



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

doi 10.22199/issn.0718-9753-2020-0011

DERECH



Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

La previsibilidad en la culpa aquiliana. ¿Evolución o involución?: una revisión doctrinaria y jurisprudencial

Predictability in aquilian guilt. Evolution or involution?: a doctrinal and jurisprudential review

Sonia Inostroza Adasme¹  <https://orcid.org/0000-0002-2437-4782>

¹Universidad de Los Andes, Santiago, Chile. Doctorando de Derecho. Magíster en derecho, P. U. Católica de Valparaíso, Chile.

 sainostroza@miuandes.cl



Resumen:

En la actualidad, existe innumerable literatura jurídica acerca de los requisitos que constituyen la responsabilidad extracontractual, y cómo éstos surten efecto frente a los elementos que se encuentran dentro de la cadena del hecho generador que provoca el daño. El presente trabajo, no tiene otra ambición más que poder advertir la importancia de observar la experiencia histórica (en su valor dogmático) para resolver causas actuales. De esta manera, a través de la doctrina y la jurisprudencia, demostraremos que la solución a un problema actual ya se encontraba resuelto por el Derecho Romano, y así resaltar su utilidad que no solo tiene un vínculo histórico y mediato, sino también uno modélico, de carácter lógico, que puede ser inmediato. Con todo, haremos hincapié en uno de los tres requisitos de la responsabilidad extracontractual, a saber: el factor de atribución subjetivo (culpa). En él atenderemos a la previsibilidad y su consustancialidad con la culpa aquiliana.

Palabras Clave: Daño; Culpa; Previsibilidad.

Abstract:

At present there is innumerable legal literature about the requirements that constitute tort liability, and how these are effective against the elements that are within the chain of the generating event that causes the damage. The present work has no other ambition than to be able to notice the importance of observing historical experience (in its dogmatic value) to solve current causes. In this way, through doctrine and jurisprudence, we will travel in time to demonstrate that the solution to a current problem was already resolved by Roman Law, and thus highlight its usefulness that not only has a historical and mediate link, but also a model, of a logical nature, which can be immediate. However, we will emphasize one of the three requirements of extracontractual liability, namely: the factor of subjective attribution (fault). In him we will attend to the predictability and its consubstantiality with Aquilian guilt.

Keywords: Damage; Negligence; Predictability.

Fecha de recepción: 02 de abril de 2018 | Fecha de aceptación: 03 de septiembre de 2019

Introducción

Este trabajo, surge a propósito de la siguiente inquietud: luego de veintiún siglos de evolución jurídica, ¿es posible retornar al Derecho Romano en la elaboración de soluciones ante la responsabilidad extracontractual, en lo concerniente a la previsibilidad como elemento consustancial de la culpa aquiliana?

Para poder responder a esta pregunta, es menester indagar en la evolución tanto doctrinaria como jurídica en torno a este elemento.

De esta manera, comenzamos con un breve estudio histórico - doctrinario que parte en Roma y termina en nuestro país, con la finalidad de establecer el descubrimiento del concepto de previsibilidad como elemento de la culpa en el Derecho, y los distintos cambios que ha tenido en la aplicación que se le ha dado en diferentes épocas.

Continuaremos con un análisis jurisprudencial que se encuentra dividido en aquellas sentencias que marcaron un punto de inflexión en la materia, cuya data parte el año 1958 y otras recientes que demuestran cuáles son las últimas tendencias en torno al tema.

Finalizando, con consideraciones que nos ayudarán a responder nuestra hipótesis: Resultan obsoletas a nuestra actual evolución jurídica, aquellas respuestas entregadas en el Derecho Romano respecto de que la previsibilidad es consustancial a la culpa aquiliana.

1. Evolución doctrinaria

Es menester, ante todo, comenzar este recorrido con una visión histórica de la doctrina que nos contextualice en el foco principal de nuestro trabajo. En consecuencia, iniciaremos el *iter*, remontándonos en la opinión de la jurisprudencia romana de hace 2.100 años atrás, para luego avanzar en las épocas de mayor relevancia hasta llegar a la actualidad, puntualmente en nuestra doctrina.

1.1. Iter Histórico

1.1.1. Tratamiento de la previsibilidad en materia de culpa aquiliana en el Derecho Romano. Antecedentes históricos y doctrinarios o jurisprudenciales

El problema de la previsibilidad ya es planteado desde antiguo, y no solo respecto de la responsabilidad contractual, sino también en relación con la culpa aquiliana: Quinto M. Scevola ("... dijo Mucio que (...) es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente, no lo fue..." [D. 9, 2, 31 (Paulo 10 Sab.), traducción de

d'Ors et al., 1968]), hacia el año 100 a.C, asimilaba el concepto aquiliano de injuria a la culpa, y entendía por ésta precisamente el hecho de que el autor del delito no ha empleado aquella capacidad de las facultades mentales que le habrían permitido prever un daño realmente previsible, lo mismo que si, aun habiéndose previsto el resultado, no ha desplegado el autor toda la actividad que habría sido necesario desarrollar a fin de evitar la aparición del daño. Realmente – al menos respecto de los elementos de conocimiento que nos entregan las fuentes – parece haber sido Quinto Mucio el descubridor del requisito de la previsibilidad, y es lícito pensar que todos los autores posteriores la toman en cuenta a pesar de que no siempre la mencionan, ya que de ninguna manera aparece después discutido o negado ese requisito.

La idea del jurista surge a propósito del siguiente hecho, que le fue consultado y que posteriormente quedó plasmado en el Digesto: D.9, 2, 31. (Paul. 10 Sab.):

Si un podador, al tirar una rama de un árbol (...) mató a un esclavo transeúnte, queda obligado, si la cosa cae en lugar público (...) Pero también dijo Mucio que, aunque hubiera ocurrido lo mismo en lugar privado, puede demandarse por culpa: pues es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o se avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro. Según este razonamiento, poco importa que se caminara por lugar público o privado ya que muy frecuentemente se suele pasar por terrenos privados. Pero si no hubiese camino, debe responder tan solo del dolo para que no arroje contra aquel que viere transeúnte, pues no ha de exigírsele culpa cuando no hubiese podido conjeturar si había de transitar alguien por aquel lugar. (d'Ors et al., 1968)

El caso que expone Quinto se pronuncia con terminante claridad: el podador ha incurrido en culpa porque debió prever que trabajando en un lugar por donde el tránsito era frecuente, podía llegar a suceder lo que efectivamente ocurrió, y da lo mismo que el camino sea público o privado, pues igualmente en uno y en otro se puede prever – conjeturar – el paso de personas. Y a propósito de esta reflexión, propone un concepto de culpa que, como decimos, será tenido por exacto a través de toda la obra jurisprudencial clásica: “es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, (...) pues no ha de exigírsele culpa cuando no hubiese podido conjeturar el peligro” (d'Ors et al., 1968). Podemos observar además cómo, en concepto de Mucio, la previsibilidad, en cuanto tiene calidad de elemento configurador de la culpa, exige el mismo criterio de objetividad y abstracción que ésta, pues se refiere a aquello que pudiendo ser previsto por persona diligente no lo fue.

Gayo (D. 9, 2, 8 [Gai. 7 ed. Prov])¹, doscientos cincuenta años después de Quinto Mucio, abunda en el mismo sentido conceptual: un mulero conducía una mula, pero por su debilidad, fue incapaz de retener el ímpetu de la bestia y a consecuencia

¹ Uno que por debilidad no pudo retener el ímpetu de las mulas, las que terminaron atropellando a un esclavo ajeno: quien sabe o debe saber que su debilidad puede ser peligrosa para otro, no debe asumir semejante trabajo.

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

de ello resultó atropellado un esclavo. Gayo hace al mulero responsable de daño aquiliano, desde el momento que *“nadie debe asumir un trabajo en el que sabe o debe saber que su debilidad ha de ser peligrosa a otros”*.

Paulo por fin, el último de los juristas clásicos junto con Ulpiano, abunda en el mismo sentido, y hace responsable por la acción de la Lex Aquilia al que cavó hoyos en un camino a fin de cazar osos y ciervos, y en ellos cayó algo ajeno que se deterioró, pero si las trampas se hicieron en otros lugares donde suelen hacerse, no queda obligado, pues no habría sabido o podido prever la ocurrencia del daño (D. 9,2, 28 [Paulo 10 Sab]).

1.1.2. Tratamiento doctrinario de la previsibilidad en la culpa extracontractual durante la época medieval

El esquema romano de la previsibilidad, asociado íntimamente a la culpa en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, va a mostrar cierto giro conforme se manifiesta en las nociones morales y la literatura jurídica a que dará comienzo, por una parte, el descubrimiento irneriano de las fuentes cultas contenidas en el Corpus Iuris, y por otra, la gran influencia que en toda la vida intelectual y social de la baja Edad Media proyectará la Iglesia Católica (Corral Talciani, 2003) tanto a través de la doctrina de los teólogos como por el auge de los principios manifestado en el pujante esfuerzo creador de los canonistas (Wesenberg y Wesener, 1998).

El problema de la previsibilidad, no estará presente de manera explícita en estos nuevos planteamientos, pero tampoco será rechazado, y nada impide deducir que, tal como sucedía en el Derecho culto del Digesto y hasta en las concepciones romano vulgares, la cuestión seguía presente a través de la noción común de su estrecha relación con la culpa. Pero sin duda es este último concepto, el de la culpa, tan ligado a las exigencias morales de la sociedad medieval, que pasará a ocupar el primer plano del quehacer intelectual de los juristas. La idea central proviene de un conocido principio retomado y claramente expuesto por Santo Tomás de Aquino, apoyado este pensador en el ya conocido texto romano expresado en un pasaje de Ulpiano y en Instituta de Justiniano (D. 1,10, pr.; Inst. 1,1,3. Traducción de García del Corral, 1989), y que presenta los tres axiomas básicos de lo que podríamos llamar la moral jurídica: *“Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”* (Vivir honestamente, no dañar al prójimo, atribuir a cada uno lo suyo). Incide Santo Tomás de Aquino (1990) en el segundo de ellos, para recalcar que todo daño injusto ha de ser reparado, ya que *“...el hombre está obligado a la restitución de aquello en que causó un perjuicio a otro”* (p. 519).

La doctrina medieval, encontrará su desarrollo a través de la obra de los glosadores – siglos XII y XIII – y de los comentaristas o “bartolistas” – siglos XIV y XV. Por influencia canónica, el punto de vista para la configuración del que hoy llamamos cuasidelito de daño, se irá perfilando cada vez más firmemente sobre la idea de que

la obligación de reparar no proviene tanto del daño inferido, sino del indebido actuar del responsable o, dicho de otra manera, el elemento de la culpa se sobrepone en importancia al de la lesión, y sobre el hechor recae el deber de restituir aquello en cuanto perjudicó a otro, tal como decía el aquinatense (Wesenberg y Wesener, 1998).

1.1.3. Tratamiento en la época renacentista

A partir de las ya expresadas bases, la doctrina renacentista, impulsada por los cultivadores del llamado "*mos gallicus*" (Wesenberg y Wesener, 1998, p. 109) y por los creadores de la escuela racionalista del Derecho Natural, entre los que sobresale especialmente el internacionalista holandés Hugo Grotius, exaltarán los rasgos éticos de aquellas obligaciones que provienen del daño, ya que la reparación que culpablemente se causa a otro, es un deber moral que por imperativo de la razón se transmite al campo jurídico como obligación de derecho natural. La doctrina de Grotius (1925) así será decisiva en el desarrollo de la configuración posterior del cuasidelito de daño. En su obra capital "*De Iure Belli ac Pacis*" enuncia la siguiente regla: "*Llamamos maleficio a toda culpa, provenga de hacer o de no hacer, contraria a aquello que los hombres deben hacer ordinariamente o por razón de cualidad cierta*". (p. 427) La obra de Grotius tendrá decisiva influencia en el pensamiento de Dumoulin, que aborda de lleno el problema de la previsibilidad.

1.1.4. Codificación y sus antecedentes relativos a la previsibilidad

La teoría de los daños previsibles, fue expuesta por Dumoulin en el siglo XVI en el número 60 de su "*Tractatus de eo quod interest*". Sin embargo, un siglo más tarde, quien la desarrollará extensamente será Domat, para posteriormente ser perfeccionada por Pothier durante el siglo XVIII y finalmente codificada a principios del Siglo XIX (Barrientos Zamorano, 2007, p. 12).

Así las cosas, el aporte más decisivo para la comprensión de nuestro problema proviene de Jean Domat (1844), quien establece una distinción que tiene precedentes como lo acabamos de señalar, pero que se reproducirá en él provista de un énfasis y proyección antes no advertidos. Individualiza este jurista, aparte de los crímenes y delitos, dos clases de hechos capaces de producir daño, cuales son en primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones establecidas a través de un acto convencional o contrato, y en segundo lugar, los que no provienen de convenciones, pero que tampoco configuran crímenes o delitos, como sucede en el caso que él ejemplifica con el edicto "*de effusis vel deiectis*" o daños no intencionales causados por las cosas que se arrojan desde una ventana de manera descuidada: a esta categoría de hechos consistentes en daños culpables pero no intencionales, le dará este jurista el nombre genérico de "cuasidelitos", con que ya precedentemente se había designado a ciertos hechos culposos (Samper Polo, 2007). En la obra de Domat (1844) se declara más expresamente, y con un sentido más abiertamente dirigido al Derecho como ciencia práctica, que "*Todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir (...) por im-*

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

prudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber(...) deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar..." (p. 76).

Lo más relevante para nuestra tesis, en lo referente a la distinción que propone Domat entre daños que proceden del incumplimiento de un contrato, y los que sin ser crímenes o delitos no provienen de convenciones, vendrá a ser la circunstancia de que junto con esta clasificación introduce otra, entre perjuicios mediatos (directos) e indirectos, y a la vez respecto de los directos distingue los daños previstos de los imprevistos, y limita la posibilidad de indemnización, cuando hay culpa y no dolo, solo a los daños previstos. Por consiguiente, Jean Domat (1844, p. 65) diferenció (entre otras) las transgresiones o incumplimientos a los acuerdos pactados en los contratos y las simples negligencias que causan daño a un tercero. De esta manera, de la obra de Domat pasará a Pothier (1993, pp. 470 y 480), inspirador del *Code Napoleon*.

Esta limitación de la previsibilidad de los daños al solo ámbito contractual, no tiene precedentes en las fuentes romanas, pero será plasmada normativa y específicamente en el artículo 1150 del *Code Napoleon* que señala:

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 (El deudor solo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo de su parte) (Citado por Banfi del Río, 2012, p. 4).

En relación a esta norma, ya resaltaba con gran acierto desde antiguo Planiol al decir que: "...en el Code...la exclusión del artículo 1150 (que allí establece la exigencia de previsibilidad de los perjuicios) en materia de delitos y cuasidelitos introduce una diferencia, la única que es real, entre las dos especies de culpa" (Planiol citado por Domínguez Hidalgo, 1998, p. 241). Por su parte, en el artículo 1382 que indica: "Todo caso cualquiera del hombre que causa al prójimo un daño obliga a aquel por cuya falta acaeció a repararlo" y en el 1383 que plasma: "Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia", se recoge casi a la letra aquel principio ya sugerido por Santo Tomás conforme al cual se responde por "todo daño", o para decirlo más exactamente, por "todo hecho del hombre que causa daño a otro" (Corral Talciani, 2003, p. 81).

El contenido pasará al Código de Bello (2000) que reza: "Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (art. 2329), y de la misma manera que en esta norma queda establecido el principio de la indemnización por culpa extracontractual, lo relativo a los contratos quedará plasmado en el Código Civil (2000) que indica:

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo 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. (art. 1558)

Y así el factor de la previsibilidad, tanto en el Código francés como en el chileno, aparece solo ligado a la culpa contractual, ya que cuando se trata de la extracontractual, simplemente se alude a “todo daño”, sin especificar si es o no previsible.

A nuestro parecer, y tal como lo hemos ya sugerido, el verdadero sentido de las palabras “todo daño” no es sino la expresión de aquella doctrina antigua y medieval ya contenida en la escolástica y en la obra de Grotius, y que no incluía el propósito de establecer una diferencia entre la culpa contractual y extracontractual; sin embargo, la lectura del pasaje tomado del Tratado de las Obligaciones, nos muestra que el sentido que atribuye Pothier a estos antecedentes históricos, no es exactamente igual al significado primigenio, ya que tanto Santo Tomás como Grotius pretendían simplemente decir que habiendo culpa, todo daño debía ser reparado. Así las cosas Pothier, heredero del pensamiento de Domat, entendió que con la expresión “todo daño” se quería decir que en materia de culpa aquiliana no se debían hacer distinciones apoyadas en la previsibilidad, y con este sentido novedoso o distorsionado quedó plasmado el concepto tanto en el *Code Napoleon* como en todos los en él inspirados, el nuestro entre ellos, de manera que se caracterizan en esta materia por tratar en apartados distintos las configuraciones legislativas de la responsabilidad contractual y extracontractual. La doctrina se ha esforzado en procurar desentrañar las razones de esta dualidad de sedes, y ha concluido que efectivamente la única diferencia significativa estriba en que para el caso de la culpa extracontractual no se exige el elemento de la previsibilidad (Banfi del Río, 2012).

1.2 Tratamiento de la previsibilidad en Chile

La recepción en Chile de la doctrina dualista no solo alcanza el texto de nuestro Código Civil, sino que, como era lógico esperar, se impone entre los tratadistas y en la jurisprudencia, y contó con expositores tan prestigiosos como Alessandri Rodríguez. La conocemos bajo la denominación de “doctrina clásica”, y su fundamento estriba en que el artículo 1558 del Código Civil (2000), relativo a la culpa contractual, toma en cuenta que las partes, al contratar, han podido prever los daños que el incumplimiento del contrato sería capaz de llegar a causar, y sin embargo tal previsión no cabe cuando de un delito o cuasidelito se trata. En materia contractual, conforme a tal doctrina, las partes asumen convencionalmente el riesgo recíproco, y en consecuencia la responsabilidad por culpa se limita con toda naturalidad al daño que los contratantes hayan podido prever en el momento del acuerdo; pero como en el caso de la responsabilidad extracontractual no ha habido acuerdo, tampoco existe el lími-

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

te de la previsibilidad, lo que acarrea como consecuencia que el autor del hecho responde así de los daños directos previstos e imprevistos (Alessandri Rodríguez, 2005).

Tal como lo hemos anotado, la doctrina clásica de la previsibilidad dominó la jurisprudencia de los Tribunales hasta entrada la segunda mitad del siglo XX, pero los criterios comenzarán a cambiar paulatinamente a partir de una sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 7 de abril de 1958, fallo que marca un punto de inflexión hacia el postulado de que la previsibilidad es un elemento consustancial a la culpa, y no puede ser separada de ésta ni en sede contractual ni extracontractual. La teoría que podríamos llamar de la aplicación universal de la previsibilidad a la culpa, ha sido entre nosotros sostenida principalmente por el profesor Enrique Barros Bourie (2009), y expuesta de modo amplio en su conocido *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Este autor, incide especialmente en que el elemento de la previsibilidad aparece en la culpa extracontractual, aunque no haya sido objeto de convención el hecho lesivo, ya que la culpa atiende al cuidado debido, pues “...la previsibilidad es un requisito elemental de la culpa, porque la prudencia solo comprende lo que es posible prever” (Barros Baurie, 2009, p. 92) y de ello se deduce que la previsibilidad – al menos en el daño inmediato – es un factor determinante del juicio acerca de la negligencia. El argumento de que la previsibilidad precede al resultado previsto, esgrimido para negar las limitaciones por esa razón en materia extracontractual, no resulta convincente; ante todo porque se trata de determinar no lo que es previsto, sino lo que es previsible, y además, ha de tenerse en cuenta que así como en materia contractual se debe responder de los daños que eran previsibles al momento de contratar, así en materia cuasidelictual se responde por los daños que eran previsibles en el momento de cometerse el ilícito (Banfi del Río, 2012, p. 16).

La teoría de la aplicación universal de la previsibilidad, no obstante, haber abierto algunas fuertes críticas, sobre todo entre quienes propugnan el principio de la reparación integral del daño, ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia (como lo podremos apreciar más adelante en nuestro trabajo). Con todo, es interesante observar cómo una y otra posición lleva al resultado de la unificación de la responsabilidad, unos por el camino de aceptar que existe responsabilidad solo cuando los daños son previsibles tanto en materia contractual como extracontractual; otros, por estimar que, en ambas sedes, se ha de indemnizar todo daño (Banfi del Río, 2012, p. 17).

Domínguez Águila (2010, p. 20) se pregunta si en la práctica resulta sencilla la distinción entre lo previsible y lo imprevisto, y cita la opinión de los hermanos Mazeaud y Chabas, en el sentido de que la violación de un contrato causa un daño que las partes no pudieron prever, esto es, las partes que contratan pueden, claro está, prever el incumplimiento, pero lo que no prevén es cómo se va a incumplir y qué tipo y cuantía de daño se seguirá de ese incumplimiento. Igualmente interesante es en este sentido la opinión de García Goyena (1852), en cuanto se preguntaba so-

bre lo que se previó o pudo preverse en un contrato, y por eso proponía en su Proyecto reemplazar el concepto francés de perjuicios previstos por el de que los daños sean “...consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato” (p. 50). En una referencia a la correspondiente norma del *Code Napoleon*, los hermanos Mazeaud opinaban que “en este artículo (el 1150) se encuentra contenida la más importante derogación al principio de la no proporcionalidad de la indemnización a la culpa” (Mazeaud et al., 1978, p. 100) . Y Starck (1947) agregaba que “el fracaso más considerable de la teoría de la reparación integral resulta de la regla planteada por el artículo 1150” (p. 404)². Carmen Domínguez, por su parte, se muestra partidaria de derogar la regla de la previsibilidad contenida en el Código Civil (2000, art. 1558), de manera que tanto en el campo contractual como en el extracontractual, la reparación se extienda a todo daño (Domínguez Hidalgo, 1998, p. 241).

2. Evolución jurisprudencial

Llegado al punto final de esta breve indagación teórica, nos ha parecido adecuado completar el trabajo con la presentación de un panorama jurisprudencial, formado por siete sentencias. Estas se encuentran dispuestas en orden cronológico, pero no es esa la razón profunda de tal secuencia, sino la circunstancia de que ellas muestran, en una progresión creciente, la asunción paulatina por parte de nuestros jueces, del principio que hemos sostenido sobre la relación necesaria y sustancial entre culpa y previsibilidad. La sentencia del año 1958 tiene el mérito de introducir este criterio por primera vez, pero en medio del panorama general de nuestra jurisprudencia, aparece como un intento simultáneamente tímido y audaz de apartarse de un camino que hasta entonces parecía indiscutible: hacemos notar que la novedad solo la encontramos en la casación, pues los tribunales de las instancias, dotados de menor autoridad, prefieren atenerse a los caminos habituales. En el otro extremo del relato, en la sentencia Rol 26201-2014 de fecha 13 de julio de 2015, la primera sala de la Corte Suprema confirma el fallo de los tribunales de primera y de segunda instancia, y este hecho es ya indicio de que el nuevo criterio se ha generalizado. El tenor de los argumentos profundiza hasta “un punto sin retorno” que hacen de la previsibilidad un elemento sustancial a la culpa, y en cierto modo se puede decir que todo su texto – especialmente su Considerando cuarto – es un breve, pero sustancioso tratado doctrinario sobre la fundamental importancia de la previsibilidad, apoyado por la opinión de prestigiosos autores, y en una línea que, como decíamos, hace ya irreversible el paso a la aplicación universal – para todo tipo de culpa – del artículo N° 1558 del Código Civil (2000).

² N.d.E. Traducción de la autora.

2. 1. Sentencias que marcan el punto de inflexión respecto de la previsibilidad en materia extracontractual en Chile

2.1.1. Consideraciones previas

Barros Bourie (2009, p. 90), cita un conjunto de sentencias que aluden al tema de la previsibilidad. Lo hace, argumentando que son los primeros indicios de la jurisprudencia nacional en esta materia. Con posterioridad, varios autores las han utilizado, solo a modo de cita³. Sin embargo, su contenido no ha sido desvelado, en esta oportunidad daremos a conocer parte de su sustancia para demostrar cómo la jurisprudencia comenzó tímidamente a razonar distinto frente a la previsibilidad en la culpa aquiliana.

2.1.2. Sentencia Corte Suprema Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado (7 de abril de 1958)

i. Antecedentes del fallo

El día 1 de octubre de 1952, hacia las 20:00 horas, habiéndose ya puesto el sol y sobrevenida la oscuridad, don Roberto Balmaceda conducía su camioneta por una calle situada al lado occidental de la Estación Melipilla, y al intentar cruzar la vía ferroviaria que interceptaba la calle, fue arrollado por un tren de carga que entraba en la estación, a consecuencia de lo cual el señor Balmaceda resultó muerto. A la hora del accidente, conforme al reglamento y los usos de la Empresa, había ya cesado el servicio del sistema de guardavía, de manera que solo quedaban en funcionamiento los palos pintados de blanco y negro, levantados en alto al momento del siniestro, aunque iluminados por el farol que mantenía un restaurante cercano. La calle de acceso al cruce mostraba una línea de casas propiedad de la Empresa, que impedía la visibilidad hacia el oriente, por donde accedía el tren, de manera que un automovilista solo habría podido advertir el peligro cuando ya se hallaba la cabina del vehículo a dos metros del riel, una distancia tal que no habría podido evitar la colisión si el tren de improviso aparecía ante él. La viuda de Balmaceda demandó a la Empresa de Ferrocarriles exigiendo las debidas indemnizaciones, a causa de que el demandado habría incurrido en culpa por no mantener las condiciones de seguridad y visibilidad en el mencionado cruce, pero la Empresa se defendió sobre el argumento que le ofrecía el artículo N° 2.330 del Código Civil (2000), y así a la postre resultó que tanto el Tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones rechazaron la demanda y absolvieron a Ferrocarriles, por estimar que la culpa recaía fundamentalmente en el conductor de la camioneta, quien, a pesar de conocer el cruce “...y estar en posesión de todos los antecedentes que le aconsejaban recurrir a la mayor diligencia” (*Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado*, 1958, p.

³ Al efecto constatar que dichas sentencias se encuentran mal citadas.

35) optó por arriesgarse temerariamente a cruzar. En concepto de la Corte de Apelaciones, el hecho de que la visibilidad estuviera limitada por las casas que la Empresa mantenía a la orilla oriental de la calle, no constituía por sí solo un acto de negligencia, ya que existía guarda cruzada de día y barreras de noche. Ante esta última decisión la actora recurrió de casación; de esta manera, la Corte Suprema acogió el recurso presentado por la viuda de Balmaceda, revocó el fallo de la instancia y condenó a la Empresa de Ferrocarriles, por cuanto estimó (entre otras consideraciones que observaremos en el punto siguiente) que hubo “falta de previsión” por parte de la Empresa demandada al mantener las construcciones contiguas al cruce y con ello impedir la visión a quienes transitaban por la vía.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

Ante todo, el Tribunal Supremo declaró que la culpa no es simplemente una cuestión de hecho que se resuelve definitivamente en las instancias, sino: *“una materia de carácter esencialmente jurídico, cuya apreciación cae de lleno bajo el control de la Corte de Casación”* (Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 1958, cons. 6); recuerda que los sentenciadores de segunda instancia reconocieron en la Empresa falta de precaución, derivada de la escasa visibilidad que presentaba el cruce, a causa de la presencia de casas pertenecientes a Ferrocarriles que bordeaban la calle de acceso al cruce. Aunque la Corte de Apelaciones estimó que este hecho, por sí solo, no constituía un acto de negligencia, ya que la Empresa mantenía guarda cruzada de día y barreras de noche, el Tribunal de Casación negó validez a ese argumento para justificar la falta de precaución, puesto que si la víctima no tenía visibilidad sobre la línea férrea

...sino cuando la cabina de su vehículo se encuentra a dos metros del riel más próximo, o sea, cuando el que lo conduce queda irremisiblemente expuesto a ser atropellado, fuerza es concluir que el factor determinante que contribuyó a producir el daño, fue la falta de previsión o cuidado en que incurrió la Empresa demandada, al mantener la construcción de dichos edificios en las condiciones señaladas. (Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 1958, cons. 9)

Y añade la Corte en el final del considerando: *“Y en eso precisamente consiste la culpa, concepto jurídico caracterizado por la falta de previsión, cuidado o diligencia, imprudencia o descuido, que produce un daño sin intención de causarlo”* (Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 1958, cons. 9).

iii. Que conclusiones podemos extraer de este fallo

Esta sentencia, marca lo que se puede llamar el “punto de inflexión” en materia de previsibilidad, como elemento de la culpa. Anclado hasta entonces el problema plenamente en el campo de la responsabilidad contractual, como consecuencia

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

de la interpretación literal de los artículos 1558 y 2329 del Código Civil (2000), e influida profundamente la jurisprudencia por la que hemos denominado “doctrina clásica” de la previsibilidad, sostenida en nuestro país en forma prácticamente unánime, la Corte Suprema, ese año 1958 da el “gran salto” hacia adelante y se abre a afirmar que la previsibilidad es inseparable de la culpa, sea ésta contractual o extracontractual. El fallo anula la sentencia de apelación, apoyada todavía en la opinión dominante, que contaba a la sazón con el autorizado respaldo del Alessandri Rodríguez. Para la Corte Suprema, el daño no proviene de un puro caso fortuito ni de la imprudencia de la víctima, conductor de la camioneta, sino de la falta de previsión atribuible a la Empresa de Ferrocarriles que mantenía construcciones prácticamente contiguas a un cruce peligroso y poco iluminado, de manera tal que se impedía la visibilidad de los automovilistas hasta un momento en el que les habría sido imposible evitar ser arrollados por el tren. El Considerando 9 de la sentencia, después de haber consignado que el accidente se debió a la falta de previsión de Ferrocarriles, termina con una frase que ha marcado un hito en la jurisprudencia y en la doctrina posterior: *“Y en eso, precisamente, consiste la culpa...”* (Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 1958, cons. 9).

2.1.3. Sentencia Corte Suprema Bentancur Valdebenito Erna (29 de marzo de 1962)

i. Antecedentes del fallo

Después de haber tenido un incidente la procesada con su marido, ambos en estado de ebriedad, en el que la mujer resultó con algunas equimosis en las piernas y en la cadera, el hombre se acostó en su cama vuelto hacia el costado izquierdo de su cuerpo. En esa oportunidad, y transcurrido un “rato”, su cónyuge tomó un fierro de ochenta y cinco centímetros de largo por siete de ancho y le asestó un golpe en la cabeza, produciéndole, según el informe de autopsia, una hemorragia cerebral a causa de fractura en la base izquierda del cráneo, que le ocasionó un traumatismo por golpe directo con elemento contundente, y finalmente la muerte.

La sentencia de primera instancia condenó a la mujer como autora del delito de lesiones graves. Consultada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Concepción da un giro en la figura del delito y la condena como autora de delito de parricidio a la pena de presidio perpetuo y a la accesoria correspondiente.

Contra la sentencia de segunda instancia, la reo interpone recurso de casación en el fondo, que se funda en que el hecho penal aquí investigado es constitutivo de cuasidelito de homicidio y de delitos de lesiones, existiendo por tanto un concurso en un delito preterintencional. Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia por la que la Corte de Apelaciones de Concepción condena a la señora Betancur Valdebenito a presidio perpetuo y a la accesoria correspondiente.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

La reo en el recurso de casación, argumenta que su ilícito no consiste en parricidio, sino en un concurso de delito de lesiones graves y cuasidelito de homicidio. La Corte Suprema, al negar la existencia del cuasidelito de homicidio, incide en el aspecto de la culpa a fin de determinar cuándo existe y cuándo no esta figura. La reflexión del Tribunal es breve pero interesante: *“La culpa es conforme a un principio también ya conocido, una posibilidad de prever lo que no se ha previsto. Es decir, su requisito esencial es la previsibilidad”* (Bentancur Valdebenito Erna, 1962, cons. 5).

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

Una sentencia en materia penal, a propósito de un caso de parricidio, pero donde la Corte Suprema en el Considerando 5, expone un concepto doctrinario sustancialmente análogo al expresado, cuatro años antes, por la misma Corte: al intentar establecer una diferencia entre la culpa y el dolo, incide en la universalmente aceptada distinción entre lo que es intencional y lo que no lo es, pero lo que más íntimamente perfila la culpa es la previsibilidad, o como dice la sentencia, la posibilidad de prever lo que no se ha previsto, y considera que tal previsibilidad es el elemento esencial de la culpa. Nótese un matiz de diferencia entre este fallo y el inmediatamente precedente del año 1958: aquél define la culpa como “falta de previsión”; éste como el “no haber previsto lo previsible”. El nuevo matiz es acertado, ya que ciertamente no puede configurarse un hecho como culposo si aquel resultado no previsto era razonablemente imposible de prever.

2.1.4. Sentencia Corte Suprema rol 10.995 Orellana Rojas, Thiris con M. G Jerónimo (23 de enero 1975)

i. Antecedentes del fallo

La señora Thiris Orellana, es dueña de una tienda de vestuario femenino situada en la planta baja de un edificio. En el piso superior funciona un establecimiento para expendio de bebidas alcohólicas, propiedad de don Jerónimo M. G. El dueño del bar, ha encomendado a un barman el cuidado de abrir y cerrar el negocio y de mantener en buen estado los diversos servicios del local.

La noche del 10 de mayo de 1972, se produjo en el edificio un corte de agua que afectó al local del bar, y el servicio no quedó restaurado sino después de que el negocio ya había cerrado. El barman encargado, sin duda por un descuido a causa de que el agua no corría, no puso la atención requerida destinada a cerrar el paso de agua que servía a los diferentes artefactos, y especialmente a los servicios higiénicos del local: hay que agregar que pocos días antes, la válvula del escusado había sido dañada por un tercero no identificado. Con el paso de agua sin cerrar y la válvula estropeada, el líquido se derramó hacia la planta baja y deterioró una parte importante de los vestidos y mercancías mantenidos por la tienda de vestuario.

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

La señora Orellana demanda por indemnización de perjuicios, en virtud de responsabilidad extracontractual, al señor M. G, ante el Segundo Juzgado de letras de Concepción, y el fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones. La parte demandante deduce recurso de casación, y la Corte Suprema acoge en parte la petición.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

El fallo del Tribunal de Casación señaló que:

La culpa en los cuasidelitos civiles, no está sujeta a la graduación que contempla el artículo 44 del Código Civil, porque solo rige para el incumplimiento de una obligación, y en éstas el deudor responde de diferentes grados de culpa, según los diversos contratos; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, el hechor responde solo de culpa, cualquiera que sea su naturaleza. Y respecto de la culpa en sí, sin relación a la actuación del hombre abstracto a que se acude para referirse a la culpa contractual, dice Leonardo A. Colombo: 'Consistiendo la culpa en no evitar aquello que ha podido preverse y evitarse...' (Culpa Aquiliana, pág. 202), concepto con el cual concuerda Roberto Ruggiero, pues dice: "Delito es el hecho dañoso, imputable, voluntario y realizado con deliberada intención de causar un perjuicio o de violar un derecho ajeno (dolo); cuasidelito es también el hecho voluntario e imputable, pero que realizándose sin intención de causar daño, entraña una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta (culpa en sentido técnico).(Orellana Rojas, Thiris con M. G Jerónimo, 1975, cons. 15).

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

La Corte Suprema profundiza la doctrina de la aplicación universal relativa al límite de la previsibilidad, en el sentido de que tanto para una como para otra sede, solo se indemnizan los daños previstos o previsibles. El fallo explícitamente mantiene la dualidad de sedes, ya que en una existe la graduación de la culpa y en la otra no, pero en cuanto a la previsibilidad, la culpa en sí presenta la misma configuración, y al respecto la Corte cita dos conceptos de ilustres juristas que dan a entender cómo, en sentido técnico, la culpa siempre entraña una negligencia, es decir, en palabras de Ruggiero, "un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta", o como dice Colombo, un "no evitar aquello que ha podido preverse o evitarse". Tales conceptos, como asimismo otros traídos a colación en nuestros anteriores fallos jurisprudenciales, han sido reproducidos hasta hoy con frecuencia por la doctrina de los autores.

En cuanto a la sentencia que en este momento nos ocupa, la falta de cuidado en la vigilancia de un grifo estropeado, cuya posibilidad de colapso definitivo era bien previsible, fue justamente el argumento que sirvió de apoyo a la decisión de la Corte.

2.1.5. Corte de Apelaciones de Concepción. Contra Cuevas Rivas, Marcial (7 de noviembre de 1985)

i. Antecedentes del fallo

Hacia las seis de la madrugada del 11 de diciembre de 1982, un camión de gran tonelaje con carro coloso de arrastre se introdujo en una pista recta de circulación restringida, ya que se trataba de carretera en construcción con una sola vía pavimentada en servicio y berma lateral; la otra franja de la vía no se hallaba puesta a disposición del público, carecía de berma y tenía colocadas piedras de bolillo y delineadores reflectantes destinados a impedir el tránsito de vehículos. Por el extremo opuesto de la vía penetró un automóvil, conducido por su piloto Artemio Vildósola, y tres pasajeros, dos de ellos menores de edad, familiares del conductor. La visibilidad de la carretera era perfecta, pero al momento de acercarse los dos vehículos, el camión no frenó – según se pudo comprobar – ni se apartó hacia la berma, con el resultado de una colisión que arrastró al automóvil en un trayecto de treinta y cinco metros: el vehículo quedó seriamente dañado, y a consecuencia del golpe, murió el piloto y quedaron heridos de distinta gravedad los restantes ocupantes.

Se interpone demanda por cuasidelito de homicidio y lesiones, el fallo de primera instancia acoge la acción indemnizatoria y la Corte de Apelaciones de Concepción confirma la sentencia, aunque modifica la cuantía de los montos que se imputan.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

La Corte de Apelaciones de Concepción partió señalando que:

Un delito es culposo cuando el resultado que determina la acción no ha sido previsto ni querido por el que lo ejecuta, quien además no ha tenido la intención de generar lesión jurídica alguna. Este resultado se origina de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o deberes. La culpa se traduce en falta de diligencia y de atención y se caracteriza por la actitud negligente y despreocupada del autor frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico. Para la existencia de la culpa se requiere una acción u omisión consciente y voluntaria, pero realizada sin intención: el agente efectúa el acto sin adoptar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar consecuencias dañinas; adopta una conducta negligente y displicente, no obstante que su conciencia le fija el deber de ser atento y diligente y finalmente, el desenlace dañoso debe ser previsible para el agente. (Contra Cuevas Rivas, Marcial, 1985, cons. 7)

A continuación indicó:

El hechor en este caso menospreció la atención y cuidado que requería su obrar frente a los derechos, bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que con ello ocasionaba. Los factores que rodearon el queha-

cer ilícito del procesado pudieron y debieron ser previstos por el agente, por lo que le es imputable el resultado dañoso. (Contra Cuevas Rivas, Marcial, 1985, cons. 13)

Para terminar, precisando:

... el caso fortuito es un suceso imprevisto e irresistible. Es imprevisto porque la razón no puede determinar si se ha de realizar, y es irresistible porque no es posible evitar las consecuencias y no hay medios de impedirlos. Estas características del caso fortuito (...) deben estar en sí mismo, esto es, ni el autor del daño ni ninguna otra persona, situada en las mismas condiciones o circunstancias de tiempo y lugar haya podido preverlo o evitarlo. Ello implica que la imposibilidad de prever o resistir el acontecimiento debe ser absoluta. A contrario sensu, una imposibilidad relativa, que solo diga relación con el autor o agente, que únicamente a él afecte y no a otra persona colocada en la misma circunstancia o situación, le resta al acto el carácter de imprevisto o irresistible. (Contra Cuevas Rivas, Marcial, 1985, cons. 17)

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

El análisis sobre la actuación del camionero que provocó la colisión, muerte y lesiones de personas que circulaban por la misma vía, pero en sentido contrario, marca otros de los hitos importantes en la incorporación de conceptos doctrinarios por la jurisprudencia sobre previsibilidad: ante todo, a través de diversos considerandos, procura establecer el límite entre culpa y caso fortuito. El caso fortuito, nos dice la Corte de Apelaciones de Concepción, tiene rasgos de imprevisión e irresistibilidad que están en el mismo acto, y serían sufridos por cualquier persona que se hallare en las mismas circunstancias: *“la imposibilidad de prever o resistir ha de ser absoluta”*, y solo si en el acontecimiento concurren tales rasgos – que no eran del caso del camionero – puede ser invocado.

Una vez más, por otra parte, la jurisprudencia ahonda en la diferencia que existe entre lo que es previsto y lo que es previsible: para que haya culpa, el resultado que determina la acción no ha sido previsto ni querido por el que lo ejecuta, pero se agrega que el resultado dañoso debe ser previsible para el agente quien terminó causando el daño por adoptar una conducta negligente, pese a que su conciencia le fijaba el deber de ser atento y cuidadoso.

Por nuestra parte, podemos agregar que los sentenciadores, en este análisis doctrinario, parecen acomodar con el punto de vista que era común en la época, respecto de que en la culpa concurre la ausencia de previsión del daño que se pudo prever; acaso pudo también haber tomado en cuenta aquellos casos donde el daño se prevé, pero no ha sido querido.

2.2. Sentencias recientes que demuestran una clara unificación en torno a la previsibilidad

2.2.1. Consideraciones previas

A pesar de que en las páginas anteriores pudimos advertir que, paulatinamente, la jurisprudencia ha reconocido la previsibilidad como elemento consustancial a la culpa aquiliana, no ha sido sino hasta el año 2005 en donde se observa una fuerte tendencia hacia lo recientemente señalado. En los fallos que a continuación se exponen, tanto los tribunales inferiores como la Corte Suprema son claros en establecer sus argumentos a favor de la unificación de la previsibilidad. La última sentencia que se analiza, contiene todas las características que indican claramente que la marcha atrás en razón de este tema se ha hecho imposible.

2.2.2. Corte Suprema, Rol N° 760 – 2009

i. Antecedentes del fallo

Alexander Hüber, fotógrafo de profesión, de viaje en la isla de Pascua, pidió autorización a la modelo Catalina Pakomio Higgs para retratarla en atuendos típicos, con una bandeja de productos alimenticios de alto valor, característicos de la isla y un bello paisaje de fondo. Aunque la señorita Pakomio autorizó la fotografía, en ningún momento extendió ese permiso al fin de comercializar y sacar provecho de su imagen.

Seis años después, Hüber publicó una agenda en la que incluye la citada fotografía, y además deja constancia en el documento de que tenía todos los derechos reservados y ninguna parte de la agenda podía ser reproducida sin permiso escrito de los editores. El año 1997, Hotelera Manutara S.A le compró al señor Hüber, quien emitió la correspondiente factura, las mencionadas fotografías; a continuación, el comprador traspasó el material fotográfico a Hotelera Panamericana, que a su vez, lo hizo llegar a Lan Chile para un trabajo de promoción turística de la isla de Pascua. Interviene entonces la agencia de publicidad Grey Direct Response S.A que prepara el material, para luego ser entregado a los medios de comunicación. En todo caso, hay que reiterar que ni Hüber ni ninguno de los posteriores adquirentes de las fotografías, contaron jamás con el consentimiento de la modelo para publicar su imagen retratada dentro de las producciones que cada uno de ellos elaboró.

La señorita Pakomio demanda al fotógrafo y a los posteriores adquirentes, para que sean condenados solidariamente a pagar las indemnizaciones por todos los daños que han ocasionado, incluidas las derivadas de las violaciones a sus garantías constitucionales, y el Primer Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda. Habiendo apelado, los demandados obtienen que la Corte de Apelaciones de Santiago revoque la sentencia de primer grado y rechace en todas sus partes la demanda. La actora deduce recurso de casación en la forma y en el fondo, y la Corte Suprema acoge este

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

último en lo referente al demandado Alexander Hüber, pero lo desestima respecto de los demás que adquirieron y publicaron a posteriori las fotografías de la demandante.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

La Corte Suprema argumenta inicialmente:

La ilicitud de la actuación de los demandados se genera en la medida en que ella no solo haya causado perjuicio y tenga una relación directa con ese resultado, sino que además haya sido realizada con culpa intencional o no intencional, es decir, con dolo o con infracción al deber de cuidado estándar exigido en el común desarrollo del acervo de relaciones que se producen en la vida en sociedad. Esta es la perspectiva que conduce a solucionar la presente litis, para lo cual ha de considerarse también la representación del resultado dañoso en el agente y esta previsión, sin duda, confluye con el actuar de uno de los demandados, quien, en su calidad de fotógrafo profesional, representante de una editora de esa naturaleza, no pudo sino prever las consecuencias del uso comercial de una fotografía que si bien fue captada con el consentimiento de la modelo, no contaba con la anuencia de esta última para ser editada y circular en diversos medios (Pakomio Higgs Camila Andrea Con Huber Mardones Alexander Cliffloor, Empresa Hotelera Panamerica S.A, Grey Direct Response S.A. y Otros, 2011, cons. 9)

Continúa haciendo la siguiente distinción:

En lo que dice relación con las actuaciones atribuidas a los restantes demandados, no puede ser acogido, desde que no se advierten en la decisión adoptada los yerros que pretende la recurrente. En efecto, el resultado dañoso, ya circunscrito al uso comercial no autorizado de la imagen de la modelo, resulta imprevisible para quienes adquirieron lícitamente del demandado Hüber las fotografías de la demandante, habiendo emitido aquél la correspondiente factura. (Pakomio Higgs Camila Andrea Con Huber Mardones Alexander Cliffloor, Empresa Hotelera Panamerica S.A, Grey Direct Response S.A. y Otros, 2011, cons. 12).

Y a mayor abundamiento, citando al Profesor Barros señala:

El modelo del hombre prudente y diligente nos remite a una persona que delibera y actúa razonablemente; y como lo imprevisible no puede ser objeto de deliberación, no hay diligencia que pueda comprenderlo. La previsibilidad, como condición de la culpa, permite distinguir la acción culpable del caso fortuito, es decir, del hecho cuyas consecuencias dañosas son imprevisibles y que es imposible de resistir. (Pakomio Higgs Camila Andrea Con Huber Mardones Alexander Cliffloor, Empresa Hotelera Panamerica S.A, Grey Direct Response S.A. y Otros, 2011, cons. 13)

En este orden de ideas y en el contexto fáctico asentado, no se divisa la culpabilidad de los restantes demandados en las actuaciones que se les imputa por la demandante.

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

La sentencia de la Corte Suprema, distingue entre el fotógrafo Hüber y las personas e instituciones que posteriormente adquirieron las fotos. Respecto del fotógrafo, se acredita que tomó fotografías a la modelo con permiso de ella, pero sin autorización para comercializarlas. El acto ilícito pues, no consiste en haber fotografiado a la modelo, sino en el hecho de haber editado, puesto en circulación y comercializado dichas imágenes a través de diversos medios, pues Hüber, en su calidad de fotógrafo profesional, no pudo dejar de prever las consecuencias del uso comercial de una fotografía, máxime cuando había omitido la petición de autorización a la modelo. Los demás implicados, personas adquirentes posteriores, son tenidos simplemente por exentos de culpa, porque bajo ninguna circunstancia habrían podido configurar la previsibilidad respecto del resultado dañoso, por cuanto el que tomó las fotos las vendió otorgando la consiguiente factura incorporada a la contabilidad, y además publicó una agenda donde dejaba constancia que todos los derechos son reservados.

2.2.3. Corte Suprema Rol N° 7949 – 2009

i. Antecedentes del fallo

El día 23 de diciembre de 1996, hallándose un determinado local de Supermercados Unimarc en la hora de atención al público, concurrió a ese lugar un camión de transporte de valores, propiedad de la Empresa Brink's, con el propósito de recibir, para posteriormente transportar, bolsas de dinero que debían ser entregadas en una sala donde Unimarc mantiene una oficina destinada a tal efecto. Dicha sala está situada en el segundo piso, y a ella se accede a través de un pasillo que discurre junto a las cajas donde el público acude a pagar el importe de sus compras.

Cuando los guardias de seguridad de Brink's, una vez recibidos los dineros o valores, los llevaban en bolsas al vehículo que esperaba estacionado frente al establecimiento, precisamente en el momento que transitaban a lo largo del pasillo destinado al público, se produjo un asalto y tiroteo protagonizado por delincuentes que, de acuerdo con declaraciones de un testigo presencial, se encontraban de antemano en el interior del supermercado. Pronto el tiroteo se hizo cruzado, pues el personal de Brink's, desde los estacionamientos, disparaba hacia interior donde se encontraba el público. Como consecuencia de ello, una clienta que acompañaba a su marido y su hija menor, resultó herida a bala. Los delincuentes huyeron del lugar sin haber logrado sustraer las bolsas y no llegaron a ser identificados.

El cónyuge de la señora herida, don Oscar Martínez, deduce demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual contra Unimarc y solidariamente contra Brink's, reclamando la correspondiente indemnización y el daño moral. La demanda fue rechazada en todas sus partes por el Tribunal de primera instancia. Ante la Corte de Apelaciones, se acoge en parte el recurso, y se condena a las empresas demandadas a pagar solidariamente el daño mo-

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

ral. Habiendo deducido ambas entidades recurso de casación, la Corte Suprema confirma la circunstancia de haberse cometido un cuasidelito civil y rechaza el recurso, validando así la sentencia de segunda instancia.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

La Corte Suprema, desarrolla su iter argumentativo sobre la base de discutir las alegaciones de la parte demandada, la cual niega la falta de previsión: según ésta, la herida inferida a la cónyuge del demandante tuvo lugar no como resultado de culpa de Unimarc o Brink's, sino como consecuencia de fuerza mayor, un "asalto imprevisible" (*Martínez Rojas Oscar Dennis con Sociedad Comercial Inmobiliaria Unimarc S.A., Transportes de valores Brink*, 2012, cons. 2). Por el contrario, la Corte Suprema declaró que el asalto no era imprevisible, aunque tampoco evitable: a los demandados les asistía la obligación de tomar las medidas para paliar semejantes situaciones. En lo que se refiere a Unimarc, era su deber tener un lugar aislado y que funcionara en un horario sin público, que no pudiera estar expuesto cuando se realizaban las operaciones de recepción de dinero. Respecto de Brink's, su deber de diligencia habría sido imponer la prohibición a los guardias de ingreso y salida por los lugares donde asistía el público, particularmente cuando portaban dinero o armas. Además, la previsibilidad es uno de los elementos de la culpa indispensable para que la negligencia sea punible, y al haber los demandados incurrido en falta de previsión, no se puede considerar que el asalto haya provocado un daño por caso fortuito (*Martínez Rojas Oscar Dennis con Sociedad Comercial Inmobiliaria Unimarc S.A., Transportes de valores Brink*, 2012, cons. 4).

Remata la Corte señalando:

No es la ausencia de una sala especial lo que constituye el cuasidelito civil que se imputa a las demandadas, sino que haber facilitado el desplazamiento por un lugar común tanto de los guardias que transportan los valores como del público que frecuenta el supermercado donde ocurren los hechos y que acarreó como consecuencia la exposición por parte del demandante a la aflictiva situación de ver expuesta su vida y la de su familia. (Martínez Rojas Oscar Dennis con Sociedad Comercial Inmobiliaria Unimarc S.A., Transportes de valores Brink, 2012, cons. 5)

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

Los procedimientos de un establecimiento donde se atiende al público, no pueden quedar al arbitrio de quienes administran tales lugares, y no es propio argumentar que esas decisiones quedan soberanamente entregadas al criterio de los gerentes o jefes de establecimiento, pues deben tener en cuenta el interés de las personas a que atienden y tomar las precauciones necesarias para que no sufran las consecuencias dañosas de hechos que se pueden prever. Para épocas, ambientes y lugares donde los delitos contra la propiedad, inclusive con violencia, se dan con una fre-

cuencia que no los convierte en excepcionalísimos, máxime donde se opera con grandes cantidades de dinero no resguardadas mecánicamente, constituye una falta de previsión inaceptable que tales actividades se efectúen en lugares destinados a la concurrencia de público. La Corte Suprema, condena a Unimarc no por carecer de una sala donde se efectúe la entrega de bolsas de dinero, sino porque tal operación se realiza en espacios y pasillos destinados al público y con su presencia; igualmente Brink's es condenada por cuanto los guardias con armas y bolsas de dinero, transitan por esos mismos lugares. Las consecuencias del asalto pues, son un resultado de la falta de previsión, tanto de Brink's como de Unimarc, y no es adecuado atribuir tales daños a fuerza mayor, pues se habrían evitado con una actitud previsor y diligente de los demandados.

2.2.4. Corte Suprema Rol N° 26201-2014

i. Antecedentes del fallo

Durante el proceso de una faena agrícola consistente en la siega mecánica de un campo de avena situado en las inmediaciones de la villa de Casablanca, la cuchilla de la máquina segadora tropezó contra un guijarro oculto entre las espigas. La colisión produjo una chispa, la que al contacto con las cañuelas ya secas del cereal, provocó la formación de un foco ígneo, y el viento y calor circunstancialmente existentes, contribuyeron a que el fuego se propagase hasta adquirir las dimensiones de un verdadero incendio. El siniestro, no solamente afectó al sembradío para cuya cosecha se habían contratado los servicios de la empresa dedicada a prestar por cuenta ajena actividades consistentes en faenas agrícolas mecanizadas, sino que afectó igualmente a un predio aledaño al campo de avena.

Los acontecimientos descritos dieron lugar a que el dueño del campo vecino afectado por el incendio, incoara una demanda de indemnización de perjuicios contra la empresa agrícola cosechadora, destinada a hacer valer la responsabilidad extracontractual de ésta por los daños que causó el incendio. La acción presentada ante el Tribunal de Casablanca, aparecía fundada en los artículos 44, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil (2000): el demandante atribuye responsabilidad aquiliana – esto es, por culpa extracontractual – y solicita que la empresa sea condenada a indemnizar daños materiales y morales provocados tanto por las propias acciones y omisiones negligentes de la persona jurídica demandada, como las del dependiente que en el momento del suceso manejaba y manipulaba la correspondiente máquina cosechadora. Conforme los términos de la demanda, la responsabilidad de la Empresa se fundamenta en la supuesta falta de control y supervisión respecto de las faenas, en el hecho de carecer de autorización para encender fuego, por no proveer medidas destinadas a que las máquinas operen con seguridad durante la estación estival y que así se evite la propagación del fuego. La responsabilidad del dependiente quedaría configurada por cuanto, a pesar de ser un profesional especializado, no atinó a adoptar

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

las correspondientes medidas de seguridad, pese a que segaba y desmalezaba en verano, con altas temperaturas y una maquinaria que, al operar por rozamiento, estaba expuesta a recalentarse de manera excesiva.

El Tribunal de primera instancia rechazó la pretensión del actor, y finalmente la sentencia resultó confirmada, tanto por La Corte de Apelaciones como después por el Tribunal de Casación, cuyos fundamentos pasaremos a exponer brevemente.

ii. Qué aspectos hemos de resaltar en esta sentencia

Según el recurrente, el fallo de segunda instancia incorporó un requisito no exigido por la ley para configurar la responsabilidad extracontractual, cual es el factor de previsibilidad o imprevisibilidad del incendio: no hay por qué incluir ese elemento, porque el artículo 2329 del Código Civil (2000) no lo contempla, y se refiere a “todo daño”. La previsibilidad no fue un asunto controvertido, y así “no quedó fijado en el auto de prueba” (*Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda.*, 2015, cons. 1).

Por su parte, la demandada alega que el incendio se produjo por un hecho imprevisto, pues no se puede exigir que antes de la siega se revise si hay alguna piedra. Así, en este caso, no se cumple con el nexo causal entre el hecho (la siega) y el daño (el incendio).

Con todo, el Tribunal de apelación decidió que para confirmar el fallo de primera instancia y se declarara o no la existencia de culpa y responsabilidad, debía determinarse si los daños fueron previstos por quien ejecutaba la correspondiente conducta: y así establecerse si el incendio fue un efecto previsto o al menos, previsible. Precisó que

Para que el resultado dañoso pueda ser imputable a título de culpa se requiere que el hechor de alguna manera se haya representado la consecuencia, es decir, que haya podido razonablemente preverlo con antelación, ya que de no existir esta representación el resultado de perjuicios no será previsto ni previsible y así la conducta carecerá de relevancia para originar responsabilidad extracontractual. (Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda., 2015, cons. 3)

El fallo sostuvo que la previsibilidad de incendio, en este caso no puede razonablemente estar representada en la mente de un operador de equipo cosechador de avena, ya que tal tipo de faenas se realiza normalmente de ese modo.

El Tribunal Supremo da una extensa lista de razones, en relación con el error de derecho denunciado por el actor, en el sentido de que la previsibilidad no era un requisito exigido por la ley para determinar la responsabilidad extracontractual: la Corte Suprema señala una vez más que la previsibilidad debe considerarse un requisito constitutivo de la culpa, pues permite distinguir la culpa del caso fortuito. La dis-

cusión sobre la previsibilidad, por tanto, no es ajena a la determinación de la existencia de la culpa. La previsibilidad por lo demás, al igual que la culpa, *“no hace referencia a un fenómeno psicológico sino a aquello que debió ser previsto”* (Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda., 2015, cons. 4), considerando el discernimiento de una persona diligente. La previsibilidad es inherente a la culpa, y ésta consiste en no prever lo que una persona razonable habría podido prever.

iii. Qué conclusiones podemos extraer de este fallo

Esta sentencia reciente de la Corte Suprema, viene a marcar la señal de un punto sin retorno en cuanto a la previsibilidad, y contiene como en síntesis todos los elementos y características de la materia. Nótese por lo demás, que la Corte de Casación confirma una cadena de sentencias, lo que indica cómo para el año 2015, ya se había hecho doctrina común la que por primera vez, acaso en forma tímida, fue expuesta en el caso del cruce de Melipilla: nos referimos a la famosa sentencia del año 1958. Autores como Barros Bourie y Banfi del Río, sostenedores de las nuevas tendencias en torno al tema, son citados con generosidad, y sea expresamente o no, el texto plasma pasajes y alocuciones provenientes de sus plumas. A mayor abundamiento, el profesor Banfi del Río es citado en el Considerando cuarto, podemos observar en él que en su doctrina señala claramente frases que se han convertido en célebres, extraídas de la sentencia de la Corte Suprema del año 1962 y a la cual nos referimos en páginas anteriores. Respecto de Barros Bourie, se advierte claramente (en el mismo considerando) su inclinación por la unificación que debería tener el elemento de la previsibilidad en ambas sedes.

Naturalmente que el peso de la argumentación es un recorrido intelectual y doctrinario realizado en torno al tema de nuestro estudio: ¿puede estimarse resultado de la negligencia un daño cuyo autor no estuvo razonablemente en condiciones de prever? No hay duda de que en el presente caso se había producido un daño, ni tampoco se puede dudar sobre la presencia del factor objetivo de atribución; lo que sin embargo resulta discutible es la concurrencia de culpa, y mediante la sentencia se llegó a la conclusión de que este requisito no puede ser separado de la previsibilidad, de manera que una y otra están unidas entre sí como elementos consustanciales. Precisamente sobre tal premisa, la Corte rechaza la pretensión del recurrente, por la razón de que en el problema suscitado no ha logrado ser demostrada la previsibilidad de los daños que llegó a provocar la chispa generadora del incendio, y más aún, hasta la propia aparición de la mencionada chispa.

La Corte Suprema en esta materia es terminante: la previsibilidad, como ya hemos dicho, es un elemento consustancial a la culpa, pues no se podría pedir a un buen padre de familia o a una persona razonable que se abstuviera de un acto respecto del cual no cabe prever ninguna consecuencia perniciosa o dañina, ya que *“no hay culpa cuando el hecho no puede razonablemente ser previsto”* (Barros Bourie, citado

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

en Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda., 2015, cons. 4), y abundando en el concepto, se hace eco la Corte de las conclusiones de Banfi del Río (2012), quien sostiene que *“la previsibilidad... es inherente a la culpa”* (p. 16). Por eso la Corte desestima el recurso de casación, ya que el fundamento de éste estriba en que

...al razonar el fallo recurrido sobre la falta de previsibilidad del incendio y sus consecuencias, los sentenciadores (de las instancias) no han incorporado un requisito no previsto por la ley para la configuración de la responsabilidad aquiliana, sino que se han limitado a analizar el elemento de la culpa, presupuesto indispensable de la acción intentada, por lo que (no) se han excedido en los límites de la presente controversia. (Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda., 2015, cons. 5)

Conclusiones

Después de un breve recorrido por la evolución doctrinaria y jurisprudencial, podemos concluir respondiendo a nuestra hipótesis que: “No resultan obsoletos en la actualidad los principios romanos relativos a la relación sustancial entre la culpa y la previsibilidad en el campo de la responsabilidad aquiliana”. Al contrario, este estudio nos ha demostrado el retorno de la previsibilidad, como elemento consustancial a la culpa en materia extracontractual.

De esta manera, analizamos durante nuestro trabajo el tratamiento que se dio a este requisito en Roma, en la época medieval, en el renacimiento, durante la codificación y finalmente en nuestro país; para posteriormente observar cómo nuestros tribunales participaron paulatinamente en el cambio jurisprudencial que hoy día marca tendencia.

El principio romano de la consustancialidad entre la culpa y la previsibilidad, se desvirtúa durante la época tardomedieval, tal vez como consecuencia de un proceso de moralización que pretendía la reparación de “todo daño”, y así, ya en la doctrina francesa precursora del Code Napoleon, se ha introducido triunfante la noción de que cuando el deber de indemnizar no tiene fundamento convencional, sino cuasidelictual, el responsable ha de ser compelido a reparar “todo daño”. La cuestión que parecía soslayada es la siguiente: verdad es que el culpable responde de todo daño, pero, ¿acaso hay culpa cuando el resultado dañoso no es previsible? Y esta pregunta quedó sin responder hasta que la jurisprudencia y la doctrina recientes, por vía de reflexión, volvieron a acoger la idea de que culpa y previsibilidad son inseparables.

Con todo, hemos recurrido para dar certeza a nuestra respuesta a la fuente histórica, es así como analizamos un caso del Digesto que al finalizar este trabajo podemos cotejar con las últimas sentencias de nuestros tribunales y señalar: que la de-

finición que da Mucio de la culpa es muy parecida a la que dan los sentenciadores en el fallo de 1958; la circunstancia de si la actividad peligrosa se desarrolla en lugar frecuentado por personas, recuerda el caso Unimarc; las reflexiones de Mucio están en el cimiento mismo del desarrollo doctrinal que dedica al tema el Considerando cuarto del caso del incendio en Casablanca; así ante todo, no hay culpa sin previsibilidad.

En consecuencia, hemos retornado curiosamente a lo que podría parecer una “involución” en el desarrollo del razonamiento jurídico a la luz de la modernidad, sin embargo, en definitiva equivale a la demostración de la vigencia del Derecho Romano y a la conclusión que las soluciones más prácticas demuestran cómo son tributarias a problemas actuales, que no están obsoletas, son útiles y así nos permiten resolver las interrogantes que nos plantea hoy la ciencia del Derecho.

Referencias Bibliográficas

Alessandri Rodríguez, A. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Banfi Del Río, C. (2012). Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. *Ius et praxis*, 18(2), 3-32. doi: 10.4067/s0718-00122012000200002

Barrientos Zamorano, M. (2007). Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. *Revista chilena de derecho*, 34(1), 7-22. doi: 10.4067/s0718-34372007000100002

Barros Bourie, E. (2009). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Bentancur Valdebenito Erna, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, N° 59 (Corte Suprema 29 de marzo de 1962).

Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de <http://bcn.cl/1uqm8>

Code civil des Français, París, 21 de marzo de 1804. Recuperado de <http://bit.ly/2km2M6W>

Contra Cuevas Rivas, Marcial, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, N° 82 (Corte de Apelaciones de Concepción 7 de noviembre de 1985).

Corral Talciani, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

D'Ors, A., Hernández Tejero, F., Fuenteseca, P., García Garrido, M., y Burillo, J. (Trads.). (1968). *El Digesto de Justiniano*. (Vol. 1). Pamplona: Aranzadi.

La previsibilidad en la culpa aquiliana.

Domat, J. (1841). *Las leyes civiles en su orden natural* (Vol. 2) (F. Vilarrubias y J. Sardá, Trads.). Barcelona: Imprenta de José Taulo. Recuperado de <https://bit.ly/3jj4kbt>

Domínguez Hidalgo, C. (1998). Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil. *Revista de derecho* (Valparaíso), 19, 237-247. Recuperado de <https://bit.ly/39bLrT4>

Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista chilena de derecho privado*, (15), 9-28. doi: 10.4067/s0718-80722010000200001

Dumoulin, C. (1681). *Tractatus de eo quod Interest* (Vol. 3). Paris: Oeuvres.

García del Corral, L. (1989). *Cuerpo del Derecho Civil romano* (Vol. 1). Barcelona: Lex Nova.

García Goyena, F. (1852). *Concordancias motivos y comentarios del código civil español* (Vol. 3). Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Recuperado de <https://bit.ly/2OEGAjV>

Grotius, H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz* (J. Torrubiano Ripoll, Trad.). Madrid: Reus.

Holzmann Poisson Cristian con Agrícola Las Colinas de Tapihue Ltda., Rol N° 26201-2014 (Corte Suprema 13 de julio de 2015). Recuperado de <https://vlex.cl> id: 577904134

Martínez Rojas Oscar Dennis con Sociedad Comercial Inmobiliaria Unimarc S.A., Transportes de valores Brink, Rol N° 7949-2009 (Corte Suprema 17 de enero de 2012). Recuperado de <https://bit.ly/39b4aOR>

Mazeaud, H., Mazeaud, J., Mazeaud, L. y Chabas, F. (1978). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (Vol. 3). Paris: Montchrestein.

Orellana Rojas, Thiris con M. G Jerónimo, Rol N° 10.995 (Corte Suprema 23 de enero 1975).

Pakomio Higgs Camila Andrea Con Huber Mardones Alexander Cliffloor, Empresa Hotelera Panamerica S.A, Grey Direct Response S.A. y Otros, Rol N° 760-2009 (Corte Suprema 11 de agosto de 2011). Recuperado de <https://bit.ly/2CmkRei>

Pothier, R. (1993). *Tratado de las obligaciones* (M.C. de las Cuevas, Trad.). Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Samper Polo, F. (2007). *Derecho romano* (2a ed.). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Starck, B. (1947). *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein.

Tomás de Aquino (1990). *Suma de teología* (Vol. 3)(O. Calle Campo y L. Jiménez Patón, Trads.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. Recuperado de <https://bit.ly/2WCc8vh>

Valenzuela viuda de Balmaceda Carmen con Empresa de Ferrocarriles del Estado, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, N° 50 (Corte Suprema 7 de abril de 1958).

Wesenberg, G. y Wesener, G. (1998). *Historia del derecho privado moderno* (J. L. de los Mozos Touya, Trad.). Valladolid: Lex Nova.

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Inostroza Adasme, A. (2020). La previsibilidad en la culpa aquiliana. ¿Evolución o involución?: una revisión doctrinaria y jurisprudencial. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 27, e4405, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0011>



DOI

Copyright del artículo: ©2020 Sonia Inostroza



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.