

ILICITUD Y JUSTIFICACION: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS CHILENO

Fabián A. González Cazorla

Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado (Chile)

TITLE: *Unlawfulness and justification: some notes on illegality in chilean tort law.*

RESUMEN: Este trabajo presenta un breve examen sobre la antijuridicidad en el derecho de daños con especial referencia al Derecho chileno. Se analiza su conceptualización ofreciendo una explicación de las denominadas causales de justificación que tienen lugar en esta materia, como también una mirada que bordea lo filosófico y que puede ayudar a comprender de mejor forma la configuración y descripción de una acción antijurídica. En ese sentido, abordar el tema desde enfoques que trascienden una noción tradicional puede aportar nuevas consideraciones que no han tenido tanta preocupación por la dogmática civil, especialmente respecto de la antijuridicidad material que, a la postre, permite reflexionar con mayor profundidad respecto de las acciones justificadas.

ABSTRACT: *This work presents a brief exam about the illegality in tort law, especially in Chilean law. It analyzes its conceptualization to offer an explanation to the so-called legal exculpations that applies in this area, as too a look that borders the philosophical study and that can help understand to better the configuration and description of the illegality act. In this regard, deal with this subject focusing on notions that transcend traditional thoughts can contribute new considerations that have not been truly considerate by the civil doctrine, especially material illegality that allows justified actions be analysed in greater depth.*

PALABRAS CLAVE: Antijuridicidad. Daño. Responsabilidad civil. Derecho de daños.

KEY WORDS: *Illegality. Damage. Civil liability. Tort law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ILICITUD O ANTIJURIDICIDAD. CONSIDERACIONES GENERALES. 2.1. *¿Qué se entiende por ilícito o antijurídico?* 3. ANTIJURIDICIDAD Y DEBER DE NO DAÑAR. 3.1. *¿Existe un deber de no dañar?* 3.2. *¿Dónde está la antijuridicidad?* 4. ANTIJURIDICIDAD Y CASUALES DE JUSTIFICACIÓN. 4.1. *Estado de necesidad en la responsabilidad civil en Chile.* 5. ANTIJURIDICIDAD, VOLUNTAD Y LIBRE ELECCIÓN. 6. IDEAS FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la responsabilidad civil extracontractual ha tenido un gran auge en las últimas décadas, no sólo por los valiosos esfuerzos de la dogmática civil en torno a resolver su progresivo y cada vez más amplio ámbito de aplicación, sino también por la constantes preguntas que surgen a raíz del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la misma, tales como la causalidad, el daño, entre otros.

La responsabilidad civil o derecho de daños representa un inmenso universo de principios y reglas que permite ser analizada desde diversos puntos de vista, y al mismo tiempo plantear diferentes cuestionamientos relativos a su fundamento y la forma en cómo debe operar en un determinado sistema jurídico. En aquel contexto, y en lo que

es nuestro trabajo, pretendemos enfocar el estudio de la responsabilidad en uno de los elementos que al parecer no ha sido objeto de un extenso análisis, esto es, la ilicitud o antijuridicidad.

La ilicitud (o antijuridicidad) es uno de los temas que probablemente no tenga un espacio propio en los sin número de tratados y manuales sobre derecho de daños o responsabilidad civil. Quizá porque la dogmática entendió que se trata de un requisito que se subsume en otro elemento, como la culpa, de tal forma que no fue necesario indagar mucho más en los posibles planteamientos que a su respecto podrían haber tenido lugar.

Al margen de lo señalado anteriormente, creemos que este elemento puede ser analizado y estudiado de un modo que permita indagar más profundamente en su razón de ser como elemento de la responsabilidad extracontractual (en la medida que se considere como tal), pero también como un factor que determina el rol que cumplen las llamadas *causales de justificación* en esta materia.

De esta forma, el objetivo de este trabajo es determinar qué es aquello que se denomina como ilícito o antijurídico, y si, dada la acepción adoptada, puede tener aplicación en el derecho de daños. Para ello es indispensable enfocar el examen en dos asuntos que nos parecen relevantes. Por una parte, aquel relativo al *rol* de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Y por el otro, en observar la estructura y el funcionamiento de las causales de justificación.

2. LA ILICITUD O ANTIJURIDICIDAD. CONSIDERACIONES GENERALES

Normalmente los estatutos de responsabilidad civil son sometidos a un entramado de principios y reglas que constituyen la base del sistema de acciones preventivas y reparatorias. En dichas reglas se modela la responsabilidad civil de los agentes a raíz de hechos considerados como ilícitos, de modo que resulta relevante el elemento ilicitud o antijuridicidad¹ que en ellos va incorporado. Así por ejemplo, el artículo 2284 del Código Civil chileno establece:

«Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella». El inciso segundo: «Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato». Inciso tercero: «Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito». Inciso cuarto: «Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito».

El inciso tercero de la regla anteriormente citada hace una disociación entre dos conceptos o elementos que integran el delito civil: la ilicitud y el dolo (o culpa intencional). Si separa el factor de atribución (dolo y por consiguiente la culpa) de la

¹ Utilizaremos estos dos conceptos de modo indiferente.

ilicitud o antijuridicidad, significa entonces que ambas cosas no son lo mismo y pueden ser tratadas separadamente.

La antijuridicidad o ilicitud, de acuerdo a la regla anteriormente citada, ha de ser relevante al menos desde un punto de vista teórico para los casos de responsabilidad civil en términos estrictos. Sin embargo, ello no ocurre en otros supuestos que pueden generar alguna confusión normativa, y que conviene aclarar en estas primeras líneas.

Así, para los casos de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno (como por ejemplo disfrutar de una propiedad ajena sin tener derecho a ello), o por asumir erróneamente relaciones obligatorias (como lo sería el caso del pago de lo no debido),² los cuales permiten sustentar una acción restitutoria de los beneficios obtenidos, debe recordarse que su fundamento no está dado por el empobrecimiento de la víctima a raíz de un hecho ilícito del demandado, sino por el enriquecimiento injustificado del cual otra persona se beneficia. La mirada en este tipo de casos no se centra en el «empobrecimiento» de la víctima, sino más bien en quien ha incrementado su patrimonio injustificadamente.

Aquí el lenguaje jurídico ha de ser preciso, no es recomendable hablar de enriquecimiento «injusto» o «antijurídico», sino más bien injustificado, esto porque lo que se discute no es la posible imputabilidad moral (dolo o culpa) que permita atribuir algún grado de responsabilidad por el hecho desplegado. Sino más bien, lo que se pretende, es prescindir del juicio de ilicitud o antijuridicidad (y también de culpabilidad) que podría estar implicado en el actuar del agente, para llegar a una noción más objetiva que fundamente la acción restitutoria.

Con todo, la acción restitutoria de beneficios no requiere imputabilidad del agente que se ha hecho más rico «injustificadamente», porque no estamos en presencia de un supuesto de derecho de daños, cuya fundamentación –como dije anteriormente– está en el empobrecimiento de la víctima, lo que no sucede en las acciones restitutorias, toda vez que la medida de lo «debido» reconoce como límite los beneficios obtenidos de forma injustificada, y no en las consecuencias dañosas que se reflejen en una disminución del patrimonio de la víctima.

El profesor Barros ha ilustrado esta idea del siguiente modo:

«...el enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad. En verdad, la naturaleza *quasi ex contractu* de las acciones restitutorias de enriquecimiento injustificado deriva de dos factores negativos: su función no es indemnizatoria, ni su antecedente un hecho ilícito»³

² BARROS, Enrique; GARCÍA, Ma. Paz; MORALES, Antonio, *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 23.

³ *Ibidem* p. 28.

Ahora bien, para continuar con el desarrollo del trabajo y previo a un análisis detallado respecto de la aplicación y funcionamiento del elemento antijuridicidad en los estatutos de responsabilidad civil, es necesario hacer algunas consideraciones generales para comprender de mejor forma la discusión que se genera en la dogmática en torno a este elemento.

2.1 ¿Qué se entiende por ilícito o antijurídico?

Una primera pregunta que resulta del todo relevante para comprender el sistema de responsabilidad civil, es aquella que refiere a la acepción de lo *ilícito* o *antijurídico*. Si bien el análisis que debe efectuarse respecto de esta institución es sobre el fondo, creemos de igual forma que algunas ideas sobre el concepto lo ilícito puede revelar algunos cuestionamientos sobre su origen y evolución.

Tradicionalmente existen dos grandes posturas que hacen referencia a la antijuridicidad. La primera de ellas es la que refiere a un concepto objetivo, que implica que la conducta sea contraria al orden jurídico establecido.⁴ La antijuridicidad es una especie de conducta transgresora de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone a los individuos.

Entendido así, lo antijurídico implica una transgresión formal y no entra en el reproche jurídico de la conducta del agente⁵, siendo suficiente que se produzca una especie de negación del derecho en toda su expresión: considerando no solamente las leyes, sino también la costumbre, y los principios jurídicos que integran el derecho⁶. Al mismo tiempo, la antijuridicidad puede reflejarse en los pactos privados (por ejemplo en los contratos), en donde la conducta que transgrede el orden jurídico impuesto se tiene por ilícita. Así sucederá con la violación del *pacta sunt servanda* cuya expresión normativa se halla en el artículo 1545 del Código Civil chileno. En consecuencia, la antijuridicidad mirada desde una concepción objetiva es la conducta que de alguna manera contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, y al mismo tiempo, no entra en el juicio específico de reproche del agente considerando si ha obrado con culpa o dolo, sino que sólo existe una valoración formal de la conducta del mismo.⁷

⁴ ALTERINI, Atilio, *El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, pp. 30-31. «Ilícito puede serlo sólo el acto voluntario; pero la ilicitud está usada allí en sentido subjetivo. Igualmente puede haber una ilicitud objetiva [...] nos estamos refiriendo al elemento material de la ilicitud, a la transgresión normativa, al incumplimiento considerado en sí propio».

⁵ LÓPEZ CABANA, Roberto «Ilícitud», en Bueres, Alberto – Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 154.

⁶ En un sentido similar CALVO COSTA, Carlos, *Daño resarcible*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 115 y ss.

⁷ ALTERINI, op. cit., pp. 30-31.

Desde el punto de vista de la evolución histórica que ha sufrido el concepto *ilicitud*, puede decirse que fue en los albores del Derecho Romano donde comienza el análisis, particularmente con la dictación de la *Lex Aquilia* (en el siglo III a.C. aproximadamente) y el *Corpus Iuris Civilis* en sus *Instituciones*, *Digesta* y *Codex*, los cuales dejaron ver las primeras ideas relativas a *iniuria*.⁸ Tal como lo conocemos en nuestros días, *iniuria* tiene un origen que refiere a un acto contrario al Derecho como orden jurídico establecido. Si *ius* es Derecho, *iniuria* será aquello que es contrario a este, es decir lo *ilícito*.⁹ Ahora bien, en el Derecho Romano inicialmente se pensó que la *iniuria* era la idea misma de *dolo*, por lo que un daño para que haya podido ser calificado de injusto, debió incorporar un juicio de reproche sobre el autor pero sólo atribuyéndole *dolo* en su actuar.

Con el paso del tiempo, se incorporan en el juicio de reproche otras formas de imputación al individuo como la *culpa* o *negligencia*.¹⁰ Esto, lógicamente, produjo que el *dolo* (en tanto *iniuria*) perdiera importancia en torno a ser exclusivamente analizado por los juristas. Es más, fue desplazado al punto que la culpa se transformara en eje central del antiguo derecho de daños.¹¹ De modo que el concepto de *iniuria* pierde importancia y es el de culpa, muchas veces entendido en sentido amplio –como *dolo* y culpa a su vez– el que toma relevancia para su estudio. En estas condiciones llega el concepto de *inuria* a la Edad Media y la Edad Moderna.

Así, pasando sucintamente por los pensadores del denominado *ius naturalismo racionalista*, particularmente Hugo Grocio (1583-1645)¹² y Samuel Von Pufendorf (1632-1694)¹³, quien este último destaca por su teoría del derecho y sus aportes al Derecho civil, el concepto de *antijuridicidad* o *ilicitud* también le resultó de interés. Se explica por García-Ripoll que, para Pufendorf, «[...] Hablar propiamente de antijuridicidad requiere también que ésta provenga de una libre elección moral. Por

⁸ BUSTO LAGO, José «La antijuridicidad» en Peña López, José (Editor) *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2004, p. 59.; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 199 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 54 y ss.

⁹ Para una mayor revisión véase D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ed. Eunsa, 4ta edición, Pamplona, 1981, § 360. El autor señala que «El término más amplio para designar todos los actos ilícitos que dan lugar a una reprobación jurídica es el de *iniuria*, es decir, lo contrario al *ius*; si *ius* equivale al moderno “derecho”, *iniuria* equivale exactamente a “torcido”, o para volver a emplear una antigua palabra hispánica que coincide con el inglés, “tort”»

¹⁰ Véase ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1005 y ss.; CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 51-52.

¹¹ CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana*, op. cit., pp. 51-52.

¹² Cfr. CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, [título original *Philosophie der Aufklärung*] Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. de Eugenio Imaz, México D.F., 1943, p. 264; BARROS, *Tratado de Responsabilidad..* cit., p. 56.

¹³ Cfr. BRUFAU, J. *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la «Disciplina Juris Naturalis»*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968; En un mismo sentido puede consultarse RODRÍGUEZ, José y ANSUÁTEGUI, Francisco, *Historia de los Derechos Fundamentales*, (Tomo I, Transito a la modernidad siglos XVI y XVII), Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 590 y ss.

tanto, no es antijurídico causar un daño por caso fortuito, añadiendo el autor algunos ejemplos, y haciendo finalmente la distinción tradicional del *Ius Commune* entre *culpa lata, levis y levissima*.¹⁴ Todos estos autores entendían en definitiva que la *iniuria* (ilícito o antijurídico) debe siempre tratarse de un acto contrario al Derecho, al orden jurídico que establecido.¹⁵

Sin embargo, fue la doctrina penal la que se encargó de establecer una diferenciación entre el elemento *antijuridicidad* respecto de los demás requisitos del delito (en este caso del delito penal). Así ocurrió en el siglo XIX por parte de autores alemanes, quienes entendieron al delito como la concurrencia de varios elementos (objetivos y subjetivos), dentro de los cuales aparte de la acción y la culpa, se encontraba la antijuridicidad.¹⁶ Ello surge a consecuencia de algunas situaciones a que dan lugar las denominadas causales de justificación en materia penal¹⁷. En efecto, esta área del Derecho, analizado desde la óptica de la dogmática jurídica, ha realizado importantes aportes que son recogidos por diversas ramas, entre ellas el Derecho Civil, por ejemplo el desarrollo doctrinario de relevancia que apuntan a la antijuridicidad como elemento del delito. Probablemente la fuente más cercana que tengamos sobre ilicitud o antijuridicidad no se remonte al Derecho Romano, sino a la dogmática penal cuyo desarrollo exponencial se produjo en la segunda mitad del siglo XIX y a lo largo del siglo XX.¹⁸

Con todo, las fuentes doctrinarias del derecho penal han sido totalmente enriquecedoras para adaptarlas al Derecho civil e intentar dar una explicación lógica al ser del elemento *ilicitud* en el ámbito del derecho de daños. En ese contexto, y en lo que refiere ya particularmente al Derecho Civil –marcada por una incipiente dogmática penal muy bien fundamentada–, en la misma Alemania del siglo XIX y comienzos del

¹⁴ GARCÍA-RIPOLL, Martín, «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», *Anuario de Derecho Civil*, No. LXVI-IV, 2013, p. 1510-1511. En la misma línea de pensamiento, es necesario destacar que un aspecto importante de la antijuridicidad tiene que ver con la libre elección y la voluntad del agente que obra en la realidad material. Los individuos son agentes morales, autodeterminan sus conductas, actúan de un modo y de otro dependiendo de las circunstancias específicas. Por esta razón son libres, al menos desde cierto punto de vista.

¹⁵ Por todos GARCÍA-RIPOLL «La antijuridicidad... op. cit., pp. 1510 y ss.

¹⁶ La doctrina más autorizada es sin duda VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (traducido por Luis Jimenez de Asúa, 20ª edición alemana), Editorial Reus, Madrid, 1916. Asimismo, comentarios especializados sobre la materia pueden consultarse en MOLINA, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003. En el mismo tenor GARCÍA-RIPOLL, Martín, *Illicitud, culpa y estado de necesidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

¹⁷ Complementando los postulados que venían anunciándose desde el siglo XIX, Beling integra las nociones de delito adicionando el concepto de *tipicidad*. Cfr. VON BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Ed. Mohr, Tübingen, 1906.

¹⁸ Ídem.

siglo XX se dicta el Código Civil Alemán (B.G.B.), el cual –en cierto modo– recoge el pensamiento de la época en torno a la forma de abordar el derecho de daños.¹⁹

Así, podrá notarse que, a diferencia de nuestro derecho de daños (Chile), el B.G.B. estructuró la responsabilidad extracontractual en ilícitos típicos, en lesiones o daños típicos y no en una cláusula general de no dañar.²⁰ De hecho Este modelo (de cláusula general) fue también adoptado de por el Código Civil francés de 1804 gracias a las ya comentadas influencias de los autores del siglo XVII y XVIII, pero particularmente por los trabajos Domat y Pothier.

Dicho cuerpo normativo recoge en su artículo 1382 lo que para nosotros es el equivalente al artículo 2314 del Código Civil. El primero señala que «Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo». Por nuestra parte el Código Civil chileno señala «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito». En el mismo contexto, el Código Civil Español también consagra una regla similar en su artículo 1902, el cual expresa lo siguiente «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».²¹ La consagración de una cláusula general de un *ilícito* puede simplificar el análisis del hecho dañoso, sin embargo no está ajena a algunas consideraciones críticas que más adelante se analizarán.

Hasta ahora hemos señalado de manera breve el primer sentido del término ilicitud (o antijuridicidad), que ha sido de tipo objetivo. El otro sentido es el de tipo subjetivo. En este para que la conducta del agente se tenga por ilícita es necesario, además de existir

¹⁹ VICENTE DOMINGO, Elena «El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 819.

²⁰ Así, según la normativa prevista en el B.G.B., se deberá indemnización de perjuicios en la medida que se vulnere un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento como la vida, la salud, integridad física, entre otros (B.G.B., § 823). En cuanto al Derecho anglosajón se ha dicho que si bien existen algunos ilícitos típicos (denominados *torts*) igualmente existe un concepto general y abstracta de culpa –y por lo tanto de cláusula abierta– que permite extender la aplicación del derecho de daños a situaciones que tengan por antecedente la violación de un estándar de conducta sin referirse a un ilícito específico. Véase BARROS, *Tratado...* op. cit., p. 57. Asimismo, CANE, Peter, *La Anatomía del Derecho de Daños*, Ed. Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2011. [publicado originalmente en inglés bajo el título *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997], pp. 33 y ss.

²¹ De la lectura de la norma citada, esto es el artículo 1902 del Código Civil Español, la doctrina ha reflexionado sobre su tenor y ha señalado que no se incorpora en aquel precepto ninguna alusión a la antijuridicidad como elemento del delito civil. Yzquierdo señala lo siguiente sobre este punto: «[...] si no hay alusión en nuestro Código a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea porque se ha pretendido encajar el elemento de la antijuridicidad en el de la culpa: el artículo 1902 no dice que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia [...]». Véase YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 112. En el mismo sentido REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Thomson–Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2006, p. 65.

una contradicción entre la conducta y el Derecho, que el acto sea culpable. De modo que el juicio de antijuridicidad coincide con el de culpa y viceversa.²²

Los modelos normativos de ilícitos que contienen una cláusula abierta de responsabilidad por daños, son los que de algún modo hacen perder autonomía a la *antijuridicidad* en las condiciones para atribuir responsabilidad²³. Pues bien, al no existir, normativamente, una clara diferenciación entre un ilícito típico y uno general, siendo este último el que corresponde a nuestro sistema, la violación de la norma (del Derecho en términos amplios), deviene en la violación del estándar general y supletorio de conducta, esto es, la culpa. De modo que en los sistemas de clausura general o abierta, la ilicitud se situaría como un elemento dentro de la culpa: como una violación del estándar de comportamiento previsto ya por una norma, ya por otra regla que imponga un deber de cuidado en determinadas circunstancias.²⁴

3. ANTIJURIDICIDAD Y EL DEBER DE NO DAÑAR (*ALTERUM NON LAEDERE*)

En el apartado anterior se tuvo la posibilidad de hacer notar las nociones básicas que envuelve el término ilicitud o antijuridicidad en el Derecho. Las ideas se vieron fuertemente reforzadas a raíz de un breve análisis histórico hasta llegar a la Modernidad y nuestros días. La dogmática penal resulta tener una particular relevancia al momento de estructurar el ilícito, sus elementos y contornos, aunque en el plano civil resulte cierta diferenciación que permite hacer el examen desde otra óptica.

²² Gamarra sostiene que la idea de una antijuridicidad inmersa en la culpa es afirmada por la doctrina francesa que en general distingue los tres elementos de la responsabilidad (culpa, daño y relación de causalidad). Cfr. GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, tomo XIX, Vol 1º (*Responsabilidad Civil Extracontractual*), Montevideo, 1991, p. 166. En nuestro Derecho es el profesor Barros el que sigue esta postura, BARROS *Tratado...* op. cit., p. 97. En el mismo sentido CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, «La antijuridicidad: ¿presupuesto de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento chileno? » en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 625-638.

²³ Véase GAMARRA, op. cit. p. 166.

²⁴ GAMARRA, op. cit. p. 166. Así también BARROS, *Tratado...* op. cit., p. 97. El profesor Barros prefiere no hablar de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad extracontractual, ya que por razones prácticas no representa un refuerzo elemental en esta materia, y menos en un ordenamiento como el nuestro que posee un sistema de *cláusula abierta* de responsabilidad, que se opone a un sistema tipificado cuyo ejemplo es el caso de Alemania, en donde la antijuridicidad se aprecia en el resultado lesivo de un bien jurídico protegido (*antijuridicidad del daño o de resultado*) por lo que en éste ordenamiento es posible hacer una disociación en los elementos culpa (incorporado en la conducta del sujeto y el daño (cuyo fundamento es la antijuridicidad por la lesión de un bien cautelado). Una crítica a la postura del profesor Barros puede revisarse en ROSENKRANTZ, Carlos «En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual, de Enrique Barros Bourie», *Estudios Públicos*, 2008, No. 112, pp. 287-289. En otro sentido, la antijuridicidad puede analizarse respecto de conductas que no están claramente tipificados, es decir son en cierto modo indeterminados aun cuando consten en la ley o en algún tipo de pacto. Ello sucede particularmente en la apreciación de la conducta de los deberes a que da lugar el derecho de familia. Cfr. GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián «Incumplimiento de deberes conyugales y acciones indemnizatorias: Un análisis sobre su procedencia». *Revista Derecho y Justicia Universidad Católica Silva Henríquez* Nº 4, 2015, p. 79 y siguientes.

En ese sentido, lo que conviene examinar desde ahora –y asumiendo en cierto modo que nuestro sistema se estructura sobre una clausula abierta de responsabilidad por daños– es el elemento antijuridicidad y su relación con el deber general de no dañar o *alterum non laedere*.

3.1 ¿Existe un deber de no dañar?

La dogmática civil, a lo menos en nuestro país, ha estructurado una serie de planteamientos que intenta justificar y fundamentar la indemnización por los daños sufridos. Se distinguen tradicionalmente dos estatutos y conjuntos normativos en virtud de los cuales un agente se encuentra en la necesidad de *responder* a otro. Estos son los estatutos de la denominada «responsabilidad contractual» y «responsabilidad extracontractual» respectivamente. Para el examen particular de la antijuridicidad junto a la existencia de un deber de no dañar, es importante concentrarse principalmente en la segunda.

La responsabilidad extracontractual –según la mayoría de los autores– se fundamenta en la comisión de un hecho *ilícito* sin existencia previa de un contrato o relación convencional que pueda dar origen a una relación contractual.²⁵ Ella se funda, entre otras cosas, en la comisión de un hecho *ilícito* que causa daño a otro en determinadas circunstancias, principalmente con dolo, culpa, pero también mediante acciones riesgosas que se encuentran amparadas mediante una regla de responsabilidad objetiva. En consecuencia, en principio son 2 los factores de atribución de responsabilidad: uno de tipo subjetivo –por cuanto el eje central de imputación es la conducta del sujeto– (culpa, dolo, imprudencia) y otro objetivo en el que ya no resulta relevante el obrar del agente (diligencia), sino la producción del daño en ámbito de los riesgos involucrados (riesgo).

Ahora bien, reconocer que existe un deber de no dañar a otro implica que siempre la responsabilidad se funda en la antijuridicidad de la conducta. Si la antijuridicidad es la violación del orden jurídico preestablecido, entonces cada vez que se dañe en determinadas circunstancias, significa que no solo hemos obrado infringiendo el deber de no dañar, sino que también lo hemos hecho de forma antijurídica.²⁶

²⁵ ABELIUK, op. cit., pp. 201-202; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 35; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013, p. 20; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile (11ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara), Santiago, 2011, pp. 250-251.

²⁶ Otros autores han ido más lejos, señalando que por la sola producción del daño de parte del agente causante a la víctima ha de considerarse ilícito. Así, De Ángel señala «[...] cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres [...]». Véase DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo *Comentario del Código Civil*, tomo 8, artículo 1902 (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 365.

En la dogmática se han elaborado argumentos a favor y en contra de la existencia de un deber general de no dañar. En este último término son esbozados 3 ideas en contra de aquel deber: a) la falta de expresión normativa que reconozca la existencia de un deber de no dañar; b) la inviabilidad social de este deber y c) que la práctica judicial no se ocupa de proteger a las víctimas con la evitación de riesgos.²⁷ Al mismo tiempo, existen argumentos a favor de la existencia de un deber general de no dañar.²⁸

Creemos que el deber de no dañar se estructura sobre la base de dos pilares importantes. Ello porque el cumplimiento o no cumplimiento de dicho deber está sujeto a dos tipos de reglas que establecen la obligación de indemnizar. En primer lugar, puede existir una regla de responsabilidad por culpa, en virtud de la cual una persona solo resultará obligada a indemnizar si el daño se produce obrando con culpa, dolo, imprudencia u otro factor semejante. En este sentido, el agente se encuentra sujeto a una obligación de medios, porque aun cuando el daño se produzca, pero prueba que cumplió el estándar exigido, entonces no será posible reclamar de aquel alguna compensación. En consecuencia, el agente habrá cumplido su deber de no dañar: a) si el daño no se produce o; b) producido el daño, este no ha obrado con culpa. Piénsese por ejemplo en actividades como la conducción de vehículos, en donde bien puede el chofer conducir a exceso de velocidad, o conducir a la velocidad permitida, sin embargo las circunstancias concretas obligan a tomar medidas más diligentes para prevenir el daño, que es conducir a una velocidad inferior en situación de lluvia y escasa visibilidad por ejemplo.

En ese sentido, cuando el conductor no toma las medidas adecuadas o derechamente las transgrede, está obrando *negligentemente* o con infracción al debido cuidado. Sin embargo, él no ha violado su deber de no dañar, porque el daño no se ha producido. De forma tal que la sola infracción del deber de conducta no es condición suficiente para hacerlo responsable, sino que ésta junto a la producción del daño. Ambas son condiciones copulativas que una vez conjugadas han infringido el deber de no dañar. Por esa razón es que puede diferenciarse, en este contexto, la culpa de la antijuridicidad. Aquel que conduce un vehículo de forma negligente, pero no ha causado daño alguno, no debería ser calificada su conducta –en el ámbito de la responsabilidad civil– como ilícita. Pero si, por el contrario, el daño se ha producido, entonces habrá ilicitud tanto en el daño como de la conducta, ya que ambos constituyen la variable para la infracción del deber de no dañar, que en este caso, ya se ha tenido lugar.²⁹

Por otra parte, existe otra regla que constituye el segundo pilar al que hicimos referencia anteriormente. Puede que el potencial agente dañador se encuentre sujeto a una regla de responsabilidad objetiva, por lo que la conducta desplegada por aquel

²⁷ Estos son los argumentos que se recogen en PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014, p. 135-143.

²⁸ *Ibidem*, pp. 144 y ss.

²⁹ Una explicación en el mismo sentido puede revisarse en PAPAYANNIS, Diego M., «La práctica del Alterum Non Laedere», *Revista Isonomía*, Nº 4, 2014, p. 54

carece de relevancia para verificar su responsabilidad. En ese sentido, el agente podrá cumplir con el deber de no dañar solo si el daño no se produce dentro del ámbito de riesgo cubierto por la regla de responsabilidad objetiva. Así, producido el daño, entonces ha incumplido su deber de no dañar.³⁰

3.2 ¿Dónde está la antijuridicidad?

Otro punto central que ha suscitado mucha discusión es aquella relativa a la ubicación de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Las respuestas probables no son muchas, de hecho son 2 las posibilidades: una primera afirmación sería aquella que señala que la antijuridicidad se encuentra en la conducta del potencial agente dañador. La segunda, es que se encuentra en el daño (conocida también como antijuridicidad del resultado lesivo).³¹

En la doctrina encontramos opiniones en todos los sentidos. Así por ejemplo BUERES afirma que este elemento consiste en un desvalor de la conducta del sujeto y no del resultado lesivo.³² Por su parte otros autores como DIEZ-PICAZO han señalado que este elemento se encuentra en el resultado o el daño y no en el potencial agente causante del mismo.³³

Por nuestra parte creemos que dado al esquema conceptual sobre el cual se plantea la responsabilidad civil, es decir, asumiendo la existencia de un deber de no dañar a otro y correlativamente la existencia para la víctima de un derecho a no ser dañada,³⁴ es dable concluir que el potencial agente dañador puede salvar su responsabilidad, cumpliendo con el deber de no dañar y, en consecuencia, no incurrir en responsabilidad si: 1) tratándose de un régimen de responsabilidad subjetiva a) no obra con culpa (genéricamente hablando) o b) el daño no se produce al margen de su actuación. 2) si, tratándose de una regla de responsabilidad objetiva, el daño no se produce.

De esta forma, dadas las variables que rigen cada sistema de responsabilidad civil, es posible inferir que la antijuridicidad como elemento puede integrar las demás

³⁰ Un desarrollo en extenso de las ideas recién mencionadas pueden consultarse en PAPAYANNIS «*Comprensión y Justificación...* op. cit., p. 140-143.

³¹ Para algunos la antijuridicidad es un elemento que siempre se encuentra presente como elemento de la responsabilidad extracontractual, al punto de considerarla tanto en la responsabilidad subjetiva como objetiva. Véase en este sentido ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 8.

³² En ese sentido, el autor señala que «La antijuridicidad se predica siempre de la conducta (y no del resultado). Véase BUERES, Alberto «El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta» en Trigo Represas, F. y Stiglitz, R. S. *Derecho de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 158.

³³ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 298. Este autor afirma lo siguiente sobre el punto. «[...] la antijuridicidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado [...]».

³⁴ Estas ideas encuentran su fundamento en la extensa obra de Papayannis. Véase PAPAYANNIS, «La práctica del Alterum...» op. cit., pp. 19-68

condiciones: 1) en un régimen de responsabilidad subjetiva la ilicitud se encontraría tanto en la conducta como en el daño, porque ambos elementos constituyen conjuntamente la variable para hacer responsable al agente dañador, siendo insuficiente cada una de ellas por separado y de forma independiente; 2) en caso de responsabilidad objetiva creemos que la antijuridicidad sólo se encontraría en el resultado, porque tal como afirmamos anteriormente, la única variable para hacer responsable al agente dañador es la producción del daño, y que una vez acaecido, ha de ser considerado como ilícito de forma autónoma y con prescindencia de la conducta del agente causante del mismo.³⁵

4. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Uno de los aspectos más relevantes para el estudio de la antijuridicidad en los elementos de la responsabilidad civil es la relación entre esta y las denominadas *causales de justificación*. La importancia entonces radica en la forma de entender y explicar la práctica de este tipo acciones justificadas que causan un daño.

Las causales de justificación excluyen la responsabilidad de un individuo tras la producción de un daño que le puede ser atribuido. Se ha señalado como fundamento que al producirse la exclusión de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil también con ella se ve desvanecida la culpa, porque estos elementos en materia civil resultan normativamente equivalentes.

El profesor Barros ha señalado lo siguiente sobre el particular

«Por eso quien dice que un acto es culpable, dice también que es antijurídico, y viceversa. [...] mientras en materia penal las causales de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho típico, en sede civil actúan sobre la culpa, porque ésta se confunde con el juicio de ilicitud [...]»³⁶

La opinión del connotado jurista tiene como base la comparación entre dos sistemas de estructuración del ilícito. Por una parte la escuela alemana en la que predomina la tipicidad como factor y elemento preponderante en la producción del daño; y por la otra la doctrina con clausula general que es la que impera en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, con algunas ideas diferentes, otros autores han señalado el rol que juegan las causales de justificación, particularmente haciendo hincapié en la diferencia que existe entre el deber de diligencia y el obrar de forma justificada.

Así, Papayannis de alguna manera disocia los deberes que se ven envueltos en la práctica y señala lo siguiente respecto del deber de *diligencia*:

³⁵ PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación...* op. cit.

³⁶ BARROS, *Tratado de Responsabilidad* op. cit., p. 132.

«El deber de diligencia, en cambio, es un deber jurídico muy concreto, aunque reciba una formulación genérica y, a veces, vaga. Básicamente, nos ordena tomar medidas *razonables*, en las circunstancias, *para proteger los intereses de otros*»³⁷ (cursiva del original).

El autor expresa que existe una diferencia entre lo que es el *deber de diligencia* (que subyace en el *alterum non laedere*) y la infracción de éste deber de forma *justificada*, lo cual trae como consecuencia la disociación de ambos elementos en la responsabilidad civil. Un ejemplo que permite clarificar esta afirmación es el estado de necesidad, en el que un individuo puede obrar sin consideración de los intereses ajenos –destruyendo un bien de propiedad de un tercero–, violando en consecuencia su *deber de diligencia*, pero lo hace sin embargo de forma *justificada*, atendido que no le era exigible cumplir dicho deber, ya que la valoración de su vida obra como una *razón* más (dentro del balance de razones) que le permiten optar por el curso de acción.³⁸

La pregunta que se pretende responder mediante la diferenciación recién expuesta consiste en que si la culpa/diligencia ya considera todos los elementos de las causales de justificación, en tanto son normativamente equivalentes a antijuridicidad/justificación conforme al primer planteamiento.

La doctrina responde a esta duda señalando que aquella postura que identifica normativamente a la culpa con la antijuridicidad –y por consiguiente diligencia con justificación– no es capaz de captar la verdadera función de estos elementos. Esto porque si obrar justificadamente implica efectuar un balance de razones,³⁹ que

³⁷ PAPAYANNIS, «La Práctica del...», p. 59

³⁸ El profesor Papayannis señala que las causales de justificación se entienden como *razones* que cancelan aquellas que protegen al deber de no dañar. Su tesis basada en los postulados de Raz indica que frente a una determinada situación, como por ejemplo estado de necesidad, este ha de operar cancelando la protección de que gozan las *razones de primer orden* y que recomiendan cumplir con el deber de no dañar, sin embargo como ya no operan como una *razón excluyente*, éstas compiten con otras razones que recomiendan lo contrario, por lo que en el balance relativo de dichas *razones*, en el caso concreto, el sujeto puede obrar por unas o por otras, es decir, obrar no dañando o dañando al tercero, si opta por dañar esta acción se encontrará justificada por el Derecho, justamente porque hubo una razón un derrotada que permitía proceder de esa forma (dañar en estado de necesidad). Véase PAPAYANNIS, «La práctica del...» op. cit., pp. 60-61. Alcalde Rodríguez, Enrique, *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Penal y Administrativa.*, Ediciones UC, Santiago, 2013, pp. 48-49. Si bien la obra trata sobre la responsabilidad de los directores y administradores de sociedades anónimas, es igualmente posible rescatar algunas reflexiones que el autor realiza entorno al requisito de al antijuridicidad. Así, señala que la culpa y la antijuridicidad no se confunden, sino que ambas van por caminos separados dado que la primera se preocupa del estándar de conducta debido y el segundo, por su parte, del daño y los *intereses* jurídicamente protegidos que permiten calificar si dicho daño es o no reparable, siendo los reparables únicamente los que el ordenamiento considera como jurídicamente trascendentes.

³⁹ BARROS, *Trata de Responsabilidad...* op. cit., p. 133. Puede revisarse un análisis más extenso de las razones para las acciones en RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, 1991, p. 28 y siguientes. En este texto puede apreciarse como RAZ

significan finalmente obrar diligentemente ¿qué sentido tiene justificarlas si dichas acciones son correctas? O, en otras palabras, si la culpa consiste en no obrar conforme al hombre razonable en determinadas circunstancias, ¿por qué habría que justificar acciones que, conforme a los criterios de razonabilidad, no se presentan como actos culposos sino que perfectamente *diligentes, correctos*?⁴⁰

Aquí radica el mayor problema de aquella tesis que afirma la equivalencia entre antijuridicidad y culpa, porque no es capaz de explicar como el derecho puede exigir justificación de un acto que a la luz de lo *razonable* (hombre razonable) es plenamente correcto.

En consecuencia, la correcta forma de comprender las causales de justificación no dice relación con incorporar todos los elementos de juicio en la culpa/diligencia, sino en cómo operan estos elementos y su relación entre sí. Por consiguiente, una acción o conducta para que tome el nombre de *justificada* primero debe haber violado una regla, un estándar, o un deber, en este caso el deber de no dañar, y luego sobre dicha hipótesis el agente debe efectuar el balance de razones que permitan dar un curso de acción que sea compatible con una causal de justificación, por ejemplo un estado de necesidad. De no entenderlo así, sería dogmáticamente impropio hacer compatible la sola *diligencia* con la acción justificada, puesto que si el agente obró se forma diligente es porque actuó correctamente, como un hombre razonable, en consecuencia, no hay nada que justificar.

El profesor Papayannis cita un caso de estado de necesidad que puede dar claridad a este planteamiento. Se trata del caso del montañista propuesto por Feinberg. En dicho caso un montañista que va de excursión se encuentra con una tormenta y una posible avalancha que amenaza su vida, sin embargo muy cerca de él hay una cabaña ajena que podría utilizar para protegerse de todos los peligros. Decide romper ventanas, ingresar y protegerse con calefacción y consumiendo los alimentos que hay allí dentro.⁴¹

Luego el razonamiento empleado ha de ser el siguiente. El montañista claramente está afecto al deber que todos tenemos, esto es no causar daños a los demás. La única forma de que él pudiera cumplir con aquel deber es no ingresando a la propiedad (a esto nos referíamos más arriba con el deber de diligencia: resguardar intereses de

efectúa un análisis sobre las «razones» para la acción, las que suelen clasificarse en razones de primer y segundo orden, y también las denominadas razones excluyentes.

⁴⁰ «Contra las apariencias, creo que esta reconstrucción es implausible. En primer lugar, si el juicio de diligencia ya incorpora todos los elementos de las causales de justificación, ¿cuál es la infracción que el estado de necesidad está justificando? Nunca existió una infracción al deber de diligencia si Axileas obró como un hombre razonable, por tanto, no hay nada que justificar. ¿Por qué romper la puerta de Xenofonte en esas circunstancias requeriría de alguna justificación? Más que justificada, la acción se presenta como perfectamente lícita. ¿Por qué conservar el lenguaje de las causales de justificación?» Véase PAPAYANNIS, «La práctica del...» op. cit., p. 58.

⁴¹ FEINBERG, Joel: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life» *Philosophy and Public Affairs*, núm. 7 (2), 1978, p. 102, citado en PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación...* op. cit. p. 181.

terceros), sin embargo lo infringe (su deber de no entrar) entrando, pero de forma justificada.⁴² Aquí es clara la distinción de entre la diligencia y la justificación, que se opone justamente a la doctrina que propugna una equivalencia normativa entre culpa y antijuridicidad.

4.1. Estado de necesidad y responsabilidad civil en Chile

Nos detenemos brevemente en el estado de necesidad en la responsabilidad civil, puesto que es la ofrece interesantes reflexiones sobre su funcionamiento. A ella nos hemos referido en general como un causa de justificación en virtud de la cual el agente dañador debe deliberar sobre la base de *razones* para optar por un determinado curso de acción.

En el Derecho chileno el profesor Barros ha conceptualizado esta causa de justificación del siguiente modo:

«El estado de necesidad es una excusa que se basa en la desproporción de los bienes comprometidos por la acción: la víctima soporta un daño que es substancialmente menor al daño actual o inminente que el autor pretende evitar»⁴³

En una situación en la que se pretende evitar un daño actual o inminente, claro está que el agente debe optar por un curso de acción razonable. Debe escoger y deliberar frente a una circunstancia anómala cómo ha de obrar y salvar un bien jurídico determinado.

En la legislación civil chilena se ha incorporado un caso de estado de necesidad tratándose del contrato de comodato. El Código Civil chileno estructura el mentado contrato sobre la base de los derechos y obligaciones que cada parte tiene, agregando especialmente la responsabilidad que tiene el comodatario por la pérdida de la cosa que es objeto del contrato. En ese sentido, el artículo 2178 señala lo siguiente:

«Art. 2178. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima. Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario. Pero no es responsable de caso fortuito, si no es, n° 3 Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha decidido deliberadamente la suya».

Conforme a la normativa recién citada, el comodatario es responsable del caso fortuito aún cuando en peligro de accidente que amenace una cosa de propiedad y de la

⁴² Ídem.

⁴³ BARROS, op. cit., p. 138.

prestada, ha escogido salvar la suya. Si bien la norma está operando sobre la base de una responsabilidad contractual, nada impide que las mismas circunstancias puedan producir un peligro de las mismas características en ausencia de contrato, por ende, donde existe la misma razón, debe existir también la misma disposición.

La consecuencia jurídica que se deriva de un estado de necesidad, como en el caso anterior, puede variar según el ordenamiento de que se trate. Al menos en Chile el estado de necesidad –en materia civil– no exime al agente dañador de las consecuencias jurídicas de su decisión. Si bien la víctima no podrá ejercer una acción estrictamente indemnizatoria, la doctrina está conteste de que esta gozará de una acción *restitutoria*, básicamente por el valor del bien destruido.⁴⁴ El fundamento de este planteamiento es que no puede haber enriquecimiento a costa de un patrimonio ajeno, de la destrucción de este, por eso lo más razonable es rectificar la pérdida y ganancia que cuantitativamente son equivalentes tanto para el agente dañador como para el dañado, mediante una acción restitutoria.

5. ANTIJURIDICIDAD, VOLUNTAD Y LIBRE ELECCIÓN

Hasta entonces hemos podido hacer una breve revisión sobre la antijuridicidad como elemento de la Responsabilidad Civil, particularmente de la extracontractual. Si bien –conforme a los planteamientos jurídicos expuestos– esta tiene una relevancia explicativa en torno a dar sentido a las denominadas causales de justificación, creemos, sin embargo, que es importante detenerse finalmente en en una cuestión que permite ahondar en el tema pero desde un enfoque distinto.

Así, diremos que la antijuridicidad tiene importancia no solamente por una cuestión jurídica explicativa, sino también porque en ella se realiza un juicio de fondo, uno que se estructura sobre la actuación de los individuos en tanto agentes morales, que pueden determinar libremente sus conductas, y que el rol de la voluntad y la libre elección en este plano han de resultar preponderantes.

Hemos dicho más arriba que la antijuridicidad puede estar ubicada en la conducta, en el daño o en ambos elementos de la responsabilidad, según el tipo de regla a que esté sujeta. Si nuestra atención se centra en el primer caso, resulta conveniente entonces comprender bajo qué condiciones puede hablarse de ilicitud.

Esta idea surge a consecuencia del planteamiento que supone que los actos dañosos de un inimputable, como por ejemplo un menor de 7 años o un demente (art. 2319 Código Civil chileno), son contrarios al derecho objetivo y por tanto antijurídicos (formalmente).⁴⁵ Empero, el hecho que no sean responsables no se debería a que no

⁴⁴ BARROS, op. cit., 139.

⁴⁵ En estos casos, que refieren a las conductas ilícitas que realizan personas incapaces, se señala por la doctrina que «[h]a de diferenciarse del concepto de culpa, que igualmente representa un juicio de valor, el cual necesariamente presupone una acción antijurídica sin que al mismo tiempo le afecte al agente

pueden actuar antijurídicamente, sino porque en sus actos no puede haber culpa, justamente por su condición de incapaz.⁴⁶ Aquí a nuestro entender conviene esclarecer algunas ideas.

Si la antijuridicidad fuese una cuestión meramente formal, de la sola contradicción entre la conducta realmente desplegada y la norma jurídica, no habría ninguna diferencia entre la conducta *ilícita* entre sujetos capaces e incapaces. Ello porque su condición particular no alteraría los efectos normativos ni del daño ni de la conducta, es decir, que ellos sean antijurídicos. De este modo, para no caer en confusiones que pueden llevar a lo absurdo proponemos hacer una distinción entre la imputabilidad y antijuridicidad. Despejada la primera, podrá permitir a la segunda ajustarse a una explicación más sencilla. Con todo, ello no obsta a que tanto imputabilidad como antijuridicidad puedan compartir ciertos elementos comunes.

La palabra imputabilidad puede entenderse en diversos sentidos. La Real Academia Española la define como: «Cualidad de imputable», asimismo define imputar del siguiente modo: «Atribuir a alguien responsabilidad de un hecho probable». De acuerdo con la referencia anterior la palabra imputar está tomada en el sentido *causal*, es decir de identificar a quien ha producido el daño. Si bien la conceptualización de este término no es errada, no resuelve sin embargo el problema jurídico.

En el ámbito jurídico la palabra imputabilidad también puede entenderse de diversos modos. Empero, una profunda relación entre esta y su significación más técnica es la que proviene de la filosofía moral y jurídica que en algún sentido la utiliza para referirse a la atribución de un determinado hecho a un agente.⁴⁷ Lo que predomina en esta noción de imputación es que no solamente se comprende desde un punto de vista meramente causal, como relación entre un hecho y una persona, sino que dicho hecho es resultado de la libre elección moral del individuo, por lo que en aquel sentido ha de considerarse moralmente suyo, causa del mismo.⁴⁸

Esta es una particularidad importante en el contexto de las acciones morales, que pertenecen al agente como tal, que emanan de su voluntad y por tanto en ese sentido son suyas, propias. Aquí cabe la siguiente reflexión. Si un individuo actúa como un agente moral que obra en principio libremente, se puede producir un escenario que

culpa ninguna, por ejemplo, porque al tiempo de la acción era inimputable». Véase SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 24.

⁴⁶ LÓPEZ, «Ilícitud» op. cit., p. 154.

⁴⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Presupuestos de la Responsabilidad Jurídica» en Pantaleón, Fernando (editor) *La Responsabilidad en el Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 64. El autor señala que respecto del término imputabilidad «El significado nuclear en este ámbito es el de imputación moral o imputación subjetiva que se corresponde con el primer concepto de responsabilidad examinado, responsabilidad como originación, y en particular con la originación voluntaria o libre del hecho, esto es, con la habitualmente denominada responsabilidad moral o subjetiva».

⁴⁸ KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Ed. Alianza, Madrid, 2012, p. 166 y ss.; MOLINA, «Presupuestos de la...» op. cit., p. 65.

identifique tres aspectos de la práctica: a) antijuridicidad; b) imputabilidad y; c) culpabilidad (negligencia).

Prescindiendo de la imputabilidad moral, a la que ya nos hemos referido brevemente, cabe señalar que existirá culpa cuando el agente obre *incorrectamente*. Es decir, de forma negligente, faltando al patrón de conducta adecuado para las circunstancias de tiempo y lugar. De modo que los actos son moralmente imputables, cuando emanan de la voluntad y libre elección del individuo y son culpables, cuando estos son, dentro del mismo contexto moral, incorrectos.⁴⁹ Aquí se produce, en consecuencia, la diferencia entre esos dos estadios de la actuación del individuo.

Ahora bien, la voluntad como potencia del individuo no puede sino entenderse a la luz de la libertad, al menos como capacidad de elección.⁵⁰ De esta forma, todo individuo, según las circunstancias específicas en las que tiene lugar un acontecimiento, puede escoger el curso de acción en relación a ellos. Así por ejemplo, puede escoger no tomar las debidas precauciones ante un eventual hecho dañoso, no adoptar medidas de seguridad en un concierto de música masivo, no poner la correa al perro guardián cuando sale de paseo con la familia, etc. En otros casos se opta derechamente por dañar, así sucede en los actos cometidos con dolo.

Resulta evidente que la libre elección puede ser difícilmente efectuada por personas que no tienen pleno discernimiento de las circunstancias o cosas que lo rodean (particularmente las que guían su conducta). Por lo que tanto menores (de 7 años en Chile) y personas privadas de razón tienen una fuerte disminución de su capacidad electiva, ello porque no pueden concebir correctamente el bien exterior que se desea, porque su curso de acción no es plenamente razonado. Esto repercute directamente en dos aspectos relevantes: a) imputabilidad moral y; b) culpabilidad. A los cuales ya se ha hecho referencia.⁵¹

⁴⁹ MOLINA, «Presupuestos de la...» op. cit., p. 66.

⁵⁰ Si bien la libertad como valor fundamental es un tema bastante complejo y por supuesto difícil de abordar, creemos que si bien la libertad electiva no agota el concepto de libertad, sí al menos sirve para hacer algunas reflexiones. Véase ALARCÓN, Enrique «Libertad y necesidad». *Anuario Filosófico* XLIII/1 (2010) pp. 25-46. En otro sentido mucho más metafísico de la libertad como expresión del *ser* puede consultarse en MELENDO, Tomás «La libertad: crecimiento y plenitud». *Anuario Filosófico* XLII/2, 2009, pp. 357-389.

⁵¹ En otros casos se hace una distinción diferente. Así por ejemplo Gesualdi expresa de algún modo que la involuntariedad en un acto tendría relación con culpa o negligencia, sin voluntad no hay culpa, siendo la antijuridicidad ligada estrictamente a las causales de justificación. Véase GESUALDI, Dora Mariana, «De la antijuridicidad a las causas de justificación» en Bueres, Alberto, Kemelmajer de Carlucci, Aida, (Editores) *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 153. Sin perjuicio de esta idea, hemos esbozado en estas páginas que la voluntariedad no sólo está ligada a la culpa, sino también a la noción misma de antijuridicidad e imputabilidad moral, si no hay voluntad, no es que sólo no haya culpa, sino que ni siquiera podrá atribuírsele al individuo un determinado acto como suyo propio, y esto sucede al margen de su actuar correcto o incorrecto (culpa o negligencia).

Finalmente aquí radicaré la importancia de la noción de antijuridicidad o ilicitud que se maneje, toda vez que conforme al planteamiento adoptado, se podrá dar explicación a distintas reglas que operan en la responsabilidad civil.

Así, cuando se trata de una regla de culpa –que conforme a los planteamientos anteriores el agente se encuentra sujeto a una obligación de medios– no será suficiente acreditar que ha tenido lugar la denominada antijuridicidad formal (contradicción de la conducta con el derecho objetivo), sino que es necesario indagar si ha existido antijuridicidad material (valoración del sujeto y las circunstancias). De este modo, la regla de culpa exigirá al agente comportarse conforme a los parámetros de un hombre razonable en cierto tiempo y lugar, comportamiento que finalmente no podrá ser exigido de personas incapaces por su condición de tal. En consecuencia, no habrá ni culpa ni antijuridicidad (de la conducta) porque el estándar razonable no puede ser satisfecho por ellos, y tampoco porque la falta de libre voluntad y libre elección en sus actos no permiten caracterizar un hecho como suyo propio, perdiendo la noción de imputabilidad moral a la que nos hemos referido más arriba. Es por esta razón que no podrían ser sus actos ni catalogados de culposos ni de antijurídicos, aún cuando hayan violado el derecho objetivo.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, creemos que cuando se aplica la regla de culpa (regla de aplicación general y supletorio respecto de la regla de responsabilidad objetiva) la antijuridicidad y la culpa pueden compartir elementos comunes, pues bien, no se puede llegar al punto de separar categóricamente la voluntad antijurídica con la voluntad en la culpa, o la libre elección moral de aquella libre elección culpable (que tiene como supuesto la agencia moral del individuo). Bajo este escenario, y teniendo presente las observaciones a las que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, es importante reconocer que la separación del elemento *ilicitud* y *culpa* queda en muchas más evidencia cuando se está frente a una causal de justificación, como el estado de necesidad (por el balance de razones). Sin embargo, con el mero actuar culpable y antijurídico, la disociación de los citados elementos se presenta como problemática, justamente por las características comunes que ambas pueden presentar (libertad y voluntad).

Distinta es la situación cuando la responsabilidad civil de un individuo está sujeta a una regla de responsabilidad objetiva. En cuyo caso para que tenga lugar la antijuridicidad no es necesario hacer un juicio de antijuridicidad material, sino que es suficiente la de tipo formal. En este escenario como la responsabilidad civil sólo depende de la variable *daño*, su sola ocurrencia es prueba de antijuridicidad, sin cuestionamientos respecto de la conducta del agente que se encuentra sometido a dicho tipo de regla.

En consecuencia, la producción del daño será expresión del riesgo prohibido o que de algún modo se pretendía evitar mediante la regla de responsabilidad objetiva, bastando entonces la sola prueba de este y su relación causal para configurar el ilícito.

6. IDEAS FINALES

Más allá de considerar a la antijuridicidad como un elemento autónomo de la responsabilidad civil, cuya afirmación puede ser cuestionada, creemos que nuestro trabajo se ha enfocado en reflexiones teóricas que tienen por objeto esclarecer la naturaleza y función de esta institución en las llamadas causales de justificación. Una lectura acertada sobre cómo ha de entenderse la ilicitud de un acto no sólo se reduce a la mera transgresión de una norma expresa, de una regla jurídica, sino que requiere inmiscuirse en la interioridad subjetiva de los individuos, reflexionar sobre lo voluntario y el actuar libre, la libre elección moral. Una categoría dogmática que no tenga en cuenta esta circunstancia no puede explicar correctamente la acción antijurídica ni tampoco la justificada, porque su razonamiento queda limitado a la norma, dejando de lado el aspecto moral de cada individuo, un ser libre y autodeterminado.

Si la antijuridicidad conforme a la regla de responsabilidad por culpa dice relación con agencia moral, no significa que el concepto se relativice a las capacidades de cada quien, sino que entrega suficientes elementos de juicio para evaluar correctamente una conducta que, como en la mayoría de los casos de estado de necesidad, debe ser apreciada en concreto. Esto no quiere decir que el elemento culpa queda plenamente ausente en el juicio de acciones justificadas, sino que simplemente queda relegado a otra faceta explicativa, puesto que difícilmente pueda decirse que hay culpa o diligencia en circunstancias extremas, en donde es probable que estas consideraciones ni siquiera entren a jugar un papel relevante.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

ALARCÓN, Enrique «Libertad y necesidad», *Anuario Filosófico*, XLIII/1 (2010) pp. 25-46

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ALTERINI, Atilio, *El incumplimiento considerado en si propio (enfoque objetivo del ilícito civil)*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BARROS BOURIE, Enrique; GARCÍA RUBIO, Ma. Paz; MORALES MORENO, Antonio, *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

BRUFAU, J. *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la «Disciplina Juris Naturalis»*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

BUERES, Alberto «El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta», en Trigo Represas, F. y Stiglitz, R. S., *Derecho de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991.

BUSTO LAGO, José «La antijuridicidad», en Peña López, José (Editor), *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2004.

CALVO COSTA, Carlos, *Daño resarcible*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

CANE, Peter, *La Anatomía del Derecho de Daños*, Ed. Flandes Indiano, Santiago, 2011. [publicado originalmente en inglés bajo el título *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997].

CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, [título original *Philosophie der Aufklärung*] Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. de Eugenio Imaz, México D.F, 1943.

CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, «La antijuridicidad: ¿presupuesto de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento chileno?» en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 625-638.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Comentario del Código Civil*, tomo 8, artículo 1902 (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ed. Eunsa, 4ta edición, Pamplona, 1981.

FEINBERG, Joel: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life». *Philosophy and Public Affairs*, núm. 7 (2), 1978, pp. 93-123.

GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, tomo XIX, Vol 1º (*Responsabilidad Civil Extracontractual*), Montevideo, 1991.

GARCÍA-RIPOLL, Martín, *Ilícitud, culpa y estado de necesidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

GARCÍA-RIPOLL, Martín, «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», *Anuario de Derecho Civil*, No. LXVI-IV, (2013), pp. 1503-1604.

GESUALDI, Dora Mariana, «De la antijuridicidad a las causas de justificación» en Bueres, Alberto, Kemelmajer de Carlucci, Aida, (Editores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián, «Incumplimiento de deberes conyugales y acciones indemnizatorias: Un análisis sobre su procedencia», *Revista Derecho y Justicia Universidad Católica Silva Henríquez*, nº 4, 2015, pp. 51-100.

KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Ed. Alianza, Madrid, 2012.

LÓPEZ CABANA, Roberto «Ilícitud», en BUERES, Alberto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

MELENDO, Tomás «La libertad: crecimiento y plenitud». *Anuario Filosófico*, XLII/2, 2009, pp. 357-389.

MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile (11ª ed. actualizada por Pedro Pablo Vergara), Santiago, 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Presupuestos de la Responsabilidad Jurídica» en Pantaleón, Fernando (editor), *La Responsabilidad en el Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 57-137.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

PAPAYANNIS, Diego M., «La práctica del *Alterum Non Laedere*», *Revista Isonomía*, no. 4, 2014, pp. 19-68.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Comares, Granada, 2002.

RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, 1991.

REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ, José y ANSUÁTEGUI, Francisco, *Historia de los Derechos Fundamentales*, (Tomo I, Transito a la modernidad siglos XVI y XVII), Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

ROSENKRANTZ, Carlos «En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual, de Enrique Barros Bourie», *Estudios Públicos*, 2008, no. 112, pp. 285-308.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

VICENTE DOMINGO, Elena «El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 812-839

VON BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Ed. Mohr, Tübingen, 1906.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (traducido por Luis Jimenez de Asúa, 20ª edición alemana), Editorial Reus, Madrid, 1916.

WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia material*, trad. de Felipe González, Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Fecha de recepción: 01.12.2015

Fecha de aceptación: 10.03.2016