedores que tienen circunstancias especiales de aprecio de la prestación, lo que redundaría en la posibilidad de que existan contratos diferenciados según el tipo de riesgo.

Pero la dimensión política de la justificación no empece a que también pueda ponerse de relieve, sino la necesidad estricta de que la regla integre el régimen contractual (ya que éste es factible con la regla inversa como lo prueba el Derecho alemán), su mejor adaptabilidad o coherencia con la justicia contractual y la especial naturaleza del daño que resulta del incumplimiento. En especial, nos parece atendible el recurso al principio de la buena fe. No nos parece que la culpa de la víctima sea suficiente para moderar la indemnización y que por ello no se requiera utilizar el canon de la buena fe. En efecto, si el acreedor no fue negligente al omitir información que podía alertar al deudor sobre el mayor riesgo al que se exponía, de todas maneras funciona la buena fe, no como sanción al acreedor, sino como moderación de los deberes de precaución exigibles al deudor. Si el deudor no recibió esa información no puede pedírsele que asuma un comportamiento más protector que el ordinario, y por ende no es justo que indemnice por las pérdidas en las que se concretó el mayor riesgo no avisado. Por lo demás, en la mayoría de los casos la información relevante está a disposición del acreedor y no del deudor. Parece lógico, en consecuencia, que la buena fe dispense al deudor de obligarse por antecedentes que obraban en la esfera de control del acreedor y que no le fueron oportunamente comunicados.

La mayor coherencia con la economía y la justicia contractual no impide tampoco reconocer la dimensión subjetiva de la explicación fundada en la presunción de voluntad del deudor. Las razones que se aducen en contra no nos parecen convincentes. La idea de que la autonomía contractual está en crisis no se corresponde con el predominio de la libertad de empresa como sistema económico ampliamente predominante. Si pudo hablarse alguna vez de la "muerte" del contrato, hoy tenemos que constatar su resurrección (si es que alguna vez llegó a morir). El acuerdo de las partes sigue siendo el elemento clave en la formación de todo contrato, incluso en los de adhesión o en la contratación electrónica. Si la existencia y contenido del contrato se mide de acuerdo con el consentimiento, parece lógico que también éste sea la medida de los riesgos que se contemplan y se asumen en él. Se dice en contra que lo que las partes querrían en verdad es que se indemnizaran todos los daños. Esto puede ser cierto si se contempla la situación una vez ocurrido el daño imprevisible, pero no si las partes se sitúan al momento de celebrar el contrato y sin conocer cómo se desenvolverá la ejecución del contrato. Debe tomarse en cuenta en que, por regla general, ambas partes son acreedores y deudoras recíprocamente.

En esta situación, parece lógico suponer que si nada han dicho es porque han limitado su responsabilidad a lo que podía preverse en ese momento y no a sucesos que caen fuera de esa previsión. Si hubieran querido que la responsabilidad fuera plena lo habrían dicho expresamente. Por eso además se justifica que el test de la previsibilidad se haga al tiempo del contrato y no en un momento posterior²⁴³.

De esta forma, la regla de la limitación parece conveniente desde el punto de vista económico y político-legislativo, es más congruente con la racionalidad del contrato como instrumento de transferencia de bienes y servicios y resulta más sensata como presunción de lo que las partes han querido cuando no ha habido convención expresa en contrario.

Considerada la fundamentación de la norma podemos realizar un análisis del contenido del juicio de previsibilidad y de la oportunidad en la que debe hacerse.

4. CONTENIDO Y OPORTUNIDAD DEL JUICIO DE PREVISIBILIDAD

4.1. Apreciación en abstracto, pero condicionada a las circunstancias del contrato

El juicio de previsibilidad no se aprecia en concreto, según si el deudor de acuerdo a sus habilidades y conocimientos podía haberse representado el acaecimiento del daño. La norma señala que se responde por los perjuicios, no que el deudor haya podido prever sino por los que hayan podido preverse. Es decir, emplea el canon del hombre medio.

Pero esta apreciación en abstracto no debe prescindir de las circunstancias especiales de la relación contractual y del rubro comercial o profesional del deudor²⁴⁴. La consideración de la posición del deudor hace que el juicio de previsibilidad se subjetivice hasta cierto punto, de modo de diferenciarlo de la previsibilidad propia de la causalidad. La doctrina italiana ha señalado así que "daño previsible es aquel que un sujeto de capacidad medida en relación a la naturaleza del compromiso asumido, con conocimiento de todos los elementos que el deudor conocía o habría podido conocer con la diligencia ordinaria, puede pronosticar como efecto del incumplimiento de la obligación. El criterio es por tanto subjetivo, puesto que la posición relevante es la del deudor, pero debe aplicarse objetivamente, esto es con referencia no ya a aquello que era previsible para aquel particular deudor, sino para un deudor hipotético diligente que hubiese asumido aquella obligación"²⁴⁵.

²⁴³ Carrasco, ob. cit., p. 740.

²⁴⁴ La jurisprudencia francesa adopta el principio de apreciación en abstracto, pero considerando los riesgos que un deudor medio, colocado en las mismas circunstancias, podía y debía prever. Cfr. Viney, ob. cit., p. 432.

²⁴⁵ Di Gravio, ob. cit., pp. 144-145.

Nuestra jurisprudencia, en línea directa con los precedentes históricos, ha usado como criterio de previsibilidad la distinción entre perjuicios intrínsecos y extrínsecos. Los primeros serían previsibles, no así los segundos. La Corte Suprema, de este modo, ha sostenido que el mayor valor del fundo que enajenó un mandatario excediendo las facultades otorgadas no es un perjuicio previsible, ya que sólo son perjuicios que pudieron preverse al tiempo de celebrarse el contrato, “aquellos que el acreedor sufrió en la cosa misma que es objeto del contrato; pero no los causados en sus demás bienes, o sea pudieron preverse solamente los perjuicios intrínsecos y no los extrínsecos” (C. Sup. 9 de noviembre de 1927, *RDJ* t. 25, sec. 1ª, p. 472)²⁴⁶.

En otro caso, se estimó que eran daños previsibles los causados por una infección intrahospitalaria que el paciente contrajo en un proceso postoperatorio, puesto que se vinculaban al deber contractual de reponer la salud: “Que la calificación de los daños en previstos e imprevistos se efectúa para relacionar el perjuicio con el contrato, por lo que el artículo 1558 del Código Civil dispone que son de la primera clase aquellos ‘que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato’ y si éste está referido al tratamiento de la infección, no pueden ser sino previstos aquellos que están precisamente vinculados a este mismo fin, esto es, restablecer la condición de salud del paciente, sin que pueda otorgarse a los ordenados indemnizar el carácter de imprevistos” (C. Sup. 24 de septiembre de 2007, rol 4103-05, *MJJ* 15635)²⁴⁷.

4.2. Origen del daño imprevisible

El daño imprevisible proviene de lo que la doctrina francesa llama un “factor de acrecentamiento de los riesgos” que es desconocido por el deudor. Este factor puede originarse en múltiples causas.

²⁴⁶ La misma Corte en una sentencia anterior, también de casación, enuncia la misma doctrina: “Los perjuicios que se previeron o pudieron preverse son los que se derivan necesariamente de la obligación misma y que tienen relación íntima con ella y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida efectiva” (C. Sup. 23 de abril de 1925, *RDJ*, t. 23, sec. 1ª, p. 273).

²⁴⁷ Continúa el fallo señalando que: “...En este sentido resulta lógico y razonable entender que en el ámbito de la salud, ésta comprende la obligación de procurar la recuperación. En este mismo sentido, debe consignarse que el incumplimiento de las obligaciones se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas, conforme a las cuales al Hospital Clínico le era exigible una conducta determinada, en este caso el deber de previsión, diligencia y cuidado del paciente que es posible esperar, especialmente de las personas que auxiliaron a la demandada en el cumplimiento del contrato de prestación de salud, las que ella ha seleccionado con anterioridad y que no dependen de la voluntad del paciente. En efecto, para que exista responsabilidad no es necesario que se haya previsto efectivamente el daño preciso que se produjo, si no que basta con que se haya debido prever, que existe la posibilidad que de cumplirse negligentemente una obligación o de no realizarse los tratamientos adecuados se originarían perjuicios, que es precisamente lo determinado por los jueces del fondo, hecho inamovible para este Tribunal” (C. Sup. 24 de septiembre de 2007, rol 4103-05, *MJJ* 15635).

El incremento del riesgo puede originarse en una información reservada que el acreedor no comunicó al deudor, el que también puede provenir de circunstancias personales del acreedor. No siempre podrá tacharse de culpable esta omisión, por lo que no basta el remedio de la compensación de culpas²⁴⁸.

También la causa del daño imprevisible puede residir en un cambio de las circunstancias exteriores que no dependen del acreedor, como una guerra o una crisis económica inesperada²⁴⁹. La jurisprudencia francesa ha señalado que la existencia de compromisos que el acreedor no puede satisfacer por la inejecución de la prestación debida por el deudor, también es un hecho que incrementa el riesgo de manera imprevisible²⁵⁰.

Viney da como regla general que “la imprevisibilidad puede provenir de todo hecho que, en ignorancia del deudor, ha aumentado el interés que el acreedor tenía en la ejecución del contrato”²⁵¹. Gómez Pomar basa su análisis económico de la regla igualmente en la diferente valoración de la prestación entre categorías de acreedores²⁵².

4.3. Objeto de la previsibilidad: ¿la causa del daño o su cuantía?

Una clásica discusión que se generó en los primeros comentaristas del Código Civil francés es la de si lo imprevisible debía ser la causa o hecho que genera el daño (incumplimiento) o si también debía extenderse al importe o cuantía del daño. La cuestión se planteaba en los contratos con obligaciones de custodia en las que el deudor ignoraba el valor real de los objetos custodiados. Por ejemplo, si se dan en depósito los muebles de una casa, y en un cajón de un escritorio hay una valiosa joya, cuya presencia es ignorada por el depositario. Si este objeto es hurtado, se produce la duda: el daño en que consiste la pérdida de la joya ¿es imprevisible? Si consideramos que la regla sólo excluye la indemnización del daño cuya causa es imprevisible, tendríamos que el depositario debe restituir el valor de la joya, ya que en este caso la causa del incumplimiento, el hurto, no era imprevisible. Si, al revés, se sostiene que es el importe o extensión del daño el objeto de la imprevisibilidad, él debería ser exonerado porque no podía haber previsto incurrir en una responsabilidad de tamaño valor.

Los primeros comentaristas (Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Barde, Laurent)²⁵³ trataron de restringir la eficacia limitativa de la regla

²⁴⁸ En contra, Viney, ob. cit., p. 428.

²⁴⁹ Viney, ob. cit., p. 429.

²⁵⁰ Cfr. Viney, ob. cit., p. 429.

²⁵¹ Viney, ob. cit., p. 429.

²⁵² Gómez Pomar, ob. cit., pp. 54 y ss.

²⁵³ Cfr. por todos, Laurent, F., *Principes de Droit Civil*, t. XVI, Bruylant-Librairie A. Marescq, Bruxelles-Paris, 1887, N° 289, pp. 348 y ss. La discusión transcurre sobre el aumento de valor de la cosa evicta y si el art. 1633 del *Code* que obliga al vendedor a indemnizar sin limitaciones el mayor valor, es una excepción o una confirmación del art. 1150. Laurent

por medio de centrar el concepto de imprevisibilidad en la causa del daño, de manera que si la causa del daño era considerada previsible el deudor debía responder por la totalidad de la indemnización aun cuando la cuantía de esta hubiera sido imprevisible. En nuestro país, siguió esta primera dirección de la doctrina francesa don Luis Claro Solar para quien el art. 1558 CC se refiere a la previsión de la causa de los perjuicios y no a la de su cuantía²⁵⁴.

La doctrina francesa, sin embargo, dio un vuelco en esta materia y se llegó a consolidar la conclusión contraria, que parece más conforme con el tenor y la lógica del art. 1150 del *Code*. La cuestión fue zanjada en favor del deudor por la Corte de Casación por sentencia de 7 de julio de 1924. En el caso se trataba de un contrato de transporte por ferrocarril en el que el dueño de la mercadería había declarado un valor inferior al real (para efectos aduaneros). Producida la pérdida por un hecho previsible, el dueño reclama indemnización por el valor real de la mercadería e invoca la teoría de que la cuantía del daño puede ser imprevisible para el deudor. La Corte de Apelaciones falla a favor de la empresa transportista y la Corte de Casación rechaza casar la sentencia por considerar que no ha sido infringido el art. 1150²⁵⁵.

En nuestra opinión ni el texto del art. 1558 inc. 2° CC ni las razones que le sirven de fundamento hacen admisible la exclusión de los casos en los que la imprevisibilidad versa sobre la cuantía o extensión de los daños. Como señala Di Gravio, en Italia, lo relevante para la previsibilidad es que el deudor haya podido reconocer el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación, de manera que si en una obligación de custodia el deudor no conoce ni está en grado de conocer el valor real de la cosa, responderá sólo hasta el límite del valor que haya podido prever²⁵⁶. En nuestro país, Carlos Pizarro se inclina por entender más razonable esta tesis, pues “el ámbito de riesgos que se exige al deudor no sólo debe quedar fijada en relación a las causas del daño, sino también a la extensión del mismo”²⁵⁷.

Nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el problema. Sólo ha precisado que la previsibilidad determina que deben indemnizarse “los perjuicios que se derivan necesariamente de la obligación misma y

sostiene que es una aplicación de la regla general ya que basta que la causa del daño sea previsible aunque no lo sea la cantidad o monto a que asciende dicho daño.

²⁵⁴ Claro Solar, ob. cit., t. II, N° 1249, p. 756.

²⁵⁵ Com., 7 de julio de 1924, S. 1925. 1. 321: “El artículo 1150 no hace ninguna alusión a la previsión de la causa del daño y, lejos de poner de cargo del deudor de buena fe daños cuya cuantía sobrepasarían sus previsiones, declara explícitamente que, fuera el caso de dolo, el deudor no es obligado más que a los daños que han podido ser previstos al tiempo del contrato”. Citado por Sériaux, A., ob. cit., p. 325, n. 101.

²⁵⁶ Di Gravio, ob. cit., pp. 159 y 161.

²⁵⁷ Pizarro Wilson, Carlos, “Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades”, en *Anales Derecho UC*, 3, 2008, pp. 160-161. Agrega como ejemplo el caso en que el acreedor por no cumplir el deber de mitigar el daño agrava el perjuicio original.

que ocasionen una pérdida efectiva" (C. Santiago 31 de julio de 1991, rol 5.462, Legal Publishing: N° 11.667).

4.4. La valoración monetaria de la prestación y la plusvalía

La conclusión anterior no puede ser extrapolada a la variación del costo de la vida que requerirá muchas veces corregir el importe monetario del daño causado y que se ha desvalorizado por los efectos de la inflación. Fue esta nuevamente una cuestión muy debatida en Francia²⁵⁸.

Abandonado ya el principio nominalista que regía nuestro Derecho de obligaciones, no habrá dificultades para entender que la corrección monetaria no es un aumento del daño por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino una forma de computar su valor inicial.

Cuestión distinta es la plusvalía de los bienes involucrados en la obligación. La jurisprudencia ha señalado que si se remata un inmueble indebidamente no procede indemnizar el mayor valor que éste haya alcanzado con posterioridad a la subasta, si no se prueba que las partes o al menos el contraventor demandado se haya encontrado en situación de poder prever el alza en el valor de las propiedades inmuebles (C. Santiago 21 de octubre de 1952, *RDJ* t. 50, sec. 1ª, p. 502)²⁵⁹. En el mismo sentido de que el mayor valor de un inmueble debe ser visto como un perjuicio imprevisible, se pronuncia la Corte Suprema en un caso de ejercicio indebido de un mandato (C. Sup. 9 de noviembre de 1927, *RDJ* t. 25, sec. 1ª, p. 472).

²⁵⁸ Cfr. Viney, ob. cit., pp. 426 y ss.; Sériaux, ob. cit., p. 235.

²⁵⁹ En el caso, la demandada había ejecutado y sacado a remate un inmueble del demandante, pese a que la deuda se encontraba previamente pagada. La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que, no habiendo la demandada obrado con dolo, debía indemnizar los perjuicios previsibles, a saber, el valor que el predio tenía al momento de la subasta con deducción del precio del remate recibido por el actor, las rentas de arrendamiento no percibidas por la parte del predio que el demandante destinaba a arriendo y la suma que el actor hubo de pagar por concepto de rentas de arrendamiento para su vivienda. Pero no dio lugar a la compensación del aumento de valor experimentado por el predio subastado. La Corte señaló que se estaba ante una partida de lucro cesante que no debía ser considerada previsible: "Que la circunstancia de que pudieran o no las partes prever, al tiempo de contraer la Caja la obligación de no subastar el predio, que éste subiera de precio es, no una cuestión de apreciación subjetiva y arbitraria de parte del sentenciador, sino que es una materia que debe resolverse de acuerdo con la prueba que las partes puedan allegar al efecto, en cuanto a las condiciones económicas del momento que podían o no indicar la seguridad o mera posibilidad de un alza en el valor de las propiedades, la escala posible de esa alza, la situación en que se encontraban las partes para poder apreciarla, etc., etc., en relación con los diversos factores económicos, políticos o sociales o de otro orden que tienen influencia en el mercado, y al respecto debe tenerse presente que prueba alguna se ha acumulado en el proceso tendiente a acreditar esos particulares y, en consecuencia, debe concluirse que no se ha acreditado que las partes o, por lo menos, la Caja demandada se haya encontrado en la situación de poder prever el alza a que se ha aludido". La Corte Suprema rechazó el recurso de casación intentado contra la sentencia de alzada por considerar que la previsibilidad era una cuestión de hecho.

4.5. El momento de la previsibilidad

El texto del art. 1558 inc. 1º CC establece que el momento en el que debe establecerse si un determinado daño era previsible o no es el "tiempo del contrato". Esta expresión debe ser entendida como el momento de la perfección del contrato y no de la ejecución o incumplimiento. De lo contrario se confundiría la previsibilidad de la causalidad con la previsibilidad de la limitación de los daños contractuales en favor del deudor no doloso.

Por eso, el deudor no aumenta su responsabilidad por el hecho de que el acreedor le haga saber después del contrato nuevos datos que incrementan el riesgo a que se expone su interés contractual²⁶⁰.

5. FACULTADES JUDICIALES PARA APRECIAR LA PREVISIBILIDAD

5.1: Pruebas o indicios para juzgar la previsibilidad

El juez debe tener en cuenta todos los medios de prueba admisibles. En general, considerará las declaraciones que hayan hecho las partes sobre el estado de las cosas objeto del contrato o su valor (inventarios, tasaciones), las informaciones proporcionadas en las gestiones preparatorias, las apariencias exteriores de la cosa o su embalaje, el comportamiento y la situación patrimonial y profesional de las partes, y el monto de la contraprestación²⁶¹.

En un caso de accidente laboral, la Corte de Apelaciones de Concepción ha utilizado el recurso a la presunción judicial para constatar la previsibilidad de los perjuicios. Ha dicho, de ese modo, que "esta Corte presume judicialmente, con arreglo a la sana crítica, que los daños morales experimentados por el demandante L. R. fueron previsibles para la demandada Hipermercado B.B. Limitada al tiempo de la celebración del contrato de trabajo, porque es público y notorio y desde todo punto de vista evidente que de la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad impuesto por el artículo 184 del Código del Trabajo al empleador, en cuanto a mantener en operación equipos adecuados y en correcto estado de operación, se deriva la clara posibilidad de la producción de daños morales a los trabajadores en razón de la eventualidad de ocurrencia de accidentes, especialmente tratándose de un portón de corredera de un peso aproximado de una tonelada que puede volcarse sobre aquéllos o sobre cualquiera persona" (C. Concepción, 5 de marzo de 2008, rol 502-2007, Legal Publishing: N° 38398).

²⁶⁰ Carrasco, ob. cit., pp. 740-741.

²⁶¹ Son algunos criterios deducidos por la jurisprudencia francesa. Cfr. Viney, ob. cit., pp. 430-431.

5.2. ¿Puede el juez aplicar de oficio la limitación?

No parece que la norma sea de carácter imperativo. Más bien establece un derecho para el deudor que bien puede ser renunciado por su no alegación. De esta forma, puede llegarse a la conclusión de que el juez no está habilitado para aplicar la limitación si ello no ha sido pedido por las partes y que al concederlo de oficio se incurrirá en *ultra petita*²⁶².

No obstante, nuestros tribunales han declarado que no habría *ultra petita* si el demandado se ha limitado a negar la existencia y efectividad de los perjuicios reclamados por la demanda. La Corte Suprema rechazó un recurso de casación en la forma por el que el recurrente alegaba que se había incurrido en el vicio de *ultra petita* al denegar la sentencia recurrida la indemnización reclamada, por estimar que se trataba de perjuicios imprevisibles, lo que no había sido alegado por la parte demandada ni incluido en la sentencia interlocutoria de prueba. La Corte parece sostener que hay una facultad judicial para aplicar la limitación del art. 1558 del Código Civil aun cuando no haya sido alegada por el deudor: "Que al margen de que en sus escritos fundamentales la demandada negó la existencia y efectividad de los perjuicios reclamados por la actora, cuando se trata de fundamentar la decisión que adoptan y de invocar las razones de Derecho que le sirvan de sustento, los jueces están investidos de amplias facultades sin que constituyan límite u obstáculo para ello el contenido de las argumentaciones de los litigantes. Por consiguiente, cuando en la sentencia se discurre en torno a la previsibilidad de los perjuicios, desde luego se está examinando la procedencia de la pretensión del actor, vale decir un punto que fue precisamente sometido por éste a la decisión del tribunal. Enseguida, al reflexionar del modo en que lo hacen, los sentenciadores están también aplicando el Derecho que estiman pertinente, lo que no es sino expresión de la persuasión racional inherente a todo juzgamiento. En consecuencia, no se configura el vicio que la recurrente atribuye en esta materia al fallo impugnado" (C. Sup. 23 de agosto de 2001, rol 286-00, Legal Publishing: N° 19.147)²⁶³.

²⁶² Así, Viney, ob. cit., p. 430.

²⁶³ En el caso, una empresa demandó a la Fundación Chile por los perjuicios sufridos al ser rechazados por la autoridad sanitaria de Estados Unidos nueve contenedores de fruta exportados desde Chile que fueron previamente examinados por la Fundación demandada. El juez de primera instancia acogió parcialmente la demanda condenando a la demandada al pago de una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante, pero rechazó por tratarse de perjuicios imprevisibles las indemnizaciones reclamadas por concepto de diferencias de venta a menor valor de otros siete contenedores y por concepto de participación en las utilidades o ganancias en la venta de un total de cien de esos containers. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones la confirmó sin modificaciones.

5.3. Competencia de la casación

Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre si puede controlarse por la casación el juicio de previsibilidad y ha resuelto que se trata de una cuestión de hecho que corresponde fijar exclusivamente a los tribunales de instancia (C. Sup. 21 de diciembre de 1953, *RDJ* t. 50, sec. 1^a, p. 502). Sin embargo, ha declarado la nulidad de una sentencia de la Corte de Apelaciones que, pese a afirmar que el mandatario demandado al enajenar indebidamente un inmueble no actuó con dolo, debe indemnizar al mandante por mayor valor del bien enajenado sin afirmar ni fundamentar que ese mayor valor se previera o pudiera preverse al tiempo del contrato (C. Sup. 9 de noviembre de 1927, *RDJ* t. 25, sec. 1^a, p. 472²⁶⁴; en similar sentido C. Sup. 29 de diciembre de 1933, *RDJ* t. 31, sec. 1^a, p. 157)²⁶⁵.

En verdad, la previsibilidad es una cuestión que mezcla aspectos de hecho y de derecho. De hecho son las cuestiones sobre las cuales es posible establecer o no el juicio de previsibilidad: informaciones proporcionadas, gestiones preparatorias, aspecto de las cosas materia del contrato, etc. Pero el juicio mismo que se pronuncia sobre esos elementos de hecho es un juicio normativo: es decir, que una persona media colocada en la situación del deudor debería o no haber previsto el perjuicio²⁶⁶.

²⁶⁴ Señala la Corte: "Que, como se ha manifestado en el considerando 1º, el fallo recurrido, no se fundamenta para acoger la acción de perjuicios, en los preceptos que para ello consigna el citado artículo 1558 del Código Civil, pues, aceptando que Echenique no procedió dolosamente, no dice que el mayor valor de la hijuela 3ª del fundo Colchagua en que consiste, según la sentencia, el perjuicio que se ocasionó a Errázuriz, sea una consecuencia inmediata y directa del mal uso que Echenique hizo del mandato al enajenarla ni que ese mayor valor se previera o pudiera preverse en el momento de contratar, ni por qué razones a sí lo estima, antecedentes jurídicos de que el sentenciador debió deducir la responsabilidad del mandatario en el caso de autos, infringiendo así la mencionada disposición legal, que se invoca en el recurso, infracción que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que si se aplica correctamente debió desestimar la demanda de perjuicios" (cons. 7º de la sentencia de casación). En efecto, la Corte, en su sentencia de reemplazo, considera que la plusvalía del inmueble no era previsible por lo que no cabe indemnizarla.

²⁶⁵ La Corte Suprema, respecto de un caso en que el demandado había incumplido su obligación de obtener que una sociedad se disolviera y entregara su capital al demandante, casó la sentencia de alzada que daba lugar a la indemnización de perjuicios, "pues, sin dar por establecido que Riquelme procediera dolosamente, ni que los perjuicios a que alude en el considerando 8º, sean una consecuencia directa e inmediata del no cumplimiento por parte de este a las estipulaciones del acta de fijas 4, ni menos que sean de la clase de los que se previeron o pudieron preverse en el momento del contrato, hace lugar a la demanda, infringiendo dicha disposición legal {art. 1558 CC}, que se aduce como causal de casación, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo puesto que si se atiende a sus prescripciones debió desestimarse la demanda" (cons. 9º). En la sentencia de reemplazo, la Corte niega lugar a la demanda por considerar que no se probó que los perjuicios fueran ni directos ni imprevisibles.

²⁶⁶ En una sentencia más reciente la Corte Suprema ha entrado a analizar el juicio de previsibilidad, aunque sobre la base de los hechos y circunstancias fácticas acreditadas en la instancia. La Corte rechazó el recurso de casación de un hospital demandado por los daños producidos por una infección intrahospitalaria en el que pedía que se anulara la sentencia por haberle hecho responsable de daños que no eran previsible ni directos. La Corte rechazó el recurso

Entendemos, en consecuencia, que la fijación de los elementos fácticos del juicio de previsibilidad corresponde a la competencia exclusiva de los tribunales de instancia y que no podrían alterarse en casación (salvo vulneración de las leyes reguladoras de la prueba). Pero la decisión sobre si un deudor medio, sobre la base de tales antecedentes, habría previsto o no el daño es controlable en casación puesto que se trata de una cuestión jurídica²⁶⁷.

6. TIPOLOGÍA DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES Y SU PREVISIBILIDAD

6.1. El daño emergente y el valor de prestación

El daño emergente es la pérdida patrimonial que sufre el acreedor por la ausencia del incumplimiento. Su rubro principal, aunque no el único, estará constituido por el valor de la prestación omitida. ¿Cómo juega la previsibilidad respecto de ella?

Nos parece que tratándose de la reposición del valor de la prestación no opera la limitación del art. 1558 inc. 1º CC, que se refiere más bien a los perjuicios consecuenciales que acompañan al valor perdido de la obligación inejecutada. En todo caso, al mismo resultado se arriba diciendo que por su naturaleza este daño es siempre previsible. Corresponde al daño al que Pothier hacía referencia como daño intrínseco (*damni et interesse propter ipsam rem non aditem*)²⁶⁸. Claro Solar sigue este predicamento al

pero entró a ponderar el juicio de previsibilidad, aunque sobre los hechos acreditados en la instancia. "En este sentido –señala la sentencia– resulta lógico y razonable entender que en el ámbito de la salud, ésta comprende la obligación de procurar la recuperación. En este mismo sentido, debe consignarse que el incumplimiento de las obligaciones se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas, conforme a las cuales al Hospital Clínico le era exigible una conducta determinada, en este caso el deber de previsión, diligencia y cuidado del paciente que es posible esperar, especialmente de las personas que auxiliaron a la demandada en el cumplimiento del contrato de prestación de salud, las que ella ha seleccionado con anterioridad y que no dependen de la voluntad del paciente. En efecto, para que exista responsabilidad no es necesario que se haya previsto efectivamente el daño preciso que se produjo, si no que basta con que se haya debido prever, que existe la posibilidad que de cumplirse negligentemente una obligación o de no realizarse los tratamientos adecuados se originarían perjuicios, que es precisamente lo determinado por los jueces del fondo, hecho inamovible para este Tribunal" (C. Sup. 24 de septiembre de 2007, rol 4103-05, MJJ 15635).

²⁶⁷ En un caso de incumplimiento de un contrato de transporte, la empresa transportista demandada interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia que la condenaba a indemnizar daño emergente y lucro cesante entre otras razones por haber transgredido el art. 1558 del Código Civil al otorgar indemnización por perjuicios imprevisibles como lo eran las utilidades que el demandante pretendía obtener y de los que nunca informó al contratar. La Corte Suprema rechazó el recurso, y respecto de esta causal señaló que con ella se pretendía una rebaja de la indemnización, lo que no se compadecía con lo expuesto en otros capítulos y en el petitorio del recurso, lo que significaba que el recurrente estaba haciendo peticiones subsidiarias, que no eran admisibles en un recurso de Derecho estricto como el intentado (C. Sup. 1º de julio de 1998, rol 2.260-97, Legal Publishing: 15.367).

²⁶⁸ Pothier, ob. cit., Nº 161, p. 92.

interpretar el art. 1558 CC: "... los daños y perjuicios que las partes han podido prever al contratar son los intrínsecos, los que el acreedor sufre en la cosa que es objeto de la obligación no cumplida, y no los extrínsecos, aquellos que experimenta en sus otros bienes"²⁶⁹. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema (C. Sup. 9 de noviembre de 1927, *RDJ* t. 25, sec. 1ª, p. 472).

6.2. El lucro cesante

No suele la doctrina considerar la situación del lucro cesante en relación con la limitación basada en la previsibilidad al tiempo del contrato. Sin embargo, la cuestión resulta relevante. No sólo es necesario reconstruir la falta de ganancia sobre la base de la causalidad, es decir, lo que se habría conseguido en caso de no haber mediado el incumplimiento, sino también sobre lo que era previsible para el deudor a la hora del contrato.

Así, por ejemplo, el deudor de un vehículo no responderá por la falta de lucro que como taxista podría haber obtenido el acreedor si al tiempo del contrato éste aún no se dedicaba a ese rubro. Ello sucederá así aunque se demuestre la causalidad porque a la fecha del incumplimiento sí era previsible ese tipo de pérdida.

En un caso similar, la Corte de Apelaciones de Santiago juzgó que si se declara la resolución de un contrato de un automóvil no corresponde indemnizar los perjuicios reclamados por el comprador que se derivan de la falta de lucro que pensaba hacer con la destinación del auto comprado, si el vendedor podía ignorar estos proyectos del comprador (C. Stgo. 1º de octubre de 1920, *RDJ* t. 21, sec. 1ª, p. 172)²⁷⁰. En cambio, se ha aceptado que se indemnice el perjuicio que sufre el arrendador por la resolución del contrato de arrendamiento por la diferencia de renta que existe entre el arrendamiento resuelto y el nuevo arrendamiento estipulado por el arrendador (C. Sup. 13 de diciembre de 1943, *RDJ* t. 41, sec. 1ª, p. 461)²⁷¹.

²⁶⁹ Claro Solar, ob. cit., t. II, N° 1246, p. 753.

²⁷⁰ La Corte hizo suyo el razonamiento de la sentencia de primera instancia que señalaba: "que los perjuicios demandados por el demandante que se derivan del objeto a que pensaba destinar el coche, no pueden ser de cargo del vendedor que podía ignorar los proyectos de lucro que tenía el comprador, según lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil" (cons. 4º). El comprador pensaba destinar el auto-camión objeto del contrato a transporte desde Santiago hasta la Isla de Maipú y demandó como perjuicios los gastos realizados para comprar elementos indispensables para realizar el transporte.

²⁷¹ En el caso, la parte demandante había pedido propuestas para arrendar un fundo de su propiedad, y el demandado que había ofrecido una suma de renta mayor fue preferido, pero llegada la fecha pactada se negó a hacerse cargo del arrendamiento, frente a lo cual la propietaria debió entregarlo en arrendamiento al segundo proponente que ofrecía una renta menor. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró la resolución del arrendamiento por incumplimiento del arrendatario a recibir el fundo y le condenó a pagar como indemnización de perjuicios la diferencia de renta perdida por la arrendadora. El demandado recurrió de casación en el fondo por infracción al art. 1558 del Código Civil,

De nuevo puede darse la discusión de si basta que sea previsible la causa de la falta de ganancia o también el monto al que ella asciende. Por las razones ya vistas, parece que ambos elementos deben quedar incluidos en la regla de la previsibilidad.

En todo caso, la previsibilidad del lucro cesante no determina necesariamente su indemnizabilidad, ya que será necesario afirmar la causalidad de la frustración de la ganancia. Para ello deberá tenerse en cuenta la conducta exigible del acreedor para mitigar o moderar la falta de ganancia, ya sea buscando un equivalente o bien de reemplazo²⁷².

6.3. Los perjuicios moratorios

Los perjuicios derivados del retardo en el cumplimiento quedan comprendidos en la regla de la limitación. En esto, como apunta Claro Solar²⁷³, nuestro art. 1558 inc. 1° CC es más explícito que su modelo francés, ya que incluye expresamente los perjuicios derivados de "haberse demorado" el cumplimiento de la obligación.

6.4. El daño moral

La regla de la previsibilidad aplicada a los daños morales derivados de contratos puede ser invocada para negar su reparación. Se dirá en efecto que, por la naturaleza patrimonial del contrato, todo daño causado a bienes o derechos extrapatrimoniales es de por sí imprevisible. Con ello, sólo el deudor doloso sería obligado a hacerse cargo de ellos.

Nos parece que no es posible aceptar una conclusión tan absoluta. Sabemos que existen contratos que incluyen obligaciones de seguridad o deberes de protección de esferas no patrimoniales. No es razonable que, en tales casos, se parta de la premisa de que los daños morales son imprevisibles. Más bien, podría asumirse el criterio inverso: a saber, que si se produce un daño moral que resulta del incumplimiento de estos deberes de seguridad o protección, la misma existencia de estas obligaciones aboga en favor de su previsibilidad. En este sentido se pronuncia Carmen Domínguez, al hacer ver que en este tipo de contratos: "El deudor no puede invocar su imprevisibilidad, porque se entiende que es inhe-

ya que alegó que la renta menor era el resultado de un hecho propio de la demandante. La Corte Suprema rechazó el recurso y estimó que eran perjuicios estimados previsibles y que el segundo contrato de arrendamiento no era considerado fuente de responsabilidad sino sólo un antecedente para determinar el monto de los perjuicios.

²⁷² Carrasco, ob. cit., pp. 744-745.

²⁷³ Claro Solar, ob. cit., t. II, N°1252, p. 758, señala que en este punto nuestro Código fue más fiel a Pothier que el *Code*.

rente al contrato, al deber de prestación en él contenido, el velar por la seguridad del acreedor²⁷⁴.

Fuera de los casos en los que el mismo contrato expresa o implícitamente contiene una extensión a bienes extrapatrimoniales, tampoco ha de negarse por principio la previsibilidad y deberá juzgarse caso por caso²⁷⁵, aunque debemos convenir que lo normal será que daños emotivos o sentimentales serán por regla general imprevisibles, no tanto porque no sea posible imaginarlos sino porque no son contemplados como materia de la relación contractual. Parece razonable la regla propuesta por Carrasco Perera en España: "No indemnización, en principio, del daño no patrimonial cuando el objeto de la prestación debida consista en la satisfacción de un interés patrimonial del acreedor"²⁷⁶.

7. LA NO APLICABILIDAD DE LA LIMITACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DOLOSO

7.1. Concepto de dolo aplicable

El art. 1558 inc. 1° CC es claro al excluir de la limitación a los daños previsibles los casos en los que "se puede imputar dolo al deudor".

¿Cuál es el concepto de dolo que debe aplicarse para configurar la ampliación de responsabilidad a todos los perjuicios causalmente vinculados al incumplimiento?

El art. 44 CC define el dolo como intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y en una interpretación restrictiva la doctrina clásica se ha sentido obligada a caracterizar el dolo como la intención deliberada de causar daño (*animus nocendi*). La doctrina más moderna, a la cual hemos tempranamente adherido²⁷⁷, advierte que el concepto de injuria es más amplio que daño y designa toda injusticia, es decir, todo acto contrario a lo justo. El dolo, en consecuencia, es la intención de hacer lo injusto, sea que se tenga la intención principal de

²⁷⁴ Domínguez, ob. cit., t. II, p. 551. Barrientos, ob. cit., p. 20, sostiene que "todo dependerá del contrato, porque, sin duda, si existe un deber explícito o implícito que en su inobservancia acarree perjuicios morales por ejemplo, corresponderá que sean indemnizados por haber sido previstos por las partes".

²⁷⁵ Domínguez, ob. cit., pp. 546-547. Debe notarse que en Chile la tendencia jurisprudencial reciente que reconoce la posibilidad de que se indemnice el daño moral en la responsabilidad contractual ha utilizado el art. 1558 del Código Civil como un argumento para apoyar esta posición, ya que, se dice, este precepto no discrimina entre perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales y ordena indemnizar todos los que sean previsibles (cfr. C. Santiago, 26 de abril de 2006, rol 2367-2005, Legal Publishing: 34391).

²⁷⁶ Carrasco, ob. cit., p. 748. Así, por ejemplo, si el arrendatario no puede usar la casa arrendada por daños debidos a la omisión de obras necesarias, el arrendador no estará obligado a indemnizar el sufrimiento que le reporta la privación del hogar.

²⁷⁷ Cfr. Corral Talciani, Hernán, *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 233.

dañar o simplemente aspirando a un beneficio propio y aceptando como inevitable (aunque no querido directamente) el daño ajeno.

En el análisis económico de Fernando Gómez Tobar se llega a la conclusión de que la excepción a la limitación sólo es razonable en el caso en que dolo constituya malicia o fraude y no simple incumplimiento voluntario y consciente²⁷⁸.

Es posible que la racionalidad económica pueda aconsejar esa restricción normativa, pero ella no parece fundada en el texto de nuestra norma y fragmenta arbitrariamente un concepto que debiera ser unitario al menos como causa de inejecución de las obligaciones. Basta entonces que se tenga el conocimiento y la voluntad de omitir la prestación debida, sin que sea necesario una especial malicia o ánimo de dañar al acreedor²⁷⁹.

7.2. El caso de la culpa grave

La jurisprudencia francesa incluso sin norma expresa aplica con frecuencia el adagio *culpa lata dolo aequiparatur* para restringir la aplicación de la norma del art. 1151 CC francés y hacer responder al deudor de los perjuicios imprevisibles²⁸⁰.

En Chile el art. 44 inc. 2° CC dispone expresamente que en materias civiles la culpa grave o lata equivale al dolo. ¿Es aplicable esta equiparación a los efectos del art. 1558 inc. 1° CC, de manera de hacer responder al deudor que incumple con culpa lata por los perjuicios imprevisibles? La respuesta casi unánime de nuestra doctrina es afirmativa²⁸¹. Pero existe la voz solitaria de Claro Solar quien aboga por la exclusión de la equiparación: "El hecho delictual del deudor, el delito civil que él comete en la ejecución del contrato, es determinante de la distinción de la ley; y por lo mismo no podría aplicarse al deudor que ha incurrido en culpa lata, sin intención de dañar... Hay, pues, que distinguir el deudor a quien puede imputarse dolo, el deudor que procede de mala fe, y el deudor que solamente es culpable de falta de cuidado, el deudor de buena fe"²⁸².

²⁷⁸ Gómez Pomar, ob. cit., pp. 222 y ss.

²⁷⁹ Ciertamente con esto se amplía la aplicación de la responsabilidad por daños imprevisibles a muchos casos, pero, como dice Di Gravio, V., ob. cit., p. 231, el análisis cuantitativo no tiene relevancia toda vez que no hay ningún indicio de que el legislador hubiera contemplado que el supuesto de dolo se aplicaría a unos pocos casos raros.

²⁸⁰ Cfr. Viney, ob. cit., pp. 433-434.

²⁸¹ Abeliuk, ob. cit., t. II, N° 835, p. 740, N° 894, pp. 793-794; Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1991, p. 422; Ramos Pazos, ob. cit., N° 293, p. 253; N° 341, p. 287. En el último tiempo defiende la equiparación total entre dolo y culpa grave, Banfi del Río, Cristián, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, Legal Publishing, Santiago, 2003, pp. 211 y ss. Según este autor la culpa grave es una forma de comprobar el dolo, de manera que no se diferencia sustancialmente de éste.

²⁸² Claro Solar, ob. cit., t. II, N° 1245, p. 752.

La consideración de Claro Solar es valedera. Además si ya hay razones económicas para excluir de la limitación a los deudores dolosos que no han actuado de manera fraudulenta, con mayor razón deberá resistirse la ampliación de la excepción a un deudor que claramente no ha actuado en forma intencional. El texto del art. 1558 inc. 1° CC abona esta conclusión puesto que no señala simplemente que el deudor doloso debe responder sino que reserva la excepción a los casos en los que pueda "imputarse" dolo al deudor, es decir, en la medida en que se pruebe dolo y no simple culpa, aunque sea grave²⁸³.

7.3. Fundamentación de la excepción

La exclusión del deudor doloso tiene varias explicaciones²⁸⁴. La más recurrida es la que atribuye una función sancionatoria a la norma: el dolo es repudiado por la ley y por ello debe ser sancionado. Se trataría por tanto de una pena privada²⁸⁵.

Otra explicación dice relación con eliminar el incentivo a incumplir en que se encontraría el deudor que compara el beneficio que le reportaría omitir la prestación debida allanándose a pagar los perjuicios previstos al tiempo del contrato²⁸⁶.

Hay quienes, como Josseland, quieren ver una conversión en este caso de la responsabilidad contractual en responsabilidad aquiliana²⁸⁷. La teoría es sostenida también por parte de la doctrina italiana²⁸⁸.

A nuestro juicio, más que una sanción del deudor doloso estamos ante una ventaja que se reconoce al deudor de buena fe. Se trata de la falta de acceso a un beneficio por falta del requisito esencial que da derecho a él. El deudor doloso no pierde nada porque nunca ha tenido derecho a la limitación de la responsabilidad. Además, se evita así que el deudor incumpla deliberadamente cuando calcule que el costo de no cumplir es menor al cumplimiento si el primero resulta limitado a lo previsible a la época del contrato.

²⁸³ En el mismo sentido, haciendo ver que la regla no se fija en el interés del acreedor, que sigue siendo el mismo, sino en el comportamiento del obligado, se pronuncia para el Derecho italiano, Giardina, F., ob. cit., p. 158.

²⁸⁴ Cfr. Véase el recuento pormenorizado de opiniones en Domínguez, C., ob. cit., t. II, pp. 515 y ss.

²⁸⁵ Sériaux, ob. cit., p. 237.

²⁸⁶ En este sentido, señala Di Gravio, ob. cit., p. 204, que la excepción se funda en el principio de la obligatoriedad del cumplimiento: "el deudor debe cumplir; el conocimiento que él tiene de los límites del resarcimiento, sea que deriven de una cláusula limitativa de responsabilidad o del criterio de la previsibilidad, no le favorecerán si él decide no cumplir".

²⁸⁷ Cfr. Domínguez, ob. cit., t. II, p. 516-519.

²⁸⁸ Visentini, Giovanna, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 210. En contra, Di Gravio, ob. cit., p. 227.

8. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El derecho a la limitación para el deudor no doloso es renunciable ya que mira a su interés individual, de manera que la ley acepta que en el contrato se establezcan reglas diferentes sobre la extensión de la responsabilidad. El art. 1558 inc. 3° CC lo señala expresamente.

La doctrina reconoce sin dificultades que es posible que se pacte que el deudor responda por los perjuicios imprevisibles²⁸⁹. Este pacto se diferencia de la cláusula penal en que el acreedor se obliga a probar los perjuicios. También debe distinguirse de la simple constancia que se deja en un contrato de los intereses y valoraciones del acreedor. Esto puede servir para preconstituir la prueba de la previsibilidad del perjuicio que los vulnera, pero en tal caso se estará aplicando simplemente la regla del art. 1558 inc. 1° y no haciéndose una excepción a ella.

El que se pacte la responsabilidad por los perjuicios imprevisibles a la época del contrato no releva de la necesidad de demostrar la causalidad jurídica de los daños, esto es, que son consecuencias inmediatas o directas del incumplimiento, salvo que se haya pactado expresamente que la responsabilidad se extiende a los daños indirectos.

No vemos problemas para que el pacto de ampliación de la indemnización de los daños se refiera no a cualquier tipo de incumplimiento del contrato sino que se le circunscriba a ciertas obligaciones o a ciertas formas de inexecución especialmente riesgosas.

Por cierto, el contenido de la estipulación especial puede dirigirse no a ampliar sino a restringir los perjuicios indemnizables, ya que también es un derecho renunciable del acreedor el obtener una satisfacción completa de su crédito. Se podrá pactar, por ejemplo, que el deudor sólo responda de los perjuicios efectivamente previstos y no por los que sean previsibles según el canon del hombre medio.

Más incierta es la situación de la convención por la cual se reduce la responsabilidad del deudor a los perjuicios previsibles incluso aunque incumpla con dolo. Podría argumentarse que tratándose de una pena privada no hay razón para que el beneficiado por ella no pueda dispensarla. Pero por otro lado si por anticipado se consiente en que el comportamiento doloso será indiferente a la hora de fijar los daños se construye un incentivo para el comportamiento doloso, que está prohibido por la regla de que el dolo futuro no puede condonarse válidamente. Habría aquí una condonación de uno de los efectos del dolo que adolecería de objeto ilícito (art. 1465 CC)²⁹⁰.

²⁸⁹ Claro Solar, ob. cit., t. II, N° 1254, p. 759; Abeliuk, ob. cit., t. II, N° 863, p. 765, N° 894, pp. 793-794.

²⁹⁰ La Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha señalado que son admisibles estos pactos de exoneración de responsabilidad salvo que se trate de dolo o culpa grave: "Que semejantes convenciones que liberan al deudor de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su compromiso, de suerte que no se obliga a reparar ningún detrimento derivado de

9. INAPLICABILIDAD DE LA RESTRICCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La doctrina común ha visto en la limitación de la indemnización a los daños previsibles una de las principales diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual. Se asume, en consecuencia, que la regla del art. 1558 CC no es de ningún modo aplicable a la responsabilidad derivada de delito o cuasidelito.

No obstante, la conclusión podría discutirse. El argumento de que la norma está en la regulación de los efectos de las obligaciones y no en el título de los “Delitos y cuasidelitos”, no es decisivo, ya que se reconoce que algunos de estos preceptos son aplicables en materia de responsabilidad extracontractual, como sucede con el art. 1556 CC que distingue entre daño emergente y lucro cesante.

En Italia, el que el art. 1225 CC italiano haya cambiado la expresión francesa que refería la previsibilidad al tiempo del contrato, por la del tiempo en el que surge la obligación, ha sugerido a Giovanna Visentini, contra la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, a sostener la aplicabilidad de la regla a la responsabilidad extracontractual, ya que en ese caso la previsibilidad se juzgaría al momento del hecho ilícito que es cuando surge el deber de indemnizar. Su intención, sin embargo, no es tanto la limitación de los daños indemnizables sino más bien que se amplíe la indemnización en caso de dolo a daños imprevisibles²⁹¹. En España Yzquierdo Tolsada también defiende la aplicación del art. 1107 CC español al campo extracontractual por parecerle injusto que en el campo contractual el comportamiento no doloso haga responder por las consecuencias previsibles, mientras que en el extracontractual se le imponga responder por los daños imprevisibles²⁹².

Como se ve, en ambos planteamientos se da por un hecho que la previsibilidad contractual es la misma que la extracontractual, por lo que la aplicación de la regla no daría como resultado una restricción de la

la omisión, se basan en el principio de autonomía de la voluntad y hallan su consagración en los artículos 1547, inciso final, y 1558, inciso 3º, del Estatuto Civil, con la sola limitación que no pueden eliminar la responsabilidad del infractor proveniente de dolo o culpa grave” (C. Punta Arenas 26 de enero de 1990, rol 6226, Legal Publishing: 22188).

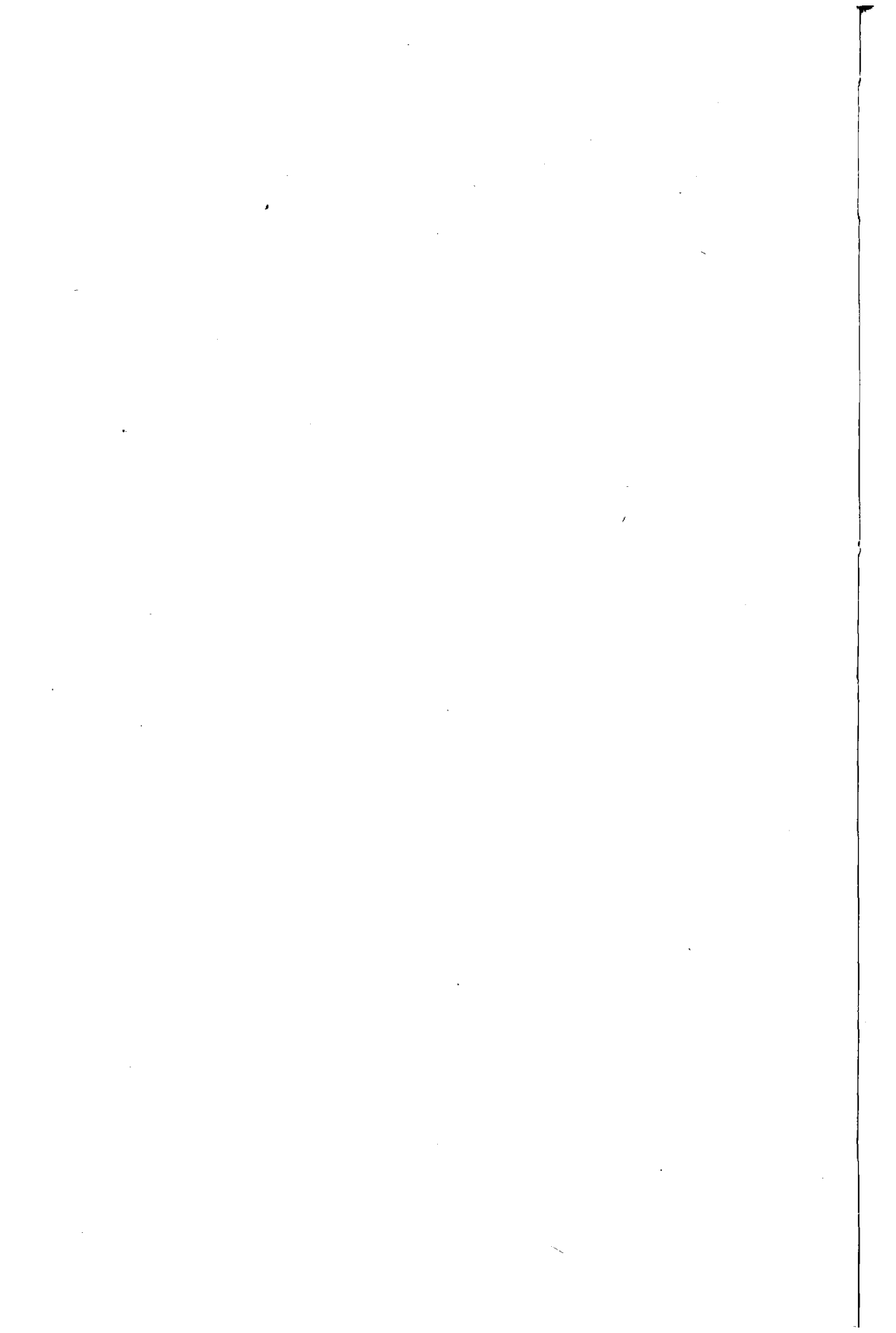
²⁹¹ Visentini, ob. cit., p. 210: “Hay por tanto razones que sugieren la extensión de la disciplina dictada por el art. 1225 al área extracontractual, porque en definitiva la norma parece presentarse como la expresión de un principio general, cual es que la plena responsabilidad por daños se da sólo en caso de dolo, principio general que consiente superar la distinción en examen [entre responsabilidad contractual y extracontractual]”. Debe anotarse que en Italia la extensión del art. 1225 a la responsabilidad extracontractual debe hacer frente a la dificultad que supone que en esta última regulación el art. 2056 señala expresamente las normas de responsabilidad contractual que pueden aplicarse a la primera, sin que se incluya el art. 1225.

²⁹² Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 248-250, aunque más tarde termina por afirmar la necesidad de derogar la norma en cuanto limita la responsabilidad del deudor (p. 251).

responsabilidad extracontractual sino una agravación en caso de dolo. Pero esto es un error: la previsibilidad del ilícito aquiliano es componente del juicio de causalidad. En cambio, la previsibilidad *ex art.* 1558 inc. 1º CC es una previsibilidad anticipada al hecho ilícito (al tiempo del contrato) que limita los daños causales. Si es así, la norma es excepcional, sin ella se daría una indemnización de todo daño causado por el incumplimiento. Siendo excepcional sólo puede aplicarse al régimen para el cual fue concebida: el régimen del contrato. Así lo han entendido también nuestros tribunales: C. Sup. 14 de abril de 1953, *RDJ* t. 50, sec. 4ª, p. 40.

Además, la justificación para esta limitación sólo se da en caso de existencia de un vínculo contractual, puesto que es allí donde las partes pueden haber hecho la evaluación de los riesgos. No parece que ello sea posible respecto del deber de reparar que surge del hecho ilícito. La exclusividad de la aplicación al régimen contractual es apoyada por el análisis económico, que hace ver que los incentivos para la entrega de información sobre la valoración de los daños sólo es posible en un marco reducido que rebaje los costos de transacción en la entrega de la información, lo que no se da en el terreno extracontractual²⁹³.

²⁹³ Gómez Pomar, ob. cit., pp. 270-271, señala que la regla de la limitación no puede operar en sectores donde los costos de transacción son tan altos que no cabe imaginar comunicación de información entre las partes, lo que sucede en los daños extracontractuales: "La superioridad de la regla de la responsabilidad plena, sin limitaciones basadas en la previsibilidad de un mayor o menor daño, es en este ámbito muy patente. Aplicar la regla de responsabilidad limitada al daño extracontractual no reporta ganancia alguna para el funcionamiento del sistema de responsabilidad extracontractual. La ventaja esencial de la responsabilidad limitada resulta neutralizada por los altos costes de transacción, y nos quedaríamos nada más con su cara más negativa, la reducción ineficiente de los incentivos a la precaución frente al conjunto de la población de potenciales víctimas".



LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

I. EL ROL DEL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO

1. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS. CARACTERES

1.1. Una breve descripción

Se suele denominar “responsabilidad por productos defectuosos” o simplemente “responsabilidad por productos” un régimen sectorial de la responsabilidad civil extracontractual (o Derecho de daños) que regula el resarcimiento de los perjuicios (corporales o materiales) causados a las personas a través de la utilización de un producto manufacturado que se ha mostrado defectuoso o inseguro, y que contempla la imputación del deber de reparar en la empresa o persona que lo ha fabricado o introducido al mercado con esa deficiencia.

Este nuevo tipo de responsabilidad se aleja de los dos mecanismos tradicionales de solución de controversias entre una persona que adquiere un bien dañino y su proveedor o fabricante. Por una parte, la responsabilidad contractual por vicios ocultos y por la otra la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito. La responsabilidad contractual queda superada por cuanto, normalmente, el consumidor no tiene ni el tiempo ni la posibilidad real de examinar y detectar los defectos de los productos elaborados, aun cuando no sean propiamente ocultos, y dado que el principio de relatividad de los contratos impone que el perjudicado sólo pueda

* Este trabajo se publicó originalmente en la *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004), pp. 71-94.

accionar en la medida en que sea parte del contrato y únicamente contra su vendedor directo, pero no contra un tercero a la relación contractual como el fabricante. Por otra parte, el régimen común de responsabilidad extracontractual tampoco parece ofrecer una respuesta adecuada, dada la distancia que puede existir entre el hecho de introducir un bien en el mercado y el daño producido, después de una cadena de distribución y de proveedores, y puesto que acreditar que hubo culpa individual en el proceso de fabricación o de control de calidad de los bienes manufacturados puede ser poco menos que imposible.

Sin embargo, el advenimiento de sociedades crecientemente industrializadas y que, al mismo tiempo, han desarrollado una sensibilidad mayor sobre la necesidad de proteger a los consumidores frente a daños que amenazan no sólo sus expectativas como compradores, sino su vida, su salud o su entero patrimonio, conduce a una superación de los modelos tradicionales de resarcimiento del Derecho privado para dar paso a una nueva forma sectorial de responsabilidad civil.

No es extraño que la configuración de esta nueva forma de responsabilidad se haya originado en el sistema jurídico de la sociedad en la que se presentaron más tempranamente las características anotadas: los Estados Unidos de Norteamérica. La protección del consumidor dañado por un producto inseguro se produce primeramente en el marco de la regulación contractual a través de un rompimiento de la regla de la relatividad de los contratos: la *privity of contract*. Las Cortes norteamericanas admiten que la víctima pueda demandar directamente al productor, aun cuando no tenga vínculo contractual con él. Se sostiene que hay responsabilidad contractual por defectos de la cosa en virtud de un pacto implícito de garantía (*implied warranties*) sobre la seguridad e idoneidad del bien.

Pero luego se advierte que hay casos en que no es posible o no es conveniente para los perjudicados invocar el contrato. Aparece entonces la posibilidad de que la víctima invoque el deber de indemnizar del fabricante acudiendo a la responsabilidad por ilícito típico extracontractual, esto es, bajo el régimen de *torts*. Como no existe un tipo específico de *tort* para el caso se recurre al ilícito genérico denominado *negligence*, que supone una infracción a un deber de cuidado (culpa). La jurisprudencia entonces condena al fabricante a reparar, en virtud del *tort of negligence*, si se acredita que en los procesos de producción y de control de calidad no se empleó la diligencia debida, aun cuando no pueda comprobarse culpa en alguno de sus empleados. Siendo un *tort* esta vía elude los breves plazos de prescripción de las acciones por responsabilidad contractual y además da facilidades para que puedan demandar perjudicados que no son los adquirentes del producto: usuarios no adquirentes (familiares, amigos) o incluso terceros no usuarios (los llamados "*bystander*"), es decir, terceros que resultan afectados por el defectuoso funcionamiento de un producto mientras otro lo usa, como por ejemplo el que resulta atropellado por un vehículo al que se le cortan los frenos.

Finalmente, la jurisprudencia de las Cortes norteamericanas, apoyada por desarrollos doctrinales, pasó a afirmar una responsabilidad objetiva o *strict liability* en contra del fabricante para todos aquellos casos en los que una persona sufre daño por un producto que puede ser considerado "irrazonablemente inseguro". Esta nueva forma de responsabilidad tuvo un desarrollo explosivo en las últimas décadas, siendo quizás una de las más recurridas en el Derecho norteamericano actual.

De Estados Unidos la responsabilidad por productos emigró a Inglaterra, y más tarde a toda Europa. En este ámbito, se trata de una forma de responsabilidad que ha sido de algún modo "codificada" mediante una directiva eurocomunitaria que ha sido adaptada ("transpuesta") por los países miembros a través de leyes internas (Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985). La responsabilidad atribuida en este caso es de carácter extracontractual (o supracontractual) y se imputa al productor o importador cuando un producto no proporciona la seguridad a la que legítimamente se tiene derecho a esperar de él y causa daño en la persona o en bienes distintos del producto mismo. No es necesario acreditar culpa, aunque sí el defecto del producto, es decir, la falta de seguridad. En todo caso, se trata de una responsabilidad que tiene limitaciones tanto temporales como de cuantía en las indemnizaciones.

En las experiencias norteamericana y europea una de las cuestiones medulares de la responsabilidad por producto ha sido la determinación de cuándo un producto es defectuoso. Es claro que no basta que el producto sea deficiente desde el punto de vista de su cantidad o cualidad (para esto son suficientes los remedios contractuales), ni tampoco puede calificarse como defectuoso todo producto que en sí sea peligroso, como un combustible o una droga, si proporcionan al usuario la información suficiente para manipularlos inocuamente. El producto considerado defectuoso no es pues ni el inidóneo ni el peligroso, sino el inseguro, esto es, aquel que no ofrece seguridad a la persona o bienes de los que lo usan o toman contacto con él durante su uso. Pero ¿qué defectos hacen que un producto padezca esta inseguridad? Jurisprudencia y doctrina han configurado una tipología de defectos: 1º) los defectos de fabricación: el bien tiene una falla que no se detectó en los controles de calidad; 2º) los defectos de información: el producto no advierte al consumidor de lo necesario para que se haga un uso inocuo del mismo, y 3º) los defectos de concepción o diseño: el producto fue diseñado enteramente de un modo que no proporcionaba la seguridad debida. Los más difíciles de calificar son los últimos, pues implican que el juez evalúe un diseño alternativo más seguro y exigible al productor. Las Cortes norteamericanas se debaten entre dos criterios para establecer este tipo de defectos: mientras unas adoptan la perspectiva del consumidor mediante el *consumer-expectation test*, otras moderan la imposición al fabricante de un modelo alternativo mediante una ponderación no sólo de las expectativas de seguridad del consumidor sino de comparación entre el costo económico del diseño

eventualmente más seguro y el costo del riesgo del diseño adoptado: el *risk-utility test*. La directiva eurocomunitaria, si bien no se pronuncia específicamente sobre estos estándares, señala sí que un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que ingrese al mercado un producto más perfeccionado, por más seguro.

Un cuarto tipo de defectos es el conocido con el nombre de “riesgos de desarrollo” e incluye aquellas fallas que no fueron detectables cuando se fabricó el producto, pero que son advertidas posteriormente merced a un mayor desarrollo del conocimiento científico y tecnológico. Es muy debatido si debe recaer en el fabricante el peso de soportar los daños sufridos por las víctimas cuando no tenía modo alguno de evitarlos, atendido el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles a la fecha de producción y comercialización del bien. La teoría norteamericana del *deep pocket*, es decir, de que el costo de los accidentes debe ser soportado por los agentes del mercado que estén en mejor situación para asumirlos y distribuirlos en la población, induce a rechazar la exoneración de responsabilidad por la causal denominada “*state of the art*”. La directiva europea fue más cautelosa: dejó libertad a los Estados miembros de la Unión para aceptar o excluir los defectos de desarrollo. Pocos son los países que han acogido la responsabilidad en estos supuestos; algunos, como España y Francia, la contemplan sólo para ciertos productos (productos farmacéuticos, en Alemania; alimentarios y farmacéuticos, en España y productos derivados del cuerpo humano, en Francia)²⁹⁴.

1.2. Caracteres principales de este régimen de responsabilidad

Si nos proponemos identificar los principales elementos que sirven para distinguir el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, podríamos decir que se trata de un sector de la responsabilidad civil que presenta los siguientes caracteres:

1º) El daño debe haber sido causado por un “producto”. Aunque existen discusiones sobre lo que debe considerarse como tal, el concepto paradigmático es el de un bien mueble sometido a un proceso de estandarización (producción) y de consumo o uso masivo. Aunque en el régimen europeo originalmente se excluyeron las materias primas agrícolas y los productos de caza y pesca, la aparición de la enfermedad de las “vacas locas” determinó que la directiva fuera rápidamente modificada para incluir en forma obligatoria también los bienes agrícolas, ganaderos o pesqueros (Directiva 1999/34/CEE).

²⁹⁴ Un panorama general e informado sobre la responsabilidad por productos defectuosos puede verse en la Memoria de Prueba de doña Paula Carvajal Gómez, *La responsabilidad por productos en Estados Unidos y en la Unión Europea*, dirigida por el profesor Jorge López Santa María, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 2000 (inédita).

2º) El daño resarcible no consiste en la frustración de las expectativas del comprador o la pérdida o deterioro del mismo producto, característico de la responsabilidad contractual redhibitoria, sino en la lesión a la vida o a la integridad corporal o en bienes patrimoniales distintos del producto.

3º) La legitimación activa para demandar es abierta y prescinde de la existencia de un contrato.

4º) La responsabilidad se imputa directamente, sin que tenga relevancia la ausencia de vínculo contractual, en el fabricante del producto, a condición de que se acredite que él lo ha puesto en circulación con un defecto que le impide ofrecer la seguridad que sería razonable esperar para ese tipo de bienes.

5º) Acreditado defecto, daño y relación causal la responsabilidad se configura sin que sea necesario probar culpa o negligencia en el proceso de producción.

6º) Responden también como el fabricante, el importador y quien se presenta al público como fabricante poniendo su marca o sello en el producto. Se discute si debe también responder el proveedor directo. En Estados Unidos se le incluye entre los posibles demandados. En Europa se lo hace responder sólo cuando no facilita la identificación del productor o cuando ha incurrido en culpa.

2. EL ROL DEL NEXO CAUSAL

Como queda dicho, para que proceda la responsabilidad por productos es necesario que la víctima acredite los daños y el defecto del producto. Pero además es menester que pruebe que existe un vínculo de causalidad entre el defecto y el daño producido.

En la experiencia norteamericana se habla de que debe acreditarse la *cause in fact* (vínculo causal de hecho) y la *proximate cause* (la causalidad jurídica). En la directiva eurocomunitaria se impone al demandante la carga de probar tres presupuestos de la responsabilidad, a saber, el daño (cuestión que no es novedad respecto del Derecho común), el defecto (que en este caso sustituye la culpa como factor de imputación) y el nexo causal entre defecto y daño: "El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño" (art. 4).

La diferencia que asume el nexo causal en esta materia con el sistema común de responsabilidad por culpa es que la causalidad no es necesaria entre la conducta impropia del agente, en este caso, lanzar al mercado un producto inseguro, y el daño. Probablemente si se exigiera acreditar esta relación de causalidad pocas veces podría afirmarse la responsabilidad, dada la distancia física y cronológica y la interferencia de muchos terceros en las cadenas de distribución y suministro entre el fabricante y el afectado. La responsabilidad por productos exige probar un vínculo

causal pero no entre el actuar del fabricante y el daño, sino únicamente entre el *defecto* del producto y el daño. Si el producto causó el daño por ser defectuoso y este defecto existía ya a la época de su puesta en circulación, la responsabilidad será imputable al productor²⁹⁵.

Debe notarse que no se trata aquí de probar la causalidad entre el uso del producto y el daño. No basta el nexo causal producto-perjuicio. Es menester demostrar que ha sido el defecto del producto el causante de los daños cuya reparación se pretende²⁹⁶.

Si se prueba el defecto pero no la causalidad, la demanda será desestimada correctamente. Es lo que sucede en un caso fallado en España por la Audiencia Provincial de Huesca por sentencia de fecha 18 de abril de 2000. La demandante, una paciente operada de tiroides que sufre molestias y desarreglos hormonales atribuidos al consumo de un medicamento destinado a suplir la carencia de las hormonas segregadas por la tiroides, demanda al laboratorio fabricante. En el juicio se probó el daño y también el defecto: el laboratorio había cambiando uno de los componentes que resultó de menor acción biológica de la normal, pudiendo producir hipotiroidismo. Sin embargo, la Audiencia llegó a la conclusión de que no se había acreditado la relación causal entre el consumo del producto y el concreto resultado lesivo (AC 2000, 1214)²⁹⁷.

Así, pues, la relación de causalidad, acreditado el defecto del producto y el daño producido a la víctima, se convierte en el eje central de la litigación en esta materia. Mientras el demandado intentará convencer al tribunal de la existencia de esta relación directa, los esfuerzos del demandado irán en sentido inverso, es decir, tratará de desvirtuar o negar dicho vínculo.

Hay que constatar que, en el régimen de productos, una de las formas más usuales de exoneración de la empresa demandada es precisamente la falta de acreditación de la relación de causalidad entre el defecto comprobado y el daño producido al demandante. La doctrina francesa señala, en este sentido, que "hay una verdadera causa de exoneración cuando el responsable designado demuestra que el defecto del producto no es la

²⁹⁵ Como señala Kelly, Julio Alberto, *Responsabilidad del fabricante*, Editorial Heliastra, Buenos Aires, 1987, p. 133, el acontecimiento que causa el daño es el producto que tiene un vicio o defecto, lo que equivale a decir que "el daño es efecto del vicio".

²⁹⁶ Cfr. De la Vega García, Fernando, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994, en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, 1998, p. 95; Parra Lucan, María Ángeles, *Daños por productos y protección al consumidor*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 595, si bien esta última reconoce que en la práctica la prueba del defecto está estrechamente ligada a la prueba de la relación causal.

²⁹⁷ La jurisprudencia española que utilizamos en este trabajo la hemos tomado de Gutiérrez Santiago, Pilar, "La prueba del defecto del producto y la de su relación causal con el daño como piezas claves en los pleitos de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos", en *Revista Jurídica de Andalucía*, 35, 2001, pp. 795-891, y también de Seuba, Joan C. y otros, "Guía InDret de la jurisprudencia española sobre productos defectuosos. 3ª actualización" Working Paper N° 117, enero de 2003, en *InDret*: www.indret.com (consulta 16 de enero de 2004).

causa del daño cuya reparación se demanda... si el nexo de causalidad no es probado o bien si esta prueba es destruida por el responsable designado, por el hecho de probar que el daño se debe a otra causa que el defecto del producto, es necesario descartar la responsabilidad del productor"²⁹⁸.

Si ya la cuestión de la relación de causalidad es de por sí compleja y escurridiza en el sistema general de responsabilidad, lo es aún más en el régimen de responsabilidad por productos defectuosos: "Quizás ninguna área de la responsabilidad por productos y del Derecho de daños —escribe un autor norteamericano— presenta más dificultades para generalizar que la relación de causalidad... la materia es sin embargo central para el funcionamiento de un sistema de reparación por productos y daños. La idea de la '*proximate cause*' expresa los sentimientos fundamentales de corrección y de sentido común que son inherentes al sistema de '*common law*'"²⁹⁹.

II. LA PREVISIBILIDAD DE LOS RIESGOS

1. PREVISIBILIDAD Y CAUSALIDAD

Uno de los criterios que la dogmática penal y civil moderna esgrimen para poder determinar la causalidad en forma de imputación objetiva de un resultado dañoso a una conducta humana, es el que se refiere al ámbito o fin de protección de la norma. Por medio de este criterio, se excluyen como no causales, aun cuando se pruebe una relación fáctica, los perjuicios sufridos por la víctima cuya evitación no estaba considerada por las normas que regulaban la conducta del agente y que le exigían un determinado comportamiento. Esto es especialmente relevante en la responsabilidad objetiva derivada de actividades autorizadas legalmente a pesar del riesgo que conllevan. Para este tipo de responsabilidad, la doctrina italiana ha elaborado la doctrina del riesgo típico, con la cual se quiere hacer referencia a que los regímenes de responsabilidad sin culpa sólo pueden funcionar cuando exigen al que realiza una determinada actividad (en nuestro caso, la producción de bienes) contemplar —y en su caso, asegurar— los perjuicios que razonablemente son consecuencia de los riesgos naturales de esa actividad, de manera que sólo puede afirmarse responsabilidad del agente cuando el daño es incluíble en aquel riesgo considerado típico, pero no cuando es el resultado de riesgos no considerados ni valorados a la hora de desarrollar la actividad.

²⁹⁸ Larroumet, Christian, "La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998", en *Recueil Dalloz* 1998, chr. 316.

²⁹⁹ Phillips, Jerry J., *Product Liability*, Snt. Paul Minn., 5ª ed., 1998, reimp. 2000, p. 252.

Aparece, entonces, el problema de la previsibilidad de los riesgos a la hora de la fabricación de un producto para que resulte afirmada la relación causal entre el defecto y el daño. No es necesario que se acredite que el productor previó los daños o que estuvo en condiciones de preverlos dadas sus circunstancias particulares, sino únicamente que eran previsibles en un análisis genérico y abstracto, es decir, que caben dentro del ámbito de protección de las normas propias configuradoras de esta forma de responsabilidad.

Así, por ejemplo, en un caso de la jurisprudencia estadounidense se exoneró por falta del vínculo causal al fabricante de una señal caminera luminosa, a pesar de que la falla de ésta indujo a un funcionario del departamento de vías del Estado a estacionar su vehículo al lado de la autopista para arrastrar el aviso e intentar repararlo, lo que dio ocasión a que fuera atropellado con resultado de muerte por otro conductor que se durmió sobre el volante (*Lear Siegler, Inc. v. Perez*, Tex. 1991)³⁰⁰. En este caso si se hubiera adoptado el criterio tradicional de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, el fabricante hubiera sido considerado responsable, ya que de no haber fallado el aviso no se habría producido el accidente. Sin embargo, la Corte estimó que la falla estaba demasiado lejos de la muerte de la víctima como para constituir "*legal cause*" de la misma. Para el fabricante no podía ser previsible la muerte del funcionario en esas circunstancias, ya que está fuera del riesgo típico de la producción de talés avisos el evitar que alguien sea atropellado en la solera de un camino por un conductor que se ha quedado dormido.

En cambio, cuando el producto tiene por finalidad evitar un determinado accidente, como los dispositivos de seguridad, habrá responsabilidad cada vez que, por no funcionar correctamente, se produce el daño para cuya evitación fue diseñado. Es lo que ocurre por ejemplo con los *airbags* de los automóviles. En un caso de la jurisprudencia española, se condenó al fabricante de un vehículo cuyo *airbag* no funcionó a pesar de que el auto chocó frontalmente con una atarjea de cemento a una velocidad superior a los 25 km/hora (velocidad mínima para que se active el dispositivo) como lo revelaron los daños producidos. El choque produjo la muerte de la conductora. La relación de causalidad quedó establecida al informar el médico forense que el fallecimiento ocurrió por lesión encefálica como consecuencia del impacto de su cabeza con el parabrisas del auto SAP de Zamora de 7 de mayo de 2001 (AC 2001, 796).

La previsibilidad no sólo se refiere al riesgo típico sino también al uso del producto y al daño concreto producido. Así, en Estados Unidos se ha fallado que es un daño previsible para la empresa productora de las alarmas contra robos la angustia mental que le produce al demandante el robo producido por la falta de funcionamiento de la alarma (*Pope v.*

³⁰⁰ Citado por Phillips, ob. cit., p. 250.

Rollins Protective Services Co., 5th Cir. 1983), y que también lo son los vómitos y otras reacciones producidas al abrir un paquete que contenía carne en descomposición vendida por el demandado (*Prejean v. Great A. & P. Tea Co., Inc.*, La.App. 1984). En cambio, se ha considerado como un daño no previsible el desprendimiento de retina que le produce a una persona una cuerda de caucho para hacer ejercicio, ya que, según la Corte, el daño previsible de una cosa como esa no podía tener la magnitud del daño reclamado (*Jamieson v. Woodward & Lothrop*, D.C.Cir. 1957)³⁰¹.

La exigencia de previsibilidad se quiebra cuando se aceptan los llamados riesgos de desarrollo, ya que en tal caso no servirá al demandado el probar que los daños le eran absolutamente imprevisibles por no haber sido descubiertos por la ciencia los riesgos de conllevaba el producto que deviene defectuoso.

2. PREVISIBILIDAD Y OMISIÓN

Una de las complicaciones que presenta el tema de la causalidad en la responsabilidad por productos es que muchas veces el daño debe atribuirse a una omisión de la conducta que habría evitado el daño. Así, se imputará al fabricante que no añadió un determinado dispositivo de seguridad, que no adoptó un diseño más seguro o que no proporcionó las instrucciones o advertencias necesarias para usar o consumir el producto sin sufrir daño.

Esto lleva a utilizar al criterio de la previsibilidad de un modo inverso. Se afirmará la causalidad de la omisión toda vez que sea razonablemente previsible que de haberse realizado el comportamiento omitido el daño no se hubiera producido. En muchas ocasiones la cuestión se torna aún más compleja como cuando se mezclan características personales de la víctima. Así, por ejemplo, ¿es posible afirmar la relación causal por la falta de advertencias escritas sobre la toxicidad de un determinado producto si quien lo ingirió no sabía leer (un niño)? La respuesta parece ser negativa salvo que sea razonablemente previsible que de haber existido tal información las personas que sí sabían leer podrían haber adoptado medidas de precaución adicionales frente a los que no tenían esa capacidad³⁰². Un fallo del Tribunal Supremo español del 2002 se pronunció en este sentido. El caso era el siguiente: El demandante compró una bolsa de caramelos y dio uno de ellos a su hijo de tres años de edad, tras lo cual éste murió por asfixia. El dulce tenía un diámetro de 3,5 cm y posteriormente sería declarado como riesgoso para la población infantil por el Instituto del Consumo. El padre del niño demandó a la vendedora de los dulces y al distribuidor en España (el fabricante era italiano). Las sentencias de

³⁰¹ Casos citados por Phillips, ob. cit. p. 262.

³⁰² Kelly, ob. cit., p. 135.

instancia habían absuelto a los demandados. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó la casación y declaró la responsabilidad del distribuidor fundada en haber omitido información sobre el peligro que los caramelos representaban para niños pequeños. Pero redujo la indemnización por considerar que el padre también concurrió con su negligencia a la producción del resultado lesivo (STS 10 de junio de 2002, RAJ 2002, 6198).

3. CAUSAS CONCURRENTES: CAUSALIDAD ATENUADA

Cuando se acredita el defecto del producto no siempre puede ser individualizado como única o exclusiva causa del daño producido. ¿Qué sucede cuando el daño se debe también a causas diversas del defecto pero de alguna manera éste también contribuye a producirlo o a determinar una mayor gravedad?

A un supuesto de este tipo se vio enfrentada la Audiencia Provincial de Murcia en España, en otro caso de mal funcionamiento de *airbags* de un vehículo. Se demandó a Citroën como fabricante del auto por los daños corporales sufridos por el conductor al no funcionar debidamente el dispositivo de seguridad. Sin embargo, aunque el defecto del producto y el daño estaban claros, no sucedía lo mismo con la relación causal. En efecto, las lesiones reclamadas no eran las que tiende a prevenir el *airbag* (contusiones craneanas y torácicas contra los elementos del mismo vehículo como volante o parabrisas), sino un esguince cervical. A pesar de ello, el tribunal entendió que, de todas maneras, de haber funcionado el *airbag*, si bien no habría evitado las lesiones sufridas, las podría haber aminorado. De allí que la sentencia aprecie la relación de causalidad del defecto, aunque en forma parcial con un 40% de concurrencia.

En otra ocasión, las Cortes españolas señalaron que si el defecto de un balón de gas que estalla concurre con la falta de ventilación reglamentaria del recinto donde se encontraba, procede estimar una participación reducida de la causalidad del defecto y conceder una indemnización del setenta y cinco por ciento del total de los daños (SAP Albacete de 9 de marzo de 2000, AC 2000, 1145).

En Estados Unidos, el *Restatement on Tort* en su 3ª versión, dedicado exclusivamente a la *Product Liability*, contiene una regla para los casos en los que el defecto del producto no es la única causa del daño pero incrementa el perjuicio producido por otras causas concurrentes, lo que a menudo sucede en los accidentes automovilísticos. El productor en tal caso responde sólo por el aumento del daño atribuible al defecto, a condición de que se pruebe la cuantía del perjuicio que hubiere sido el resultado de las causas concurrentes sin la participación del producto defectuoso. Si esta prueba no es posible se pone de cargo del demandado todo el monto del daño (§ 16).

III. INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

1. CULPA DE LA VÍCTIMA

Una de las formas más analizadas de interferencia o interrupción de la relación de causalidad es la que consiste en el hecho indebido o culpable de la víctima. La directiva eurocomunitaria dispone que “la responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable” (art. 8.2).

En la jurisprudencia norteamericana se distinguen tres tipos de situaciones: el uso inadecuado del producto (*misuse*), la contribución culpable de la víctima (*contributory negligence*) y la aceptación voluntaria de los riesgos (*assumption of the risks*).

La forma más extendida de presentación de la culpa de la víctima es el uso inapropiado del producto. No hay responsabilidad si el daño no proviene de un defecto del producto sino de un manejo descuidado o contrario a las mismas instrucciones del fabricante. En este punto tienen especial importancia las advertencias e informaciones proporcionadas por el fabricante al usuario o consumidor.

En Estados Unidos se duda si el uso inadecuado (*misuse*) debe ser descartado por el mismo demandante como un presupuesto de su acción o si constituye una defensa que corresponde probar al demandado. En Europa el buen uso se supone, y debe ser el demandado que alega la interrupción del nexo de causalidad el que acredite la utilización inadecuada.

En todo caso, no cualquier uso inapropiado exculpa al productor, sino sólo aquel que ha sido previsible para el productor. La mayoría de las Cortes sostiene que el uso inadecuado es imprevisible cuando no podía esperarse que el productor hubiera tomado precauciones en su contra al diseñar el producto³⁰³.

Por ejemplo, en el caso *Ellsworth v. Sherne Lingerie, Inc.* (MD. 1985), se juzgó que el uso de un vestido de noche peligrosamente inflamable en las proximidades de una cocina era previsible y hacía responsable al fabricante por las quemaduras sufridas por su inflamación. Igualmente, en otro caso se estimó que el fabricante de una bicicleta para hacer ejercicios era responsable si la bicicleta se rompe dañando al demandante que era una persona de más de 450 libras (202 kilos aprox.). El demandado se defendió alegando que la bicicleta estaba diseñada para personas de 250 libras máximo (112 kilos aprox.), representativas de más del 98% de la población adulta de Estados Unidos. La Corte, sin embargo, juzgó que el

³⁰³ Page Keeton, W. et al., *Prosser and Keeton on Torts*, West Publishing, St. Paul, Minn., 5ª ed., 1984, p. 711.

uso del artefacto era previsible, ya que la bicicleta había sido diseñada y comercializada "principalmente para el uso de individuos con sobrepeso" (*Dunne v. Wal-Mart Stores, Inc.*, La.App. 1996)³⁰⁴.

En España, uno de los campos en los que se ha apreciado el hecho de la víctima ha sido en los accidentes producidos por explosiones de balones de gas. Debe notarse que la Ley Nº 22 de 1994 incluye entre los productos no sólo a la electricidad sino también al gas (art. 2). En un caso fallado por la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 23 de febrero de 1999 (112, Act. Civ. Nº 6, 2000), la empresa demandada adujo que el accidente se había producido por una mala manipulación del balón y además que los perjudicados perdieron tiempo en gritar y pedir ayuda en vez de colocar de nuevo el regulador que hubiera evitado la salida del gas, así como que no abrieron las ventanas del "tendedero" donde se encontraba el balón. La Audiencia negó que el accidente se hubiera producido por mal uso, ya que estimó que el escape de gas se debió a que la válvula de seguridad del balón estaba deteriorada. Y si bien reconoció que pudiera haber culpa de las víctimas en no haber reaccionado a tiempo, consideró que esta no tenía significación ni siquiera para permitir una reducción de la responsabilidad.

Se ha planteado también la incidencia de culpa de la víctima en los casos en los que se acredita un mal funcionamiento de los *airbags* en accidentes automovilísticos. En el caso ya comentado en el que la víctima sufre la muerte por una lesión craneana frente a un choque frontal en el que no funcionó el *airbag*, la empresa demandada intentó eximirse de responsabilidad invocando que el accidente había sido provocado por culpa de la conductora fallecida, lo que parece real, ya que se trataba de un choque frontal con una atarjea de cemento (SAP de Zamora de 7 de mayo de 2001, AC 2001, 796). La Corte no dio lugar a la defensa. La doctrina apoya la sentencia sosteniendo que lo importante no era de qué forma se había producido el accidente sino si el producto debía haber evitado el daño si no hubiera sido defectuoso; el *airbag* tiene por objeto proteger de las lesiones de choques frontales incluso cuando éstos se produzcan por impericia o negligencia del conductor del vehículo³⁰⁵. Sin embargo, otras Cortes estiman que en caso de concurrencia entre no funcionamiento del *airbag* y accidente del auto por culpa del conductor, debe apreciarse una causalidad atenuada que reduce la indemnización (SAP de Asturias de 30 de mayo de 2001, AC, 2001, 1531).

Si el daño se produce por un uso intencionalmente inadecuado del producto esta circunstancia bien puede servir de excusa al fabricante. Así, en otro caso de la jurisprudencia norteamericana, se rechazó la demanda de una mujer que se introduce voluntariamente en la maleta de

³⁰⁴ Casos citados por Phillips, ob. cit., p. 259.

³⁰⁵ Cfr. Gutiérrez, ob. cit., p. 823, quien cita el parecer de R. Bercovitz.

un auto con el propósito de suicidarse pero que luego, arrepentida, no puede salir y permanece atrapada, y que ahora invoca que el vehículo padecía un defecto de diseño al no permitir abrir la maleta del auto por dentro. El tribunal sostuvo que, no tratándose de una persona que inadvertidamente quedara atrapada y puesto que las características del diseño y las dimensiones de la maleta hacían casi imposible que una persona adulta quisiera intencionalmente entrar en ella y cerrar la tapa, no corresponde hacer responder al fabricante (*Daniel v. Ford Motor Co., Inc.*, D.N.M. 1984)³⁰⁶.

Otra forma de liberación de responsabilidad del demandado asociada al hecho de la víctima es la asunción de ésta de los riesgos que son manifiestos o informados convenientemente por el productor. Con esta doctrina se defendieron durante años las compañías productoras de tabaco en los Estados Unidos obteniendo éxitos, ya sea por no haberse acreditado un nexo de causalidad entre el consumo de tabaco y las enfermedades de los fumadores, ya sea porque éstos habían asumido voluntariamente el riesgo de enfermar, el que había sido legalmente informado por los fabricantes. La constancia de que las compañías poseían información relevante sobre el carácter adictivo y dañino de la nicotina y que, sin embargo, la silenciaron y ocultaron durante años, ha llevado a los demandantes a intentar, con mayor eficacia, acciones que no se amparan ya en la responsabilidad por productos sino en figuras penales como la *conspiracy*, *deceit* y *fraud*³⁰⁷. Además, existe una fuerte tendencia, en general, a eliminar o restringir las defensas basadas en la culpa de la víctima en los casos de responsabilidad objetiva o sin culpa³⁰⁸.

En España se ha defendido doctrinalmente que el consumo voluntario de tabaco constituye un caso de culpa exclusiva de la víctima que interrumpe el nexo causal, pero no hay pronunciamientos judiciales en tal sentido al menos hasta la fecha³⁰⁹.

³⁰⁶ Citado por Phillips, ob. cit., p. 256.

³⁰⁷ Cfr. Jensen, Bryce A., "From Tobacco to health care and beyond. A critique of lawsuits targeting unpopular industries", en *Cornell Law Review*, vol. 86 (6), 2001, pp. 1334-1385; Ruiz García, Juan Antonio y Salvador Coderch, Pablo, "El pleito del tabaco en los Estados Unidos y la responsabilidad civil I y II", en *Indret*: www.indret.com (consulta: 16 de enero de 2003).

³⁰⁸ Page Keeton, *Prosser...*, cit., pp. 711-712. Informa que la postura de igualar las defensas en casos de responsabilidad por negligencia y responsabilidad objetiva estaría ganando terreno por medio de la aceptación del sistema de la "comparative fault", que excluye la asunción del riesgo como defensa y acepta la culpa de la víctima para disminuir la responsabilidad, pero no para suprimirla del todo.

³⁰⁹ En este sentido, Santos Briz, Jaime, "Responsabilidad civil. La culpa exclusiva del perjudicado en los supuestos de accidentes ocurridos en festejos taurinos o de enfermedades derivadas del consumo de tabaco", en *Poder Judicial*, N° 60, pp. 291-311, especialmente pp. 305-309.

2. HECHO DE UN TERCERO

Si el nexo causal entre el defecto y el daño transcurre por la intervención de un tercero distinto de la víctima, este hecho puede ser invocado por la defensa del demandado para liberarse del deber de responder objetivamente.

Así en un caso juzgado en 1983 en Estados Unidos (*Bridges v. Chemrex Specialty Coatings, Inc.* 5th Cir. 1983), unos muchachos jugando con petardos con unos envases de productos químicos produjeron la explosión de éstos, resultando lesionado el demandante. El fabricante había colocado en los envases la advertencia de que ellos no podían exponerse al calor o a las llamas. La Corte aceptó la excusa de responsabilidad asumiendo que el demandado había cuidado de proporcionar la información necesaria para evitar el daño³¹⁰.

En la legislación europea la cuestión es más estricta para el productor, ya que la directiva señala que la responsabilidad no sufrirá reducción en caso de concurrencia entre el defecto de producto y la culpa de un tercero distinto de la víctima. Se afirma que en este caso la responsabilidad del productor opera como la responsabilidad solidaria entre los varios partícipes del hecho dañoso³¹¹.

Pero el supuesto de concurrencia entre defecto y hecho de un tercero es distinto a cuando es la conducta del tercero la única causa del daño. La doctrina estima que cuando la culpa del tercero es de tal magnitud que interrumpe el nexo causal, el fabricante debe ser liberado de responder, puesto que fallará uno de los presupuestos necesarios de la responsabilidad por productos: el vínculo causal entre el defecto y el daño³¹².

La jurisprudencia española ha sido poco abundante en casos en los que se discuta la interrupción del nexo causal por intervención de terceros. Y cuando se ha planteado como defensa por parte del fabricante, las Cortes la han desestimado. En un caso en el que la víctima había sufrido graves quemaduras por la ingestión de soda cáustica que venía contenida en una botella de agua mineral servida en una discoteca, el fabricante se defendió haciendo ver que el mozo no había abierto la botella en presencia de los clientes, por lo que el contenido de esta podía haber sido sustituido por la acción de un tercero. La Audiencia Territorial de Jaén por sentencia de 4 de octubre de 1999 (AC 20, 2000) rechazó el recurso del fabricante. En otra ocasión, la Audiencia Territorial de Salamanca, conociendo de un caso de explosión de un balón de gas, desestimó la alegación de la empresa demandada (Repsol) de haberse producido el accidente por negligencia del instalador. La sentencia señala que, conforme a la legalidad vigente, es el fabricante el que supervisa la instalación y será él quien deba res-

³¹⁰ Citado por Phillips, ob. cit. 257.

³¹¹ Larroumet, ob. cit., p. 326.

³¹² Gutiérrez, ob. cit., p. 824; Parra Lucán, ob. cit., p. 597.

ponder, sin perjuicio de que pueda repetir contra el tercero instalador. La sentencia negó que en este caso procediera dar lugar a un litis consorcio pasivo necesario (SAP de 3 de marzo de 2000, AC 2000, 1367).

3. FUERZA MAYOR

La doctrina reconoce también que la fuerza mayor, en la medida en que interrumpe la causalidad entre defecto y daño, es causal de exoneración de responsabilidad que favorece al productor. Como señala Larroumet para la legislación francesa “cuando hay fuerza mayor o cuando el hecho del tercero tiene los caracteres de fuerza mayor, es decir hay irresistibilidad del acontecimiento y sus consecuencias, la relación entre el defecto y el daño no existe más y toda responsabilidad debe ser descartada”³¹³.

Tal vez a esta categoría jurídica general deba reconducirse una causal de exoneración específica que suelen contener los regímenes de responsabilidad por productos y que consiste en haberse sometido el demandado, para diseñar, fabricar o informar sobre el producto, a normativas públicas que le eran obligatorias. La Directiva eurocomunitaria exige al fabricante si prueba que “el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos” (art. 7.d). Debe considerarse que en un buen número de casos las empresas productoras de tabaco se defendieron de la demanda de no haber informado completamente de los riesgos del consumo del tabaco aduciendo que las *Cigarettes acts* de 1965 y 1969 impusieron a todas las compañías el colocar una advertencia dispuesta por la ley que no era modificable por el productor³¹⁴.

Más complejo es el caso de concurrencia entre la fuerza mayor y el defecto del producto como causas del daño. En tal caso, podría sostenerse la subsistencia de la responsabilidad del productor, ya que existe un vínculo causal, siquiera concurrente³¹⁵.

IV. LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL

La relación de causalidad presenta muchas veces dificultades probatorias, sobre todo en los casos en los que el producto resulta destruido por el mismo accidente o cuando se trata de cosas consumibles. También se producen complicaciones si un mismo tipo de producto ha sido fabricado por varios empresarios y no se sabe cuál de ellos fabricó la especie que causó el perjuicio.

³¹³ Larroumet, ob. cit., p. 326.

³¹⁴ Jensen, ob. cit., p. 1341.

³¹⁵ Parra Lucán, ob. cit., p. 603, señala que la cuestión quedará sometida a cada Derecho nacional, ya que la directiva no dice nada al respecto. Cfr. sobre este aspecto a Carvajal Gómez, *La responsabilidad...*, cit., pp. 327-329.

Es aquí donde la prueba del defecto del producto se mezcla y confunde muchas veces con la prueba del nexo causal. En realidad ambas pruebas están íntimamente relacionadas³¹⁶. No es raro que los jueces estén más inclinados a flexibilizar la acreditación de la relación causal cuando se ha probado previamente el defecto. Las presunciones judiciales pueden funcionar para atenuar la exigencia de prueba de la relación causal.

1. LA PRUEBA DE PRESUNCIONES

En los casos en los que los productos perecen por el consumo o por el accidente, los tribunales se ven en la obligación de recurrir a pruebas indirectas para estimar tanto la existencia del defecto como la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

Paradigmáticos son los casos de explosiones de botellas. En ellos los tribunales analizan las circunstancias del hecho y si encuentran que no existen explicaciones alternativas razonables, dan por probado que la botella era defectuosa (ya que las botellas normales no estallan), y a renglón seguido infieren que la explosión que causó el daño tenía por causa el defecto. Hay una doble acreditación por presunciones: primero del defecto y enseguida de la causalidad. En España varios casos son resueltos a favor del demandante por esta vía (STS de 23 de junio de 1993, RJ 5380; SAP de Jaén de 22 de diciembre de 1998, AC 1998, 2559; SAP de Asturias de 4 de junio de 2001, AC, 1371).

Lo propio suele suceder en casos de intoxicaciones por consumo de alimentos mal preparados: por su proximidad con un caso presentado hace algún tiempo en Chile, citamos el caso de intoxicación por consumo de mayonesa y presencia de salmonelosis en la víctima. La Audiencia de Córdoba señala que “no es contrario a las reglas del criterio humano (ni, por tanto, ilógica) la deducción a que llega la juez a quo de la relación de causalidad entre el consumo de los bocadillos con mayonesa sólo por los tres actores (y no por sus dos acompañantes) y la aparición a las pocas horas en los tres de la intoxicación alimenticia” (SAP de 10 de abril de 2000, AC 2000, 1395).

En Estados Unidos también se considera que el demandante no necesita probar en contra de cualquier explicación alternativa del accidente diversa del defecto del producto, y basta que haya una razonable inferencia de causalidad de la prueba aportada en el proceso. En *Campbell v. General Motors Corp.* (Cal. 1982), la víctima de 62 años alegaba que los daños sufridos al caerse por una frenada abrupta del bus fueron causados por la falta de una baranda en frente del primer asiento donde estaba sentada. La Corte tuvo en cuenta la declaración de la víctima de que ella antes de caerse buscó a qué asirse sin encontrarlo, de lo cual un jurado puede

³¹⁶ Parra Lucán, ob. cit., p. 595.

juzgar razonablemente que la presencia de una baranda habría evitado el accidente: "Aunque este hecho puede no ser susceptible de una prueba matemática, es sin embargo una inferencia razonable que puede ser extraída de la evidencia"³¹⁷.

2. EL INFORME PERICIAL

Otra prueba que es útil para establecer judicialmente el vínculo de causalidad es el informe de peritos, en particular cuando el curso causal es propio del dominio de alguna disciplina científica. En el caso de explosiones o de enfermedades producidas por el producto el informe pericial es una pieza clave del proceso. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se ha señalado que la evidencia epidemiológica combinada con el "*expert testimony*" relativo a la particular fisiología del cáncer de colon del demandado puede bastar para acreditar la causalidad y la responsabilidad de un productor que utiliza el asbesto (*Grassis v. Johns-Manville Corp*, N.J.Super.1991)³¹⁸.

El problema es aquí el costo que para el demandante representa un informe pericial. La ley italiana (Decreto del Presidente de la República Nº 224 de 22 de mayo de 1988, art. 8) prevé que si resulta verosímil que el daño ha sido causado por un defecto del producto, el juez puede ordenar que los gastos del informe de peritos sean anticipados por el productor demandado.

Es una de las alternativas que se han barajado en la evaluación de la aplicación de la directiva eurocomunitaria, ya que se reconoce que la carga de probar el nexo de causalidad puede ser onerosa cuando la prueba se revela compleja desde el punto de vista técnico y/o costosa a causa de los gastos periciales necesarios³¹⁹.

3. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA IDENTIFICACIÓN DEL PRODUCTOR

Uno de los problemas a que puede verse abocado un demandante es a relacionar el producto que causó el daño con una determinada empresa, cuando el producto ha desaparecido o no consta en su etiquetado el origen del mismo y son varios los fabricantes que lo producen en un determinado mercado.

Este fue el caso que se presentó en los Estados Unidos cuando se advirtió que un medicamento, el DES (*Diethylstilbestrol*), que había sido

³¹⁷ Citado por Phillips, ob. cit., p. 239.

³¹⁸ Citado por Phillips, ob. cit., p. 237.

³¹⁹ Gómez Laplaza, María del Carmen, "Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea", en De Ángel, Ricardo e Yzquierdo, Mariano (coords.), *Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 153.

consumido por mujeres para evitar abortos espontáneos, era la causa de que sus hijas e hijos hubieran desarrollado tumores uterinos o testiculares, respectivamente. Un grupo de mujeres afectadas, ante la imposibilidad de determinar la empresa farmacéutica que había vendido el producto ingerido por la madre de las demandantes, accionaron contra los mayores fabricantes del producto en el Estado de California en el período de tiempo en que sus madres lo habían comprado. La Corte de California (*Sindell v. Abbot Labs.* Cal. 1980) discurrió entonces la teoría de la responsabilidad por participación en el mercado (*market share liability*). Según la Corte, los demandantes podían obtener reparación de todos los fabricantes del mercado sustancial del DES que su madre había ingerido, correspondiendo a los demandados probar que su producto no había intervenido en la causación del daño. En caso contrario, todos son declarados responsables pero no solidariamente sino en cuotas representativas de su participación en el mercado de ventas del producto. La Corte encontró en esta fórmula una manera de otorgar reparación a las víctimas sin necesidad de imponer la carga de una obligación solidaria a todos los posibles productores³²⁰.

Esta doctrina ha sido muy controvertida en los Estados Unidos y no puede decirse que suscite el apoyo unánime ni de la doctrina ni de la jurisprudencia³²¹. Se le cuestiona que no siempre la participación en el mercado refleja la proporción de los daños causados por cada demandado, como sucede en los productores de pintura en un período de cien años (*Skipworth v. Lead Industries Ass'n, Inc.*, Pa. 1997). No hay claridad sobre la extensión que puede tener el mercado a analizar, la que puede ir desde una sola farmacia en Idaho (*Geoge v. Parke-Davis*, Wash. 1987) hasta toda la nación (*Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, N.Y., 1989). No es fácil tampoco valorar cuál es la participación que corresponde a cada empresa en el mercado. En algunos casos se ha rechazado la aplicación de este criterio por estimarse que las industrias demandadas no pueden decirse igualmente imputables del hecho dañoso, a diferencia de lo que sucedía con los productores de DES (para el caso de una vacuna, *Sheffield v. Eli Lilly & Co.*, Cal.App. 1983). Pero la jurisprudencia es errática: en 1992 se volvió a aplicar la teoría del *market share* para un caso de demandantes que habían contraído el virus del SIDA después de recibir transfusiones de sangre contaminada preparada por uno de cuatro demandados (*Doe v. Cutter Biological, Inc.*, 9th Cir. 1992)³²².

³²⁰ Cfr. Phillips, ob. cit., p. 246.

³²¹ El Restatement on Tort Third. Products Liability aprobado por el American Law Institute en 1998, no zanjó la discusión y prefirió remitir la cuestión al futuro desarrollo del Derecho. Pero remarcó que, en todo caso, la teoría del market share debe diferenciarse netamente de la responsabilidad solidaria (joint and several liability), en cuanto atribuye a cada demandado en individual la responsabilidad de sólo una parte de los daños, fijada en proporción a la cuota con la que participa en el mercado.

³²² Se citan estos casos en Phillips, ob. cit., pp. 246-249.

Esta doctrina no ha sido aplicada por la directiva europea. En ésta, en caso de falta de identificación del productor, se permite demandar subsidiariamente al proveedor o suministrador final (art. 3.3). En doctrina, sin embargo, se señala que no habría problemas de fondo para permitir la adopción de un criterio similar al norteamericano cuando el productor no pueda ser identificado sino respecto a su pertenencia a un grupo. Se estima incluso posible configurar una responsabilidad solidaria entre los miembros del grupo³²³. No parece ser ésta, sin embargo, una opinión que suscite consenso. El Informe de la Comisión Europea de 31 de enero de 2001 sobre la aplicación de la Directiva de productos defectuosos, aunque analiza criterios para flexibilizar la exigencia de prueba del nexo causal, considera innecesario establecer el concepto de "responsabilidad por parte del mercado"³²⁴.

4. LA TENDENCIA A ATENUAR LA PRUEBA DE LA RELACIÓN CAUSAL

La exigencia de la relación causal y de su debida acreditación en el proceso es uno de los bastiones que permite separar la responsabilidad objetiva por productos defectuosos de lo que puede ser una indemnización a todo evento más propia de un seguro social.

Sin embargo, la presión social por favorecer a las víctimas y encontrar un responsable es poderosa y muchas veces los jueces se sienten tentados a diluir la exigencia de prueba de la relación causal de un modo que en la práctica se traduce en una derogación del requisito o en una inversión de la carga de la prueba.

Que sea el demandado el que deba probar la falta o quiebre del nexo causal es lo que propicia la doctrina argentina, sobre la base de la norma general sobre responsabilidad del guardián de la cosa (art. 1113 del Código Civil) y de la norma particular de la Ley de Protección del Consumidor que regula la responsabilidad por vicio del producto (art. 40, ley N° 24.240, modificada por la ley N° 24.999, de 1998)³²⁵.

En Francia se observa un debilitamiento general de los estándares de acreditación de la relación causal, que repercute fuertemente en el ámbito de la responsabilidad por productos. Bastaría que el producto haya podido incrementar el riesgo de contraer una enfermedad para que se

³²³ Marín López, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 103 y ss.

³²⁴ COM (2000) 893 final. El texto en el sitio web: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/prodliability.htm (consulta 13 de noviembre de 2003).

³²⁵ Cfr. Tallone, Federico, *Daños causados por productos elaborados*, Hammurabi-Depalma, B. Aires, 2002, pp. 71-72 y pp. 159-161. Aunque hay autores que precisan que el actor debe probar la intervención activa de la cosa y su conexión con el daño y de allí surgiría una presunción de causalidad: Pizarro, Ramón Daniel, "Algunas reflexiones en torno a la relación de causalidad, a la legitimación pasiva y a las eximentes en la responsabilidad civil por productos", en *Revista de Derecho de Daños* (Buenos Aires), 2003, 2: Relación de causalidad en la responsabilidad civil, p. 341.

afirme el nexo causal si no hay otros factores a los que atribuirla. En este sentido un fallo de la Corte de Casación de 2001 no vio inconveniente en sostener que si una persona contrae hepatitis con posterioridad a una transfusión de sangre y no hay ningún otro factor de riesgo al que pueda atribuirse el mal, debe presumirse que la contaminación fue causada por la sangre transferida (Cass. Civ. 1er Ch. 17 de julio de 2001, Bull. Civ. I, n° 234). Esta pérdida de las exigencias probatorias del nexo causal es, sin embargo, cuestionada en doctrina³²⁶.

En España también se advierte que la prueba de presunciones debe ser aplicada con rigor y exigiendo que haya hechos probados de los cuales pueda inferirse de manera precisa y directa el nexo causal. De lo contrario, los tribunales estarían incumpliendo la norma que exige probar la relación de causalidad. Se critica una sentencia del Tribunal Supremo que condenó al fabricante de un automóvil que se incendió en la carretera, pese a que el informe pericial no logró determinar cuál fue la causa del incendio, pudiendo atribuirse alternativamente a la chispa de un cigarro (culpa de la víctima) o a un cortocircuito entre los conductores (defecto de fabricación) (STS de 23 de mayo de 1991, RJ 3784). La objetivación de la responsabilidad no debiera consistir en una exoneración de probar el vínculo de causalidad³²⁷. Aunque algunos propician, de *lege ferendae*, la inversión de la carga de la prueba en beneficio del demandante toda vez que se acredite que el daño fue causado por un producto que era defectuoso³²⁸.

V. LA CUESTIÓN EN CHILE

1. LAS TRES VÍAS DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En Chile, nuestra Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, ley N° 19.496, al revés de lo que sucede con el Código del Consumidor Brasileño (arts. 12 y ss.), no imputó responsabilidad objetiva al productor por el solo hecho de ingresar al mercado un producto inseguro, a pesar de que el art. 3 declara solemnemente el derecho de los consumidores a la “seguridad en el consumo de bienes y servicios” (letra d) y a la “reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales” (letra e)³²⁹.

³²⁶ Debouzy, Olivier y Por, David, “Recent evolutions and foreseeable trends of French Product Liability Rules: Apocalypse Later?”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, 2, pp. 328 y ss.

³²⁷ Gutiérrez, ob. cit., p. 827.

³²⁸ De la vega, ob. cit., p. 95.

³²⁹ Sobre esto y con más desarrollo véanse nuestros trabajos “Ley de Protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en H. Corral (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales*

La ley no contiene una regulación orgánica y coherente de la responsabilidad producida por productos defectuosos, en el sentido de carentes de la seguridad legítimamente esperable.

Hay tres vías por las cuales puede reclamarse indemnización de los perjuicios: 1º) la acción de responsabilidad por garantía frente a productos que resultan inidóneos por no satisfacer las expectativas del adquirente (arts. 19 y 20); 2º) la acción civil de indemnización como accesorio a la denuncia por infracción contravencional a las normas de la ley, en especial bajo el tipo general previsto en el art. 23 (“Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien... , actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la ...seguridad... del respectivo bien...”); y, finalmente, 3º) la acción de responsabilidad solidaria en contra del fabricante, importador y primer distribuidor por los daños causados por productos declarados oficialmente peligrosos (art. 47).

Las tres vías tienen serios inconvenientes para el demandante: la primera necesita la prueba de la relación convencional, ya que se trata de una responsabilidad típicamente contractual. Además, aparece fundada en la falta de idoneidad del producto, con lo que lo principal es la reposición, reparación del producto o la devolución del precio, y el resarcimiento de los perjuicios aparece como secundario y eventual. Por otra parte, la responsabilidad se hace recaer en el proveedor, que no siempre tiene el control de la seguridad de los productos que expende, y si bien se reconoce una acción de regreso contra el fabricante esta acción es condicionada a la prueba de la culpa de este último: “siempre que el defecto que dio lugar a una u otra [costos de restitución o devolución e indemnizaciones pagados] les fuere imputable” (art. 22). La reforma introducida por la ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, a la ley N° 19.946, agregó a esta vía la responsabilidad solidaria del proveedor que haya comercializado el producto y el importador que lo haya vendido o suministrado (nuevo inciso tercero del art. 21); además, tratándose de la reparación del producto defectuoso se establece el derecho del consumidor para dirigirse, indistinta o conjuntamente, en contra del vendedor, el fabricante o el importador (nuevo inciso segundo del art. 21).

La vía de la responsabilidad infraccional contempla las fallas de seguridad, pero en este caso es necesario probar la negligencia y que ella se produce en la venta del bien y no en la fabricación.

La tercera vía es la que se acerca más al régimen de responsabilidad por productos. Pero en este caso se restringe sólo a productos peligrosos

tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión 3, Universidad de los Andes, Santiago, 1999, pp. 163-211; “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, en J. Baraona y O. Lagos (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2006, 12, pp. 95-110.

que hayan sido declarados como tales por la autoridad judicial o administrativa. Además, se permite que el demandado se exonere probando que se han cumplido las medidas de prevención legales o reglamentarias y los demás cuidados y diligencias exigidas por la naturaleza de los productos. Se trata por tanto de un régimen de culpa presunta (art. 47)³³⁰.

La cuestión de la relación de causalidad debe considerarse al menos en las dos vías de responsabilidad extracontractual. En relación con la infracción del art. 23, hay que insistir en lo que ya ha señalado la mejor doctrina penal en nuestro país, a saber que para que haya derecho a la indemnización no basta acreditar que la conducta del demandado infringió la norma y se hace acreedor a una multa, sino que es menester acreditar que ha sido dicha infracción la causa precisa de los daños y perjuicios que se demandan. Esto tiene especial importancia en los llamados defectos de información. Acreditada una falta administrativa en cuanto a que el producto no contiene las informaciones exigidas por la reglamentación pertinente, no por ello habrá siempre responsabilidad, siendo preciso que se compruebe que de haberse cumplido con la norma se habría evitado el evento dañoso.

La relación de causalidad debe exigirse también para configurar la responsabilidad del fabricante del art. 47 de la ley. El texto habla de que deben indemnizarse los daños que "provengan" del consumo de los bienes peligrosos o tóxicos, pero es evidente que los daños deben provenir de un defecto que los vuelve inseguro, aunque sea por falta de la información debida.

2. RESPONSABILIDAD RECLAMADA POR MEDIO DE ACCIONES DE TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS

En cuanto a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad por acciones que tutelan intereses difusos o colectivos (lo que consagró la reforma de la ley N° 19.955, de 2004), la ley señala que estas acciones pueden tener por objeto la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda (art. 50 inc. 2°), pero requiere que se acredite el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados (art. 50 inc. final). La ley parece así limitar estos procesos colectivos únicamente a los consumidores o usuarios, como beneficiarios, y al proveedor que contrató con ellos, como demandado. Se excluyen posibles acciones contra el fabricante, distribuidor o importador respecto de los cuales los consumidores no podrían acreditar vínculos contractuales.

³³⁰ Por eso, con razón advierte López Santa María, Jorge, "La responsabilidad por productos", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 97, Derecho, p. 118, que se trata de una responsabilidad subjetiva. Agrega que se trataría de una responsabilidad legal especial, diferente de la responsabilidad contractual y la de la responsabilidad extracontractual. En nuestra opinión, se trata de una responsabilidad supracontractual, que debe enmarcarse sin embargo en el régimen de la responsabilidad extracontractual.

Se dispone, además, que en la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, "basta señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación" (art. 51 N° 2). Estas indemnizaciones no podrán extenderse al daño moral (art. 51 N° 2).

La sentencia que declara admisible la demanda se informa por avisos en un medio de circulación nacional para que los consumidores afectados puedan hacerse parte o hacer reserva de sus derechos. La sentencia ejecutoriada que acoge la demanda produce efectos erga omnes y es dada a conocer "para que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan" (art. 54). El aviso de la sentencia debe contener "los hechos que originaron la responsabilidad del o los infractores y la forma en que ellos afectaron los derechos de los consumidores" (art. 54 A, letra b).

No hay una mención explícita en esta normativa de la necesidad del demandante de probar la conexión causal entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio que se reclama. Pero es indudable que está presupuesta implícitamente. El que el art. 51 N° 2 diga que basta que la demanda señale el daño y solicite la indemnización no puede significar que se exonere al actor de acreditar los demás requisitos de la responsabilidad que se reclama, entre ellos el incumplimiento o infracción del proveedor y la prueba de que los perjuicios han sido causados por ese incumplimiento o esa infracción. Es más, debe suponerse que todos los consumidores que concurren solicitando indemnización de perjuicios deberán acreditar que ellos provienen de los hechos que fueron juzgados en el juicio colectivo.

Es cierto que el art. 54 C da derecho a los interesados a perseguir la responsabilidad civil derivada de la infracción objeto de un proceso colectivo en un juicio distinto. En tal caso, la sentencia del juicio colectivo, dice la norma, "producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho del demandante a la indemnización de perjuicios, limitándose el nuevo juicio a la determinación de los mismos". Pareciera que no se exige prueba del nexo causal. Pero ello no es así. La norma supone que en el juicio colectivo ya se ha demostrado que la infracción ha causado el perjuicio reclamado. De lo contrario, la sentencia producirá plena prueba sobre la existencia de la infracción pero no del derecho a la indemnización, el que dependerá de que el actor logre demostrar en el nuevo proceso el nexo causal entre el ilícito que ha sido objeto del proceso colectivo y el perjuicio sufrido.

3. FALTA DE JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

En la práctica, no existe jurisprudencia que conozcamos sobre la materia. Un informe de la Unidad de Gestión del SERNAC (Centro de Documentación, 2001), informaba que a abril de 2001, había un total de 140 juicios en el país en los que el SERNAC se había hecho parte. De ellos sólo 29 se referían al art. 23. Ninguno se basaba en el art. 20 o en el art. 47.

Pensamos que la materia está aún inexplorada, no porque no existan casos de daños atribuibles a defectos de producción, sino básicamente por la renuencia de los consumidores a incurrir en los costos de litigación incrementada por el desconocimiento que se observa en general en el medio forense de este tipo de remedios jurídicos.

Si esta exposición contribuye a aportar luces sobre un punto tan delicado como el de la causalidad en este nuevo sector de la responsabilidad civil damos por bien invertido el tiempo que hemos dedicado para prepararla.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL Y EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD

Es un hecho que uno de los sectores en los que se ha avanzado más hacia la objetivación de la responsabilidad civil es el relativo al resarcimiento de los daños causados al medio ambiente.

La responsabilidad civil se presenta, en consecuencia, como uno de los medios técnico-jurídicos por los cuales se intenta proteger el medio ambiente, bien jurídico que es reconocido y considerado susceptible de ser tutelado en forma autónoma a otros valores como la vida, la salud, la integridad patrimonial, etc. Por cierto, la tutela del medio ambiente no se agota en la aplicabilidad de los expedientes técnicos de la responsabilidad civil; ni debe considerarse que ésta pueda por sí sola solucionar todos los problemas derivados de la actividad contaminante, so pena de distorsionar su naturaleza y finalidad como instrumento propio del Derecho privado. Junto con la responsabilidad civil, deben colocarse instrumentos de tutela propios del Derecho público, como las evaluaciones medioambientales, las sanciones administrativas y los posibles delitos ecológicos. Incluso un sistema de restauración de los daños que no son calificables de perjuicios materiales o morales a personas individuales (costos de saneamiento de parajes, lesiones a la biodiversidad) pueden ser remediados por sistemas de recuperación de los costos que no son propiamente de responsabilidad civil y que se avienen más con el Derecho público. Es

* Tenemos el agrado de ofrecer este estudio para homenajear a Fernando de Trazegnies, eminente jurista del Perú y de toda Latinoamérica, que será publicado en un libro en Perú.

lo que sucede con el *Superfund*, establecido en Estados Unidos por la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, CERCLA. La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental ha decidido centrarse en estos daños y no incluir un sistema de reparación de daños individuales por considerarlos materia de responsabilidad civil de Derecho privado³³¹.

Hecha esta prevención sobre la necesidad de ser más cautos a la hora de esperar de la responsabilidad civil resultados que no puede estar en condiciones de ofrecer, salvo que deje de ser reconocida como tal, es necesario convenir en que, por otro lado, es menester conseguir una modulación o adaptación de los caracteres y exigencias de la responsabilidad común para posibilitar su aplicación al sector de los daños al medio ambiente.

Este es el desafío que se encara en esta sede: de qué manera puede conseguirse una adaptación que no llegue a una desnaturalización. Por ejemplo, si hablamos del elemento “daño” parece apropiado estimar que la lesión al medio ambiente tendrá caracteres y singularidades especiales pero que sigue respondiendo al concepto general de daño como lesión a un bien jurídico radicado en uno o más sujetos particulares. Si estimamos que hay daño al medio ambiente por la simple afectación de bienes colectivos no reconducibles a la persona o patrimonio de un sujeto individual, estaremos desmarcándonos del terreno de lo privado para incursionar en instrumentos de gestión ambiental que son de índole pública. La misma objetivación de la responsabilidad civil medioambiental, si bien prescinde de la culpa subjetiva, no por eso afirma el deber de resarcir basado en la simple causalidad material. Más bien se intenta encontrar factores de imputación del daño que son alternativos a los culpabilísticos. Es decir, la adaptación de la responsabilidad al medio ambiente no conlleva renunciar a todo factor de imputación, sino, en ciertos casos, a cambiar su contenido.

Entre los elementos estructurales del sistema de la responsabilidad civil, tanto en la tradición latina-continental como en la del *Common Law*, tenemos el actuar injusto e imputable del demandado, el daño sufrido por el demandante y el vínculo causal entre el primero y el segundo, conocido como relación de causalidad o “*causation*” respectivamente.

Para la configuración de la responsabilidad civil medioambiental se presenta pues la cuestión de cómo adaptar el requisito de la causalidad sin que se termine por negarlo como exigencia de responsabilidad. Se trata de una cuestión por demás compleja y discutida, tanto en doctrina como jurisprudencia.

³³¹ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, COM 2002, 17 final –Diario Oficial C 151 de 25 de junio de 2002–, se aplica únicamente a los daños a la biodiversidad, daños a las aguas y daños al suelo causados por algunas actividades ocupacionales enlistadas en un Anexo.

Nuestro trabajo intentará esclarecer relativamente esta cuestión afirmando primero la necesidad de perseverar en la exigencia de la relación causal, a pesar de las dificultades que se presentan para su establecimiento en materia medioambiental (II), para luego pasar revistas a las fórmulas que en Derecho comparado se contemplan para atenuar la exigencia o su prueba (III). Un apartado especial dedicaremos a las presunciones de la relación causal que han sido acogidas por ciertas legislaciones (IV). Los problemas especiales de la relación causal: fuerza mayor, culpa de la víctima, y pluralidad de los responsables forman parte del contenido de los apartados finales (V, VI, y VII), con lo cual estaremos en condiciones de proporcionar algunas conclusiones (VIII).

II. NECESIDAD DE LA EXIGENCIA DE RELACIÓN CAUSAL Y DIFICULTADES PARA SU ESTABLECIMIENTO

La naturaleza objetiva o semiobjetiva que suele reconocerse a la responsabilidad por daño al medio ambiente, determina que la discusión sobre si existe o no un deber de reparar se centre en la verificación de si la conducta del demandando ha de ser calificada como causa del daño de la víctima. Los esfuerzos de los demandados se focalizarán la mayor parte de las veces en negar o desvirtuar la existencia de un vínculo causal entre su comportamiento y el daño alegado por el demandante, ya que puede ser quizás la única forma de escapar de una sentencia condenatoria. Por el contrario, el empeño del demandante irá en la dirección contraria ya que, probado el daño y el nexo causal con la conducta del demandado, podrá ver realizada sus pretensiones indemnizatorias.

La centralidad del rol de la causalidad en materia medioambiental es propia de todos los sectores de responsabilidad objetiva, pero en esta sede tropieza con dificultades muy serias para lograr un proceso sencillo de calificación por el juez.

Los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental, son variados:

- a) La naturaleza dinámica del medio ambiente: El medio ambiente no es una realidad fija e inmóvil, sino un conjunto de elementos en continua interacción. De allí que sea casi imposible aislar completamente la conducta del demandado a la que se atribuye el daño a otros factores, meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etc., que han estado también presentes.
- b) La contaminación crónica o progresiva: muchas veces el daño ambiental no se produce por una sola conducta dañosa, sino por la lenta y casi imperceptible acumulación de materias tóxicas en un dilatado

espacio de tiempo, de manera que la última intervención imputada al demandado en sí misma considerada no es la que ha provocado la lesión medioambiental.

- c) La contaminación por acumulación: A veces el daño ambiental proviene de la acumulación de inmisiones que, consideradas singularmente, quedan bajo los márgenes permitidos, pero que unidas a las de otros emisores pueden llegar a provocar un grave daño al ambiente.
- d) La desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño: en ocasiones, la actividad dañosa es de antigua data y los efectos contaminantes se manifiestan mucho tiempo después, o el resultado dañoso se produce en una región geográfica distante de aquella en la que se produjo la acción contaminante (lluvia ácida, nubes tóxicas, derrames en ríos o mares).
- e) La apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos: el conocimiento y la experiencia común no son suficientes para determinar la causa de un daño ambiental, por lo que lo normal será necesario recurrir a los informes periciales y testimonio de científicos o técnicos, que son costosos y difíciles de conseguir por la parte demandante que, normalmente, es la que menos recursos económicos posee³³².

Todas estas dificultades podrían conducir a pensar que la relación de causalidad no debiera exigirse en los supuestos de responsabilidad por daño al medio ambiente. De manera que si hay un comportamiento sospechoso de producir daño ambiental y este daño se ha producido, debiera afirmarse sin más el deber de resarcir.

No es esta, sin embargo, una opción razonable, puesto que la relación de causalidad es un constitutivo esencial del concepto de responsabilidad. Los daños no se reparan frente a meras sospechas de causación. Eximir del requisito de la causalidad a la responsabilidad medioambiental significaría distorsionar el sentido de la responsabilidad civil como instrumento indemnizatorio de Derecho privado. Las dificultades que se observan para lograr su establecimiento en el proceso judicial en el que se ventila el deber de reparar no son suficientes para repudiar su exigencia³³³.

³³² Estas dificultades suelen exponerse en la mayor parte de los trabajos que tratan la materia. Por todos, puede verse a Cabanillas Sánchez, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 83-84.

³³³ Señala a este respecto De Miguel Perales, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1994, p. 152: "Una cosa es que un juez, ante la dificultad que supone admitir la prueba de una relación de causalidad compleja, utilice otros mecanismos que, aunque no adecuados técnicamente, le ayudan a llegar a una solución justa. Otra cosa muy distinta, y en modo alguno aceptable, es afirmar que la relación de causalidad no es un ingrediente indispensable para que pueda hablarse de indemnización del resultado dañoso, ya que de ello simplemente se deriva la posibilidad de hacer a una persona responsable de la reparación de un daño respecto de cuya producción no ha intervenido en modo

La legislación que se ha dictado en torno a la responsabilidad medioambiental mantiene el requisito. Entre ellas debe colocarse la nuestra que expresamente señala que, si bien la culpa puede presumirse, la relación causal debe ser probada. El art. 52, inc. 2° de la Ley chilena de Bases de Medio Ambiente, Ley N° 19.300, de 1994, después de establecer la presunción de culpa por infracción normativa, agrega que: "Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido"³³⁴.

Parece claro, entonces, que en nuestra legislación la exigencia de la relación de causalidad es un elemento imprescindible para que se configure la responsabilidad civil por daño al medio ambiente. Y esta decisión del legislador nacional nos parece correcta.

Pero, ¿de qué manera puede facilitarse el establecimiento del nexo causal para aliviar la posición de la víctima en esta materia? Existen varias fórmulas que se han propuesto para ello.

III. FÓRMULAS PROPUESTAS PARA FACILITAR EL ESTABLECIMIENTO DEL NEXO CAUSAL

En la doctrina y jurisprudencia comparada se han propuesto variadas fórmulas que tienen por objeto adaptar el requisito de la causalidad a la responsabilidad ambiental de manera de facilitar la carga del demandante de tener que establecerla.

1. LA CAUSALIDAD COMO PROBABILIDAD ESTADÍSTICA

En la jurisprudencia norteamericana se ha hecho la distinción entre posibilidad, probabilidad y certeza de la relación causal en materia ambiental.

La distinción surge en contra de la tendencia científica de afirmar la causalidad únicamente cuando hay certeza plena de su presencia, y a excluirla en casos dudosos. Se afirma entonces que en el proceso de responsabilidad no se persigue el establecimiento de una causalidad de naturaleza científica o indiscutible, sino una causalidad que, en el conjunto de circunstancias, pueda ser calificada no sólo de posible, sino de probable. El estándar se satisface si se prueba que la probabilidad de que una determinada emisión contaminante haya causado el daño es superior al cincuenta por ciento³³⁵.

alguno, directa ni indirectamente, lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no puede aceptarse". Compartimos plenamente este criterio.

³³⁴ Si la ley estimó necesario aclarar que tratándose de presunción de culpa la relación de causalidad debe ser acreditada, con mayor razón ello debe ser mantenido en los casos de responsabilidad ambiental en los que la culpa no se presume.

³³⁵ Cfr. De Miguel, ob. cit., pp. 157. Advierte, sin embargo, que ello no lleva a descartar la intervención de pericias científicas en el proceso de responsabilidad, que por cierto son no sólo útiles, sino muchas veces imprescindibles.

2. LA CAUSA PROPORCIONAL

De acuerdo con la fórmula anterior, si la probabilidad estadística da un resultado inferior al cincuenta por ciento, la responsabilidad debería descartarse. Frente a ello, también en los Estados Unidos, se ha planteado que incluso en esos casos sería posible afirmar la responsabilidad aunque limitada en proporción a esa probabilidad. Así, si existe un 20% de probabilidad de que el demandado haya causado con su acción el daño, deberá indemnizar al demandante en el 20% del total del daño provocado.

La fórmula puede parecer arbitraria, ya que depende de fijaciones de probabilidad numérica que pueden ser cuestionables. Además, cuando la probabilidad es de márgenes inferiores al 50% en rigor no puede afirmarse que el acontecimiento sea realmente la causa de la lesión al medio ambiente. Como dice De Miguel, "El que haya una cierta probabilidad científica de que una persona haya causado un daño no significa que de hecho haya así ocurrido, lo que impide hacer una correcta imputación jurídica del daño"³³⁶.

3. EL FAVOR DE LA PERSONA "MÁS PROBABLEMENTE VÍCTIMA"

Esta fórmula se propone para los casos en los que hay una pluralidad de personas que aducen haber sido afectadas por la acción contaminante del demandante. Por ejemplo, poblaciones afectadas por los vertidos de una industria en un cauce de agua o los depósitos de desechos tóxicos. Se sostiene, entonces, que la causalidad ha de afirmarse respecto de aquellas personas que aparezcan como más probables víctimas (*most likely victim*), es decir, de los demandantes que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el hecho del demandado y el daño efectivo que han sufrido.

Al estar basada en cálculos de probabilidad científica se expone a las mismas críticas que la anterior³³⁷.

4. LA CAUSALIDAD ALTERNATIVA

La teoría de la causalidad alternativa es de antigua data y se ideó principalmente para los casos de daños resultantes de actividades ilícitas masivas, en las que se desconoce el autor directo del daño. El caso típico es el de las riñas y peleas en bares³³⁸. La jurisprudencia holandesa la aplicó a casos de responsabilidad por productos defectuosos³³⁹.

³³⁶ De Miguel, ob. cit., p. 166.

³³⁷ De Miguel, ob. cit., p. 167.

³³⁸ Cfr. Von Tuhr, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Reus, Madrid, 1934, t. I, pp. 67-68.

³³⁹ Cfr. De Miguel, ob. cit., p. 169. Se refiere a los juicios por los daños producidos en las hijas de madres que consumieron la droga DES: Asunto DES-dochters, Tribunal Supremo de Holanda, 9 de octubre de 1992.

La fórmula puede recibir aplicación en materia ambiental cuando existen varias fuentes emisoras dentro de las cuales existe alguna que causó el daño pero no es posible establecer cuál es. En tal caso, todas ellas responden por el total del daño.

No obstante, puede oponerse a que en el caso de confluencia de posibles fuentes contaminantes no existe un proceso único como en el caso de la riña, sino que se trata de acciones independientes unas de otras. Y la simple posibilidad de que un agente haya causado el daño no es suficiente para afirmar la causalidad³⁴⁰.

5. LA CAUSALIDAD POR PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO

La teoría del "*market share liability*" surgió para paliar el problema de la causalidad en los casos de responsabilidad por productos defectuosos, pero de allí ha sido considerada en otros ámbitos como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

El evento que le sirve de presupuesto es nuevamente una serie de posibles demandados dentro de los cuales se encuentra el causante del daño cuya identificación no es posible. En vez de afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos, como lo haría la doctrina de la causalidad alternativa, se condena a todos los posibles causantes a indemnizar al afectado en proporción a la participación que ellos tienen con sus productos en el mercado considerado relevante.

La aplicación de la teoría al campo de la responsabilidad ambiental presenta dificultades a la hora de determinar cuál es el mercado relevante y cómo debe fijarse la cuota que corresponde a los posibles agentes emisores en dicho mercado.

Como vemos, ninguna de estas fórmulas de atenuación de la exigencia de la causalidad está exenta de críticas y de dudas sobre la consistencia de su aplicación al sector medioambiental. La única que ha ganado más preeminencia hasta lograr consagración normativa en algunos países, es la que consiste en una inversión de la carga de la prueba, por la vía de presunciones de causalidad. Por su importancia, le dedicamos el párrafo siguiente.

³⁴⁰ Von Tuhr, ob. cit., p. 67, afirma que en los casos en los que hay dos posibles ejecutores del daño pero con acciones independientes, como si se produce un hurto en una habitación en la que sólo han entrado dos personas, no puede afirmarse la responsabilidad de ninguna por falta de prueba de la causalidad: "No basta la posibilidad de que una de ellas haya causado el daño, para hacerla responsable de él".

IV. PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD

En la responsabilidad civil el nexo causal debe probarlo la víctima que demanda la reparación. No obstante, hay un fuerte movimiento que propicia una inversión de la carga de la prueba para ciertos sectores especiales como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

Se aducen tres razones por las cuales imponer el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado resulta justificado tratándose de daños ecológicos: 1º) Si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; 2º) Existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos; 3º) Los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad.

Aunque la inversión de la carga de la prueba se aduce en doctrina y jurisprudencia en muchos ámbitos, son pocas las legislaciones que la han consagrado formalmente. La más importante de ellas es la que se contempla en la Ley Alemana de Responsabilidad del Medio Ambiente: *UmweltHG*, de 10 de diciembre de 1990.

El § 6 de la Ley alemana contiene la presunción de causalidad que se radica en que la instalación sea considerada "apropiada" para causar el daño que se reclama en el proceso³⁴¹. El demandante debe probar la adecuación, hecho lo cual, corresponderá al demandado destruir la presunción demostrando que a pesar de ello su instalación no fue la causa del daño.

No obstante, el demandado puede descartar la aplicación de la presunción si prueba que ha cumplido con los llamados deberes de utilización. En efecto, el número 2 del § 6 dispone que la presunción no se aplica si la instalación ha venido siendo utilizada adecuadamente y que se entiende que lo ha sido si se ha dado cumplimiento a los deberes especiales de utilización y no ha habido ninguna anomalía en su funcionamiento. En el número siguiente se precisa que son deberes especiales de utilización aquellos impuestos por autorizaciones administrativas, órdenes, ordenanzas y reglamentos imperativos, cuando sea su propósito prevenir el tipo de impactos ambientales que pueden considerarse como causa del daño. Más todavía, si esos deberes imponen un control de las actividades, se presume que el deber fue correctamente cumplido si dichos controles tuvieron lugar durante el período en que podría haberse emitido el impacto ambiental desde la instalación y de ellos resultó que no había violación de los deberes de utilización. Lo mismo sucede si la demanda de reparación es posterior en diez años al impacto ambiental.

³⁴¹ El juicio de adecuación debe considerar el modo de producción de la instalación, la clase y concentración de las materias primas y de las emanaciones, las circunstancias meteorológicas, así como cualesquiera otras circunstancias que hablen en pro o en contra de la causalidad.

Por si fuera poco, el § 7 ordena que la presunción no se aplique si se demuestra que existe otra circunstancia que también puede ser calificada de "apropiada" para producir el daño³⁴².

En consecuencia, la presunción de causalidad queda reservada para los casos en los que la instalación aparece como la única circunstancia "intrínsecamente adecuada" para producir el daño, y en los que no se ha dado cumplimiento a los deberes de correcta utilización por parte del empresario.

Otra legislación que parece haber consagrado una presunción de causalidad es la de Suecia (sección 3 del capítulo 32 del Nuevo Código del Ambiente), porque afirma el nexo causal cuando hay pruebas *prima facie* de una probable causa. Pero la norma también puede ser entendida sencillamente como el acogimiento del criterio de la probabilidad para establecer la causalidad³⁴³.

El ejemplo de la ley alemana ha influido para que en los trabajos que tienden a una posible directiva de la Unión Europea en materia de responsabilidad medioambiental. En el documento llamado "Libro Blanco" presentado por la Comisión se propicia la inversión de la carga de la prueba de la causalidad aunque sin definir sus características³⁴⁴.

En Chile, se ha sugerido que quizás sea posible aplicar una presunción de causalidad similar a la contemplada en la Ley alemana por la vía de aplicar la disposición del art. 2329 del Código Civil en la interpretación que le da Alessandri como presunción de culpa por la realización de actividades que si causan daño es porque ha intervenido culpa en alguno de los agentes que intervienen en ellas (choque de trenes)³⁴⁵. Señala en este sentido Enrique Barros, que si se acepta la presunción de culpa por el hecho propio, asumiendo el criterio del *common law* del *res ipsa loquitur*

³⁴² Cfr. Cañizares Laso, Ana y Rodríguez Tapia, José Miguel, "La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente", en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 209-228.

³⁴³ Cfr. Clarke, Chris, *Update Comparative Study*, disponible en <http://europa.eu.int/comm/environment/liability/legalstudy.htm> [5 de marzo de 2004]. Se trata de un estudio sobre la evolución reciente de la legislación en materia de responsabilidad ambiental en los Estados miembros de la Unión Europea y algunos países de la OCDE.

³⁴⁴ Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental*, COM (2000), 66 final, 9 de febrero de 2000: "En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante, por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad. El régimen comunitario también podría prever alguna de estas formas de reducción de la carga de la prueba tradicional, cuya definición específica se haría en una fase posterior". No obstante, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, COM 2002, 17 final -Diario Oficial C 151 de 25 de junio de 2002, ha preferido seguir el modelo de la CERCLA de Estados Unidos y no regular la reparación de los daños tradicionales, individuales o personales, los que se estiman propios de la responsabilidad civil del Derecho privado.

³⁴⁵ Cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 307.

(las cosas hablan por sí mismas), debería extenderse dicha presunción al terreno de la causa. Se trataría de una presunción simplemente legal, por lo que la empresa o persona imputada podría liberarse del deber de reparar si prueba la causa efectiva del daño ambiental³⁴⁶.

La aplicabilidad del art. 2329 inc. 1° del Código Civil para construir una presunción de causalidad en materia de responsabilidad ambiental es, sin embargo, discutible. Primero porque la doctrina se encuentra dividida sobre si existe o no esa presunción general de culpa por el hecho propio. Si ya se discute la presunción de culpa más difícil es que se acepte que contiene además una presunción de causalidad. Personalmente pensamos que la norma explicita la exigencia de relación causal al señalar que debe indemnizarse todo daño "que pueda imputarse" al hecho doloso o culposo, es decir, que tenga una relación de causa a efecto con aquél³⁴⁷, pero no se refiere a la prueba de la causalidad sino a su necesidad como requisito de fondo.

Hay un segundo motivo para negar que el art. 2329 del Código Civil permite presumir la causalidad en materia ambiental, y es que la legislación aplicable en esta materia, la ley N° 19.300, construyó su propia presunción de culpa, y respecto de ella advirtió que dicha presunción no eximía al actor de la prueba del nexo causal. No parece coherente en consecuencia sostener que la presunción de causalidad pueda ser reinstalada en ese régimen por obra de una disposición del régimen común.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la interpretación del art. 2329 del Código Civil que quiere ver en ella una presunción de culpa y de causalidad es demasiado sinuosa al considerar los elementos que permitirían dar lugar a la presunción, de manera que prácticamente no habría accidente que no pudiera caber dentro de su órbita; siempre es posible decir que no debieran pasar accidentes y que si pasaron es porque alguien tuvo la culpa. No parece que los estrictos requisitos fijados por la legislación alemana sean reproducibles para aplicar la norma del art. 2329 del Código Civil de una manera tan abierta como lo propone Alessandri.

Pensamos, por tanto, que no existe en el Derecho chileno vigente una presunción de causalidad en materia ambiental y que su establecimiento puede ser interesante de estudiar como cuestión de *lege ferendae*, pero no de *lege lata*. Para el caso de que desee construirse legalmente una presunción del nexo causal creemos conveniente analizar de manera muy cuidadosa los elementos o requisitos que se tomarán en cuenta para dar lugar a la presunción. Se deberían evitar las fórmulas vagas o circulares, como la de que se presume la causalidad cuando la actividad es adecuada para causar el daño o susceptible de causarlo, etc. Siguiendo el ejemplo

³⁴⁶ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 807-808.

³⁴⁷ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 228-229.

alemán, convendría circunscribir la presunción al elenco de ciertas instalaciones o empresas de riesgo ambiental y a la generación de ciertos daños típicos o especialmente graves (muerte o lesiones corporales). También podría estudiarse la posibilidad de que la causalidad se presuma siempre que un organismo técnico haya certificado la existencia *prima facie* de una relación entre el hecho y el daño³⁴⁸.

V. DEFENSA DEL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD

Es de hacer notar que una cierta ansia por no dejar insatisfecha a las víctimas puede estar produciendo la tentación de no buscar una mera atenuación de la prueba de la causalidad sino francamente su eliminación como requisito para configurar el deber de resarcimiento.

Se aduce como ejemplo que la legislación norteamericana del *Superfund* haya considerado suficiente elemento para que alguien deba responder por el daño ambiental el que se le califique como "parte potencialmente responsable", concepto amplio en el que se incluye a productores, propietarios, transportistas de sustancias peligrosas, explotadores de plantas de eliminación de residuos. Con razón se tacha esta noción como "una verdadera aberración", toda vez que exige que se hagan cargo de un daño ecológico personas cuya actividad no es seguro que lo hayan causado³⁴⁹. Esta contribución al fondo tiene más visos de ser una tasa o impuesto que una indemnización a título de responsabilidad civil³⁵⁰. La Propuesta de Directiva de la Unión Europea limita los responsables a los operadores de las actividades ocupacionales causantes del daño.

Otros intentos de presunción de la causalidad como la del Proyecto del Convenio del Consejo de Europa sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados en el Ejercicio de Actividades Peligrosas para el medio ambiente induce al juez a afirmar la causalidad cuando la actividad peligrosa incrementa el riesgo del daño (art. 10).

³⁴⁸ Así lo sugiere Moreno Trujillo, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 251-252, siguiendo el sistema establecido por una ley japonesa de 1974 sobre accidentes que repercuten en la salud en relación con la polución.

³⁴⁹ Larroumet, Cristián, *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 114.

³⁵⁰ El Presidente Bush promulgó recientemente una modificación a la CERCLA (Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act) que intenta limitar la responsabilidad de los "innocent landowners" (propietarios que desconocían los vertimientos), "bona fide prospective purchasers" (adquirentes de buena fe) y "contiguous property owners" (afectados por emisiones de predios vecinos). También exonera de responsabilidad a los microemisores siempre que sus vertimientos no superen los 100 galones si se trata de líquidos y las 200 libras si se trata de material sólido, salvo que la EPA determine que aunque pequeña la contribución tuvo un efecto tóxico significativo.

Si bien es posible establecer una presunción de causalidad, entendemos que ella debe ser materia del legislador y no del intérprete. En todo caso, el requisito debe permanecer porque es sustancial a la estructura de la responsabilidad civil³⁵¹. Otra cosa, por cierto, es que la causalidad legalmente exigida no pueda ser acreditada por presunciones judiciales, cumpliendo los requisitos que se establecen para que éstas puedan constituir plena prueba.

La mantención del requisito de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil medioambiental no implica, sin embargo, que ella deba ser acreditada con la certeza unívoca y total de una prueba científica. La afirmación o negación del nexo causal deberá ser apreciada de acuerdo con criterios prudenciales y teniendo en cuenta los antecedentes del caso³⁵².

VI. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos ambos como un hecho externo a la esfera de control del demandado, imprevisible e inevitable, producen un rompimiento del nexo causal y exoneran de responsabilidad al demandado, incluso aunque pueda acreditarse culpa o negligencia.

Hasta las legislaciones que establecen una responsabilidad sin culpa u objetiva por daño ambiental consideran la aplicación del caso fortuito como circunstancia eximente. Por ejemplo, la ley alemana señala que no procede la obligación de indemnizar cuando el daño se origina en fuerza mayor (art. 4). El Libro Blanco de la Comisión Europea señala que en una futura regulación europea de la materia debieran incluirse las eximentes generalmente aceptadas, como la fuerza mayor³⁵³.

No obstante, la doctrina parece propiciar una restricción del concepto de caso fortuito o fuerza mayor en los daños ambientales. Se señala así que la acción contaminante supone la previsibilidad del daño en la medida en que opera dentro de la esfera de control del responsable, de manera que sólo si se demuestra que éste ha sido inevitable o insuperable podría considerarse configurado el caso³⁵⁴. Esto será así en la medida en que la naturaleza contaminante de la acción sea de hecho previsible según el

³⁵¹ Cfr. Larroumet, ob. cit., p. 114.

³⁵² Cabanillas, ob. cit., pp. 88-89, apoyando la posición realista del Tribunal Supremo español que propone valorar la causalidad en cada caso conforme al buen sentido y a las circunstancias concretas.

³⁵³ Comisión Europea, ob. cit., p. 19. La Propuesta de Directiva de 2002 señala como causales de exoneración: actos bélicos, un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible y las emisiones que no hayan sido consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad (art. 9).

³⁵⁴ Es esta la opinión de De Miguel, ob. cit., pp. 174 y ss. Señala que se puede argumentar que el daño producido por los sujetos que desarrollan actividades contaminantes es "siempre"

estado de los conocimientos técnicos y científicos disponibles a la época en que se realizó la actividad contaminante.

El caso fortuito tampoco operará cuando la exposición a su ocurrencia es imputable a culpa del demandado. Así, si se dejó una bodega de materiales altamente inflamables sin las precauciones necesarias para evitar el fuego se responderá de la explosión producida aunque ella se origine por un relámpago que impactó extraordinariamente en la bodega. Se aplicará en este caso la norma que hace responsable al deudor por el caso fortuito que ha sobrevenido por su culpa (art. 1547 inc. 3º del Código Civil chileno).

Tratándose de actividades sensiblemente riesgosas el legislador puede poner de cargo del sujeto agente incluso los accidentes que se produzcan por fuerza mayor o caso fortuito, o al menos especificar qué tipos de casos pueden exonerar de responsabilidad. Es lo que sucede, por ejemplo, con la Ley de Seguridad Nuclear chilena que dispone que el explotador de una instalación nuclear responde siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor, y sólo admite la excusa respecto de algunos tipos de ellos: hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil (art. 56 Ley chilena N° 18.302, de 1984).

Al caso fortuito debe asimilarse la falta de conocimientos científicos que hubieran permitido advertir que una determinada actividad producía un daño al medio ambiente. En este sentido, la reciente legislación italiana sobre medio ambiente (Decreto Legislativo N° 152, de 3 de abril de 2006) establece que el operador no será responsable de los gastos de prevención o restauración cuando demuestre que no hubo comportamiento doloso o culposo de su parte y que la intervención preventiva fue causada por "una emisión o una actividad o cualquiera otro modo de utilización de un producto en el curso de una actividad que el operador demuestre no haber sido considerado probable causa de daño ambiental según el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la emisión o de la ejecución de la actividad" (art. 308).

VII. LA CULPA DE LA VÍCTIMA

Una de las defensas a la que los demandados recurren para tratar de desvirtuar el nexo causal es la del hecho o culpa de la víctima. La intervención de la víctima puede desplazar como causa a la acción del demandado y en tal caso se descartará toda responsabilidad por fallar el requisito de la relación de causalidad. En la mayor parte de las veces, el hecho del demandante sería apreciado como causa concurrente que

previsible, desde el momento en que el daño se produce dentro del ámbito de actividad del sujeto agente (p. 177).

puede atenuar aunque no suprimir la conexión causal con el hecho del demandado.

No parece haber discusión de que, incluso si se concibe la responsabilidad ambiental como responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima puede ser de tal intensidad que llegue a convertirse en la única causa del daño eximiendo al sujeto agente de toda responsabilidad por los daños ambientales producidos.

Más dudas existen en si es posible concebir una moderación de la indemnización debida por el demandado cuando se pruebe que hubo culpa de la víctima concurrente con la causación del daño por el primero. Se plantea que tratándose de responsabilidad objetiva no cabe la compensación de culpas, por lo que en tal caso la indemnización deberá ser completa. Según esta posición la culpa de la víctima debe ser apreciada con una política del "todo o nada": si es la única causa no se indemniza, si no causa concurrente se debe toda la indemnización.

Con razón, se hace ver que esta consideración parece demasiado drástica y no da cuenta de que lo que debe resarcirse es el daño, y que no tiene la misma naturaleza el daño producido sin culpa ni intervención de la víctima que aquel que se ha debido en parte al actuar de ésta. Se propicia, en consecuencia que, aún en los supuestos de responsabilidad objetiva como puede ser la ambiental, debe atenuarse la responsabilidad cuando haya intervención negligente de la víctima, aunque no tenga la entidad suficiente como para quebrar la relación de causalidad con la conducta del demandado. Señala a este respecto Carlos de Miguel: "parece claro que el daño coproducido por la propia víctima es menos resarcible que aquel en que la víctima no ha participado en modo alguno. El hecho de que en el caso concreto el sujeto agente sea susceptible de ser responsable objetivamente no debe tenerse en cuenta para valorar, a efectos de la concurrencia de causas, la conducta del perjudicado... Si la víctima contribuye a la causación de su daño, en la misma medida de la intensidad y carácter de su aportación a la producción del daño deberá reducirse la responsabilidad del sujeto agente"³⁵⁵.

Además, se advierte que con mayor razón si cabe deberá producirse esta atenuación cuando la víctima se ha expuesto al daño a través del desarrollo de una actividad riesgosa³⁵⁶.

En la Ley de Bases chilena no hay norma expresa sobre la culpa de la víctima, por lo que cabe aplicar el Derecho común en materia de responsabilidad. Por ello, no vemos inconveniente en admitir que si la víctima con su acción es la que se erige como causa exclusiva del daño fallará el nexo causal exigido por los arts. 2314 y 2329 del Código Civil y por tanto no habrá responsabilidad medioambiental. Si la culpa es contribuyente

³⁵⁵ Cita la sentencia del Tribunal Supremo Español de 7 de octubre de 1988. De Miguel, ob. cit., pp. 179-180.

³⁵⁶ De Miguel, ob. cit., p. 180.

servirá para que el juez disminuya el monto de la indemnización por aplicación del art. 2330 del Código Civil. Este precepto al hablar simplemente de reducción de "la apreciación del daño" por exposición imprudente del perjudicado no presenta dificultades para que sea aplicado a regímenes objetivos o de culpa presunta como lo es la responsabilidad ambiental.

VIII. PLURALIDAD DE RESPONSABLES Y HECHO DE UN TERCERO

Los problemas de causalidad se multiplican cuando es necesario dilucidar si el hecho de un tercero diverso del demandado y de la víctima demandante ha tenido una intervención decisiva en la producción del daño. Se reconoce, sin problemas, que si el hecho del tercero llega a tener entidad suficiente para explicar por sí mismo la causalidad del resultado, se excusará de responsabilidad al demandado. Se considerará que el hecho de un tercero es un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito y por tanto deberá cumplir los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad que se exigen a aquel. En todo caso, el solo hecho de que el daño haya podido ser causado por la acción de un tercero no es razón suficiente para excluir el nexo de causalidad del demandado³⁵⁷.

En cambio, si el hecho del tercero es meramente una causa concurrente se planteará el problema de una pluralidad de responsables³⁵⁸.

Si la pluralidad de responsables se configura como una concertación y producción de un sólo proceso dañoso ambientalmente, podrá constituir un supuesto de responsabilidad solidaria que afecte a cada uno de los partícipes por la totalidad de la indemnización debida. Se aplicará entre nosotros la norma del art. 2317 del Código Civil chileno, ante la ausencia de una norma especial en la Ley de Bases³⁵⁹. Sólo podrán excluirse de la responsabilidad solidaria aquellos que acrediten que su participación en el resultado dañoso ha sido insignificante o irrelevante³⁶⁰.

³⁵⁷ Cabanillas, ob. cit., p. 85. Critica el fallo del Tribunal Supremo español de 19 de junio de 1980 que negó la causalidad de los daños causados a una mejillonera instalada en la bahía de La Coruña atribuidos a los derrames de petróleo de un armador por el hecho de que los supuestos perjuicios no provinieron exclusivamente de los vertidos del buque demandado sino además de otros muchos.

³⁵⁸ En la legislación norteamericana (CERCLA) se contempla la posibilidad de que el propietario demandado de responsabilidad se defienda señalando que la contaminación de su predio se debió a vertimientos que tuvieron origen en un predio vecino. Se excusa al demandado siempre que acredite que al momento de adquirir la propiedad hizo las investigaciones apropiadas, si no tenía razones para saber que la propiedad estaba contaminada y si acredita que adoptó todas las medidas necesarias para evitar cualquier contaminación nueva o continúa.

³⁵⁹ En una primera aproximación a la Ley de Bases, sosteníamos que el art. 2317 debía poder aplicarse a aquellas actividades de sujetos diversos que, en su conjunto, configuran un mismo daño al medio ambiente, imposible de individualizar o de dimensionar por separado" (Corral Talciani, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, N° 1, p. 176).

³⁶⁰ Cabanillas, ob. cit., p. 87.

Más complejas son otras situaciones que se configuran cuando se sabe que el daño ha provenído de alguno de los posibles emisores pero no es posible probar cuál de ellos es el que provocó el perjuicio. En tales casos, en el Derecho comparado se han forjado las teorías de la causalidad alternativa, por la que cualquiera debe responder por el total, quedando en salvo su derecho a repetir en contra del verdadero responsable, o la de la responsabilidad por cuota del mercado, por la que se obliga a todos los componentes del grupo a indemnizar en proporción a su participación en el mercado relevante en el que se insertaban, salvo que aporten ellos la prueba de la causalidad real. Ninguna de estas teorías nos parece pueden ser aceptadas para nuestra legislación al menos de *lege lata*. En todo caso, esta atenuación de la exigencia de causalidad, unida a la objetivación de la imputación, puede ocasionar un crecimiento quizás exagerado de la litigación.

Otro supuesto que suele considerarse en materia ambiental es de la atomización de los emisores. Se trata de aquel daño ambiental que se produce por la acumulación de acciones de muchos y no concertados agentes y que individualmente consideradas no constituyen perjuicio para el medio ambiente. Es el caso típico de la contaminación atmosférica por la emisión de gases de combustión de vehículos motorizados. En este caso la aplicación del art. 2317 del Código Civil chileno para establecer una posible solidaridad entre todos los sujetos responsables se presenta como inviable por la cantidad eventual de demandados, pero además porque no habría unidad del hecho ilícito ni la concertación, a lo menos tácita, que implica la coautoría³⁶¹. Es menester señalar que en estos casos la aplicación de los remedios propios de la responsabilidad civil no serán viables³⁶².

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como conclusiones de este estudio podemos mencionar que la exigencia de que se acredite una relación entre la conducta del demandado y el daño causado al medio ambiente es inevitable y necesaria si se quiere ocupar el instrumento de la responsabilidad de Derecho privado como una de las formas que pueden contribuir a la finalidad de preservar el medio ambiente natural. La prescindencia de la relación causal desfiguraría la responsabilidad como expediente de justicia privada.

La relación de causalidad aparece exigida en la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena, ya que si se expresa que debe concurrir en los casos

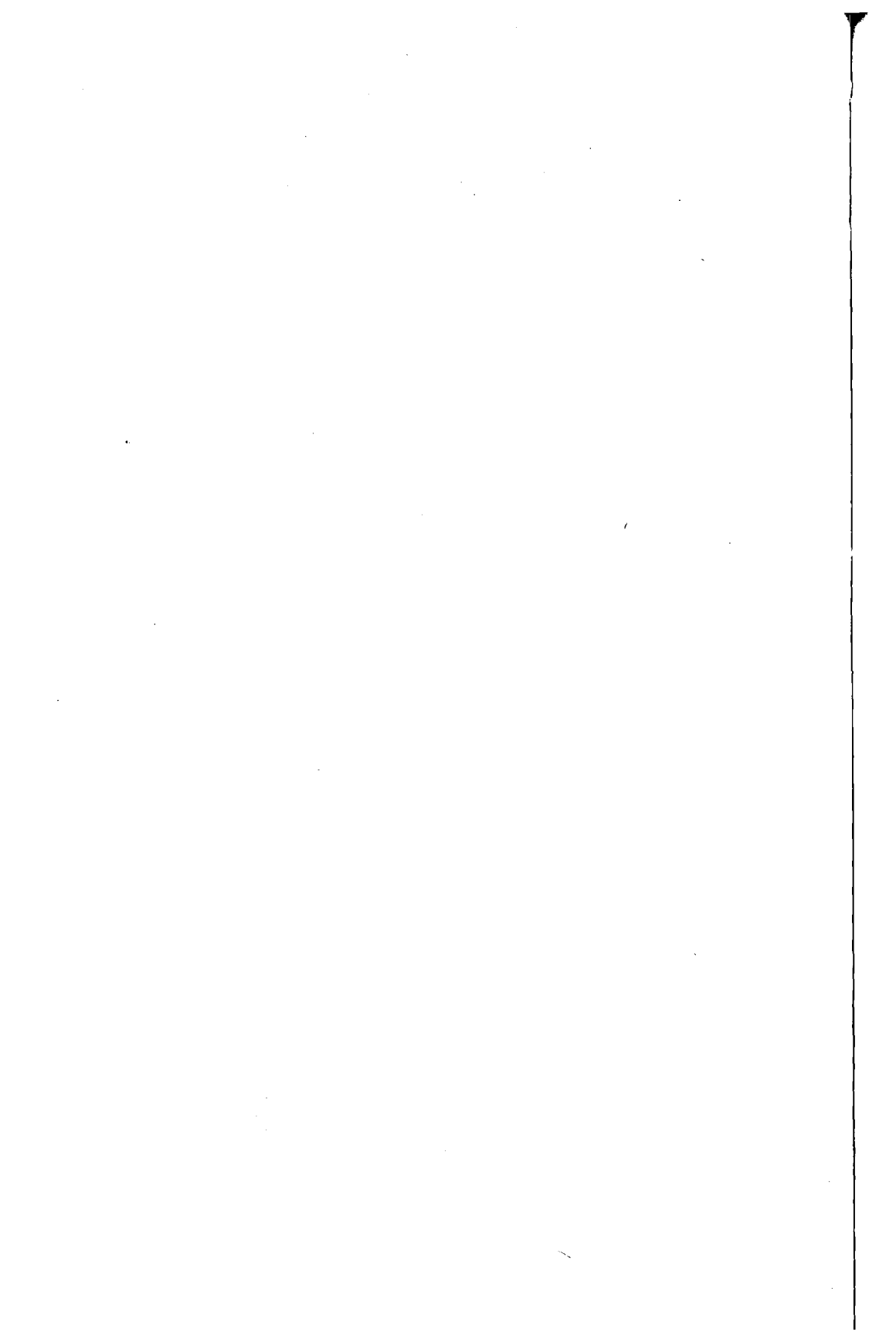
³⁶¹ Cfr. Corral, ob. cit., p. 176; Vergara Fischer, Javier, "La responsabilidad en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Derecho y Humanidades*, vol. I, 1992, N° 2, p. 204.

³⁶² Salvo que se arguya responsabilidad de las autoridades públicas que han autorizado las emisiones sabiendo que su acumulación causará perjuicio a las personas.

en los que se presume la culpa, con mayor razón deberá predicarse tal conclusión en aquellos supuestos en los que la negligencia debe ser probada.

No nos parece que pueda conformarse una presunción de causalidad bajo el amparo de la norma del art. 2329 del Código Civil chileno, en la lectura de presunción de responsabilidad por el hecho propio que le da una parte de la doctrina. El establecimiento de un relajamiento del requisito en materia medioambiental debe ser materia de una decisión político-legislativa. En todo caso, la presunción que se articule debiera elaborarse muy cuidadosamente para que los elementos que la constituyan sean suficientemente precisos y concretos. La presunción debiera edificarse así sobre la base de ciertas actividades peligrosas para el medio ambiente, elencadas a la manera de la legislación alemana, y ciertas formas de lesiones medioambientales. La presunción será simplemente legal, y constituirá una inversión del peso de la prueba.

Las interrupciones al nexo causal presentan singularidades en materia medioambiental. La tendencia es a restringir la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor a algunos eventos tipificados y que son externos al control del demandado. El hecho del tercero puede llevar a desplazar la causalidad si constituye un caso fortuito. La pluralidad de concausas puede conducir a la responsabilidad solidaria, siempre que se acredite que hay una unidad en el hecho contaminante. La culpa de la víctima puede funcionar sea como causa exclusiva del daño, supuesto que exonerará de responsabilidad al demandado, o también como causa concurrente, caso en el cual dará lugar a una disminución de la indemnización. Entre nosotros, no hay razones para no aplicar el art. 2330 del Código Civil chileno al régimen de responsabilidad ambiental previsto en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.



UN EXAMEN A LOS PROBLEMAS DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y DE IMPUTACIÓN OBJETIVA CONFORME A LA DOCTRINA PENAL CHILENA*

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

*Doctor en Derecho U. de Navarra
Profesor Asociado de Derecho Penal y Subdirector
Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca*

I. EL PROBLEMA CAUSAL. DEL NATURALISMO AL NORMATIVISMO

Antes de comenzar a examinar cuál es el estado de la cuestión en la dogmática chilena, convendría analizar, de manera sucinta, la evolución de los planteamientos causales, para así poder comprender el desarrollo de nuestra doctrina en esta materia.

Desde ya debo hacer notar que en nuestro país ha sido escaso el estudio de las teorías causales, pues éstas se encuentran tratadas, de manera general, en los manuales de Derecho penal. Lo expuesto pone de manifiesto que estamos frente a un área particularmente “inexplorada” por nuestra dogmática penal, vacío que también se aprecia en la jurisprudencia penal, en donde tampoco se examinan con rigurosidad cuestiones de este orden.

Si bien los problemas que tienen lugar en materia de causalidad no son exclusivos del Derecho penal, lo que a continuación se expondrá pretende reconducir la discusión desde la perspectiva de las distintas categorías de la Teoría del delito y a partir de allí examinar las diversas cuestiones que se manifiestan.

Si lo que se exige al Derecho penal es prevenir la comisión de actos que ponen en peligro ciertos bienes jurídicos, es indispensable determinar cuáles son los comportamientos a los que dirige su preocupación. Es así, por ejemplo, que cuando el Art. 391 del Código Penal castiga a quien

* Este trabajo se realizó como parte del proyecto Fondecyt N° 1020360 titulado “La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daños y perjuicios”. Se elaboró en marzo de 2004 y tiene un carácter eminentemente descriptivo.

mate a otro, no sólo interesará quién *ha causado materialmente* la muerte de otro, sino que también se atenderá a aquellos comportamientos que *han creado un riesgo* sobre la vida de una persona. Por tanto, la cuestión que debe resolverse es cuándo se está frente a una conducta que deba subsumirse dentro del tipo penal, es decir, desde qué momento puede ya considerarse una conducta como típica. Aquí ya nos encontramos frente a un problema –que abordaremos *infra*– y es que si recurrimos a juicios puramente naturales, éstos no permiten una respuesta adecuada al no establecer criterios restrictivos que logren precisar a qué comportamiento causal se le debe *atribuir o imputar* un determinado resultado. Es por ello que ya no se cuestiona la necesidad de incorporar en la discusión criterios *normativos*. Y es que las teorías causales *naturalistas* no son suficientes para delimitar qué comportamientos pueden comprenderse dentro del tipo, debe, asimismo, recurrirse a un juicio de orden valorativo –así, la imputación objetiva–. Además, elementos puramente descriptivo-ontológicos, como son los que conforman fundamentalmente las teorías causales, tampoco permiten resolver los problemas de atribución de resultado que imponen los supuestos de comisión por omisión. En efecto, en este último caso debe, necesariamente, apelarse para poder precisar la “causalidad” a criterios normativos, pues resulta difícil de explicar, dada la naturaleza misma de la omisión, que quien nada hace *cause* un resultado. Es indispensable recurrir a presupuestos normativos como la posición del sujeto y la inevitabilidad del resultado para de esta forma determinar la relevancia típica de la omisión.

Que a fines del siglo XIX y principios del siglo XX primaran planteamientos causalistas de orden naturalístico no debe sorprender, toda vez que eran las ideas positivistas las que dominaban el escenario de la dogmática penal. En efecto, tanto la ciencia italiana –así, Lombroso, Ferri, Garofalo– como la alemana –entre otros, von Liszt, y con matices distintos, Merkel–, si bien con particularidades que las distinguen³⁶³, fueron influenciadas por los planteamientos positivistas de Comte, Spencer y otros. Éstos sostenían, desde la perspectiva del conocimiento, que lo que existía era sólo el mundo de los hechos, por lo que el sujeto debía observar el objeto que era lo *único objetivo*, para así formular sus proposiciones³⁶⁴. Ahora bien, como no bastaba sólo la observación, era necesario establecer, a través de la experiencia empírica, una serie de reglas que permitieran explicar cómo se regulaban los hechos. La filosofía positivista no era sólo descriptiva, sino que además se dirigía a establecer leyes causales, dado que para ellos los hechos no eran arbitrarios, sino

³⁶³ Para conocerlas, cfr. entre otros, Bustos Ramírez, *Introducción al Derecho Penal*, Santiago, 1989, pp. 136 y ss.

³⁶⁴ Cfr. Schünemann, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, trad. J. M. Silva Sánchez, Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 43 y ss.

que obedecían a leyes de la naturaleza, las que sólo podían descubrirse a través de la observación.

Justamente, siguiendo este orden de pensamiento, von Liszt, como fiel representante de las ideas positivistas imperantes en aquel entonces, formulaba su teoría del delito conforme a tales reglas científicas, distinguiendo con claridad los componentes objetivos y subjetivos de cada una de sus categorías³⁶⁵. Así, al tratar la acción, la concebía desde una perspectiva puramente descriptiva, pues sólo constituía un movimiento muscular voluntario que *causa* un cambio en el mundo exterior. Se aprecia pues que su concepto de acción carecía de todo contenido valorativo, ya que se limitaba a señalar, conforme a las leyes de la naturaleza, lo que acontecía cuando un movimiento corporal generaba un cambio en el mundo perceptible por los sentidos. Un ejemplo de su concepto naturalista-mecanicista de acción se puede apreciar cuando von Liszt explicaba las injurias: "provocación de vibraciones en el aire y procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido"³⁶⁶. En definitiva, para la llamada teoría clásica, la causalidad se situaba dentro de la acción –como elemento de la teoría del delito– al igual que el resultado, manteniendo un concepto ontológico de causalidad. Una vez acreditado que un acto había causado un resultado y que éste era de aquellos comprendidos en un tipo penal, quedaba con ello configurada la tipicidad. Y es que la tipicidad no era más que una descripción de procesos causales³⁶⁷, lo que llevaba a considerar que causación era equivalente a comportamiento típico. Precisamente, este tipo de conclusiones llevó a la dogmática a revisar sus teorías sobre la causalidad, ya que si bien todo aquel que mata *causa* una muerte, no todo aquel que *causa* una muerte *mata*. Debían introducirse en la discusión correctivos normativos.

Si bien hasta los años veinte fue dominante en la doctrina alemana, el concepto causal naturalista de acción comenzaba a ser fuertemente cuestionado, sobre todo por la influencia de la filosofía neokantiana, que otorgaba especial relevancia a cuestiones de orden normativo. Es decir, considerando que todo aquello que proviene del obrar humano está lleno de significados y valoraciones, se entiende que el método de comprensión deje de ser el empírico para centrarse en la aprehensión y valoración de

³⁶⁵ Cfr. Roxín, *Derecho Penal*, PG, trad. Luzón Peña; Díaz y García Conlledo; de Vicente Remesal, 2ª ed. alemana, Madrid, 1997, t. I., p. 198; Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1996, p. 228; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, 5ª ed., Madrid, 1997, t. II., pp. 77-78; Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, Madrid, 2001, pp. 84-85.

³⁶⁶ Citado por Luzón Peña, *Curso...*, cit., pp. 250-251, quien además describe el mismo delito siguiendo el método naturalista de la siguiente forma: "La transmisión a través del sistema nervioso de una orden cerebral a los correspondientes músculos de la laringe y la boca, que emiten ondas sonoras que se transmiten a través del aire y llegan al aparato auditivo de otra persona, de donde a su vez son conducidas por el sistema nervioso al cerebro de ésta para su recepción y análisis".

³⁶⁷ Así lo expone Larrauri, "Imputación objetiva", Bustos; Larrauri, *La imputación objetiva*, Bogotá, 1989, p. 43.

las obras del hombre. Conforme a lo anterior, se fue dejando de lado esa separación tan marcada de los clásicos entre los elementos descriptivos y normativos, estimándose que todas las categorías del delito, en mayor o menor grado, debían examinarse conforme a criterios normativos³⁶⁸.

Es desde esta perspectiva que teorías como la de la *equivalencia de las condiciones* fueron perdiendo vigencia como planteamientos que permitieran explicar la causalidad en la esfera del Derecho penal. Se cuestionaba que criterios de causalidad propios de las ciencias naturales pudieran tener aplicación en una disciplina normativa. El recurso a la supresión mental hipotética –si se suprimía mentalmente una determinada condición y con ello desaparecía el resultado, entonces esa condición era causa de ese resultado–, dio lugar a una serie de cuestionamientos, pues no permitía explicar satisfactoriamente una serie de supuestos, tales como los llamados *cursos causales hipotéticos*³⁶⁹ o la *causalidad cumulativa*³⁷⁰. Lo mismo sucedía con los delitos imprudentes, donde la causación de un comportamiento no era suficiente para estimar que se estaba frente a un injusto, debía apreciarse también si la norma de cuidado había sido o no infringida. Asimismo, no establecía criterios restrictivos que permitieran precisar cuál de aquellas condiciones que eran causa del resultado podían ser de interés para el Derecho penal: la cadena causal se podía extender al infinito³⁷¹.

Aun cuando un sector de la doctrina pretendió introducir una serie de criterios restrictivos, *v. gr.*, en la esfera de la culpabilidad –el dolo o la culpa permitían restringir la atribución de responsabilidad, aun cuando se estuviera frente a una conducta causal– éstos no fueron suficientes. Por lo demás, tomar en consideración la culpabilidad no permitía explicar adecuadamente la función indiciaria del tipo, al considerarse típicas conductas que eran inocuas³⁷².

Es del caso que frente a tales dificultades que presentaba la teoría de la *conditio sine qua non*, la doctrina penal, principalmente alemana, comenzó a plantear teorías que restringieran el nexa causal a la causación

³⁶⁸ Cfr. Schünemann, "Introducción...", cit., pp. 47 y ss.; Bustos Ramírez, *Introducción...*, cit., pp. 160 y ss.; Roxin, *Derecho...*, cit., T. I, pp. 198-199; Luzón Peña, *Curso...*, cit., p. 231; Zúñiga Rodríguez, *Política...*, cit., pp. 92-93.

³⁶⁹ Se entienden por tales aquellos supuestos en que un determinado curso causal efectivamente produjo el resultado, pero surge, hipotéticamente, otro curso causal que igualmente hubiera producido el mismo resultado. Por ejemplo: un conductor actuando imprudentemente atropella y mata a un ciclista, al que igualmente hubiera atropellado conduciendo correctamente.

³⁷⁰ Se refiere a aquellos casos en los que concurren dos o más factores causales, siendo cualquiera de ellos suficiente por sí solo, es decir, eliminado uno de ellos subsiste el resultado. Hubo autores como Engisch que para poder afrontar tales dificultades introdujeron la fórmula de la "condición ajustada a las leyes de la naturaleza", a través de la cual debía demostrarse que una conducta era causa de un resultado concreto cuando aquél era una concreción de una ley natural. Cfr. Náquira Riveros, *Derecho Penal*, Santiago, 1998, t. I, pp. 102-103.

³⁷¹ Así, Politoff Lifschitz, *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago, 2001, t. I, p. 202.

³⁷² En este sentido, Larrauri, "Imputación...", pp. 52-54; cfr. además, Fiandaca; Musco, *Diritto penale*, PG, 3ª ed., Bologna, 1995, p. 200.

de un resultado descrito en la ley. De manera tal que la atención debía dirigirse sólo a aquellas condiciones que eran necesarias para causar un determinado evento típico. Es así que surgieron, entre otras teorías³⁷³, la de la *causalidad adecuada* que se distinguía por cuanto había que atender aquellas condiciones que de acuerdo a la experiencia eran estimadas como las más adecuadas para producir el resultado típico. Adecuada era pues aquella condición que para un hombre medio y conforme a la experiencia general y sus conocimientos concretos, era previsible que generara una determinada consecuencia. Precisamente aquí radicaba una de sus críticas, pues la previsibilidad suponía incluir en la esfera causal componentes normativos, con lo cual se desvirtuaba como teoría causal.

Por su parte, la teoría de la *relevancia*, planteada por Mezger, supuso un importante avance en el desarrollo de las tesis causales –se la ha considerado como precedente de lo que es hoy la teoría de la imputación objetiva³⁷⁴–, al sostener que sólo podía ser causa aquella condición que tuviera una relevancia jurídico-penal. Para ello era necesario que no sólo fuera adecuada –conforme a la tesis recién expuesta–, sino que además, de acuerdo a una interpretación del tipo penal, se pudiera comprender en él. Se aprecia pues, que tales propuestas no se reducían al plano puramente naturalístico, sino que introducían importantes criterios normativos, al recurrirse al tipo penal para determinar las condiciones relevantes. Empero, he aquí uno de los principales cuestionamientos, pues al igual que la teoría de la causalidad adecuada comprendía en el plano de la causalidad cuestiones de orden normativo. Además, se planteaba la siguiente paradoja: si lo relevante se hallaba en la esfera del tipo, allí entonces debía ubicarse el problema de la causalidad y no en la acción, como lo proponía Mezger.

Las teorías recién expuestas no tuvieron una especial acogida en la doctrina y fueron particularmente discutidas³⁷⁵, pues no establecían criterios claros para resolver los problemas de causalidad. Precisamente, dentro de este contexto es que surge la teoría de la imputación objetiva, como búsqueda de criterios que permitan resolver el problema de la atribución de un evento a un sujeto³⁷⁶.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva (*objektive Zurechnungslehre*) surge en Alemania por los estudios de Larenz –en la

³⁷³ Para mayor detalle, cfr., entre otros, Roxin, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 346 y ss.; Larrauri, "Imputación...", cit., pp. 44 y ss.; Cerezo Mir, *Curso...*, t. II, pp. 57 y ss.; Mir Puig, *Derecho Penal*, 4ª ed., Barcelona, 1996, pp. 218 y ss.; Cury Urzúa, *Derecho Penal*, PG, 2ª ed., Santiago, 1996, t. I., pp. 284 y ss.; Nájaira Riveros, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 100 y ss.; Politoff Lifschitz, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 194 y ss.

³⁷⁴ Así, Luzón Peña, *Curso...*, cit., p. 369; Larrauri, "Imputación...", cit., p. 60.

³⁷⁵ Cfr. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Cancio Meliá; de la Gándara Vallejo; Reyes Alvarado, Madrid, 1995, p. 24.

³⁷⁶ Así lo pone de manifiesto Licci, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, pp. 19-20.

esfera del Derecho Civil— y Honig³⁷⁷ —en el Derecho penal— a principios del siglo XX³⁷⁸, para después recibir un fuerte impulso en los años setenta, principalmente por Roxin³⁷⁹. Puede decirse que hoy es la teoría dominante en la doctrina alemana, austriaca y española³⁸⁰. Poco a poco ha ido predominando en el pensamiento latinoamericano.

Ya Honig cuestionaba que una categoría como la causalidad pudiera expresar adecuadamente la relación entre una acción típica y el resultado. Y es que en el ámbito del Derecho lo que debe responderse es si un determinado resultado puede ser atribuido o imputado al obrar de una persona. Por tanto, sólo es posible estructurar un resultado en la medida en que éste sea la manifestación de una voluntad, que es la que controla el curso causal. Sólo así un evento puede ser objetivamente *atribuido* a una persona y no como consecuencia de un suceso causal³⁸¹.

En un principio se estimaba que la imputación objetiva, si bien se comprendía como un requisito de la tipicidad, debía verificarse primordialmente en la esfera de la acción, es decir, se hallaba en el ámbito de la llamada acción típica. Recién con la discusión planteada por la teoría de la acción final, es que la imputación objetiva comienza a ser analizada fuera de la acción y ya como un elemento del tipo —aunque aquello no se debe directamente a una propuesta finalista—. Y es que ya no se consideraba suficiente la adecuación para apreciar la imputación objetiva, sino que debía recurrirse a otros elementos de carácter teleológico como es el *fin de protección de la norma*. Con ello se quería significar que el Derecho penal sólo puede dirigirse a aquellos comportamientos que pueden *motivarse* conforme al mandato normativo, es decir, sólo pueden prohibirse o impedirse aquellas actuaciones que el sujeto puede controlar. Para poder determinar lo anterior es fundamental precisar teleológicamente qué “pretende” la norma, cuáles son aquellos comportamientos creadores de un riesgo jurídico-penalmente relevante respecto del bien jurídico protegido cuya lesión o puesta en peligro se quiere evitar. Por tanto, no toda actuación humana está comprendida en la norma, aun cuando sea adecuada.

³⁷⁷ Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, *Festgabe für Reinhard Von Frank zum 70. Geburtstag*, t. 1. 1930. pp.174 y ss.

³⁷⁸ Una breve exposición del pensamiento de Larenz y Honig, en Larrauri, “Imputación...”, cit., pp. 65 y ss.

³⁷⁹ Cfr. Roxin, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 362 y ss.; El mismo, “La problemática de la imputación objetiva”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 749 y ss.

³⁸⁰ Sin embargo en Italia ha sido especialmente cuestionada. Al respecto, cfr. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2001, pp. 185 y ss.

³⁸¹ Cfr. Frisch, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, trad. Robles Planas en: Roxin; Jakobs; Schünemann; Frisch; Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, p. 23. Este autor hace presente que Honig se vale del todavía citado caso del tío rico para ilustrar cómo el resultado no puede ser objetivamente perseguido, aun cuando sí hay un vínculo causal. Se trata del sobrino que convence a su tío, de quien quiere heredar, para que pasee por el bosque durante la tormenta y así lo mate un rayo, lo que efectivamente acontece.

Hoy la doctrina³⁸² está conteste en afirmar que cuando se habla de imputación objetiva se está comprendiendo a aquellas actuaciones creadoras de un riesgo relevante jurídico-penalmente hablando y que éstas se realizan en el resultado³⁸³. Esencialmente debe haber una creación o un aumento del riesgo que sea relevante para el Derecho penal, que haya un aumento del riesgo permitido y que el comportamiento y el resultado estén comprendidos en el fin de protección de la norma.

Aun cuando la imputación objetiva precisa los criterios de carácter normativo necesarios para determinar a qué comportamiento se debe *atribuir* un resultado, se ha estimado que en la esfera de la causalidad es válido recurrir a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si bien se criticaba esta teoría por los excesos a que su aplicación conducía, desde el momento en que se acoge la imputación objetiva, con sus correctivos restrictivos, tales aprensiones desaparecen. A través de la teoría de la equivalencia, en la medida que contiene elementos descriptivo-ontológicos hace posible, en la esfera de la causalidad material, una selección de cuáles son las condiciones que se consideran causas de un resultado, para luego desde allí determinar cuáles serán las causas a las que se le *atribuirá* o *imputará*, conforme a los presupuestos de la imputación objetiva, la consecución de ese evento³⁸⁴.

Por último, no debe olvidarse que además de la imputación objetiva también se presentan otros criterios jurídico-penales que permiten precisar la *atribución* del resultado –no hablamos de responsabilidad, claro está– como son la imputación subjetiva –dolo o imprudencia–, la autoría y participación.

II. LA CIENCIA PENAL CHILENA Y SU EXAMEN DE LOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD

Con lo expuesto precedentemente, sólo se ha pretendido dar cuenta de cuáles han sido las teorías causales que ha elaborado la doctrina, lo que nos permitirá situar los planteamientos desarrollados por nuestra dogmática en esta materia.

Como se apreciará *infra*, la teoría de la imputación objetiva ha tenido hasta ahora limitada repercusión en la doctrina chilena³⁸⁵. Si bien ha sido

³⁸² Cfr., entre otros, Roxin, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 362 y ss.; Larrauri, "Imputación..." cit., p. 78; Luzón Peña, *Curso...*, cit., p. 376; Politoff Lifschitz, *Derecho...*, cit., t. I., p. 210

³⁸³ Aun cuando la imputación objetiva es una materia que se trata esencialmente en la esfera de los delitos de resultado, se ha planteado que también es posible su aplicación respecto de los delitos de mera actividad. Si bien se reconoce que estos supuestos son bastante infrecuentes, dadas las características mismas de los delitos de mera actividad, ello no impide que la imputación objetiva deje de ser considerada. Cfr. Mir Puig, *Derecho...*, cit., pp. 235-236; Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, pp. 76-80.

³⁸⁴ Cfr. Frisch, *Tipo penal...*, cit., pp. 29 y ss.; Luzón Peña, *Curso...*, cit., p. 371; Moccia, *El Derecho Penal entre ser y valor*, trad. A. Bonanno, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 134 y ss.

³⁸⁵ Así lo ha hecho presente Cury Urzúa, *Derecho...*, cit., t. I, p. 294.

examinada, y podría decirse que genera cierto interés, no se observa un propósito de impulsar un debate al respecto; de ahí quizás que no se encuentren estudios particulares sobre la materia, salvo los incorporados en manuales de Parte General³⁸⁶. Es muy probable que la situación anterior explique por qué nuestra jurisprudencia escasamente se hace cargo del problema de la causalidad³⁸⁷, sin examinar con rigurosidad los presupuestos que se requieren para atribuir un resultado típico³⁸⁸.

Para una mejor comprensión de la posición asumida por nuestra doctrina en esta materia, la exposición se hará por autores.

1. GUSTAVO LABATUT

Este autor, consecuente con sus planteamientos teóricos propios de la sistemática causalista, sitúa la discusión de la causalidad en el ámbito de la acción y, desde esta perspectiva, expone que la teoría correcta para resolver la cuestión es la de la equivalencia de las condiciones³⁸⁹. En efecto, sostiene que es la actuación del sujeto la que necesariamente debe constituirse en la *conditio sine qua non* del resultado, para así poder afirmar que se está frente a un nexo causal. Para enfrentar los problemas que se le atribuyen a esta teoría, en cuanto a que no establece límites y que se extiende en demasía, Labatut señala que una vez precisada la adecuación de la actuación del sujeto a la figura típicamente antijurídica será la culpabilidad la que, en definitiva, resolverá el problema de la responsabilidad. Sin embargo, como se afirmó *supra*, el recurrir a la culpabilidad como forma de limitar los excesos de la teoría de la condición pone de manifiesto una confusión conceptual, pues se pretende a través de un presupuesto normativo como es la culpabilidad resolver un problema que el propio Labatut sitúa en el plano puramente naturalístico. Una cosa es determinar si le podemos *atribuir* a un sujeto un determinado resultado y otra es resolver su responsabilidad. Además, se da la paradoja de que si la cuestión, como lo plantea Labatut, se determina en la culpabilidad, tendrían que calificarse como típicas y antijurídicas conductas que siendo irrelevantes son condiciones del resultado. Lo expuesto se presentaría

³⁸⁶ El primer artículo que abordó problemas de causalidad fue el de Sepúlveda White. "De la relación de causalidad, causación o relación causal, en el derecho penal", en *Revista de Ciencias Penales*, t. VI, 1942, p. 19, inclinándose por la teoría de la *conditio*.

³⁸⁷ Como se encarga de señalar Cousiño Mc Iver, *Derecho Penal chileno*, Santiago, 1975, t. I, p. 362, las sentencias a lo más afirman que el nexo causal es un problema de hecho y de prueba, pero no hay una mayor profundización en cuestiones doctrinarias sustantivas. Los fallos de nuestros tribunales, implícitamente, aplican la teoría de la condición.

³⁸⁸ Cabe hacer notar que a principios de siglo nuestra jurisprudencia, no de manera mayoritaria, se inclinaba por la teoría de la causa necesaria, sobre la base, en una interpretación errónea claro está, de que nuestro ordenamiento la acogía en el Art. 126 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, cfr. Labatut Glens, *Derecho Penal*, t. I, 9ª ed. Actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 2000, p. 81.

³⁸⁹ Cfr. Labatut Glens, *Derecho...*, t. I, pp. 79-82.

en el modo como Labatut entiende la *concausalidad*. Según su parecer, siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones, puede no haber, en estos casos, una interrupción del nexo causal. En efecto, la concausalidad supone estar frente a una condición preexistente, concurrente o sobreviviente, que, siendo ajena a la voluntad de autor, coadyuva a la producción del resultado³⁹⁰. Así, en un homicidio, aunque exista voluntad de matar, si la muerte tiene lugar por una combinación de medios empleados por el sujeto y por otras concausas –que le son desconocidas–, no debe *responder* penalmente a título de homicidio³⁹¹.

En cuanto a cómo resuelve la causalidad en la omisión³⁹², señala que en la omisión impropia se atribuye el resultado cuando el sujeto teniendo el deber de actuar y la posibilidad de evitar el resultado, no actúa. Es decir, el propio Labatut reconoce que para configurar un supuesto de omisión debe necesariamente recurrirse a criterios normativos. Empero, a continuación señala que también es posible dilucidar el problema causal en esta clase de estructuras típicas conforme a la teoría de la condición, a través de la supresión mental de la acción omitida. Si de esta forma el resultado desaparece cabe concluir que la omisión era causa de tal evento.

Nos parece que la forma en que resuelve Labatut la causalidad en la omisión es errónea, pues pretende a través de una teoría como la *conditio sine qua non*, que contiene elementos descriptivo-ontológicos, satisfacer la causalidad de una estructura compuesta por elementos puramente normativos, como por lo demás el propio autor se encarga de afirmar. Las particularidades mismas de la omisión dejan en claro que no es posible recurrir a tesis que se construyen sobre la base de presupuestos eminentemente naturalísticos. Hay una contradicción que no es posible soslayar.

2. SERGIO POLITOFF

Después de revisar las distintas teorías causales anteriores a la formulación de la imputación objetiva y habiendo manifestado las críticas que éstas le merecen –que de una u otra forma coinciden con lo ya expuesto *supra*–, Politoff se detiene a revisar la teoría de la imputación objetiva³⁹³.

Según el autor, esta propuesta teórica no es del todo novedosa, pues se halla en la línea de otras teorías, como la de la relevancia y de la imputación razonable –que elaboran los tribunales holandeses–, que pretenden establecer presupuestos que limiten los excesos que generan las

³⁹⁰ Cfr. Labatut Gléna, *Derecho Penal*, 7ª ed. Actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 2000, t. II., pp. 161-162.

³⁹¹ Críticos al término concausal se muestran Politoff; Grisolia; Bustos, *Derecho Penal chileno*, 2ª ed., Santiago, 2001, p. 65.

³⁹² Cfr. Labatut Gléna, *Derecho...*, cit., t. I., p. 81.

³⁹³ Cfr. Politoff Lifschitz, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 194-208.

imputaciones puramente causales. Una de las ideas más importantes que introduce la imputación objetiva es que la conducta debe ser *creadora de un riesgo desaprobado*, esto es, no de cualquier peligro, sino aquel que se encuentra comprendido en la norma. Es decir, para atribuir el resultado hay que considerar no sólo la causalidad material, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y de que sea no sólo objetivamente previsible –tal como ya lo afirma la causalidad adecuada–, sino que además el resultado lesivo debe ser la realización del peligro que ha creado el sujeto con su comportamiento ilícito. Según Politoff, es este último factor la gran contribución de la teoría de la imputación objetiva.

Otro de los méritos que Politoff le reconoce a esta teoría es la especial relevancia que le asigna al resultado, sobre todo, según él, dada la particular atención que algunos autores le otorgan al disvalor de la acción y que lo atribuye a posturas finalistas extremas que otorgan especial relevancia a lo subjetivo. Sobre esta última afirmación hay que decir que si bien es el pensamiento de un importante sector, hay autores que discrepan de tal crítica, entre ellos, como se verá *infra*, Juan Bustos.

En lo que respecta a la causalidad en la omisión³⁹⁴, aun cuando Politoff reconoce que es ineficaz plantearla en esta esfera, dada la naturaleza misma de los delitos de omisión, tampoco es posible dejar de resolver el problema que se presenta. Para ello, este autor señala la necesidad de formular la siguiente interrogante: ¿puede la acción omitida ser *añadida* mentalmente sin que desaparezca el resultado? Si la acción no puede ser incorporada mentalmente sin que desaparezca el resultado, significa que hay causalidad jurídica. Se entiende pues, que recurre a la teoría de la condición, con los reparos que han sido expuestos, y que dicen relación con las dificultades que supone recurrir a tesis de orden naturalístico para pretender abordar la imputación de un supuesto eminentemente normativo como es la omisión. Es válida la afirmación anterior, aun cuando Politoff pretenda recurrir a criterios valorativos para precisar la imputación de resultado.

3. ALFREDO ETCHEBERRY

Luego de repasar las teorías naturalistas y jurídicas de la causalidad³⁹⁵, haciendo presente las dificultades que tienen lugar para resolver el problema, se encarga de tratar la imputación objetiva, no sin antes afirmar su propuesta de la *previsibilidad objetiva*, que expondré más adelante³⁹⁶.

³⁹⁴ Cfr. Politoff Lifschitz, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 215-217; asimismo, Politoff; Matus; Ramírez, *Leciones de Derecho Penal chileno*, PG, Santiago, 2004, pp. 183-184.

³⁹⁵ Cfr. Etcheberry, *Derecho Penal*, PG, T. I, 3ª ed., Santiago, 1998, pp. 188-194.

³⁹⁶ Ya tratada en Etcheberry, "Reflexiones Críticas sobre la Relación de Causalidad", en *Revista de Ciencias Penales*, 1959, t. XVIII, pp. 175 y ss.

Pues bien, cuando este autor examina la imputación objetiva hace presente que más que tratarse de una tesis sustitutiva de la exigencia de la relación de causalidad, constituye una limitación de la misma, esto es, establece criterios restrictivos una vez que se ha dado por establecida la relación de causalidad. Se halla pues, según Etcheberry, dentro de las llamadas teorías jurídicas de la causalidad, siendo su elemento fundamental la necesidad que se haya *creado un riesgo* que sobrepase lo que la ley permite.

La gran dificultad que aprecia Etcheberry en la teoría de la imputación objetiva es que debe valorarse la representación del agente acerca de la probabilidad en la producción del resultado, con lo que deja de ser objetiva. Para este autor la tesis puede ser más útil tratándose de los delitos imprudentes y los de peligro; sin embargo, no da mayores explicaciones del porqué de tal afirmación, sino que sólo la sostiene sobre la base de que la mayoría de los ejemplos que da la doctrina partidaria de la imputación objetiva son los homicidios imprudentes o situaciones de poca frecuencia. Todo ello hace dudar a Etcheberry acerca de la utilidad general que esta teoría puede prestar.

Como ya señalamos *supra*, este académico sostiene la tesis de la previsibilidad objetiva³⁹⁷. Para Etcheberry el hombre determina, según su experiencia, que ciertos acontecimientos generan otros, conforme se manifiesten determinadas circunstancias. Es decir, con mayor o menor grado de probabilidad un hecho causará otros, de acuerdo a la concurrencia de ciertas variables. Pues bien, considerando que la ciencia jurídica no puede sostener vínculos intrínsecos de causalidad, sí es capaz, en cambio, de establecer vínculos de *previsibilidad*. Lo que debe determinarse objetivamente es cuándo se realiza la acción. Por tanto, si conforme a la experiencia y la ciencia era previsible que un comportamiento generara un resultado determinado, no cabe sino concluir que esa acción es causa de ese resultado. Se trata de un juicio objetivo desde una perspectiva *ex post*, no siendo necesario considerar la previsibilidad del que obró. Desde un punto de vista jurídico-penal, causalidad sería para Etcheberry *previsibilidad objetiva*.

La verdad es que la tesis de Etcheberry no difiere mayormente de los planteamientos ya expuestos en las teorías de causa necesaria, por ejemplo³⁹⁸, dado que esta última sostiene que es causa *necesaria* –previsible, también se podría decir– de un resultado aquella que lo determina de una manera absolutamente necesaria y general. Además, no hay una distinción clara entre los planos naturalísticos y los normativos, pues pretende resolver un problema causal material a través de un concepto valorativo como es la *previsibilidad*.

³⁹⁷ Cfr. Etcheberry, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 187-188.

³⁹⁸ Así, Politoff Lifschitz, *Derecho...*, cit., t. I., p. 210 (n. 72).

4. ENRIQUE CURY

Considerando que la ley incluye en la descripción típica el resultado, este autor sitúa la discusión de la relación de causalidad dentro de la esfera objetiva del tipo. Se muestra crítico frente al excesivo desarrollo de teorías que pretendieron explicar la causalidad³⁹⁹, sobre todo porque los casos prácticos donde podían tener algún sentido resultaban bastante escasos –habla de hipótesis de laboratorio– y que además se centraban en los delitos de homicidio o lesiones. Asimismo, Cury hace presente que el problema de la causalidad fue considerado en demasía por la teoría causal de la acción, al enfatizar en la causalidad del resultado ya sea lesivo o peligroso, recurriendo, en algunos casos, a criterios mecanicistas que nada aportaban para esclarecer la cuestión. Concluye Cury que la crisis de las teorías causalistas generó una disminución en el desarrollo de exposiciones que explicaran las vinculaciones causales.

Antes de presentar su parecer acerca de la imputación objetiva, Cury expone las diversas teorías que la dogmática ha planteado para zanjar el problema de la causalidad⁴⁰⁰. Su tratamiento y crítica está en la misma línea ya expuesta *supra*, por lo que resulta innecesario reproducirlas nuevamente.

Al tratar la imputación objetiva⁴⁰¹, comienza examinando los planteamientos de Roxin, señalando que una de las grandes aportaciones del profesor de Munich es haber precisado los elementos que se requieren, enfatizando en lo que es la creación del riesgo más allá del que está permitido y la pertenencia del resultado dentro del fin de la norma. Sin embargo, hace ver Cury que este último no tiene una autonomía clara.

Para este autor es válido recurrir a la teoría de la imputación objetiva como un *correctivo* a las ampliaciones causales que se pueden manifestar, las que tampoco pueden resolverse desde la perspectiva del tipo subjetivo. Por otra parte, no se muestra partidario de aplicarla de forma autónoma con absoluta prescindencia de toda consideración causal, lo que, a nuestro modo de ver, se inscribe dentro de lo que ha señalado un sector de la doctrina –y que expuse precedentemente– en cuanto a precisar previamente la relación causal a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anterior, Cury hace presente la importante función práctica que cumple la imputación objetiva. Para este efecto, señala que deben ser examinados los principios que ya han sido enunciados por Roxin –sin que ello signifique excluir otros, si ciertos casos lo requieren–, a saber: a) *disminución del riesgo*, en cuanto no se le deben imputar al autor aquellos resultados típicos causados, si ello supone haber reducido el peligro para la víctima. Según

³⁹⁹ Cfr. Cury Urzúa, *Derecho...*, cit., t. I, p. 284.

⁴⁰⁰ Cfr. Cury Urzúa, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 285 y ss.

⁴⁰¹ Cfr. Cury Urzúa, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 290-294.

Cury, algunos de estos casos pueden resolverse desde la esfera del tipo subjetivo; b) *creación de un riesgo jurídico-penal relevante*, presupuesto sobre el cual también Cury afirma que algunos casos pueden ser tratados en la esfera del tipo subjetivo, como cuando el autor no puede controlar los cursos causales –caso del tío rico⁴⁰²–, por lo que no sería dolosa su actuación; c) *aumento del riesgo permitido*, por el cual se le imputa objetivamente el resultado si el sujeto ha aumentado con su conducta el riesgo, más allá de lo permitido, para que el resultado se produzca. Lo anterior permitiría solucionar casos como los llamados *cursos causales hipotéticos*⁴⁰³, imputando objetivamente el resultado y prescindiendo de consideraciones causales, al haber el sujeto excedido los límites permitidos de riesgo. Cury, sin embargo, estima insatisfactoria esta solución, pues incorpora a una cuestión de carácter objetivo consideraciones de *previsibilidad*, por ende, de orden subjetivo. Por tanto, también son problemas que pueden, según Cury, resolverse en el ámbito del tipo subjetivo; d) conforme al *fin de protección de la norma*, el resultado no es imputable, aunque sea causado, si no es de aquellos que la norma ha querido comprender. Se trata de un criterio válido según Cury, pero que puede presentar dificultades en aquellos casos en los que no queda claro el carácter inusual de una relación causal.

Por último, este autor hace ver la utilidad de la imputación objetiva en aquellos casos en los que no es posible resolver cuestiones de causalidad material, como ocurre en los delitos de omisión impropia.

5. MARIO GARRIDO MONTT

De manera clara el autor sitúa la relación de causalidad dentro del tipo objetivo, estimando relevante su determinación respecto de los delitos de lesión⁴⁰⁴, pues son en estos delitos aquellos en los que se presenta el problema de precisar a qué acción le *atribuimos* una determinada realidad material. De esta manera, *lo no causado por la actuación del sujeto es atípico*. Asimismo, y tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, hace presente que tratándose de los delitos de omisión impropia no es posible considerar una causalidad natural, por tanto sólo cabe recurrir a los criterios de imputación objetiva.

Garrido es de la tesis de que para poder atribuir un resultado es preciso constatar previamente la causalidad natural –a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones– para luego poder aplicar los criterios normativos propios de la imputación objetiva. Es decir, estos últimos criterios surgen como delimitadores de la causalidad natural en los delitos de acción y permiten, dentro de la esfera del tipo objetivo, precisar cuándo

⁴⁰² Vid. n. 19.

⁴⁰³ Vid. n. 7.

⁴⁰⁴ Cfr. Garrido Montt, *Derecho Penal*, PG, 2ª ed., Santiago, 2001, t. II., pp. 60-61.

un resultado causado por la conducta de un sujeto le es *atribuible objetivamente*⁴⁰⁵. A continuación, Garrido se ocupa de exponer cuáles son los presupuestos que la doctrina ha elaborado para conformar la teoría de la imputación objetiva –esencialmente sigue los planteamientos de Roxin–. Es así que en su opinión se requiere: a) la creación de un riesgo jurídicamente no permitido o el aumento del peligro inherente a un riesgo autorizado; b) inimputabilidad objetiva de un resultado de lesión de un bien jurídico ya expuesto a un peligro; es decir, no se puede imputar un resultado si el bien jurídico ya estaba sujeto a un riesgo de verse afectado, y el sujeto procuró limitarlo⁴⁰⁶, o el peligro hubiera igualmente tenido lugar a pesar del comportamiento del agente; y c) principio de adecuación, que se refiere al fin de protección de la norma. Para ello Garrido recurre al clásico ejemplo de quien para matar lanza a una persona por el puente a fin de que se ahogue en el río, pero que, sin embargo, muere al golpearse en el poste del puente. Según este autor, la norma de homicidio comprendería la variación del resultado, ya que está dentro del ámbito de posibilidades del plan delictivo: morir ahogado o por el golpe al caer⁴⁰⁷.

6. JAIME NÁQUIRA

Después de examinar las diversas teorías acerca del vínculo causal que ha planteado la doctrina, y que ya han sido dadas a conocer, este autor se hace cargo de examinar la teoría de la imputación objetiva⁴⁰⁸. Al respecto, señala que la moderna concepción de la imputación objetiva, que comenzaron a formular Larenz y Honig, tiene como sus principales postulados los siguientes: a) la teoría de la equivalencia de las condiciones es admitida como válida para precisar el nexo causal; b) la relación de causalidad es un elemento del tipo penal y constituye un presupuesto de la imputación objetiva respecto de los delitos de comisión; tratándose de la comisión por omisión sólo puede exigirse la imputación objetiva; c) el establecimiento de criterios normativos para precisar las acciones típicas, como es la creación de un riesgo. Náquira señala además que Roxin incorpora en la esfera de la finalidad objetiva –esto es, la posibilidad de dominio por medio de la voluntad del sujeto– el que se esté frente a la creación de un riesgo típicamente relevante de lesión a un bien jurídico. Cuestión ésta que debe ser objeto de examen con anterioridad a cualquier valoración desde la perspectiva del tipo subjetivo.

⁴⁰⁵ Cfr. Garrido Montt, *Derecho...*, cit., t. II., p. 69.

⁴⁰⁶ Por ejemplo, para desviar el golpe mortal que dirige un tercero al cráneo de la víctima, el autor le pega en el brazo lesionándolo.

⁴⁰⁷ Cfr. Garrido Montt, *Derecho...*, cit., pp. 72-73.

⁴⁰⁸ Cfr. Náquira Riveros, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 100-108.

A continuación, el autor se limita a exponer la teoría que se comenta desde dos perspectivas, a saber: la imputación objetiva de la conducta y la imputación objetiva del resultado⁴⁰⁹.

En lo que respecta al primero de estos presupuestos, se estima que una conducta será objetivamente imputada al autor si *ex ante* era adecuada objetivamente para crear un riesgo típicamente relevante. Conforme a este supuesto no sería posible la imputación cuando se está frente a una disminución del riesgo –se critica que más bien hay falta de dolo y que, por tanto, no es un problema de imputación objetiva– o también en los casos de creaciones de riesgos insignificantes, como se da en el ejemplo ya citado del tío rico.

En cuanto a la imputación objetiva del resultado, en opinión del autor se presenta desde el momento en que se concreta el peligro típico que conlleva la conducta en el resultado típico. Para ello es preciso, como ya lo he señalado *supra*, apreciar cuál es el fin de protección de la norma. Así por ejemplo, el tipo de homicidio no comprende cualquier conducta que causa la muerte, sino que esa muerte sea consecuencia de un comportamiento creador de un riesgo típicamente relevante sobre el bien jurídico vida. Por otra parte, también es preciso verificar cuál es el plan del autor, lo que supone recurrir al plano subjetivo, como es determinar la intencionalidad del sujeto –lo que ha generado críticas, pues excede lo objetivo–. Por último, como presupuesto de imputación objetiva de resultado se requiere apreciar un aumento del riesgo permitido. Lo anterior supondría, según un sector de la doctrina tal como lo expone Náquira, tratar los llamados *cursos causales hipotéticos*, afirmando la imputación objetiva. Pero también este autor presenta algunas críticas, entre otras, el considerar que si la misión del Derecho penal es la evitación de conductas peligrosas respecto de un bien jurídico no podría imputarse un resultado no querido que igualmente hubiera acontecido actuando conforme a Derecho⁴¹⁰.

Luego Náquira se pregunta cuál es la proyección futura de la teoría de la imputación objetiva. Parte señalando que tanto la teoría causal como la final de la acción postulan un concepto ontológico de acción y es esta concepción la que se pretende llevar a la esfera normativa. Precisamente, al mantener ambas teorías una noción óptica de acción y trasladarla al campo normativo, para allí construir una teoría del delito, pone de manifiesto que no han sabido respetar la diferencia que existe entre los dos mundos: el ontológico y el normativo. El Derecho regula las relaciones entre personas, las relaciones sociales y no las naturales, lo que no significa desatender el mundo natural. Siendo así, al Derecho penal sólo le pueden interesar aquellas conductas que, reconociendo una realidad

⁴⁰⁹ Cfr. Náquira Riveros, *Derecho...*, cit., t. I., pp. 109 y ss. Distinción que también se observa en la postura de Mir Puig, *Derecho...*, cit., pp. 230 y ss.

⁴¹⁰ Cfr. Náquira Riveros, *Derecho...*, cit., t. I., p. 116.

óptica, tienen un significado social, es decir, aquellas que pudieron actuar motivadas conforme a una norma y no lo hicieron, poniendo en peligro o lesionando un bien jurídico. Considerando pues, continúa Náquira, que lo que debe resolver la imputación objetiva es si el peligro o la lesión para el bien jurídico ha sido consecuencia o no del obrar de una persona, se trata, en definitiva, de un juicio eminentemente objetivo.

Precisamente, el determinar el contenido de una conducta injusta es tarea de la imputación objetiva. Tomar en cuenta el aspecto individual, en cambio, es función de la imputación subjetiva. En la esfera de imputación objetiva se atiende a una cuestión de orden abstracto general, se valora el acto desde la perspectiva de un hombre medio. Todo lo relativo al sujeto en concreto, señala Náquira, se aprecia en la culpabilidad. En definitiva, para precisar el injusto penal se consideran el hecho y el autor en general y ya dentro de la culpabilidad se valora el hecho y el sujeto individualmente.

Lo expuesto supone una revisión del concepto de acción, asumiendo éste un carácter normativo, donde ya no tiene sentido la distinción entre acción y omisión, aplicándose para ambos supuestos la exigencia de la posición de garante. Cada sujeto es garante de su propio rol social, de manera que, en la esfera de la imputación objetiva, lo que tiene que determinarse, de forma abstracta y genérica, es si con su comportamiento el sujeto ha desarrollado las expectativas sociales que conforme a su rol social se derivan.

7. JUAN BUSTOS

Señala este autor que la concepción de la relación causal comienza a cambiar desde la teoría final de la acción, en la medida en que ésta pretende constituirse en un proceso a través del cual se integren los aspectos subjetivos y objetivos⁴¹¹. Desde esta perspectiva pretende establecer la distinción con propuestas teleológicas, que al buscar criterios de imputación lo hace con un énfasis en lo objetivo personal. Cuando Bustos se refiere a la teoría teleológica de imputación, que atribuye fundamentalmente a Roxin, señala que estos planteamientos se hacen desde el disvalor del resultado y desde allí se considera la acción, esto es, que debe haber un resultado considerado normativamente, y que es consecuencia de un obrar. Para ello, se debe recurrir a ciertos criterios normativos –los que ya han sido examinados–, a fin de evitar que se consideren ciertos eventos causados como resultados disvalorados.

⁴¹¹ Los planteamientos que aquí se analizan fueron expuestos por Bustos mientras era catedrático en España. Cfr. Bustos Ramírez, "Imputación objetiva", en Bustos; Larrauri, *La imputación objetiva*, Bogotá, 1989, pp. 3 y ss.; El mismo, *Manual de Derecho Penal*, PG, 3ª ed., Barcelona, 1989, pp. 199-201, 238-239; El mismo, "Imputación objetiva y bien jurídico", en: <http://www.defensoriapenal.cl/archivos/1062106353.pdf>

Para Bustos, tales proposiciones no suponen, en definitiva, una real superación de las teorías causalistas de carácter naturalista, desde el momento que lo relevante es el resultado causado. Por tanto, no es del todo cierto que se esté frente a una teoría de carácter normativo, pues se toman en cuenta cuestiones de orden natural. Visto así, afirma este autor, la imputación objetiva pasa a ser sólo un criterio de asignación de resultados, en la que además no se toman en consideración los aspectos subjetivos de la acción típica, con lo cual no resulta fácil señalar que un determinado evento puede ser consecuencia del comportamiento de un sujeto.

Según Bustos, lo relevante es que si se está frente a un resultado disvalioso, éste debe ser imputado a un obrar humano y es esto último lo que debe siempre resolverse. Para ello debemos tener en consideración un concepto de acción en que se comprendan, para estos efectos, aspectos subjetivos. Y es que para Bustos las propuestas de Roxin suponen estimar primeramente lo objetivo, dejando para después lo subjetivo, con lo cual no se estaría comprendiendo en toda su dimensión lo que es la acción humana, al no tomar el contexto en que se desarrolla. Es decir, al tratarse de criterios de asignación de resultados se deja sin considerar, en toda su extensión, la acción típica. En el fondo, para el autor que se examina, teorías como las de Roxin no son más que propuestas que se mantienen dentro de las teorías causales, introduciendo sólo correctivos. Son más bien un complemento a la causalidad y no una real alternativa.

Es un error que el análisis parta desde el resultado, pues también se puede presentar la siguiente paradoja: el resultado es causado por una acción, pero a su vez la acción es determinada por el resultado. Además, el que se considere sólo el resultado queda sin explicación en los delitos de mera actividad⁴¹². Por otra parte, criterios como el *aumento del riesgo permitido* se refieren más bien a consideraciones que se pueden resolver en la esfera subjetiva, es decir, son comportamientos atípicos por falta de dolo, sin que haya necesidad de verificar el resultado. Asimismo, en lo que respecta al *plan del autor* es demasiado amplio como para precisar la imputación de un resultado.

¿Cuál es la propuesta de Bustos en el ámbito de la imputación objetiva? Para este autor lo primero es relacionar los tipos penales con el concepto de bien jurídico. La misión del Derecho penal es proteger bienes jurídico-penales, por tanto las normas deben dirigirse a evitar comportamientos que ponen en peligro tales intereses. Desde esta perspectiva, cada descripción típica pone de manifiesto una determinada situación, que supone la interacción entre sujetos, con lo cual para precisar si se está o no frente a una situación típica se debe realizar una función valorativa, que es algo más que un mero proceso de subsunción. Por tanto, lo que debe hacerse es buscar criterios que permitan atribuir una situación real

⁴¹² Vid. n. 21.

a una situación típica y no, como hace la teoría de Roxin, buscar juicios para atribuir resultados. Lo esencial en la tipicidad, según Bustos, no es la causalidad sino atribuir una situación real a un supuesto típico. Para ello considera el concepto de *injusto*, en cuanto juicio normativo de la conducta respecto de lo que dispone el ordenamiento jurídico. Lo anterior porque lo relevante es la noción de bien jurídico. Siendo el injusto una síntesis normativa de una determinada relación social, se está frente a un disvalor de esa relación social cuando hay una afectación del bien jurídico. Así, el resultado abarca no sólo su efectiva vulneración, sino que también su puesta en peligro –lo que incluye los delitos de mera actividad–. Por tanto, al situar el disvalor del resultado en la esfera de la antijuridicidad, la cuestión de la imputación objetiva debe también comprenderse dentro de la esfera del juicio de disvalor de carácter normativo. Y es que, conforme a la propuesta de Bustos, la imputación objetiva no es una cuestión de causalidad sino de afectación a un bien jurídico, por lo que debe tratarse una vez precisada la situación típica.

Al comprender la imputación objetiva dentro del juicio de antijuridicidad y no en la esfera del tipo penal, Bustos pretende introducir reales criterios restrictivos, precisando cuáles son los comportamientos que efectivamente vulneran al bien jurídico. Para ello deben distinguirse dos procesos valorativos en el injusto⁴¹³. Por una parte, debe realizarse un juicio de atribución a fin de precisar la tipicidad, a través del cual se determina el disvalor del acto, y un juicio de imputación objetiva, para fundamentar la antijuridicidad con el disvalor del resultado. Para Bustos las propuestas de Roxin consideran sólo el disvalor del resultado y limitan la precisión del injusto a una cuestión de imputación objetiva, desconociendo todo lo relativo al disvalor del acto. En definitiva, las posturas de Roxin serían más bien un complemento a la causalidad respecto de los delitos de resultado, es decir, se reemplazan criterios naturalísticos por consideraciones valorativas para resolver la vinculación entre la acción y el resultado respecto de delitos de resultado.

⁴¹³ Así se expone en Bustos Ramírez; Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, 1999, vol. II, p. 107.

VIGENCIA Y ROL DE LA CAUSALIDAD EN LA PRÁCTICA JURÍDICO-PENAL NACIONAL

TATIANA VARGAS PINTO

Doctora en Derecho U. de los Andes

Profesora de Derecho Penal

Universidad de los Andes

I. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

No resulta extraño encontrar referencias a la causalidad en la responsabilidad objetiva, por resultados. Así ocurre en muchos casos a la hora de determinar la obligación civil de indemnizar a la víctima de un delito o cuasidelito, por el autor del delito o por un tercero⁴¹⁴. Aun para la responsabilidad objetiva, donde las consecuencias son lo único importante, no basta la mera producción de un daño si no se conecta con cierto comportamiento. El perjuicio puede ser fruto de un accidente, un caso fortuito o una fuerza mayor. De allí la relevancia de una “relación causal” como nexo entre ambos, conducta y daño. ¿Qué ocurre cuando también es relevante la responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia)? La pregunta nos dirige específicamente al ámbito de la responsabilidad penal⁴¹⁵. A pesar de que nos situamos en un campo diferente de responsabilidad, en principio, las consideraciones causales no debieran cambiar.

⁴¹⁴ Por ejemplo, la responsabilidad civil del propietario de un vehículo por el solo hecho de serlo, C. de Ap. de Santiago, 11 de enero de 2008, Legal Publishing: 38322 (consulta 27 de mayo de 2008). Así, en general respecto de las demandas civiles en juicios penales: Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30 de octubre de 2007, ver CS., 18 de marzo de 2008, Legal Publishing: 38565 (consultada 27 de mayo de 2008); CS., 12 de noviembre de 2007, Legal Publishing: 37853 (consultada 9 de abril de 2008); CS., 12 de julio de 2007, GJ, 325 (2007), pp. 239-257.

⁴¹⁵ Esto no significa que en la responsabilidad civil no tengan relevancia consideraciones subjetivas, particularmente en la responsabilidad extracontractual.

De hecho, el estudio de la relación causal comienza con autores como von Ihering y von Buri⁴¹⁶, y sólo tiene relevancia para el ámbito penal desde concepciones naturalistas de la acción, como la de von Liszt. Desde entonces, la causalidad se acepta como una conexión, vínculo o nexo entre un antecedente y un consecuente. Esta idea se comprende con relativa facilidad a la hora de asignar consecuencias, siempre desde un punto de vista externo relativo al tipo objetivo. Es decir, para hacer responsable a "X" de las lesiones causadas a "Y", ellas han debido producirse "por" el comportamiento de "X" y no por otro factor externo. Los efectos perjudiciales han de conectarse a ese comportamiento. El problema primero se presenta con la extensión de este nexo, ¿a cuántas conductas alcanza?

La clásica teoría de la equivalencia de las condiciones amplía la conexión o nexo a todos los factores que son "condición" del resultado, si suprimidos éste falta. Todas las condiciones son equivalentes y, por lo tanto, todas son causas. Si todas las conductas (condiciones) eran causas del resultado todos los intervinientes eran responsables. Por eso ejemplos burdos, como el carpintero que hace la cama donde yace la víctima, muestran la necesidad de limitar los vínculos entre conducta y resultado. De este modo, surgen las tesis restrictivas de la causalidad. Aquí, aparece un segundo problema, una segunda ampliación. Con estas tesis, en realidad, se incorporan criterios valorativos especiales –como la causa final, la causa eficiente, la causa adecuada, hasta llegar a la teoría de la imputación objetiva–, que terminan ampliando el nexo causal a otra clase de conexiones, ya no meramente descriptiva. Por un lado, la causalidad pareciera no servir y, por otro, no es claro qué noción se tiene de ella⁴¹⁷. En este sentido, interesa determinar cuál es la vigencia de la causalidad en nuestra práctica jurídico-penal y cómo se ha entendido.

⁴¹⁶ Autores ajenos al ámbito penal. También el estudio de la teoría de la imputación objetiva comienza con Larenz, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Scientia, Aalen, 1970, pp. 83 y ss., para separar el hecho propio del casual. Recién con Honig se refiere al ámbito penal.

⁴¹⁷ Su "desprecio" se pone de manifiesto en las teorías restrictivas de la causalidad, especialmente con su reemplazo por la imputación objetiva. Sin embargo, no se deja de hablar de causalidad, simplemente se agregan elementos que desvirtúan la clásica causalidad natural. Así ocurre en los conocidos casos del "Lederspray" y "Contergan", o en la responsabilidad medioambiental, donde se alude a una causalidad estadística por la magnitud de los efectos y los problemas probatorios. En este sentido, Matus A., Jean Pierre; Ramírez G., María Cecilia; Castillo, Marcelo. "Informe sobre el Derecho penal ambiental en el Derecho comparado de tradición continental", GJ, 260 (2002), pp. 18-20, señalan que depende de que se trate de un delito de peligro abstracto, de peligro concreto o de "resultado". Efectivamente, tiene que ver con tipos de "resultado material", que no necesariamente se vincula con delitos de lesión o de peligro. En el caso que estudian –el delito medioambiental– se trata de un delito de peligro abstracto y de resultado material, pues hay un efecto sobre un objeto de acción. Se ha de tener cuidado con no confundir categorías. Ni el peligro ni la lesión son "resultados materiales" por sí mismos, si no hay efecto sobre un objeto material.

II. EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DEL VÍNCULO CAUSAL

La causalidad pasa de ser un requisito fundamental para los delitos de resultado material, en tesis causalistas, a un elemento casi irrelevante frente a la actual teoría de la imputación objetiva⁴¹⁸. ¿Es relevante la causalidad? ¿Se ha de seguir considerando? Las preguntas no se enmarcan dentro del cuestionamiento de su existencia misma. Si se concibe la causalidad como una relación necesaria entre un antecedente y un consecuente, no se niega su concurrencia en los tipos de resultado, donde ambos existen. La discusión girará en torno a su delimitación, la clase de nexo o relación, su necesidad y ubicación dentro de la teoría del delito.

La relación de causalidad cobra relevancia en los delitos de resultado material, por eso tiene especial consideración en los tipos imprudentes –que se castigan cuando se produce un resultado–⁴¹⁹. En este sentido, cabe subrayar sentencias que describen esta relación y buscan precisar un vínculo adicional distinto, que facilita su comprensión, como la del Tribunal Oral en lo Penal de Arica de 22 de agosto de 2007⁴²⁰. El fallo –en su considerando undécimo– da por acreditado que el acusado condujo su automóvil a exceso de velocidad, que perdió el control del vehículo, se volcó y que “a consecuencia de lo cual” el pasajero sufrió graves lesiones que terminaron con su muerte. Expresa que la conducta del agente “produjo la muerte del copiloto, quien a raíz del impacto sufrió lesiones que en definitiva le causaron el deceso, tenemos establecida también la relación causal entre la conducta imprudente e infraccional y el resultado típico”. Esta relación no le es suficiente al tribunal para condenar por homicidio imprudente. Señala que también concurre la imputación objetiva del resultado, que “el delito culposo requiere de un resultado, el que ha de encontrarse normativamente vinculado a la falta de cuidado, de manera que objetivamente pueda atribuirse a la infracción a tal deber, como ocurre en el presente caso”.

Destaca, por un lado, la apreciación de una relación que une la conducta del agente con el “resultado típico” y, por otro, la necesidad de establecer un nexo “normativo” adicional que conecta la conducta imprudente –como infracción de norma de cuidado– con un resultado. Además de ese vínculo normativo adicional, se ha de alabar el hecho de describir la

⁴¹⁸ En principio, esta teoría se “retoma” para restringir la causalidad, pero luego se propone como una tesis alternativa que la sustituye.

⁴¹⁹ Así sobre todo en el ámbito de la responsabilidad médica, aun extracontractual. Ver Vargas Aravena, David, “Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de wrongful conception a tenor de la jurisprudencia española”, GJ, 314 (2007), p. (pp. 28-34); Tapia R., Mauricio. “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, GJ, 308 (2006), pp. 122, 123, 125 y 126.

⁴²⁰ Ver CS., 20 de noviembre de 2007, Legal Publishing: 37774 (consulta 27 de mayo de 2008). Se reconoce esta conexión causal aun en la omisión, aunque sin mayor explicación, C. de Ap. de Coihaique, 5 de marzo de 2008, Legal Publishing: 38401 (consulta 03 de junio de 2008).

imprudencia no como un problema psicológico, una relación psicológica, sino de “índole normativa; no incide sólo en la posibilidad de previsión del riesgo, sino en la infracción del deber de representárselo y de evitar su concreción”. La imprudencia supone infracción de un deber de cuidado que, como tal, también es una determinación normativa. Sólo es criticable la referencia que se hace al resultado, a partir de la opinión de Garrido Montt. Indica que no se requiere certeza del resultado si la imprudencia aumenta el riesgo, eso basta para “atribuir” el resultado a esa imprudencia. Efectivamente, la imprudencia como infracción deber aumenta un riesgo por sobre los niveles permitidos, pero esto no significa que el resultado sea necesariamente concreción de ese riesgo y no de otro.

En general, se acepta que la teoría de la imputación objetiva tiene dos pilares: la creación de un riesgo jurídicamente prohibido o su aumento por sobre los niveles de lo permitido y la concreción de ese riesgo en el resultado, básicamente según el fin de la norma penal⁴²¹. Ellos se comprenden fácilmente dentro de esta idea de imputación como “relación normativa”. Si se acepta que esa creación de un riesgo prohibido es un problema normativo –como en la imprudencia (infracción del deber)–, la “relación normativa” debiera conectar o referirse a un resultado también normativo, la afectación o perturbación de la situación tutelada por la norma. Normalmente, no hay mayor dificultad en aceptar un “resultado” de esta clase, el problema radica en el tipo de relación. Por de pronto, se quiere llamar la atención sobre la consideración de la causalidad como un vínculo que se da con un resultado típico y la imputación objetiva como un nexo “normativo” con un resultado que suponga concreción del riesgo prohibido creado por la conducta también en el ámbito de lo normativo.

Sucede que no siempre se distinguen ambas formas de conexión (causalidad e imputación objetiva) y se intenta considerar una, ya sea reemplazando una por otra o mezclando criterios y valoraciones que supongan una única relación entre comportamiento y resultado. En este sentido, la sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Natales de 7 de septiembre de 2006⁴²² combina criterios para condenar al encargado de

⁴²¹ Así, en general a partir de Roxin. Ver Politoff L., Sergio, Matus A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 181 y 182; Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 78, 88-94; Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, 1998, t. I, p. 197; Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, EDESA, Madrid, 1992, pp. 38, 39; Rueda Martín, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 98-111. Esos principios también se han recogido en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, CS., 27 de marzo de 2008, Legal Publishing: 38595 (consulta 3 de junio de 2008).

⁴²² Ver CS., 3 de octubre de 2007, Legal Publishing: 37689 (consulta 7 de mayo de 2008). Más clara es la sentencia de 26 de enero de 2008 del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que señala la “relación” de imputación objetiva como tercer elemento del tipo,

un camping por dos homicidios imprudentes, al ordenar negligentemente y con infracción de reglamento instalar un calefactor a gas portátil con cilindro incorporado, “en apreciables condiciones defectuosas de funcionamiento”. Para construir el tipo imprudente se remite, en su considerando sexto, a las declaraciones de Fernández Cruz, que señala tres requisitos: 1° la tipicidad, que supone un “tipo objetivo compuesto por la omisión de la diligencia debida como desvalor de la acción y, frente a un delito de resultado, una relación de causalidad entre omisión y resultado y la constatación de que el resultado es la expresión del riesgo implícito en la acción”, además de un tipo subjetivo; 2° la “responsabilidad” en términos de previsibilidad o “evitabilidad subjetiva” del tipo penal y 3° la omisión de la diligencia debida objetiva. El fallo expresa que “la muerte de las víctimas se produjo como resultado de la inobservancia del cuidado debido que objetivamente debía exigírsele al encargado del camping de mantener los aparatos de calefacción en perfectas condiciones de funcionamiento y sin riesgo”.

El tribunal –considerando octavo– refuerza su argumentación citando a Cerezo Mir, que destaca que el resultado se produce por la inobservancia del cuidado debido. Así, indica que primero ha de determinarse esta infracción y luego “establecer la relación de causalidad entre esa omisión y el resultado, y finalmente, determinar si tal resultado ha sido la expresión del riesgo implícito en la omisión de la diligencia debida”. Ciertamente, todo delito imprudente implica infracción de un deber de cuidado, a través de una acción o de una omisión⁴²³. Esa infracción va más allá de la previsibilidad objetiva del resultado y exige valorar la conducta frente al contenido de la norma de cuidado. Por eso Fernández Cruz habla de “desvalor de la acción” en la tipicidad como primer requisito y en el tercero precisa que el fundamento de la imprudencia es la “omisión de la diligencia debida objetiva”. La determinación de la imprudencia tiene que ver con la valoración del comportamiento con relación al contenido de la norma, el desvalor de conducta.

Esta valoración no significa que siempre existe una relación causal que hay que acreditar, ni menos que esa relación sea idéntica al vínculo normativo que conecta la creación de un riesgo prohibido o el aumento de un riesgo permitido con un “resultado” que lo concreta. Confunde hablar de vínculo causal y luego de la “constatación de que el resultado es la expresión del riesgo implícito en la acción”, todo dentro de la tipicidad.

“antes conocida como relación de causalidad” (considerando quinto y decimosegundo). CS., 11 de marzo de 2008, Legal Publishing: 38561 (consulta 3 de junio de 2008).

⁴²³ Con independencia de las tesis que equiparen acción y omisión, ellas se pueden distinguir con relación al concreto contenido de la norma y los delitos imprudentes pueden cometerse de ambas formas. Infracción de un deber de cuidado no es sinónimo de infracción de un deber de actuar. Sí, podría decirse que es infracción de un deber de “actuar en determinado sentido”, pero estaríamos tomando criterios más globales que impiden distinguir la acción de la omisión.

Son criticables semejantes expresiones. En primer lugar, si la causalidad se establece como nexo natural u ontológico entre antecedente y consecuente, ella no se presenta en la omisión, y tampoco en los casos que falte ese consecuente –resultado externo–, los delitos de mera actividad. Habría que introducir otros criterios en la causalidad para considerarla en todos esos casos⁴²⁴. En segundo lugar, no se puede separar realmente el vínculo causal de la imputación objetiva si aquella vinculación se mezcla con criterios normativos⁴²⁵. La identificación se facilita no sólo porque ambas “conexiones” se ubiquen en el mismo lugar –la tipicidad–, sino también por esa introducción de criterios normativos sin distinguir las clases de valoración y los objetos valorados.

La sentencia que se comenta, a pesar de sus declaraciones confusas, considera la imputación objetiva en forma especial, con independencia de la causalidad. En este sentido, sigue la tesis de Jakobs y atribuye responsabilidad al encargado del camping porque su “rol fue cumplido negligentemente, provocando un riesgo no permitido que devino en las consecuencias lesivas conocidas” (considerando decimotercero). Además, se ocupa de analizar el rol de los diversos actores en orden a imputar esas consecuencias. El rol de los guías turísticos era relacionarse con los pasajeros y no ser “garantes” de su seguridad. Por su parte, el rol de los pasajeros sólo era cumplir con normas de funcionamiento interno y no se acreditó que alguno lo hubiese incumplido, lesionando algún deber de autocuidado que les hiciese imputable el resultado producido. La imputación objetiva se muestra con relación a la creación de un riesgo prohibido por infracción del deber de cuidado y un resultado lesivo, que afecta la vida de dos sujetos. Sólo puede complicar la comprensión de este vínculo la cita de Jakobs, no por la infracción de un rol, sino por la definición de riesgos. Se respondería por un riesgo “definido como causa determinante, mientras que todas las demás condiciones se consideran no determinantes estimándolas socialmente adecuadas”. Aunque se hable de “causa” se están introduciendo consideraciones valorativas que tienen que ver más con la concreta prohibición de la norma.

El estudio de la causalidad, sobre todo frente a la imputación objetiva, no permite explicar correctamente la atribución de responsabilidad penal en las distintas clases de delito según sus elementos. En los delitos de omisión se hablaba de una causalidad hipotética⁴²⁶, qué habría pasado si

⁴²⁴ Así ocurriría con las teorías restrictivas de la causalidad que llegan finalmente a la imputación objetiva.

⁴²⁵ De allí que en muchas ocasiones se señalen como sinónimos. Por ejemplo, CS., 14 de junio de 1999, Legal Publishing: 16025 (consulta 9 de abril de 2008).

⁴²⁶ Todavía hoy se atiende a esta causalidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto de 22 de diciembre de 2007, para atribuir un resultado a la omisión alude a su “evitabilidad” como causalidad hipotética –según la teoría de la equivalencia de las condiciones– y exige además imputación objetiva. Sin embargo, el fallo se apoya en Zaffaroni que niega el nexo causal y acepta el de evitación, distinguiéndolos. De igual forma, cuando se refiere al dolo, cita tesis de la Corte Suprema que afirma que en la

el sujeto hubiere actuado, y hoy se alude derechamente a la concreción del riesgo prohibido creado en el resultado. Se entiende que ha de verificarse cierta conexión entre conducta omisiva y resultado material, pero se determina conforme a criterios valorativos frente al concreto fin de la norma y no como nexo material entre antecedente y consecuente⁴²⁷. Tampoco se puede apreciar una relación causal de este estilo si falta un resultado externo, en los delitos de mera actividad. En ellos únicamente caben vinculaciones normativas. Esto no significa que la causalidad no deba tenerse en cuenta, sino que ha de apreciarse como corresponde, cuando concurra y según su rol dentro del sistema de atribución de responsabilidad penal. Es necesario precisar cuándo existe este vínculo y cuál es su ubicación dentro de la teoría del delito.

III. CAUSALIDAD Y VALORACIÓN

En general, no hay mayor problema en admitir que existe causalidad en los delitos de resultado material. La dificultad está en confundir este "resultado" con la perturbación de la situación que tutela la norma, su lesión. Existen situaciones protegidas (bienes jurídicos) que no tienen un sustrato material, como la intimidad, la seguridad, la libertad o el honor, por lo que no requieren un efecto sobre dicho sustrato. No se ha de confundir el objeto material sobre el que recae la acción con el objeto jurídico, aquello que la norma tutela⁴²⁸. Si el legislador –el tipo penal– no contempla un objeto de acción, no exige un efecto externo. En estos casos no hay que verificar una relación causal, porque no existe, como ocurre en la violación de domicilio, las amenazas o las injurias.

Por otro lado, la suposición de una relación causal en delitos de omisión lleva no sólo a juicios hipotéticos, sino también a la inclusión de valoraciones normativas que se confunden con criterios o principios de imputación objetiva, que impide distinguir el objeto valorado del juicio de valoración. En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de agosto de 2007⁴²⁹ establece la responsabilidad del

omisión el autor no opera sobre cursos causales, sino que deja que "progresen por sí mismos hasta provocar el resultado típico". Así también, determina el dolo por el conocimiento de la "situación de riesgo". CS., 27 de marzo de 2008, Legal Publishing: 38595 (consulta 3 de junio de 2008).

⁴²⁷ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª ed., Santiago, 2005, pp. 300, 303, reconoce la importancia de la imputación objetiva en los casos en los que no se puede recurrir a la causalidad, como en los delitos de comisión por omisión.

⁴²⁸ La doctrina suele hacer esta distinción. Por ejemplo, Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, 4ª ed., Hammurabi, 2005, p. 145. Ocurre que ello parece olvidarse a la hora de determinar la clase de resultado.

⁴²⁹ C. de Ap. de Santiago, 10 de agosto de 2007, Legal Publishing: 36850 (consulta 27 de mayo de 2008).

dueño de un colegio y de su director como autores de homicidio imprudente por no haber tomado todas las medidas de resguardo necesarias frente a los evidentes y continuos desperfectos del portón de fierro que cayó sobre un alumno, causándole la muerte. La sentencia entiende que hay infracción de normas objetivas de cuidado, que determina la antijuridicidad, y –junto con otros requisitos subjetivos– un “resultado lesivo dañoso” como efecto del acto imprudente⁴³⁰. Estima que “se da el nexo de causalidad, cuando el resultado lesivo no se hubiese producido sin la concurrencia de la acción imprudente y sólo se ha generado a partir del riesgo creado por el comportamiento imprudente”.

La sentencia combina la fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* –propia de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones– con principios de imputación objetiva⁴³¹. En otro sentido, pero con similar efecto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 24 de abril de 2008⁴³² –a partir de las ideas de Garrido Montt– separa la causalidad de la tipicidad. Establece que la solución para la atribución de una falta de cuidado no ha de buscarse en la causalidad sino en la tipicidad. Para su determinación (de la tipicidad) no importa la esencialidad o gravedad del error médico, sino que éste se debe a una infracción de la *lex artis*. Esta infracción es la que determina la concurrencia de un riesgo prohibido. Se acude a principios de imputación objetiva aunque no se diga expresamente, pero –al menos– se distingue de la causalidad.

La creación de un riesgo prohibido o el aumento de uno por sobre los límites de lo permitido es el criterio básico de imputación objetiva de comportamiento o primer nivel de imputación objetiva⁴³³. El segundo criterio o nivel de imputación objetiva es la concreción de este riesgo en el resultado (perturbación de la situación tutelada), que se examina *ex post*. Esta imputación supone una valoración de la conducta *ex ante*

⁴³⁰ Se ha de reiterar la necesidad de no confundir los efectos externos con aquellos que perturban la situación tutelada por la norma. Puede existir lesión del objeto protegido sin que exista efecto externo, como en la violación de domicilio, la divulgación de secretos, las amenazas, etc.

⁴³¹ Cárdenas, Hugo A., “La relación de causalidad: *Quaestio facti* o *quaestio iuris*? Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 de enero de 2004”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1 (2006), pp. 167, 168, 172 y 173, destaca esa sentencia de la CS. frente al proceder mayoritario de las Cortes nacionales hasta la fecha en la responsabilidad civil, que aplicaban la teoría de la equivalencia de las condiciones y estimaban la causalidad como una cuestión de hecho. Ahora –a la época de su dictación–, el fallo entiende que la causalidad está compuesta por un aspecto de hecho y uno de Derecho. Por eso, el autor cita a Perelman sobre la imposibilidad de separar nítidamente valoración de conocimiento (p. 170). Sin embargo, esto no significa que objeto valorado y juicio de valoración sean lo mismo o se identifiquen.

⁴³² C. de Ap. de Rancagua, 24 de abril de 2008, Legal Publishing: 38887 (consulta 3 de junio de 2008).

⁴³³ Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, 3ª ed., Bogotá, 2005, pp. 101, 107 y ss. En general, desde ROXIN, Claus, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. D. Luzón Peña, REUS, Madrid, 1976, pp. 136-148 se conecta la imputación del comportamiento con el contenido de la norma penal.

–al momento de su realización– con relación a la superación del riesgo tolerado por la norma y *ex post* –luego de realizada– frente a la concreta afectación de aquello que se protege. Esas valoraciones negativas conforman los desvalores de conducta y resultado propios de la antijuridicidad, como contradicciones normativas. En este sentido se comprende la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de enero de 2007⁴³⁴, a partir de las expresiones de Bacigalupo, en cuanto la concreción del peligro creado por la conducta en el resultado lleva una “conexión de antijuridicidad” que implica que ese resultado debe “estar estrechamente ligado (ser imputable objetivamente)” a dicho comportamiento. No se entiende, sin embargo, que se cite como requisito de tipicidad si se remite a valoraciones eminentemente normativas sobre una conducta ya valorada desde una perspectiva general según la descripción del legislador.

La concreta infracción de la norma, *ex ante* y *ex post*, requiere un examen previo de la conducta frente a los elementos descritos por el tipo. Este juicio supone un primer enfrentamiento entre la conducta del agente y el delito, una primera vinculación⁴³⁵. La determinación del cumplimiento de los elementos del tipo penal, que establece la tipicidad de la conducta, no es una actividad mecánica, pero tampoco se identifica con la infracción de la norma penal que configura lo antijurídico o injusto. Tipicidad y antijuridicidad pueden coincidir si se considera que el juez realiza un único juicio valorativo de la conducta frente a la norma⁴³⁶. Incluso podría alcanzar a la culpabilidad si la valoración llega a la infracción “personal” de la norma, a la imputación subjetiva que determina finalmente la responsabilidad del sujeto. Por ahora, además de llamar la atención sobre posibles juicios de valoración distintos –según el objeto de referencia–, importa destacar el objeto valorado del juicio de valoración. El objeto valorado es el comportamiento, sólo una conducta (acción u omisión) o una conducta y un efecto externo, que el juez aprecia según los elementos del delito que configuran la responsabilidad penal. Si la causalidad es un nexo material externo entre antecedente y consecuente⁴³⁷, es un supuesto fáctico que el juez ha de constatar y valorar. Sin

⁴³⁴ Ver CS., 7 de mayo de 2007, Legal Publishing: 36445 (consulta 23 de mayo de 2008).

⁴³⁵ En este sentido, Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, 4ª ed. (adicionada, corregida y aumentada por H. Hormazábal Malarée), Barcelona, 1994, pp. 251 y ss.; el mismo, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004, t. I, pp. 134, 135, 634, entiende que la descripción típica se relaciona con la afectación del bien protegido como primer nivel de aplicación de la norma penal. Politoff L.; Matus A.; Ramírez G., *Lecciones...*, cit., p. 185, hablan de un primer filtro.

⁴³⁶ En esta forma, la sentencia del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 4 de diciembre de 2006, habla de una “relación de imputabilidad objetiva” o “relación de causalidad”, pero integrada tanto por la causalidad como por imputación objetiva. CS., 30 de enero de 2007, Legal Publishing: 35954 (consulta 3 abril de 2008). Esta consideración es propia de tesis que apoyan un “tipo de injusto”, como la teoría de los elementos negativos del tipo, sin distinguir niveles de valoración.

⁴³⁷ La mayoría la concibe como un problema natural, conservando la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así, Gimbernat Ordeig, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia*

embargo, su valoración no implica que sea una conexión normativa, sigue siendo el objeto valorado. Sucede que se ha de tener en cuenta no sólo lo que se enjuicia, sino también según qué se valora, objeto de referencia. Como un elemento más al que se enfrenta el juzgador, se ha de establecer conforme a la descripción del tipo penal. Desde esta perspectiva, la causalidad –como la conducta– es un problema de tipo, que se ha de verificar si el legislador la incluyó en su descripción (delitos de resultado material). Su concurrencia es eventual, pues no existe en los delitos de mera actividad y en las omisiones. Tampoco se identifica con la afectación de la situación tutelada por la norma, pero no significa que ésta no haya de verificarse también.

IV. ROL DE LA CAUSALIDAD FRENTE A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD

Toda responsabilidad conlleva la asunción de determinadas consecuencias. Para establecer responsabilidad penal e imponer una respuesta penal, nuestros tribunales no dudan en distinguir entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito que han de apreciarse separadamente. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 2 de febrero de 2008⁴³⁸ distingue incluso la conducta (acción u omisión) como primer antecedente. Considera la tipicidad como su adecuación a la descripción típica, la antijuridicidad como su contradicción con el ordenamiento jurídico y la culpabilidad a modo de “atribución a la responsabilidad personal del autor”. Para asignar una consecuencia penal, se ha de conectar un hecho punible con un sujeto determinado. A ello se dirige en general la actividad del juez, a determinar a quién “pertenece” la conducta que tiene asignada determinada consecuencia. La causalidad como una forma de relación entre conducta y autor debe constatarse para determinar la responsabilidad de éste. Sin embargo, su consideración no debe llevar a una excesiva extensión de la responsabilidad penal a todos quienes hubieran aportado una causa del resultado⁴³⁹. Pueden ser

y la llamada “omisión por comisión”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 20 y ss.; Torio López, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1986), vol. XXXIX, fasc. I, pp. 35-41; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo e injusto. (Comentario a la Sentencia del TS 20-5-1981)”, en *Derecho penal de la circulación. (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, PPU, 2ª ed., Barcelona, 1990, pp. 38 y ss.

⁴³⁸ C. de Ap. de Rancagua, 2 de febrero de 2008, Legal Publishing: 38381 (consulta 3 de junio de 2008). En general se distinguen esos tres elementos. Así, CS., 3 de enero de 2008, Legal Publishing: 38009 (consulta 27 de mayo de 2008); CS., 4 de julio de 2007, Legal Publishing: 36683 (consulta 27 de mayo de 2008); CS., 19 de junio de 2007, Legal Publishing: 36587 (consulta 27 de mayo de 2008);

⁴³⁹ De allí, las recordadas tesis restrictivas de la causalidad.

causa, pero no implica que el resultado “corresponda” a todas según la prohibición de la norma.

La importancia que hoy se asigna a la imputación objetiva se explica justamente porque se presenta como un nexo normativo entre un comportamiento desvalorado por la creación de un riesgo prohibido y la efectiva perturbación de la situación protegida por la norma, a modo de concreción del riesgo creado *ex ante* en el resultado, presente en toda clase de delitos⁴⁴⁰. Todos los delitos contemplan una perturbación de la situación tutelada por la norma, una lesión o un peligro. Entonces, ¿es irrelevante la causalidad? ¿Ella se reemplaza por la teoría de la imputación objetiva? La dificultad para identificar el rol de la causalidad en la determinación de responsabilidad penal radica tanto en la confusión de conceptos y categorías penales (por ejemplo, tipicidad y antijuridicidad) como en la noción misma de imputación.

La causalidad como conexión natural entre antecedente y consecuente no existe siempre y en los casos que ella se presenta no es suficiente para atribuir responsabilidad en concreto desde el fin de la norma penal. Ella es relevante en los delitos de resultado material por acción. Es un nexo fáctico que el juez ha de constatar y valorar según la descripción del tipo. Este juicio de tipicidad, aunque suponga una “atribución” no basta si se sigue examinando el contenido normativo y por eso se recurre a la imputación objetiva –como nexo eminentemente normativo–⁴⁴¹. Puede ser que la conducta que causa el resultado material (destrucción del objeto de acción) no cree un riesgo prohibido, por lo que no se desvalora ni imputa jurídicamente, como en el clásico caso de quien invita a su enemigo –confiando en que muera por un rayo– a salir hacia la tormenta donde fallece efectivamente por un rayo. Por otro lado, la conducta que es causa de un resultado puede crear un riesgo jurídicamente relevante, pero que no se realiza en ese resultado. Así, otro supuesto tradicional, quien con dolo de matar dispara contra su enemigo, que muere

⁴⁴⁰ A diferencia de los elementos del tipo, lo antijurídico o injusto penal siempre ha de suponer una perturbación de la situación protegida. La antijuridicidad no es sólo una infracción formal.

⁴⁴¹ Hernández, Héctor. “El problema de la ‘causalidad general’ en el Derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”, *Polít. crim.* 1 (2006). A7, p. 9, afirma que el hecho de ser insuficiente no implica que no haya de considerarse si concurre, como en los delitos de homicidio y lesiones. Distinto es que haya de recurrirse además a la imputación objetiva. El problema es que la mayoría trata esta imputación dentro de la tipicidad, junto con la causalidad. Se ubican juntas, sobre todo porque no distinguen grados de valoración, general y más concreto (un único juicio). En este sentido, Guzmán Dalbora, José Luis, *Estudios y defensas penales*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 316, sitúa la creación de un riesgo prohibido y su concreción en el resultado dentro del tipo, la descripción típica. Sin embargo, agrega una conexión con la norma, lo antijurídico. Señala que el resultado debe pertenecer al ámbito de protección de la norma. Por su parte, Garrido Monti, M., *Derecho penal...*, cit., p. 79, al explicar el resurgimiento de la imputación objetiva, entiende que aparece para separar procesos causales irrelevantes para el injusto.

finalmente por el choque de la ambulancia que lo llevaba hacia el hospital que lo atendería⁴⁴².

Por su parte, el término “imputar”, como atribuir o asignar algo a alguien, es impreciso. Para asignar una consecuencia penal un sujeto debe realizar un delito. Si se considera la imputación en términos generales, a modo de determinación de un hecho como obra de su autor, se deben tener en cuenta todas las relaciones que unen una conducta con un agente. Incluye tanto la atribución de lo injusto como la determinación del autor responsable (imputación individual o personal), e incluso la verificación de un nexo causal⁴⁴³. En cualquier caso, la mayoría sigue una tesis restrictiva de la imputación objetiva, que sólo apunta a la atribución normativa de una conducta sola o de una conducta y un resultado por realización del riesgo prohibido creado. ¿Reemplaza a la causalidad? La causalidad es una relación distinta de la imputación objetiva, se da en un ámbito diverso, el fáctico. En este sentido, Bunge⁴⁴⁴ considera la causalidad como un tipo de determinación que tiene un dominio limitado y que pertenece a lo ontológico, por lo que muchas veces es prescindible. Esto no significa que no haya de considerarse, sino que ha de estimarse si concurre. Por otro lado, la imputación objetiva se muestra como un nexo normativo o “relación de riesgo”⁴⁴⁵ entre la creación *ex ante* de un riesgo jurídicamente relevante y la afectación del objeto protegido por la norma, por lo que se determina a nivel de injusto. La distinción de diversos niveles de valoración –uno general (tipo) y otro más concreto (injusto)–⁴⁴⁶ ayuda a mostrar esta separación entre distintas formas de

⁴⁴² Esta hipótesis no está tan alejada de la realidad nacional. La sentencia de C. de Ap. de Santiago, 23 de diciembre de 1941, *Revista de Ciencias Penales* (1941-42), t. V, pp. 280 y 281, trata el caso de un sujeto gravemente herido, que muere por falta de atención oportuna. Sin usar la terminología de la imputación objetiva, la Corte entiende que debe responder quien realiza la acción que fue la “causa precisa y necesaria” del resultado.

⁴⁴³ Ello ocurre cuando se considera un único juicio de valoración y no se distingue del objeto valorado. De allí que sea relevante tener presente el concepto de imputación, sobre todo su aproximación histórica. Así, Rueda Martín, M., *La teoría...*, cit., pp. 91, 92, 93 y 95, enfrenta la actual imputación objetiva con la noción de imputación original, que distingue “*imputativitas*” de “*imputatio*”. La primera era la acción misma, el sustrato material sobre el que recae la valoración y, la segunda, el juicio por el que se determinaba la valoración del hecho. Situación que la moderna teoría parece confundir.

⁴⁴⁴ Bunge, Mario, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, trad. H. Rodríguez, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1997, pp. 467 y ss. El situar la causalidad dentro de la realidad práctica no implica su desprecio, sino que ha de ubicarse y valorarse como corresponda. Piña Rochefort, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 240-245, 250-261, admite que dentro del sistema existen aspectos naturales que han de valorarse. Torío López, Ángel, “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2 (2001), pp. 599-609, también rescata la causalidad como una realidad a considerar que no se opone a la imputación objetiva.

⁴⁴⁵ En este sentido, Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 394 y ss.

⁴⁴⁶ Por eso Hernández, H., “El problema...”, cit., p. 10, habla de “dos etapas diferentes”, aunque ubique ambas dentro del tipo. Más respecto de los juicios de valoración y el problema de lo

vinculación o determinación, una eventual (en el tipo) y una necesaria (en la antijuridicidad). Esto explica que también nuestros tribunales en muchas ocasiones consideren ambos⁴⁴⁷ y, en otras, únicamente la imputación objetiva, como relación jurídica siempre presente⁴⁴⁸.

injusto penal, Vargas Pinto, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 49-59, 147-151 y 212 y ss. Específicamente sobre los niveles de valoración, la misma, "Aproximación al problema de lo injusto penal", en *Revista Procesal Penal*, 65 (2007), pp. 11-16.

⁴⁴⁷ La C. de Ap. de Santiago, 26 de abril de 2006, Legal Publishing: 34432 (consulta 27 de mayo de 2008), destaca la necesidad de la causalidad a pesar de que haya de recurrirse a la imputación objetiva.

⁴⁴⁸ La sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Arica de 22 de agosto de 2007, alude específicamente a una vinculación normativa, presente también en los tipos imprudentes. Ver CS., 20 de noviembre de 2007, Legal Publishing: 37774 (consulta 3 de junio de 2008).