



Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?

Carmen Domínguez Hidalgo

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

1. Consideraciones generales

1.1. Importancia de la responsabilidad civil en el presente

Si existe una materia que ha sido objeto de cambios y que ha experimentado un sorprendente desarrollo en los últimos años en el derecho civil y porqué no decirlo, en el derecho en general, es la del Derecho de obligaciones y específicamente la de la responsabilidad civil, en términos tales que, en los sistemas jurídicos más desarrollados en el tema, la realidad codificada ha sido absolutamente sobrepasada por la existente en el terreno dogmático y jurisprudencial.

En efecto, aunque en la mayor parte de las legislaciones decimonónicas los preceptos resarcitorios contenidos en ellas permanecen incólumes, lo cierto es que la jurisprudencia, siguiendo las tendencias anunciadas por la doctrina de cada país, ha ido paulatinamente enriqueciéndolos e incluso modificándolos substancialmente. Todo ese conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales constituye lo que hoy conocemos como "Teoría de la Responsabilidad Civil" y que, en otros países constituye en el presente una de las materias más importantes del derecho civil. Más aún, bien puede decirse que, por ejemplo en Europa o en el Common Law, éste es el gran tema de estudio, hasta tal punto que, como ya resaltaba **Carbonnier**, con el derecho de daños ha surgido "un nuevo género literario". Afirmación que, en el fondo, no hace sino recoger la idea resaltada por **Josserand** en 1936 de que "la responsabilidad civil es la gran vedette del derecho civil mundial; se encuentra solicitada por doquier".

Esa enorme trascendencia adquirida por la responsabilidad encuentra su origen en múltiple factores. Por lo pronto, en la mayor exposición a los riesgos que la vida moderna supone para el hombre, generando diariamente miles de accidentes y, por consiguiente, de daños y perjuicios. Como ha resaltado **López Jacoiste**: "La vida de relación desarrollada al margen de todo vínculo contractual suscita colisiones de actividades, de conductas, de decisiones y de intereses. Son colisiones frecuentemente lesivas

para alguna o algunas personas. El “periculum” en las sociedades contemporáneas incrementa sus repercusiones al hacerse más tupido y complejo el cúmulo de la vinculación recíproca; actúa como razón indiciaria de las cautelas adecuadas a cada circunstancia, y de ese modo remodela de continuo los criterios de distribución de los riesgos que gravitan sobre personas y cosas”.¹

Lo anterior ha determinado, como es ostensible en la mayor parte de los países industrializados, un notorio aumento del número de accidentes que se producen cada día.²

A esa multiplicación de los riesgos, evocadora por sí sola de la entidad del problema que pretende abordar la responsabilidad, debe agregarse la conciencia que en tales países existe en la mayor parte de la población de que los daños que sufren deben ser objeto de una reparación. En otros términos, que poseen el derecho a ser resarcidos íntegramente de los perjuicios que se les causan.

Es así como en esos mismos sistemas puede constatarse un aumento creciente tanto de las demandas indemnizatorias como del monto de las sentencias condenatorias a tal título, claramente impresionantes para el mundo jurídico de nuestro país, acostumbrado a sumas notoriamente inferiores. Ciertamente es que esta tendencia se ha prestado para abusos y ha permitido conceder indemnizaciones cuantiosísimas en hipótesis extremas que incluso parecen irrisorias –generalmente pertenecientes a la realidad norteamericana–, no obstante, al margen de ello, lo cierto es que sólo han sido posibles porque existe realmente un principio de protección a la víctima que, como todo principio, puede prestarse a arbitrariedades, pero que supone en otros miles de casos una solución de justicia.

A los dos factores antes reseñados se une como explicación al protagonismo alcanzado por la responsabilidad civil y, siguiendo también a **López Jacoiste**, en que ella ha pasado a ser una garantía genérica de “plenitud personal”, en cuanto la acción de responsabilidad civil es la única que concede a la persona una protección amplia, pues no exige otra condición en ella que no sea la de ser perjudicado por el acto dañoso. En otros términos, la con-

¹ López Jacoiste. *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, pág.29.

² Como resalta Tunc, en USA 105.000 personas mueren anualmente por esta causa y más de 50.000.000 resultan anualmente lesionadas. De entre ellas, más de 11.000.000 resultan con incapacidades temporales. El costo total que todos estos accidentes supone para ese país ha aumentado de 30 millares de dólares en 1975 a 62 millares en 1978. Vid. Tunc, *La responsabilité civile*, París, 1989, pág.1.

dición de perjudicado contra ius legitima el ejercicio de las acciones reparatorias en que se traduce la responsabilidad. "Implica ésta, por lo mismo, una garantía genérica que no se identifica con la protección que proporcionan las acciones específicas y típicas, cual ocurre, por ejemplo, con la reivindicatoria que pueda asistir al titular del dominio. La esfera de la personalidad cuenta así con una órbita o halo de salvaguardia que despliega eficacia defensiva, ya sea además o en defecto de cualquier otro cauce o acción protectora del interés material o moral que haya sido conculcado".³

Precisamente ésa ha sido una de las consecuencias de la recepción constitucional de la tutela personal como primer principio rector del ordenamiento jurídico –proclamado por todos los textos modernos vigentes en el Occidente– y que ha determinado que toda la interpretación del resto del derecho que le está jerárquicamente subordinado deba ser orientada por ese valor. Como hemos resaltado, si ello no se ha efectuado formalmente o directamente sino desde hace unos años en los países más avanzados en esta materia dentro de lo que se conoce como el fenómeno de la "constitucionalización del derecho civil", indirectamente esa transformación del derecho en general había y ha generado desde fines del siglo pasado una transformación del derecho civil en particular. Dentro de éste, del derecho de las obligaciones y de contratos en general y, muy especialmente, de la responsabilidad civil.⁴

1.2. Falta de recepción de esta tendencia en Chile

Ahora bien, imposible es desconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que alcanzado en otros sistemas, según venimos de resaltar, aspecto que resulta doblemente curioso. En efecto, porque, por un lado, la multiplicación de los riesgos como consecuencia del maquinismo y la industrialización no es un fenómeno desconocido entre nosotros. El chileno también ha visto incorporada a su vida diaria una serie de actividades que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo, tales como el empleo cotidiano de medios de transporte; exposición continua a deterioros del medio ambiente, accidentes de tráfico con resultado de lesiones, etc. Por otro lado, porque su desarrollo económico es semejante al de otros países, como Argentina, que, en cambio, sí han asistido a una sorprendente evolución en esta materia, prácticamente a la par que sus símiles europeos.

³ López Jacoiste, op cit., pág. 19.

⁴ En tal sentido, Domínguez Hidalgo, *Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y el derecho comparado*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo, año 6, 1996, pág. 31.

El resultado de nuestro retraso en esta evolución se traduce en una inadecuación de los principios y criterios que rigen la responsabilidad civil, que siguen fieles a las clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo, en Francia o España, completamente abandonadas en esos mismos sistemas.

De aquí que parezca absolutamente pertinente, más aún, imprescindible, una revisión de esos principios. No podemos permanecer aislados, repitiendo tesis que en otros países causarían, por decir lo menos, sorpresa ante cualquier abogado o magistrado. Pero por sobre todo, resulta urgente que, como operadores del derecho, adquiramos una rítida conciencia de la protección que en el presente debe otorgarse a la persona, al sujeto de derecho, que constituye, por antonomasia, el objeto de preocupación del derecho y, por lo mismo, del derecho civil. Parte de esta tutela supone un indiscutible reconocimiento del principio de reparación integral del daño ocasionado a toda víctima, sin distinción.

Revisaremos a continuación, en apretada síntesis, como es lógico, algunos de los aspectos que han marcado y marcan la evolución de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos más avanzados en la materia, de manera a ilustrar y demostrar, por vía comparativa, el estado en el cual se encuentra nuestro sistema. Por otra parte, como es evidente que algunas de esas modernas tendencias han sido recepcionadas en algunas áreas en Chile, haremos alusión directa a ellas cuando sea pertinente.

2. Transformaciones experimentadas por la responsabilidad civil

Toda la evolución experimentada por la responsabilidad civil recién resalta ha llegado a transformarla por completo, en términos tales que, al menos en algunos aspectos, no tiene ninguna relación con los presupuestos establecidos en la legislación codificada en la materia. De ellos destacaremos los más esenciales.

2.1. Transformación de su estructura

La primera gran transformación ha afectado la estructura básica que ésta tradicionalmente tenía. Así, de una marcadamente individualista, que consideraba la responsabilidad como una relación única y exclusiva entre el autor del daño y la víctima, se ha pasado a una idea de responsabilidad que afecta más bien a los sectores, grupos o género de actividades a los que tales personas pertenecen. Los factores que han determinado esta nueva concepción son variados, aunque todos motivados por los cambios experimentados por la actividad económica a través del tiempo.

En tal sentido, en la época en que fueron dictadas la mayoría de las legislaciones decimonónicas, las relaciones de orden económico se daban fundamentalmente entre individuos, esto es, entre pequeños comerciantes o artesanos, propietarios de sus negocios y únicos actores de ellos. Por ello, en caso de producirse un daño, la responsabilidad eventual que podía desencadenarse implicaba sólo a los partícipes de ella. Lo mismo ocurría en general para todas las relaciones de derecho privado.

Como ha destacado Viney, sin lugar a dudas una de las lúcidas exponentes de esta materia en el mundo, "los presupuestos ideológicos propios de la etapa codificadora proporcionaron una estructuración del sistema de responsabilidad marcadamente individualista. Se estaba ante un determinado modo de ser de las relaciones económico-sociales: se había producido ya la revolución industrial, pero sus efectos aún no se habían dejado sentir en profundidad. No había aparecido la gran empresa. Ferias y mercados constituían el único punto de encuentro, sin intermediarios, entre fabricantes y consumidores, partes a su vez de un simplísimo contrato de compraventa. La actividad económica tenía un carácter casi exclusivamente agrícola, ganadero y artesanal. Los canales de distribución y publicidad eran escasos, por innecesarios en una economía cuasi gremial. Predominaba el transporte por tracción animal, y el tráfico aéreo era aún materia de ciencia ficción".⁵

Hoy, en cambio, las actividades económicas comprometen a grupos o entidades colectivas de naturaleza jurídica muy diversa. Algunos están dotados de personalidad jurídica, como las sociedades, sindicatos u otros, y, por tanto, dotadas de una cierta permanencia; en cambio, otras corresponden a formas de colaboración entre individuos más transitorias, como equipos médicos o de investigación. Todo ello ha llevado a que sea cada vez más difícil individualizar al responsable de entre todos los partícipes de una determinada actividad y ha conducido a repartir la responsabilidad entre ellos de manera de asegurar a la víctima una reparación que de otro modo sería difícil de obtener.

En efecto, la industrialización creciente en el mundo ha multiplicado las actividades riesgosas a que se puede ver expuesto el individuo en general y, por tanto, a una proliferación de los daños. Basta para demostrarlo con evocar los cientos de maquinarias, inventos y aparatos que el progreso ha incorporado a nuestras vidas y que suponen un claro aumento de los riesgos y peligros a que nos vemos expuestos diariamente: un sinnúmero de medios de transportes, que no dependen sólo del control humano, tales

⁵ Viney, *La responsabilidad: condiciones*, en *Traité de Droit Civil*, dir. par. J. Ghestin, t. IV, Paris, 1982, pág. 257.

como aviones, buses, vehículos, trenes, telesillas, teleféricos, etc; industrias que contaminan nuestras aguas o nuestras ciudades; productos envasados que causan daños serios a nuestra salud; plantas nucleares que suponen un constante riesgo para sus vecinos.

Fácil es entender a partir de estos ejemplos que la indemnización civil se haya transformado en un imperativo social.

2.2. Transformación de su fundamento

Por otro lado, es evidente que, atendida la entidad de los nuevos daños, las indemnizaciones en muchos casos no pueden ser afrontadas por patrimonio alguno, por lo que paulatinamente se ha ido admitiendo la contratación de seguros de responsabilidad que garanticen que siempre habrá un patrimonio para responder del daño.

Con ello, la responsabilidad civil, que en un principio fue concebida como una forma de moralizar las conductas de los hombres por la vía del reproche dirigido a aquel que había infringido las normas sociales, ha pasado a tener un carácter esencialmente reparatorio. Como lo expresan la mayoría de los autores, del principio recogido en todos los códigos decimonónicos –siguiendo al de Napoleón– de que “no hay responsabilidad sin culpa”, se ha llegado al de que “todo daño debe ser indemnizado”.

En efecto, las normas tradicionales de responsabilidad establecían como un requisito fundamental la existencia de culpa en el autor del daño, pues éste sólo debía responder en la medida que hubiese incumplido los deberes que tenía para con la víctima. No se debe olvidar que en los redactores de dichos Códigos (fundamentalmente del francés) estaba presente la idea religiosa de pecado, que sugería que la obligación de reparar o resarcir surgía como consecuencia de haberse realizado una actividad reprochable.

Más tarde, con la proliferación de daños de las más diversas entidades, resultó cada vez más evidente la necesidad de conceder a las víctimas reparaciones a ellos. Como la exigencia de culpa suponía un grave obstáculo a tales indemnizaciones, se fue progresivamente disminuyendo su importancia en la configuración de la responsabilidad, en el fenómeno que se conoce como de la objetivación de la responsabilidad. Con ello se fue abandonando la finalidad moralizadora que originalmente se les había fijado a las normas de responsabilidad.

2.3. La responsabilidad por culpa

2.3.1. Origen histórico.

Ninguna duda cabe, ni en Chile ni en los demás sistemas jurídicos de codificación decimonónica, que a la pregunta de: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad civil regulada en esos cuerpos legales? debe responderse que la culpa, o en su caso el dolo, esto es, un comportamiento subjetivo determinado del ofensor.

En tal sentido, la doctrina general –y es así como se enseña hasta hoy en la cátedra chilena–, sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil es la culpa o el dolo, dejando de lado, claro está, las hipótesis de responsabilidad objetiva, por lo demás escasas en nuestro sistema originalmente. Y la opinión entre nosotros no tiene nada de curioso pues es la tesis defendida por la máxima obra existente en esta materia.

Así, puede leerse en **Alessandri** lo siguiente: “La responsabilidad subjetiva, la responsabilidad *a base de culpa*, que es la de nuestro Código Civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad. Es también la que establecen casi todos los Códigos vigentes, inclusive los dictados en el presente siglo, y la que se adopta en el proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de Contratos. Pero no es posible desconocer que la responsabilidad objetiva ha ganado terreno de día en día, tanto en legislación como en jurisprudencia”.⁶

Según la afirmación tradicionalmente repetida, la responsabilidad nace de la culpa en que ha incurrido el autor del daño. Y ciertamente así lo era a la época de dictación del Código, constituyendo, por lo demás, la concepción mayoritariamente aceptada en el derecho comparado. De ahí la opinión de **Alessandri** recién transcrita.

A. La culpa como elemento fundante de la responsabilidad civil a la época de dictación del Código Civil chileno.

En efecto, no debemos olvidar que nuestras reglas de responsabilidad extracontractual fueron tomadas esencialmente del derecho francés y español en su tradición antigua o vigente en Chile, en su caso, y no del derecho romano que, por un lado, desconocía un principio general de responsabilidad como nuestro actual artículo 2314 –este derecho perma-

⁶ Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, 1943, pág. 93.

neció siempre fiel al método casuístico⁷ y, por otro, no reconoció sino muy tardíamente la noción de culpa. Como ha destacado **Viney**, los juristas romanos no se cuestionaron mayormente acerca del fundamento de la responsabilidad, porque la idea de culpa no existía, y cuando surgió en el Bajo-Imperio lo fue principalmente en materia contractual.⁸

El derecho antiguo, sin embargo, vendrá a alterar esta situación, pues, al influjo del cristianismo y, por ende, de los canonistas medievales, la noción de responsabilidad moral se incorporará al análisis jurídico. Sin embargo, como los autores de esa época querían permanecer fieles al derecho romano, que consideraban ejemplo de toda justicia, lo que harán será leer los antiguos principios romanos en lenguaje cristiano.

El ejemplo más claro de este tipo de razonamiento puede encontrarse en **Domat**, quien vendrá a exponer, en el siglo XVII, por primera vez en Francia, una teoría general de la responsabilidad civil, de gran trascendencia porque fue la que siguieron los redactores del Código Civil francés. Decimos por primera vez en Francia, porque en verdad ese principio ya había sido formulado antes por **Grotrius**, que lo había tomado de la Escuela de Salamanca. Por lo mismo, a nuestros efectos, el principio se vio enriquecido por partida doble.

Domat precisamente va a proponer el principio general de responsabilidad fundada en la culpa, "si se produce un daño como consecuencia imprevista de un hecho inocente sin que se pueda imputar culpa al autor de ese hecho, él no será obligado a responder"⁹ que todos los juristas de esa época se encargarán de reforzar en términos tales que pasará a ser la piedra angular del sistema de responsabilidad civil francés, como resalta la misma **Viney**.¹⁰

Ese principio pasará al Código civil de 1804 como uno más de los principios absolutos y de validez universal que los redactores de ese cuerpo legal querían codificar, como se desprende de los trabajos preparatorios,, y que **Domat** había calificado como "una de esas leyes inmutables y naturales que son esenciales al orden social".¹¹ Su consagración es patente en la regla del art. 1382: "Todo hecho del hombre que causa daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se produjo a repararlo".

⁷ Resulta curioso observar precisamente que el método casuístico se mantuvo en el Common Law, perdiéndose en cambio en nuestra familia, que es considerada la natural heredera de los principios romanos.

⁸ **Viney**, *Introduction a la responsabilité civile*, en *Traité de Droit Civil*, dir. par J. Ghestin, Paris, 1995, pág.9.

⁹ **Domat**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, libro II, título VIII, sección IV. artículo 3.

¹⁰ **Viney**, op. cit., pág. 13.

¹¹ Citado en **Ranjard**, *La responsabilité civile dans Domat*, tesis, Paris, 1943, pág. 5.

Como lo puso en evidencia el tribunalado Terrible, esta regla tenía la virtud de “dar una garantía a la conservación de las propiedades de todas las especies, y que es muy sabia. Cuando un daño es cometido por la culpa de alguien, si uno pone en la balanza el interés del desafortunado que lo sufre y el del hombre imprudente o culpable que lo causó, una voz repentina de justicia responde que ese daño debe ser reparado por su autor. Esta disposición comprende en su vasta latitud todas las especies de daños y los sujeta a una reparación uniforme que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio hasta la lesión más ligera..., todo está sometido a la misma ley: todo es declarado como susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona lesionada de los daños sufridos, cualesquiera que sean”.

En síntesis, la exigencia de culpa como factor de atribución de la responsabilidad resultaba imprescindible, desde que sólo en virtud de ella, podía cumplirse con los fines que se entendía correspondían a la responsabilidad civil: a) castigar al personalmente responsable por haber infringido la regla máxima de convivencia social del *alterum non laedere* o *naeminem laedere*, esto es, el deber general de respeto a los demás, contenida en el art. 1382 del *Code*, en nuestros arts. 2314 y 2319 y en sus símiles en los demás Códigos de la época; b) reparar el daño causado a la víctima por esa violación, y c) prevenir la repetición futura de conductas dañosas mediante el desincentivo que la condena pecuniaria suponía para su autor.

2.3.2. Revisiones al fundamento clásico de la culpa

Desde 1880 en adelante, una vez producida la revolución industrial con todas sus secuelas, se va comenzar a poner a prueba el sistema de responsabilidad concebido en el Código ante la imposibilidad, en la mayor parte de los casos, de demostrar el origen exacto de un daño y, con mayor razón, de acreditar la culpa. Es así como paulatinamente se comenzarán a introducir reformulaciones a la fórmula clásica, estimuladas por los siguientes hechos:

A) Extensión del seguro

La proliferación de los mecanismos de aseguramiento de responsabilidad civil, tanto individuales como colectivos, van a determinar su desarrollo. En efecto, proclamada la necesidad de reparar integralmente el daño causado, deviene indispensable encontrar un patrimonio que pueda responder por él. Si se hace recargar ese peso exclusivamente en el patrimonio del responsable –persona natural o particular– lo más probable es que, en la mayoría de los casos, la condena a indemnizar no quede sino como una bonita sentencia. Por lo mismo, se va a permitir la contratación de seguros

de responsabilidad, de manera de otorgar una garantía de que siempre habrá un patrimonio para responder del daño.

Es en esa perspectiva entonces que se ha justificado el seguro de responsabilidad civil. Más aún, como ha sido destacado por la doctrina más especializada en Francia, el seguro ha sido la causa esencial del prodigioso desarrollo que la responsabilidad civil ha experimentado allí desde 1880 en adelante.

En este sentido, es indudable que, cuando la víctima sabe que el autor del daño está garantizado por un seguro, no duda en demandarle la responsabilidad y reclamarle una indemnización que equivalga al valor real del perjuicio sufrido. Del mismo modo, es evidente, y así lo demuestra el estudio de las sentencias, que los tribunales son más proclives a efectuar una interpretación más libre de los requisitos de la responsabilidad y a evaluar los daños de manera que se indemnicen completamente los perjuicios sufridos por las víctimas si saben que "el responsable" ha tenido la precaución de tomar un seguro, en términos tales que, en definitiva, la condena que impone no tiene sino por efecto poner en uso esa garantía en favor del perjudicado.

En suma, por una parte, la toma de conciencia de la importancia y gravedad de los riesgos a los que se encuentra expuesto el hombre en la vida moderna ha desencadenado la evolución de la responsabilidad civil y, con ello, la necesidad de aseguramiento. Por otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas de aseguramiento y el seguro en sí mismo ha favorecido la evolución de la responsabilidad en los términos que hemos referido, de suerte que cada una de éstas ha tenido un efecto estimulante sobre la otra.

Ahora bien, los efectos del seguro desencadenarán una transformación completa del sistema clásico de responsabilidad, pues, por una parte, debilitarán la culpa como elemento de la responsabilidad, desde que el desarrollo del seguro determinará el desarrollo y proliferación de las hipótesis de responsabilidad objetiva, aspecto sobre el cual ya volveremos.

Por otra parte, suprimirán la idea misma de un responsable, que será reemplazado por un asegurador, principalmente desde que se ha reconocido a la víctima una acción directa contra el asegurador, cuyos requisitos de interposición han sido atenuados al máximo, en términos tales que ni siquiera es necesario que haya sido establecida la responsabilidad del asegurado. Si la víctima opta por ejercer la acción contra el asegurado, ello supone poner en juego, en el fondo, la del asegurador, atendidas las cláusulas –presentes en todos los modernos seguros de responsabilidad civil– que impiden al asegurado reconocer su responsabilidad, transigir sin acuerdo de la aseguradora y que obligan a entregar la dirección del proceso al asegurador.

De este modo, la necesaria existencia de un responsable como condición de la responsabilidad ha pasado a ser una exigencia ficticia, pues, cuando existe seguro de por medio –regla general en los países industrializados–, toda la relación se lleva a cabo entre víctima y asegurador. Con ello la diferencia clásica entre seguros de responsabilidad individual y colectivos resulta casi inexistente, por la colectivización indirecta de los riesgos que genera el seguro individual frente a la socialización directa de los seguros sociales.

B) Principio fundamental: reparación integral del daño.

Un segundo aspecto que determinará el abandono progresivo de la responsabilidad por culpa está constituido por el pleno reconocimiento del principio de reparación integral del daño, cuyo objetivo es conceder a la víctima una plena reparación del perjuicio sufrido, idea que suele sintetizarse en el principio de que “todo el daño y nada más que el daño” debe ser resarcido.

Al respecto, conviene resaltar que, aunque este principio rige tanto en la familia de origen romano-germánico como en el Common Law, está revestido de algunas peculiaridades en este último caso, pues la condena pecuniaria no cumple en esa familia jurídica un rol estricta y exclusivamente resarcitorio, como en sucede en Chile. Esto último, al menos formalmente que no en el fondo como resulta evidente de ciertas prácticas recurrentes en nuestros tribunales, por ejemplo, en materia de daño moral: recurso a criterios punitivos que determinan que la suma que se concede a la víctima todavía tiene un rol de sanción o castigo. Más evidente aún es la letra del art. 1.558 que ordena expresamente tener en cuenta la gravedad de la culpa para determinar la extensión del deber de indemnizar.

Con todo, al referirnos al Common Law queremos resaltar el hecho de que en esa familia la condena pecuniaria puede cumplir varios roles: reparatorio, punitivo y como reconocimiento de derechos infringidos a la víctima.

2.3.3. El proceso mismo de la objetivación.

De este modo, los factores que venimos de reseñar han incidido en una marcada objetivación de la responsabilidad, línea que es una constante de los últimos tiempos, ostensible en todos los sistemas más desarrollados en la materia, aunque producida de distintos modos, pero siempre estimulada por los mismos problemas. Entre ellos, desde luego, ocupa un sitial más que importante la dificultad para determinar al verdadero responsable del daño en una realidad marcada por la producción en masa, por las máquinas y el uso incesante de una energía antes desconocida.

Como bien es sabido, ello desencadenará –con el primer impulso que se debe a Saleilles y a Josserand– una revisión del sistema clásico de responsabilidad, cuyo primer impacto se presentará en el área del derecho laboral a través de una nueva regulación de los accidentes del trabajo¹² que llevará a un acabado sistema de seguros sociales y que, con el tiempo, determinará, por una parte, una proliferación de hipótesis legales de responsabilidad objetiva y, por otra, una revisión del concepto mismo de culpa por vía jurisprudencial.

De suerte, entonces, que los mecanismos de objetivación provendrán de dos vertientes, a saber de nuevas regulaciones legales y de reinterpretaciones jurisprudenciales.

A) Objetivación por vía legislativa:

El primer reconocimiento legislativo de la responsabilidad objetiva se presentará en el área del derecho laboral, que va a conducir a un sistema desarrollado de seguros sociales, según venimos de resaltar.

Más tarde abarcará actividades empresariales muy variadas, pero todas unidas por la traza común de constituir una fuente recurrente de riesgos y, por lo mismo, de daños de gran repercusión social y económica. Así ha sucedido en las siguientes áreas, en una enumeración que no pretende ser exhaustiva, sino meramente ejemplar.

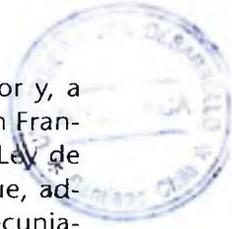
Así, en el área de los transportes, pueden encontrarse numerosas hipótesis de responsabilidad objetiva, como la del que explota una aeronave por los daños causados al suelo, la de la responsabilidad del constructor y explotador de los teleféricos por todos los daños que la cabina causa a terceros, y la impuesta a todos los transportistas aéreos a título oneroso por los daños ocasionados a sus viajeros,¹³ responsabilidad que ha sido interpretada muy restrictivamente.

Así mismo sucede en el área de la producción y uso de la energía atómica, donde numerosas convenciones internacionales han desarrollado una responsabilidad objetiva destinada a cubrir todos los daños ocasionados por accidentes nucleares, con un tope máximo de indemnización.

Otra área de nítida objetivación puede encontrarse en el ámbito de los accidentes de tránsito mediante la incorporación de sistemas que se basan en la seguridad social abandonando la idea de responsabilidad civil.

¹² En Chile a través de la Ley N° 4055, de 1924.

¹³ Convención de Varsovia de 12 de oct. de 1929 con su ampliación de 1957.



Es así como la responsabilidad del propietario del vehículo a motor y, a través de él, del asegurador, es hoy casi mundial, como acontece en Francia¹⁴ o entre nosotros en virtud del art. 174 inciso segundo de la Ley de Tránsito.¹⁵ La evolución en esta materia puede explicarse desde que, advertido el hecho de que en esta área el objetivo de la condena pecuniaria es exclusivamente resarcitorio, puesto que la frecuencia de los accidentes de tránsito, absolutamente incontrolable, determina que ninguno de sus otros roles, en especial el preventivo, pueden alcanzarse, resulta entonces que la única vía de solución consiste en garantizar el acceso a la reparación por parte de las víctimas, lo que sólo se consigue mediante la incorporación de los seguros.

Igualmente debe ser resaltado todo el ámbito de la responsabilidad del fabricante por los defectos de seguridad del producto¹⁶ o el de las transfusiones sanguíneas, desde que se ha establecido la responsabilidad de los establecimientos que efectúan ese tipo de transfusiones por los riesgos en que incurren los donantes en los procedimientos destinados a extraerla.¹⁷

Incluso se ha llegado en todo este proceso a la objetivación de hipótesis antes impensables, como, por ejemplo, ha sucedido en Francia con la responsabilidad civil del enajenado mental o demente, según resulta del actual art. 489 inciso 2° del *Code*, que, después de su reforma de 3 de enero de 1968, dispone que: "El que ha causado daño a otro cuando se encontraba bajo una perturbación mental no queda relevado de su deber de indemnizar". La jurisprudencia sobre la base de ese artículo ha resuelto que "la ausencia de discernimiento no es un obstáculo a la responsabilidad que debe apreciarse de forma independiente a ese elemento, aunque esté basada en la culpa".

Por último, podrían agregarse en Chile dos casos de objetivación introducidos por la ley, como lo constituyen, por una parte, la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio consagrada en el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁸ y, por otra, la responsabilidad civil de las Municipalidades. A su respecto debe resaltarse que pese a tratarse en ambos casos de responsabilidades habitualmente consideradas como propias del estudio del dere-

¹⁴ Ley de 5 de julio de 1985.

¹⁵ Así, lo ha destacado recientemente entre nosotros Zelaya, *La responsabilidad civil del empresario en el uso de vehículos de transporte (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 93, N°1, 1996, págs. 1 y ss.

¹⁶ Establecida, por ejemplo, como un principio a consagrar por los Estados miembros de la Comunidad Europea en su Directiva de 25 de julio de 1985.

¹⁷ Así se ha consagrado en Francia, entre otros, a través del art. L. 668-10, Código de la Salud Pública.

¹⁸ Ley N° 18575 de 5 de diciembre de 1986.

cho público, es evidente que, atendidos tanto el hecho de que no existe entre nosotros jurisdicción administrativa como el que ese deber de responder ha de concretarse, en definitiva, a partir de la aplicación de los principios resarcitorios civiles, es que resulta siempre atinente a la responsabilidad civil en general. Ciertamente es además que, entre nosotros, es debatida cuál es la verdadera naturaleza que tiene la responsabilidad por falta de servicio. En tal sentido, conocida es la querrela que ha existido entre un sector de la doctrina encabezado muy señaladamente por Pierry,¹⁹ que entiende que no se trataría de una responsabilidad objetiva propiamente tal sino tan sólo de una "objetivización" de la responsabilidad directa de la Administración desde que, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad objetiva tal como se la entiende en el derecho civil, no bastaría para comprometer al Estado con la sola existencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Sería también menester acreditar la "falta de servicio", esto es, probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, lo que implica, en el fondo, que la responsabilidad continúa siendo subjetiva.²⁰ Contra esta opinión se alza la opinión de algún civilista como López Santa María,²¹ o de profesores de Derecho Administrativo como Soto Kloss,²² entre otros, quienes categóricamente califican a la responsabilidad en cuestión como una objetiva, en cuanto para que ella se genere –en palabras de López Santa María– bastaría con la mera causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad y, por lo mismo, sería suficiente para que existiera obligación de indemnizar a las víctimas con que la acción u omisión de la Administración les haya ocasionado daños.²³ Con todo, pese a la existencia del debate, lo cierto es que la doctrina mayoritariamente se inclina por considerarla objetiva y, en lo que más interesa, por la misma senda se orienta la jurisprudencia. Allí está el conocido caso de "Tirado con Municipalidad de La Reina", que, con anterioridad a la dictación de la Ley de Bases, acogía esa tesis, luego repetida por numerosas sentencias, como ha resaltado, entre nosotros, el mismo López Santa María.

No se nos oculta, por tanto, que una interpretación como ésta última de la responsabilidad por falta de servicio supone un ámbito más que importante de objetivación de la responsabilidad.

¹⁹ Pierry, *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCII, N° 2, 1995, págs. 17 y ss..

²⁰ Pierry, op. cit., pág. 19.

²¹ López Santa María; *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, N° 1, 1997, págs. 31 y ss.

²² Soto Kloss sostiene tajantemente que la responsabilidad del Estado "al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla". Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, T. II, Santiago, págs. 309-310.

²³ López Santa María, op.cit., pág. 44.

B) Objetivación por vía jurisprudencial:

Por su parte, los tribunales de los países más desarrollados en la materia que nos ocupa, han sido proclives a efectuar una interpretación de las clásicas reglas contenidas en los Códigos de manera a entender que consagran, en múltiples casos, una responsabilidad de pleno derecho. Actitud que no tiene nada de extraño, pues una de las características más marcadas de la responsabilidad civil es su carácter eminentemente jurisprudencial.

En palabras de **López Jacoiste**, "el impulso dinámico asumido hoy por la responsabilidad extracontractual al abrir de continuo nuevos cauces de concreción jurídica es factor destacado de lo que ha venido en llamarse "lucha del derecho frente a la ley". Redunda en un prevalente significado de la jurisprudencia".²⁴

La elaboración jurisprudencial se ha producido a través de dos caminos:

B.1) Elaboración jurisprudencial de nuevas hipótesis de responsabilidad a través de una reinterpretación de normas clásicas contenidas en los Códigos decimonónicos.

El primero ha pasado por una reinterpretación jurisprudencial de las normas clásicas contenidas en los códigos decimonónicos para acoger nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva, como puede observarse en los ejemplos que referiremos a continuación.

Así, ha sucedido con la evolución de la responsabilidad por los daños causados por el hecho de las cosas en aquellos países cuyas codificaciones contienen un principio general de responsabilidad en tal materia, tales como Francia (en su artículo 1384 inc.1° del Código Civil) o Italia (artículos 2050 y 2051 del Código Civil). En ellos, la jurisprudencia ha entendido que estaría contenida una presunción de pleno derecho en términos tales que, en el fondo, constituirían una gran regla general donde se incluyen todos los daños accidentales que no estén sometidos a una regulación especial. En aplicación de esta lectura es que se ha establecido la responsabilidad de pleno derecho del médico respecto del instrumental que utiliza (por ejemplo, por los daños ocasionados al paciente que se le cae de la camilla) o de los grandes almacenes respecto de los detectores de metales situados en sus entradas. Resaltemos sí que, siguiendo la opinión clásica entre nosotros de **Alessandri**, esta línea de evolución aparece como imposible en nuestro derecho desde que nuestro Código Civil, a diferencia del

²⁴ López Jacoiste, op. cit., pág. 15.

Code, no contiene una presunción general de responsabilidad por el hecho de las cosas, sino una regulación de ciertas y determinadas hipótesis en los artículos 2323 a 2328.

Un desarrollo semejante puede constatarse en la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes, que se ha entendido como un mecanismo de garantía que contrae el primero por los riesgos que crea, dejando de lado la concepción inicial que veía en ella una sanción para la falta de vigilancia. En otras palabras, *la culpa in vigilando o in eligendo* que constituía el fundamento original de esa presunción de responsabilidad por hecho ajeno, contenida en nuestro derecho en el artículo 2320 inc. 4°, ha sido progresivamente descartada ya por un sistema intermedio de objetivación, como el de la responsabilidad vicaria, ya por la teoría del riesgo de empresa, en conformidad a la cual la responsabilidad civil no sólo ha de cumplir una sanción para el culpable, sino un efectivo mecanismo de distribución del costo económico del daño entre el mayor número posible de sujetos. Ello determina que evidentemente deba responder el empresario por el daño causado, pues, por su posición, era quien se encontraba posibilitado para prevenir el riesgo y, una vez producido, para repartirlo. Esta evolución, como ha demostrado entre nosotros **Zelaya**, no es absolutamente ajena a nuestro sistema, en la medida en que un estudio de nuestra jurisprudencia más reciente en la materia permite también advertir una progresiva objetivación mediante variados expedientes. Como ha resaltado este autor, ante "la ausencia en el Código Civil de normas que contengan claros y actuales supuestos de responsabilidad estricta, nuestra jurisprudencia ha acudido a este supuesto de responsabilidad (consagrado en los arts. 2320 inc. 4° y 2322) como el medio más adecuado para hacer frente al creciente número y gravedad de los daños causados por la moderna actividad empresarial". Es así como puede observarse una paulatina objetivación de cada uno de los elementos básicos de ese supuesto de responsabilidad: a) de la naturaleza de la responsabilidad del empresario que, de entenderse como una culpa propia y personal, ha pasado a ser más estricta por efecto de interpretaciones que, sin dejar de proclamar la necesaria existencia de ese fundamento subjetivo, lo tornan más estricto. Esas interpretaciones consistirían en hacer más difícil el recurso a la prueba liberatoria del art. 2320 inc. final, en la recepción de la "culpa anónima", esto es, que no sea necesario para que el empresario resulte responsable el que deba identificarse al dependiente que específicamente causó el daño, entre otras; b) de la exigencia de una relación de dependencia o vínculo de subordinación entre empresario y dependiente, que de leerse estrictamente referida a la existencia de un contrato de trabajo, se ha ampliado hasta entender que se configura por todo vínculo de pertenencia a la organización empresarial del civilmente responsable, y c) de la limitación de la responsabilidad del empresario a los daños que su dependiente haya

causado en el ejercicio de sus funciones dentro de su jornada de trabajo, que ha sido extendida para incorporar los daños producidos “con ocasión” del ejercicio del encargo que le ha sido cometido o por el abuso de las facultades que le fueron concedidas para desempeñar sus funciones.²⁵

Una tercera demostración de esta línea de interpretación puede encontrarse en el reconocimiento de la célebre distinción propuesta por **Demogue** entre las obligaciones de medio –luego denominadas de actividad– en las que el deudor sólo se ha comprometido a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera, como sucede cuando un abogado asume la defensa de un cliente o el médico se compromete a sanar, y las obligaciones de resultado, en las que el deudor ha comprometido un resultado determinado y que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, ha sido profusamente recepcionada en la jurisprudencia comparada, en especial en sistemas como el francés, español o italiano, sin que por ello deba creerse que se trata de una clasificación pacífica.

En el esquema tradicional de esta distinción, su principal utilidad se manifiesta en materia probatoria, desde que en las obligaciones de resultado al acreedor le basta con probar la no obtención del fin último exigible, lo que es fácilmente comprobable, para que ello evidencie el incumplimiento y dé lugar a la pretensión resarcitoria. El obligado sólo puede exonerarse probando una causa ajena (caso fortuito, intervención de un tercero, etc) sin que sea suficiente la prueba de ausencia de culpa. En la obligación de medios, en cambio, como el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito, pues el incumplimiento sólo se produce cuando no ha actuado diligentemente. Por lo mismo, y siguiendo a **Yzquierdo Tolzada**, a diferencia del caso anterior, donde el problema es de causalidad o no causalidad, en este último es uno de culpabilidad o no culpabilidad.

Como se advertirá entonces, la calificación de una obligación como de resultado determina una objetivación, desde que, ante ella, como sostiene el mismo autor “la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión en un litigio”.²⁶

²⁵ Con mayor detalle, véase a Zelaya. *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XC, 1993, N° 3, págs. 119 y ss. y *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1995, N° 197, págs. 101 y ss.

²⁶ Yzquierdo Tolzada, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, 1993, pág. 156.

Precisamente esa recepción ha desembocado en una proliferación de hipótesis que son consideradas como obligación de resultado y que, paulatinamente, han sido transformadas en verdaderas responsabilidades de pleno derecho, tales como lo del transportista por las lesiones sufridas por sus pasajeros en el curso del trayecto o por los perjuicios causados a la mercadería transportada; la responsabilidad del vendedor o del fabricante por los daños causados por sus productos defectuosos; la responsabilidad del constructor por los vicios de la construcción; la responsabilidad del médico en las intervenciones de cirugía estética o embellecedora, entre otras.

La aceptación, por tanto, de esta distinción conduce a un abandono de la exigencia de culpa, aspecto que, desde luego, constituye un mecanismo objetivador más que evidente como destacaremos a continuación.

B.2) Objetivación jurisprudencial a través del debilitamiento de la propia noción de culpa.

El segundo camino de objetivación jurisprudencial se ha producido a través del debilitamiento de la propia noción de culpa. En tal sentido, como es sabido, la idea clásica de culpa nos enfrenta, desde sus inicios, a la concurrencia de imputabilidad e ilicitud, por más objetiva que pretenda ser su apreciación. Con ello queremos aludir al hecho de que, aunque en nuestra concepción tradicional de negligencia establecida en el art. 44 su apreciación es objetiva y externa, desde que supone la comparación entre la conducta tenida por el responsable y la que habría tenido el standard de conducta "del buen padre de familia", lo cierto es que las consideraciones subjetivas no dejan por ello de existir.

En tal sentido, si bien es cierto que la apreciación in *abstracto* de la culpa, aceptada en nuestro sistema, constituye un buen mecanismo de objetivación, desde que obliga al tribunal a dejar de lado consideraciones personales del eventual responsable para efectuar una comparación con el standard del buen padre de familia o del *reasonable man*, no es menos cierto que, con todo, el propio recurso a un modelo obliga a considerar ciertos aspectos del responsable y con ello a subjetivizar la culpa. En otros términos, la imputabilidad y la capacidad obligan a analizar el estado mental del hechor o su edad. Debido a ello precisamente es que, entre nosotros, un demente no es responsable por los perjuicios ocasionados por su culpa, pues carecía de voluntad y juicio que le permitieran percatarse de que estaba actuando fuera del standard. Todo ello sin perjuicio de que otro pueda resultar obligado a responder por ello en razón de la responsabilidad por hecho ajeno.

No obstante, estas conclusiones, que en nuestro sistema, parecen evidentes, se han visto profundamente alteradas en otros, mediante la introducción de un nuevo concepto de culpa: de la denominada culpa objetiva. En efecto, con el objeto de favorecer a las víctimas ampliando sus posibilidades de obtener un resarcimiento, se ha ido desfigurando la noción de culpa de manera a incluir en ella aspectos antes insospechados. Es así como, en una evolución que puede parecer muy curiosa atendido lo que tradicionalmente se ha entendido por culpa, esta noción ha dado paso a verdaderas hipótesis de responsabilidad objetiva.

Así ha sucedido, en un primer tiempo, con el establecimiento de presunciones estrictas de culpa en las que se excluye toda posibilidad de exonerarse de responsabilidad invocando la ausencia de culpa. En otros términos, a diferencia de lo que sucede en Chile con las presunciones de responsabilidad, que por regla general admiten alegación de ausencia de culpa, es decir, "la prueba de haberse empleado la debida diligencia y cuidado", se han establecido presunciones estrictas de culpa en las que, cumplidos sus supuestos, el deber de responder es automático. Por lo mismo, no se permite ninguna forma de exoneración o, por lo menos, no se permite la ausencia de culpa.

Más radical aún para la noción de culpa ha sido la transformación operada de manera destacada en Francia al excluir el propio análisis de imputabilidad. Es el resultado al que se ha llegado con el reconocimiento de la responsabilidad del demente, en los términos que antes reseñábamos, y que hoy está en el texto legal después de la reforma introducida a estos efectos al Code, la que, conviene resaltar, no vino sino a darle forma legislativa a una solución largamente admitida en la jurisprudencia.

Más tarde, una vez abiertas las puertas a la idea de que el standard del buen padre de familia es objetivo y por lo mismo aplicable incluso al demente, rápidamente se extenderá la conclusión a la responsabilidad del menor.

Es así como, por sentencia dictada por la Corte de Casación francesa el 9 de mayo de 1984,²⁷ se ha resuelto que dos menores (de 5 y 13 años) que habían actuado sin discernimiento debían responder por el daño causado, pues "no estando el tribunal obligado a verificar si el menor era capaz de discernir las consecuencias de sus actos, puede estimarse sobre la base del art. 1382 del Código Civil que la víctima ha incurrido en culpa concurrente con la del menor en la causación del daño".

²⁷ D. 1984.425, dic. Cabannes y nota Chabas.

De este modo, acogiendo las ideas defendidas por los hermanos **Mazeaud**, reafirmadas más recientemente por **Chabas**, se va a decidir que la culpa del menor supone la prueba de su discernimiento y, por lo mismo, que un menor puede cometer una imprudencia o negligencia. Todo ello, como afirma **Chabas**, sobre la base de la injusticia que supondría dejar a la víctima de un menor sin indemnización, “porque ha tenido la mala suerte –añadida– de que su daño haya sido causado por un inconsciente. Por lo demás, ello constituiría “*summa injuria*” –continúa el mismo autor– si se trata de un menor rico o asegurado”.²⁸

Como resulta de todo lo que viene de transcribirse, que desde luego no es sino una rápida síntesis de una evolución que daría para un curso completo de derecho civil, los pilares clásicos de la responsabilidad civil concebida por la codificación decimonónica –la mayor parte de los cuales siguen sustentándola en Chile en el presente– han sido, en los sistemas más desarrollados en la materia, no sólo revisados, sino absolutamente trastocados. De aquí que, precisamente, atendidos los extremos alcanzados en esta evolución, que la doctrina comparada más especializada se pregunte hoy si más que una “evolución o adaptación de la responsabilidad civil subjetiva” no se asiste, en verdad, a una verdadera crisis de la responsabilidad en cuanto tal.

3. Crisis de la responsabilidad. Problemas pendientes

En tal sentido, las transformaciones experimentadas por el instituto clásico de la responsabilidad civil han sido tan radicales que, en el presente, se asiste a un verdadero cuestionamiento de la utilidad que tiene su supervivencia.

En efecto, si, como destaca **Tunc**, en ciertos sentidos el hombre es más responsable que nunca desde que “su poder de causar daños así como el de ayudar a otros se ha multiplicado por el progreso de la ciencia y la técnica. En otros aspectos, como consecuencia del incremento de la seguridad social y del seguro, su responsabilidad va en disminución”, conviene preguntarse por el sentido mismo que tiene seguir predicando acerca de la existencia de la responsabilidad.²⁹

Más aún, en una concepción del Estado-providencia como la que impera en muchos países industrializados, donde los daños más importantes a la persona (como los personales) son cubiertos por la Seguridad Social o por

²⁸ Chabas, “La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, obra colectiva, Santa Fé, 1999, pág. 247.

²⁹ En tal sentido, vid. Tunc, op. cit., págs. 133 y ss.

el seguro personal que el responsable ha tomado, la respuesta jurídica contenida en la responsabilidad –según se sostiene– se hace menos necesaria, pues, según se ha destacado, deja de cumplir con su función principal, que es la resarcitoria, para transformarse ya en una sanción ya en un mecanismo de lucha contra las conductas antisociales, en el sentido más amplio de la palabra.

Ahora bien, la respuesta a esta cuestión dista mucho de ser conteste. Así, por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos, como sucede muy destacadamente con el de Nueva Zelandia o de los países escandinavos, se ha optado por una solución radical, esto es por idear derechamente mecanismos que permitan garantizar la indemnización civil, que parece ser el objetivo primero del derecho de daños en el presente.

En el caso neozelandés, cuya respuesta es precisamente la más moderna y radical, se optó por establecer un sistema de indemnización social, que se traduce en la existencia de un fondo público de reparación de las víctimas de accidentes³⁰ destinado a compensarles a todos los ciudadanos (trabajadores, víctimas de accidentes de tránsito, no-trabajadores víctimas de una accidente que no sea de tránsito) por los daños corporales que sufran, entendiéndose por tales los que provienen de accidentes médicos, quirúrgicos u odontológicos y siempre que no encuentren su origen en una actuación dolosa. Si la acción ilícita lo ha sido, entonces la indemnización legal le es denegada a la víctima, pues su regulación debe hacerse a partir de un procedimiento contencioso en que se establezca la responsabilidad del autor del daño.

Una respuesta semejante a la recién transcrita puede encontrarse en los países escandinavos, pues si bien tanto Noruega (1969) como Suecia (1972) tienen una ley uniforme que gobierna la responsabilidad por el hecho ajeno y personal, en cada caso, lo cierto es que, en la práctica, la responsabilidad civil ha decrecido en importancia porque la seguridad social cubre gran parte de las indemnizaciones por lesiones corporales. Por ejemplo, en Suecia desde 1975 se asegura la indemnización integral de todas las vícti-

³⁰ Se trata de un fondo público, creado por ley de 1 de octubre de 1973, que, a su vez, se estructura a partir de otros tres fondos: a) el primero, "de los trabajadores", se financia con un impuesto que, tratándose de trabajadores dependientes, debe pagar el empleador según una tasa que varía según su actividad, o, que, en el caso de los trabajadores independientes, debe ser pagado por ellos mismos y que alcanza a un porcentaje sobre sus ingresos profesionales (1%); b) el segundo fondo está destinado a cubrir "las víctimas de accidentes causados por la utilización de un vehículo a consecuencia o en relación con ese uso". Sólo entra a jugar en defecto del primero, y, por lo mismo, comprende a no trabajadores. Se financia con impuesto sobre los vehículos, muy modesto, y c) por último, el tercer fondo es financiado por el tesoro público, y cubre a todas las víctimas de accidentes producidos en Nueva Zelandia que no se encuentren en los casos precedentes (dueñas de casa, visitantes, jubilados, incluso los extranjeros).

mas de accidentes de circulación y de toda víctima del resultado anormal de un tratamiento, de una intervención quirúrgica o de una medicación hasta un cierto límite por persona y por accidente (límite de 2.000.000 de coronas por persona y de 20 millones por accidente). Del mismo modo, en 1976 se elevó la tasa de indemnización de los accidentes del trabajo o enfermedades profesionales al 100% de las pérdidas de ingresos experimentadas por la víctima. Y la evolución demuestra que en esos países la multiplicación de los seguros sociales o privados de accidentes sigue en constante desarrollo.

Otra respuesta ha consistido en la creación de mecanismos que permitan salvar los inconvenientes que la noción de culpa plantea para la obtención de un resarcimiento en hipótesis donde la identificación del directo responsable o de la víctima resulta compleja. Lugar destacado entre ellos tienen las denominadas *class actions* ideadas en el Common Law para áreas como la de la responsabilidad del fabricante por los daños causados al consumidor por los productos defectuosos puestos en circulación, donde la determinación del responsable resulta particularmente compleja, atendido el número de agentes que intervienen en la producción y circulación de un producto, lo que determina un fracaso del esquema clásico de solución a través de la relación contractual originalmente existente entre consumidor y vendedor directo. Esas acciones han sido igualmente empleadas en el ámbito de la responsabilidad por los daños al medio ambiente, donde tanto la determinación del responsable –si se tiene presente que las causas determinantes del deterioro ambiental suelen ser múltiples– como la precisión del número exacto de víctimas deviene extremadamente compleja. Mediante el recurso a ellas se persigue salvar, en concreto, el principio procesal de que “sin interés no hay acción” que, de aplicarse en materias como éstas, obligaría a que cada víctima se viera obligada a ejercer su propia acción resarcitoria.

En otros sistemas tales como el francés o el español la respuesta no ha llegado a traducirse en opciones tan radicales y diríamos que, más bien, sólo está en el terreno de la reflexión doctrinaria, debatiéndose arduamente entre los que siguen abogando por la mantención del instituto mismo de la responsabilidad, que se entiende debe ser devuelto a su correcto cauce, y los que, por el contrario, entienden que toda regresión en la evolución no es factible y que, más bien, debiera procederse a una nueva regulación legal que dé cuenta del nuevo instituto que hoy existiría, que es el del derecho de daños. En otras palabras, ante la evidencia de que la sociedad entera reclama la reparación integral de los perjuicios, como función primera de la condena pecuniaria, simplemente debiera asistirse a una reformulación de los principios clásicos que la informaban a partir de las tendencias legales y jurisprudenciales ya existentes.

Resaltemos que, en nuestra opinión, que sólo formulamos en apretada síntesis pues proviene de reflexiones, que como es evidente, cuya entidad excede los límites de un trabajo como éste, no existe ninguna respuesta absoluta a la cuestión.

Primero, porque la decisión depende no sólo de factores jurídicos, sino también económicos, pues hablar de reparación es, en general hablar de dinero o de patrimonio que la cubra. Y ello es un problema que excede el mero debate jurídico, pues obliga a efectuar un estudio global del impacto que tiene en la economía global de un determinado sistema la recepción de un principio de garantía absoluta de reparación. El análisis económico del derecho, en tal sentido, puede aportarnos varios criterios de reflexión.

Segundo, porque numerosas dudas deben ser despejadas antes de elegir un camino de solución, tales como, por no citar sino algunas: a) si la represión de las conductas antisociales es propiamente una tarea del derecho penal y no del civil, teniendo presente que la penal es más eficaz como medio de defensa social; b) si se justifica ante perjuicios que, como las lesiones corporales, son normalmente accidentales y c) si la prevención puede ser abordada por el derecho civil o si, en verdad, no es sino una tarea propia de la seguridad social, que también la cumple de un modo más eficaz.

Tercero, porque entendemos que la opción entre responsabilidad subjetiva y objetiva no es absoluta, sino, por el contrario, requiere y tiene numerosos matices, pues ninguna duda cabe que existen ámbitos determinados del derecho de daños donde cada una se justifica plenamente, es más, es de estricta justicia su consideración.

Así, el sistema clásico de responsabilidad fundada en la culpa no se explica en materias donde, por la entidad y frecuencia de los accidentes, las consecuencias dañosas sólo pueden ser abordadas desde una responsabilidad colectiva, tales como en materia de daños nucleares, de perjuicios producidos a consecuencia del terrorismo, daños por contaminación de enfermedades mortales (SIDA, virus de Hepatitis C), donde la realidad comparada nos demuestra que la reparación sólo es posible desde mecanismos que razonan sobre la base del seguro social.

Más en general, la mantención de un sistema anclado en la culpa deviene no sólo innecesario sino inútil en todas las áreas cubiertas por el seguro, pues en ellas es incapaz de cumplir sus fines: no es punitiva, y no es preventiva, en cuanto no moraliza ni desincentiva ninguna conducta.

Por el contrario, la responsabilidad subjetiva debe ser mantenida en aque-

llos ámbitos donde efectivamente es capaz de cumplir con esos roles, entre otros, cuando se trata por ejemplo de la responsabilidad de los profesionales.

Desde este modo, la solución pasa por un estudio global de los accidentes que permita dilucidar justamente en qué áreas se justifica la subsistencia o no de la responsabilidad clásica y en cuáles, en cambio, corresponde entrar a una nueva regulación. En otros términos, debe entrarse derechamente a regular uno u otro sistema, pues el mecanismo de la deformación de uno para conseguir el otro sólo conduce a la inseguridad y, a la larga, a la injusticia, denostando el loable y, más aún, deseable anhelo de protección integral de la persona que se perseguía inicialmente o en un cuyo nombre se ha actuado.

4. Futuro de la responsabilidad civil

En suma, creemos que aunque es de esperar que la responsabilidad civil se siga desarrollando en los países que están atrasados y que ello suceda en nuestro sistema, de manera de avanzar hacia una mejor protección civil de la persona, es de esperar también que esa evolución se desarrolle entre límites que efectivamente rindan adecuado homenaje tanto a la justicia como al afán de tutela de la persona, pues, de otro modo al final puede asistirse a una verdadera regresión de esos principios. Ese es el desafío al que se encuentra enfrentado el derecho chileno. ¿Cómo lo resolverá? Es algo que sólo el tiempo puede develarnos.