



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Análisis en el derecho chileno

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

FELIPE OSVALDO SAN MARTÍN LUCHSINGER

Profesor Guía: Hugo Cárdenas Villarreal

Santiago, Chile, 2018

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su apoyo incondicional no sólo en la elaboración del presente trabajo, sino a lo largo de toda mi carrera universitaria.

En especial consideración a mi madre, Vivian Luchsinger, quien estuvo siempre dispuesta a brindarme su invaluable consejo y sus observaciones en la elaboración de la presente memoria. Estoy convencido de que sin su ayuda este trabajo hubiese tardado bastante más en terminarse.

A mi pareja, Catalina, por su amor, cariño y compañía, los cuales siempre llevo conmigo.

A mi profesor guía Hugo Cárdenas Villarreal, a quien le debo mis conocimientos de Derecho Civil, los cuales se ven plasmados en la presente investigación.

Y a ti, lector, por tu interés en la materia abordada en esta memoria. Deseo enormemente que el contenido de sus páginas te sea de utilidad.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la antijuridicidad dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual, pretendiendo establecer su necesidad como elemento autónomo en el modelo de imputación de la responsabilidad aquiliana. Para ello, se investiga la forma en la que la antijuridicidad ha sido tratada dentro de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, siendo usual el no considerarla como un elemento independiente sino como un aspecto integrante de la culpa o el dolo. Esta última postura, mayoritaria en la doctrina civil, será revisada a raíz de la consideración del dolo y la culpa como factores de imputación tomando como referencia lo dispuesto por la denominada “teoría de las normas”, que contrapone dichos factores de imputación con el objeto de imputación, el cual en sede extracontractual es determinado por el hecho dañoso antijurídico como injusto civil. A su vez, se realiza un estudio sobre las causales de justificación que excluyen la antijuridicidad civil -las cuales son la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima y su aceptación de los riesgos-, analizando sus requisitos y las posibles soluciones a los conflictos que pueden generarse bajo la aplicación práctica de éstas. La presente memoria busca servir de complemento al estudio de la estructura de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento jurídico chileno, demostrando cómo el reconocimiento de la autonomía de la antijuridicidad permite elaborar un modelo de responsabilidad coherente con el ordenamiento jurídico chileno, evitando la confusión entre los requisitos que la configuran y determinando la correcta aplicación de las causales de justificación, facilitando la resolución de casos complejos.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual, antijuridicidad, culpa, dolo, factor de imputación, injusto civil.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	4
1. LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	8
I. La antijuridicidad dentro de la estructura del sistema de responsabilidad civil extracontractual chileno.....	8
II. Concepto de “antijuridicidad” y contenido. Análisis en el derecho civil nacional. Análisis en el derecho comparado.....	14
III. La “antijuridicidad” en el derecho penal: ¿precepto común de derecho?.....	18
IV. Contenido de la antijuridicidad: antijuridicidad formal vs. antijuridicidad material.....	20
2. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	27
I. Postura de la doctrina mayoritaria nacional respecto al carácter autónomo de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual. La “culpa” como sinónimo de antijuridicidad (postura del profesor Enrique Barros Bourie).....	27
II. La culpa y el dolo como factores de imputación. Crítica a la propuesta del profesor Barros Bourie.	29
III. Incompatibilidad de la exclusión del dolo con la procedencia de las causales de justificación excluyentes de la responsabilidad extracontractual.....	36
IV. La antijuridicidad como requisito autónomo de la estructura de la responsabilidad civil extracontractual	39
3. EXCLUSIÓN DEL ELEMENTO DE ANTIJURIDICIDAD: LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN	44
I. Las causales de justificación como formas de exclusión de la antijuridicidad.....	44
II. Las causales de justificación en particular: la legítima defensa.....	46
III. El estado de necesidad	50
IV. Los actos autorizados por el derecho:	59
V. El consentimiento de la víctima y la aceptación de los riesgos.....	68
VI. Síntesis de las causales de justificación.....	71
4. CONCLUSIONES	79
5. BIBLIOGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN

El ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en nuestro derecho, ha sido el escenario de diversas discusiones a lo largo de su historia. Mucho se ha comentado en doctrina y jurisprudencia sobre su extensión y aplicación, llegando a sostenerse, en el día de hoy, que las normas que lo rigen constituyen el régimen general y común en el ámbito de la responsabilidad civil.¹ De igual manera, dentro de los propios elementos del régimen extracontractual, extensas páginas se han escrito respecto a la forma de conceptualizar la culpa y su delimitación, o los requisitos del daño para que sea civilmente indemnizable. Y si bien ha sido de gran utilidad el énfasis que se ha puesto en este ámbito, la doctrina chilena ha hecho poco hincapié en el análisis de un elemento concreto del sistema de responsabilidad civil extracontractual: la antijuridicidad.

En efecto, en Chile poco se ha escrito sobre la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de los otros elementos como el daño y la culpa². Así, como comenta el profesor Rodríguez Grez, la doctrina civil chilena ha sido

¹ MEZA BARROS, Ramón (1980). "Responsabilidad civil". Editorial Edeval, Valparaíso. P. 56; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual". 2° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago. P. 37.

² Se ha revisado la siguiente doctrina chilena: ABELIUK MANASEVICH, René (2014). "Las obligaciones. Tomo I". 6° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: (título 35 del libro IV del Código Civil)". Reimpresión de la 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; BARROS BOURIE, Enrique (2010). "Tratado de responsabilidad extracontractual". 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1930). "Curso de Derecho civil. Primer año". Editorial Nascimento, Santiago; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932). "Curso de Derecho civil. Segundo año, primera parte". Editorial Nascimento, Santiago; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932). "Curso de Derecho civil. Segundo año, segunda parte". Editorial Nascimento, Santiago; CELIS RODRÍGUEZ, Rubén (2003). "La responsabilidad extracontractual". 1° edición, Editorial Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago; CHACÓN BARROS, Jacinto (1868). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo I". Imprenta Del Mercurio, Valparaíso; CHACÓN BARROS, Jacinto (1878). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo II". Imprenta Del Mercurio, Valparaíso; CHACÓN BARROS, Jacinto (1882). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo III". Imprenta Gutenberg, Santiago; CLARO SOLAR, Luis; VARAS S., Eduardo; VERGARA V., Álvaro (1908). "Esplicaciones de derecho civil, segundo año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solar. Teoría general de las obligaciones i contratos especiales" 2° edición, Imprenta Litografía i Encuadernación Chile, Santiago; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual". 2° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago; DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997). "El daño extracontractual". Editorial Jurídica de Chile, Santiago; DUCCI CLARO, Carlos (1970). "Responsabilidad civil: actividades de las cosas, hechos de las cosas, circulación de vehículos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago; DUCCI CLARO, Carlos (1936). "Responsabilidad civil (ex-contractual)". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago; FABRES FERNÁNDEZ, José Clemente (1912) "Obras completas. Tomo X". Imprenta, Litografía y Enc. La Ilustración, Santiago; FUEYO LANERI, Fernando (2004) "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones". 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; FUEYO LANERI, Fernando (1958). "Derecho civil. Tomo IV. De las obligaciones, volumen I". Editorial Roberts, Santiago; FUEYO LANERI, Fernando (1990). "Instituciones de derecho civil moderno". Editorial Jurídica de Chile, Santiago; LASTARRIA SANTANDER, José Victorino (1863). "Instituta del derecho civil chileno". Tipografía del Comercio por J.M. Monterola, Lima; LIRA URQUIETA, Pedro (1944). "El Código Civil y el nuevo derecho". Imprenta Nascimento, Santiago; MEZA BARROS, Ramón (1980). "Responsabilidad civil". Editorial Edeval, Valparaíso; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). "Obligaciones.

esquiva en este tema.³ Lo que los civilistas han hecho comúnmente es incluir la antijuridicidad dentro de otros requisitos reconocidos de forma más unánime en la doctrina, como un elemento del daño o bien derechamente como parte de la culpa o dolo, sin remitirse a la definición o autonomía de la antijuridicidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual civil.⁴

Lo anterior logra generar problemas en torno a la estructura del sistema. La no delimitación de la antijuridicidad lleva no sólo a la confusión respecto de cuáles son los requisitos necesarios para que proceda la responsabilidad extracontractual, sino que lleva a confundir y alterar el contenido del resto de los elementos. Por ejemplo, sostener que la idea de antijuridicidad va incluida dentro del elemento de la culpa o el dolo (y entender, por ende, que todo actuar culposo o doloso sería antijurídico), conlleva a la confusión entre el factor de atribución del daño (la culpa) con la antijuridicidad del daño a imputar, siendo una contradicción lógica que vulnera el propio contenido de la culpa⁵ como requisito concurrente en la responsabilidad extracontractual.

Algo similar ocurre al momento de definir las causales de exclusión de responsabilidad. Si no determinamos la procedencia o improcedencia de la antijuridicidad, esquematizar las causales de exclusión y determinar qué elemento de responsabilidad dejaría de concurrir si ellas procedieren se torna una tarea difícil que puede llevar a resultados lógicamente erróneos. Por citar un ejemplo, si se causa de forma intencionada un daño a un tercero, pero amparado bajo un “estado de necesidad”, ¿qué elemento de la responsabilidad extracontractual queda excluido? ¿es un daño amparado por el derecho y, por ende, resulta justo que la víctima soporte tal daño, o puede ejercer alguna acción de reparación?

Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago; PESCIO VARGAS, Victorio (1962). “Manual de Derecho civil. Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago; PESCIO VARGAS, Victorio (1948). “Manual de Derecho civil. Tomo II”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago; RAMOS PAZOS, René (2009). “De la responsabilidad extracontractual”. 5° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). “Responsabilidad extracontractual”. 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”. 3° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1971). “Curso de Derecho civil: parte general y los sujetos de derecho. Primera parte”. Editorial Nascimento, Santiago; VERA MOLINA, Ercilia (1939). “De la responsabilidad extracontractual y especialmente por el hecho ajeno”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). “Responsabilidad extracontractual. 2° edición”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. P. 131.

⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 111.

⁵ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2015). “La imprudencia como estructura de imputación”. Revista de ciencias penales (no.3), Santiago. P. 7.

Más aún, existen situaciones en las cuales la falta de delimitación del concepto de antijuridicidad puede llevar directamente a soluciones contradictorias. Por ejemplo, si somos partidarios de considerar que la antijuridicidad de la conducta reside en el elemento de la culpa o el dolo, no se explican aquellos casos en que puede existir un actuar doloso y aun así encontrarse excluida la responsabilidad. Si yo hiriera a un atacante en defensa propia y de forma consciente, estoy actuando con intención positiva de proferir daño o injuria a otro, es decir, con dolo, sin embargo, mi conducta estaría amparada por el derecho y, por ende, no nos cabría más solución que dar por excluida la posible responsabilidad extracontractual que pueda derivar de tal circunstancia. Por ello, establecer la procedencia o no de la antijuridicidad alberga a la vez una justificación práctica, que busca evitar que los tribunales efectúen un análisis de menor consistencia del sistema de responsabilidad civil extracontractual, logrando que lleguen a solucionar de manera más coherente los conflictos dentro de su competencia. Además, otorgando un estudio de la forma en que las causales de justificación proceden, se revelan algunas soluciones a los conflictos que puedan presentarse en su aplicación, lo que dará auxilio a la labor de los tribunales al momento de resolver los casos en que éstas se presenten, consiguiendo finalmente que se evite la dictación de sentencias contradictorias.

El presente trabajo busca dar solución a los conflictos anteriormente explicados, sosteniendo como hipótesis que la antijuridicidad es, efectivamente, un requisito dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Para esto, se indagará en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional la forma en que la antijuridicidad ha sido tratada, determinando así si ha sido considerada como un elemento autónomo, como anexo de algún otro requisito esencial o si directamente se ha prescindido de ella. Como se verá, la doctrina nacional usualmente no la considera como requisito independiente, sino más bien un aspecto integrante de la culpa o el dolo (Capítulo 1.1). Posteriormente, se establecerá el concepto de antijuridicidad, delimitando su contenido y alcance, revisando no sólo la doctrina civil nacional y comparada, sino también a los autores del derecho penal, rama del derecho que ha estudiado especialmente este elemento. Esto también permitirá establecer si la antijuridicidad resulta ser un concepto común del derecho, y no exclusivo de una u otra rama jurídica. (Capítulos 1.2, 1.3 y 1.4).

A su vez, se buscará determinar si la antijuridicidad debe o no ser considerada un elemento autónomo y necesario dentro del sistema de responsabilidad extracontractual y, de ser afirmativa esta respuesta, bajo qué argumentos. Al respecto, se mostrará la postura

mayoritaria que niega la autonomía de la antijuridicidad, debido a que no genera aporte alguno en el modelo de responsabilidad, ya que ésta es configurada por la categoría de la culpa y el dolo. Dicha postura será contrapuesta con los argumentos de quienes estiman que la antijuridicidad no es sinónimo de culpa, sino conceptos independientes, dando especial énfasis a la postura que analiza al dolo y a la culpa como factores de imputación, diferenciándolos del injusto civil respectivo. Finalmente, se arribará a una conclusión, adelantándose desde ya que la antijuridicidad será efectivamente considerada como un elemento necesario y autónomo en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual (Capítulo 2).

Por último, se efectuará un análisis sobre las causales que excluirían la antijuridicidad - denominadas "causales de justificación"- y los requisitos necesarios para que cada una proceda, poniendo énfasis en las cuatro principales causales: la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima y su aceptación de los riesgos. Esto ayudará a esquematizar de mejor manera la forma en que la responsabilidad extracontractual puede excluirse, otorgando así mayor coherencia al sistema (Capítulo 3).

Se finalizará este trabajo exponiendo las principales conclusiones obtenidas con la investigación realizada.

1. LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

- I. La antijuridicidad dentro de la estructura del sistema de responsabilidad civil extracontractual chileno

Desde antaño ha existido discrepancia, tanto en la doctrina chilena como comparada, sobre los elementos que deben concurrir para que proceda la indemnización de un daño por vía extracontractual. Su estructuración no ha sido un tema estable, sufriendo constantes variaciones en el tiempo.⁶ Tal y como lo señala el profesor uruguayo Jorge Peirano Facio, *“los elementos de la responsabilidad extracontractual no pueden formularse de forma dogmática de una vez para siempre... La noción de responsabilidad extracontractual ha variado a lo largo del proceso histórico del Derecho, por lo que la enumeración de los elementos constitutivos de la responsabilidad sólo puede ser válida para un Derecho determinado, en un lugar y tiempo determinados”*.⁷

En nuestra legislación, las bases de la responsabilidad civil extracontractual (específicamente la denominada “responsabilidad por culpa”) se encuentran reguladas en los artículos 2284,⁸ 2314⁹ y 2329¹⁰ inc.1 del Código Civil, consagrando en ellos el principio rector de la responsabilidad civil: el *“alterum non laedere”*, el principio de no dañar a otro. De ellos se desprende la idea de que, por regla general, todo actuar culpable o doloso de un agente que cause daño a un tercero, obliga a quien lo causa a su indemnización. Al igual que en el Código Civil español o en la legislación francesa, ninguno de los artículos consagrados en el código se remite de forma directa a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, a diferencia de otras legislaciones en el Derecho comparado. Por ejemplo, el Código Civil italiano en su artículo 2043 expresa lo siguiente: *“Cualquier hecho doloso o culposo, que cause a otros un daño injusto (sic), obliga al que ha cometido el hecho a indemnizar el*

⁶ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). “Las obligaciones. Tomo I”. 6° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago. Pp. 233-234.

⁷ PEIRANO FACIO, Jorge (1954). “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo P. 223.

⁸ Art. 2284: *“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. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.”*

⁹ Art: 2314: *“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”.*

¹⁰ Art. 2329: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.*

daño”,¹¹ señalando así, de forma expresa, la exigencia de la antijuridicidad o “injusticia del daño”. Otro ejemplo lo encontramos en la legislación civil alemana, específicamente en el párrafo 823 del Código Civil alemán: “*Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica (sic) dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligada a indemnizarle cualquier daño causado por esto.*”¹² Nuevamente la antijuridicidad es señalada de forma expresa, pero a diferencia de la legislación italiana, el Derecho alemán determina de forma específica los intereses jurídicamente protegidos, estableciendo que son daños a “derechos”, como la vida, la salud, entre otros. Además, la legislación alemana pone énfasis en lo antijurídico de la conducta que resulta dañosa, mientras que la legislación italiana se refiere a la antijuridicidad del *daño* y no del actuar doloso o negligente en sí. Aunque, como veremos, tal distinción es más aparente que real, debido a que la antijuridicidad referida en el Código alemán se determina por el resultado dañoso (a bienes ciertos bienes jurídicos) provocado por la conducta y no por la conducta misma.¹³

En nuestro Derecho, pese a que los artículos del Código Civil previamente descritos aportan cierta idea sobre los elementos necesarios para constituir un caso de responsabilidad extracontractual, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han sido las llamadas a descifrar los requisitos necesarios para su efectiva concurrencia, proceso que no ha sido estable y caracterizado por una constante evolución. Los primeros grandes exponentes de la doctrina civil nacional, como es el caso de los profesores José Victorino Lastarria¹⁴ y José Clemente Fabres,¹⁵ se limitaron a realizar un estudio de las normas de los delitos y cuasidelitos civiles incluidas en el Código Civil, por lo que no hubo más definición de los elementos de responsabilidad extracontractual que los ya mencionados en el propio Código.

El análisis específico de los requisitos de la responsabilidad aquiliana comenzará tiempo más tarde, caracterizado por cierta uniformidad doctrinaria respecto a la necesidad de (al menos) cuatro requisitos básicos: que exista un *hecho ilícito*; que haya causado un *daño*; que haya sido cometido con *culpa o dolo* del agente y que el autor tenga *capacidad* para

¹¹ Artículo 2043 del Código Civil Italiano: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*”

¹² Párrafo 823 del Código Civil Alemán.

¹³ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2005). “Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho Alemán y en Derecho español”. Instituto de Estudios Jurídicos Europeos, Universidad de Osnabrück, Alemania. Pp. 17-18.

¹⁴ LASTARRIA SANTANDER, José Victorino (1863). “Instituta del derecho civil chileno”. Tipografía del Comercio por J.M. Monterola, Lima. Pp. 421-424.

¹⁵ FABRES FERNÁNDEZ, José Clemente (1912). “Obras completas. Tomo X”. Imprenta, Litografía y Enc. La Ilustración, Santiago. Pp. 211-214.

cometer delitos o cuasidelitos civiles (esto último entendido como la aptitud de una persona para contraer la obligación de reparar un daño¹⁶). Dicha estructura es inicialmente defendida por el profesor Luis Claro Solar, para quien el delito o cuasidelito civil se configura con la ejecución de un hecho ilícito (entendiendo como tal aquél que está fuera de la ley, no amparado por el ejercicio de un derecho); de la existencia de un daño efectivo; que el delito sea imputable a quien lo cometió (es decir, que sea capaz, excluyendo a los infantes y dementes); y que se haya cometido con dolo o culpa.¹⁷ La idea es reforzada por el profesor Alfredo Barros Errázuriz, quien sostiene que los requisitos básicos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes: “1.º un hecho ilícito, esto es contrario a la ley y que viola el derecho de otro; 2.º voluntario, de manera que sea imputable a la persona que lo cometió, con el discernimiento exigido por la ley; 3.º existencia de dolo porque sin dolo no hay delito [o culpa en los casos de cuasidelitos] y 4.º que cause un daño...”.¹⁸

En los años siguientes, la tendencia en la doctrina nacional será considerar como punto de partida dicha estructura, pero reemplazando el elemento de “hecho ilícito” por el de “causalidad” o nexo causal entre la conducta culposa o dolosa y el daño. El jurista Arturo Alessandri Rodríguez, por ejemplo, sostendrá que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son: la capacidad, la culpa o dolo, el daño y el nexo causal, requisitos que se desprenden de lo dispuesto en los artículos 2284, 2314 y 2319 de nuestro Código Civil.¹⁹ Los profesores Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haklicka propondrán una estructura similar a la de Alessandri, con la salvedad de cambiar el término de “capacidad” por el de “imputabilidad”²⁰; lo que será defendido también por el profesor Orlando Tapia Suárez al momento de presentar su análisis sobre los requisitos en la responsabilidad delictual civil²¹ y, más adelante, por el profesor Pedro Lira Urquieta²². Como puede apreciarse, la única diferencia manifiesta del modelo de todos estos autores con el de Barros Errázuriz es que en este último se incluye la concepción de la capacidad dentro de la

¹⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. (2013) P. 100.

¹⁷ CLARO SOLAR, Luis; VARAS S., Eduardo; VERGARA V., Álvaro (1908). “Esplicaciones de derecho civil, segundo año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solar. Teoría general de las obligaciones i contratos especiales” 2º edición, Imprenta Litografía i Encuadernación Chile, Santiago. Pp. 379-380.

¹⁸ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932). “Curso de Derecho civil. Segundo año, primera parte”. Editorial Nascimento, Santiago. P. 26.

¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: (título 35 del libro IV del Código Civil)”. Reimpresión de la 1º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 95.

²⁰ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1971). “Curso de Derecho civil: parte general y los sujetos de derecho. Primera parte”. Editorial Nascimento, Santiago. P. 551.

²¹ TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”. 3º edición, Editorial Legal Publishing, Santiago. Pp. 155-156.

²² LIRA URQUIETA, Pedro (1944). “El Código Civil y el nuevo derecho”. Imprenta Nascimento, Santiago. P. 285.

idea de la voluntariedad de la acción, puesto que solo aquél que tiene el discernimiento mínimo exigido por la ley (es decir, la capacidad) puede ser considerado autor de un delito o cuasidelito civil.

La presente forma de entender los presupuestos de la responsabilidad extracontractual es defendida incluso por autores contemporáneos como el profesor René Ramos Pazos, quien si bien mantiene la estructura esgrimida por los autores anteriores al sostener como cuatro los elementos de la responsabilidad civil, discrepa en la forma de emplear el término “imputabilidad”, no considerándolo ya como un sinónimo de “capacidad”, sino más bien como una forma de clasificar y describir el dolo o la culpa (también denominado como “factor de imputación”).²³

Con el paso del tiempo, parte de la doctrina planteará la simplificación de los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil, entendiendo que la capacidad no es un elemento autónomo sino parte integrante de la culpa y el dolo.²⁴ Así, los elementos necesarios serían solamente tres: la culpa o dolo del agente, el daño, y la relación de causalidad entre el actuar doloso o negligente y el daño causado. El profesor Victorio Pescio es ejemplo de lo anterior, al describir como elementos de responsabilidad aquiliana la acción u omisión culpable, el daño y el nexo causal entre ambos²⁵. Esta concepción es también defendida por autores como el profesor Ramón Meza Barros, para quien los requisitos básicos, de igual manera, consistían en *“un daño, una culpa y una relación de causalidad entre la culpa y el daño”*²⁶, o Ercilia Vera, quien señala que los únicos requisitos necesarios para que concurra la responsabilidad extracontractual son precisamente los tres ya mencionados.²⁷

El profesor Carlos Ducci propondrá una estructura de responsabilidad similar, sosteniendo que *“...como elementos generales de toda responsabilidad podemos distinguir claramente tres: la existencia de una falta, el daño inferido y una relación de causalidad directa entre la falta y el daño”*.²⁸ En este caso, y a diferencia del resto de los autores, el profesor Ducci utiliza el término falta, entendiéndolo como *“el que se cause un perjuicio, sea con intención*

²³ RAMOS PAZOS, Rene. (2009) “De la responsabilidad extracontractual”. 5° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago. P. 41.

²⁴ DUCCI CLARO, Carlos (1936). “Responsabilidad civil (ex-contractual)”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago. P. 15.

²⁵ PESCIO VARGAS, Victorio (1962). “Manual de Derecho civil. Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pp. 379-380.

²⁶ MEZA BARROS, Ramón (1980). “Responsabilidad civil”. Editorial Edeval, Valparaíso. P. 50.

²⁷ VERA MOLINA, Ercilia (1939). “De la responsabilidad extracontractual y especialmente por el hecho ajeno”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago. P. 18.

²⁸ DUCCI CLARO, Carlos (1936). P. 15.

de causarlo, sea por negligencia o imprudencia".²⁹ De cierta forma, el autor engloba el dolo y la culpa dentro de un hecho que, intencional o imprudentemente, ha causado un daño. Años después, el propio autor vuelve a reformular el concepto, dejando de lado el término falta para reemplazarlo por el requisito de *"la comisión dolosa o culpable de un hecho ilícito"*,³⁰ posición similar a la del profesor Fernando Fueyo, para quien la responsabilidad extracontractual se configura cuando una persona obrando con culpa o dolo causa un daño a un tercero o a sus bienes sin existir entre ellos un vínculo jurídico previo.³¹ De todas maneras, la diferencia es meramente terminológica, puesto que ambos contienen la idea de la comisión (u omisión) de un hecho doloso o culpable, el cual produce de forma causal un daño, por lo que su concepción sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual no sufre (a primera vista) grandes variaciones.

La tendencia "tripartita" de los elementos de la responsabilidad civil también será muy utilizada por la jurisprudencia chilena, cobrando vigencia incluso hasta nuestros días. Por citar un ejemplo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo, en un fallo del 6 de diciembre del año 2000, que *"para que [la responsabilidad extracontractual] exista deben cumplirse a lo menos tres requisitos, a saber, una acción dolosa o culpable, un daño o perjuicio sufrido por la víctima y una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y los daños sufridos por la víctima"*³². Una idea similar se hace notar en el fallo de la Excelentísima Corte Suprema del 19 de abril del mismo año, en donde se señala que *"el artículo 2314 del Código Civil exige que para que tenga lugar la responsabilidad extracontractual es menester la existencia de un hecho doloso o culposo, de perjuicios y de nexos causal"*.³³

El modelo de responsabilidad extracontractual se tornará más complejo años después con el modelo esgrimido por el profesor René Abeliuk Manasevich. El autor, tomando como punto de partida la estructura cuatripartita, decide desglosar sus elementos con el fin de dar un análisis más acucioso a cada uno de ellos. Por ello, los elementos para la configuración del ilícito civil son, a su juicio, los siguientes: la acción u omisión del agente; la capacidad de

²⁹ DUCCI CLARO, Carlos (1936). Pp. 15-16.

³⁰ DUCCI CLARO, Carlos (1970). "Responsabilidad civil: actividades de las cosas, hechos de las cosas, circulación de vehículos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 12.

³¹ FUEYO LANERI, Fernando (1958). "Derecho civil. Tomo IV. De las obligaciones, volumen I". Editorial Roberts, Santiago. P. 50.

³² Corte de Apelaciones de Santiago, 6.12.2000, RJD, T. XCVII., sec. 2°, P.117. **Visto en:** SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009). "La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia". Editorial Legal Publishing, Santiago. Pp. 76-77.

³³ Corte Suprema, 21.6.2000, RDJ, T. XCVII, sec. 5°, P.163. **Visto en:** SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009). Pp. 87-90.

éste; la culpa o dolo; el daño a la víctima; la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño; y la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad.³⁴

La estructura de Abeliuk será utilizada como base para el desarrollo y análisis posterior de los elementos de la responsabilidad extracontractual, no sin ciertos cambios. El más importante dice relación con la idea de la capacidad, el cual recibirá nuevas interpretaciones a su naturaleza. Por ejemplo, el profesor Enrique Barros sostendrá que la capacidad, aunque necesaria, no es un elemento autónomo sino más bien un aspecto subjetivo del elemento de la acción, por lo que los requisitos para la procedencia de la responsabilidad se limitarían a los siguientes: la acción libre de un sujeto capaz, el dolo o la culpa, el daño y el nexo causal entre la acción culpable y el daño.³⁵

El profesor Hernán Corral, por otro lado, opta por interpretar la capacidad como un presupuesto general de la responsabilidad civil, distinguiéndolo así de los demás requisitos autónomos del hecho particular que configuran dicha responsabilidad.³⁶ Además, dejará de ver a las causales de exención de responsabilidad como categoría autónoma, determinando, con el análisis de cada elemento en particular, qué es lo que se excluye con la concurrencia de cada causal determinada (lo que se verá con mayor detenimiento más adelante, sobre todo respecto a las denominadas “causales de justificación”). En consecuencia, para que proceda la responsabilidad extracontractual, Corral estima como necesario que exista un hecho voluntario, que sea ilícito o antijurídico, que haya causado un daño, que exista un vínculo causal entre el hecho ilícito y el daño, y que dicho hecho sea subjetivamente imputable a su autor (es decir, que haya sido realizado con dolo o culpa).³⁷

Como se puede apreciar, la idea de la antijuridicidad como requisito autónomo de la responsabilidad extracontractual ha pasado desapercibida en la mayor parte de la historia de nuestro derecho. Los autores han optado por evadir la referencia a ello, prescindiendo de su consideración como elemento necesario para la configuración de la responsabilidad civil. Ello se explica debido a que, como indica el profesor Enrique Barros Bourie, la posición mayoritaria tanto en doctrina como en jurisprudencia entiende que lo ilícito (o antijurídico) del hecho dañoso que genera responsabilidad extracontractual queda determinado por el dolo o

³⁴ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). P. 255.

³⁵ BARROS BOURIE, Enrique (2010). “Tratado de responsabilidad extracontractual”. 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pp. 61-62.

³⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 99.

³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp. 99-100.

la culpa con la que dicha conducta es realizada (u omitida, según sea el caso),³⁸ volviendo innecesaria su consideración como un requisito autónomo dentro del sistema de responsabilidad.

Los profesores Claro Solar, Barros Errázuriz y Ducci (este último en su nueva formulación de los requisitos) dan un indicio de su concurrencia al utilizar el término de “hecho ilícito”, pero sin entrar a desarrollarlo profundamente y poniendo énfasis en otros preceptos como la culpa extracontractual, el cual será el elemento más discutido en la época.³⁹ Únicamente a finales del siglo XX e inicios del XXI, la doctrina civil chilena comenzará a ver la antijuridicidad como un requisito digno de consideración, siendo los profesores Hernán Corral Talciani y Pablo Rodríguez Grez (al igual que cierta jurisprudencia contemporánea nacional⁴⁰) los que buscarán imponer la idea en nuestra doctrina de la insuficiencia de los otros elementos de la responsabilidad extracontractual para conformar una acabada explicación a nuestro sistema de responsabilidad civil, debiendo analizarse la antijuridicidad de forma independiente a los demás requisitos.

II. Concepto de “antijuridicidad” y contenido. Análisis en el derecho civil nacional. Análisis en el derecho comparado

Ahora bien, antes de continuar con el análisis respecto al carácter de elemento necesario y autónomo de la antijuridicidad, es primordial determinar el contenido y alcance del concepto mismo. ¿Qué es, básicamente que un hecho dañoso sea “antijurídico”? La definición básica es entender la antijuridicidad como sinónimo de “contrario a derecho”⁴¹. Si una conducta dañosa es antijurídica, significa que no es amparada o tolerada por el derecho.

Dentro de la doctrina civil nacional, el profesor Fernando Fueyo Laneri define la antijuridicidad como aquella vulneración al orden jurídico, atentándose contra las normas establecidas por el derecho.⁴² El profesor Pablo Rodríguez Grez, a su vez, lo define como *“la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en*

³⁸ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 132.

³⁹ RAMOS PAZOS, Rene. (2009). P. 41.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 30.5.2003, GJ,275, 97. **Visto en:** SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009). Pp. 261-264.

⁴¹ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). “Curso de derecho penal chileno: parte general. Tomo I”. 3° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 312; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 131.

⁴² FUEYO LANERI, Fernando (2004) “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pp. 259-260.

su integridad. En otras palabras, la conducta de la cual se sigue la responsabilidad es contraria a Derecho”.⁴³ Por su parte, el profesor Hernán Corral entiende que existirá un acto antijurídico cuando ese comportamiento sea “*objetivamente ilícito, contrario al ordenamiento, contrario a lo justo*”.⁴⁴ El profesor Rubén Celis Rodríguez sostiene que un hecho ilícito (o antijurídico) es aquel contrario a derecho o prohibido por la ley; aunque para este autor la ilicitud civil no se limita a ello, sino que también se extiende a aquellos hechos que sean contrarios a la moral, constituyéndose en delitos o cuasidelitos civiles si tales hechos causan algún daño a la persona o propiedad de otro.⁴⁵

A pesar de las definiciones ya mencionadas, son pocos los autores dentro de la doctrina civil chilena que se han encargado de analizar el concepto de antijuridicidad, a diferencia de otras naciones en donde este tema ha sido tratado con mayor profundidad por la doctrina. Consideremos como ejemplo a España, que es comúnmente el primer punto de referencia utilizado por la doctrina civil nacional al momento de buscar nuevas interpretaciones a los preceptos de derecho civil (y este caso no es la excepción).

El código civil español, como se mencionó con anterioridad, no menciona la antijuridicidad como requisito dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, varios autores dentro de la doctrina española se han esmerado en analizar el precepto y determinar si es o no procedente, otorgando algunas definiciones al respecto.

El profesor Carlos Rogel Videll define la antijuridicidad como la contravención genérica del ordenamiento jurídico que lesiona la esfera jurídica ajena de manera injustificada y genera un daño injusto. Así, el dilema del ilícito civil extracontractual, a su juicio “*consiste principalmente en la valoración comparativa de dos intereses contrapuestos: el interés ajeno amenazado por un cierto tipo de conducta, y el interés que el agente realiza o tiende a realizar con la conducta... el criterio en base al cual vienen comparados los intereses en juego es el de la utilidad pública*”⁴⁶ A su vez, la jurista española Encarna Roca nos comenta que, por regla general, la doctrina y jurisprudencia española sostienen que la antijuridicidad

⁴³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 131.

⁴⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 111.

⁴⁵ CELIS RODRÍGUEZ, Rubén (2003). “La responsabilidad extracontractual”. 1° edición, Editorial Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago. P. 36.

⁴⁶ ROGEL VIDELL, Carlos (1977). “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español”. Editorial Civitas S.A., Madrid. Pp. 83-84.

implica la contrariedad a derecho, y que deriva del incumplimiento de una norma primaria, como es el principio según el cual nadie puede causar daño a otro.⁴⁷

El profesor español Fernando Reglero Campos, por su parte, entiende la antijuridicidad como la contradicción entre una conducta y una norma jurídica, distinguiendo entre antijuridicidad en sentido propio (es decir, que contravenga una norma directa) y en sentido impropio (en donde la contradicción implicaría una violación al deber genérico "*alterum non laedere*")⁴⁸. Similar es la postura del profesor Ignacio Sierra Gil, quien dando como punto de partida que lo antijurídico es sinónimo de ilicitud (lo cual es concordante con lo que hemos mencionado hasta ahora),⁴⁹ sostiene lo siguiente: "*Aunque en principio un acto es ilícito cuando vulnera un precepto legal imperativo o prohibitivo, en materia de responsabilidad civil debe tenerse presente que la ilicitud puede consistir en la violación del genérico deber jurídico de no causar daño a otro (alterum non laedere)*".⁵⁰

Rescatables son a su vez las definiciones esgrimidas por el sector doctrinario en aquellos países bajo los cuales la propia normativa se refiere a la antijuridicidad en el ámbito extracontractual. En la doctrina italiana, el célebre jurista Guido Alpa nos comenta que la jurisprudencia italiana interpreta la antijuridicidad del daño extracontractual como aquél producido *non iure* (es decir, el daño es ocasionado sin que el actor tenga derecho a ello) y *contra ius* (lesionando un derecho ajeno)⁵¹ aunque, a su juicio, la idea de la injusticia del daño debe relacionarse directamente con la idea de intereses jurídicamente tutelados, atendiendo a un criterio sustancial cuyo enfoque no se encuentre en el derecho lesionado, sino más bien en el *bien* lesionado objeto del derecho, como serían la propiedad, el patrimonio, la persona, la privacidad, el honor, entre otros⁵². Por otro lado, en el sistema de responsabilidad civil extracontractual alemán se ha sostenido que no basta con una conducta que cause un daño, sino que además "*ha de suponer una vulneración de normas objetivas de cuidado (ser antijurídica) ...*". En el derecho civil alemán se hace hincapié en que la antijuridicidad se vincula fundamentalmente con la lesión de derechos absolutos determinados en la misma norma, por lo que, más que a la conducta en sí misma, la antijuridicidad se refiere al resultado lesivo contra bienes jurídicos determinados que es

⁴⁷ ROCA TRÍAS, María Encarnación (2007). "Derecho de daños. Textos y materiales". 5° edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. P. 89.

⁴⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). "Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Parte General". 4° edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra. P. 59.

⁴⁹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (2008). "Tratado de responsabilidad civil". 2° edición, Editorial Bosch S.A., Barcelona. P. 329.

⁵⁰ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (2008). P. 329.

⁵¹ ALPA, Guido (2006) "Nuevo Tratado de responsabilidad civil". El Jurista Editores, Lima. P. 363.

⁵² ALPA, Guido (2006). Pp. 365-366.

provocado por ella, y en donde existe una vulneración a una norma de protección o bien una violación intencionada a las buenas costumbres.⁵³

En nuestro continente también encontramos interpretaciones del concepto de antijuridicidad. El profesor uruguayo Jorge Peirano Facio, quien no utiliza el concepto de antijuridicidad sino el de "ilicitud" (al igual que Sierra Gil), comenta que éste es un requisito autónomo e independiente y que al momento de definirlo han existido dos posturas dominantes: la primera, la postura predominante en Uruguay, en donde se asimilan los conceptos de ilicitud e ilegalidad, definiéndolos como todo aquello prohibido expresamente por ley; y la segunda, que entiende la ilicitud de una forma más amplia que la simple contravención a la ley, incluyendo así todos aquellos actos que vayan además contra la moral.⁵⁴ El autor es partidario de esta última postura, considerando la ilicitud extracontractual como aquello contrario a la ley, el orden público, las buenas costumbres y la moral.⁵⁵ En Argentina, el profesor Marcelo López Mesa entiende que *"una acción antijurídica es aquella que - infringiendo un deber legal u obligación contractual- causa un daño a otro, sin que medie una causa de justificación de ese daño"*,⁵⁶ no limitándose a la vulneración de normas legales o cláusulas contractuales, sino que también a las transgresiones a normas generales y a los principios del ordenamiento jurídico.⁵⁷

Volviendo a nuestro país, la disciplina jurídica que más se ha dedicado al estudio de la antijuridicidad no se encuentra en el ámbito civil, si no en el ámbito del derecho penal. Es por esto que, a juicio de quien escribe, resulta útil para el derecho civil determinar cómo los autores penalistas han delimitado este concepto y definido su contenido y alcance. Si la antijuridicidad es entendida como un acto (o daño) contrario al Derecho, y el derecho es de por sí un conjunto unitario, por muchas diferencias que existan entre ambas ramas del derecho, el concepto utilizado en ambas debiera ser el mismo o, al menos, similar.

⁵³ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2005). P. 17-18.

⁵⁴ PEIRANO FACIO, Jorge (1954). Pp. 239-242.

⁵⁵ PEIRANO FACIO, Jorge (1954). P. 249.

⁵⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo (s.f.). "El territorio de la antijuridicidad en la provincia de la responsabilidad civil", publicado en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; [<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la>], Córdoba. P. 4.

⁵⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo (s.f.). P. 4.

III. La “antijuridicidad” en el derecho penal: ¿precepto común de derecho?

La antijuridicidad, en el Derecho Penal, es un elemento de suma importancia dentro de la estructura tradicional del análisis del delito. La doctrina mayoritaria entiende que el delito penal, a partir de la estructura desarrollada por el profesor alemán Ernst von Beling, se compone por cuatro elementos: la acción (u omisión), la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁵⁸ Así, no basta con que se realice una acción u omisión voluntaria que se enmarque dentro de una conducta tipificada penalmente por la ley, sino que debe además ser antijurídica.

Dentro de la doctrina penal encontramos varias definiciones de este precepto. El profesor Enrique Cury lo define como “*aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico*”.⁵⁹ Para este autor, la antijuridicidad actúa como un juicio de valor objetivo sobre la conducta típica, en donde se declara que la acción típica es contraria a los valores reconocidos por la norma, no descritos de forma concreta en ella, sino que es una valoración de *generalidad abstracta*. Por lo mismo, la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, general y abstracto que se efectúa a la acción típica cometida.⁶⁰

El profesor Eduardo Novoa, de manera similar, estima que la antijuridicidad (o antijuricidad) consiste en una valoración objetiva del hecho típico con relación a las normas del derecho cuyo fin es apreciar si ésta se conforma con los principios del ordenamiento jurídico.⁶¹ El profesor Alfredo Etcheberry comparte la misma idea, definiendo la antijuridicidad como una valoración objetiva de la acción típica que indica la conformidad o disconformidad entre dos órdenes de voluntades: la voluntad del sujeto que ha dirigido la acción, y la voluntad del ordenamiento jurídico.⁶² Este juicio, por cierto, es diferente al reproche formulado al agente mismo que realiza la conducta típica, debido a que aquello implica una valoración subjetiva (y que corresponde al elemento de “culpabilidad”).

⁵⁸ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 243; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). “Derecho Penal: Parte General. Tomo I”. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P.165; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). “Lecciones de Derecho Penal chileno”. 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P.159.

⁵⁹ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 353.

⁶⁰ CURY URZÚA, Enrique (2005) P. 354.

⁶¹ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). P. 311.

⁶² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P .229.

Los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, en su libro “Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte General”, entienden que una conducta típica será antijurídica cuando *“lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por la ley”*⁶³ o, dicho en otras palabras, cuando sea contraria a derecho. El profesor Mario Garrido Montt, por su parte, sostiene que ésta se define como *“la constatación de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico; es la comprobación de que un acto prohibido por la norma penal no está excusado por una causal de justificación”*,⁶⁴ viendo la antijuridicidad como un juicio de valor de carácter objetivo (es decir, valorado con criterios generales y abstractos al sujeto que realiza la conducta⁶⁵) que establece la posible relación de contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico.⁶⁶

De las definiciones ya señaladas se puede concluir: en primer lugar, que la idea de antijuridicidad implica un juicio de valor de carácter objetivo, general y abstracto, que se refiere a la conducta objetivamente considerada y no a la persona en sí que la efectúa (dado que, si el juicio de valor se dirigiera a ella, sería una valoración subjetiva). En segundo lugar, que ese juicio de valor dice relación con la contradicción entre un determinado comportamiento y el ordenamiento jurídico, por lo que la conducta efectuada no es amparada por el derecho. Y, en tercer lugar, que las definiciones dadas tanto por la doctrina penal como por la doctrina civil son prácticamente idénticas. En ambas se entiende que la conducta realizada implica una contrariedad al ordenamiento jurídico, sea que ella implique la realización de una acción u omisión típica (como es en el derecho penal), sea que implique la realización de un daño indemnizable civilmente (como es en el derecho civil). Tal y como afirma el profesor López Mesa, *“ambas ramas del derecho en orden a la antijuridicidad, comparten el concepto básico sobre que ella implica una contradicción con una norma jurídica”*.⁶⁷ En pos de lo anterior, entendemos que la antijuridicidad es un precepto común al derecho en general y su definición es aplicable de igual manera a ambas disciplinas jurídicas.

Varios son los autores partidarios de esta última postura. El profesor Garrido Montt es muy claro al señalar que *“la antijuridicidad es una sola para el ordenamiento jurídico, de modo*

⁶³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). “Lecciones de Derecho Penal chileno”. 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 209.

⁶⁴ GARRIDO MONTT, Mario (2009) “Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito”. 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 133.

⁶⁵ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 138.

⁶⁶ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 134.

⁶⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo (s.f.). P. 8.

que aquello que para los efectos penales es antijurídico, lo es también para el derecho civil, comercial, etc., sin perjuicio de que haya muchos actos antijurídicos que no estén tipificados en la ley penal”.⁶⁸ De manera similar, el profesor Cury sostiene que la antijuridicidad “es una y la misma en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.”⁶⁹ El profesor Etcheberry comparte la misma opinión, afirmando que la concurrencia de alguna causal de justificación (que excluye la antijuridicidad) “hace que el acto sea objetivamente lícito, no sólo para el derecho penal, sino que para todo el Derecho”.⁷⁰

En nuestra doctrina civil, las referencias realizadas por los profesores Corral⁷¹ y Rodríguez Grez⁷² a lo señalado por la doctrina penal al momento de conceptualizar la antijuridicidad, nos lleva a concluir que sus posturas son concordantes con las que hemos expuesto con anterioridad. No obstante, y como se verá a continuación, si bien el concepto puede determinarse de la misma manera, eso no significa que necesariamente el contenido de la antijuridicidad sea exactamente el mismo en ambas disciplinas jurídicas, por lo que es preciso que efectuemos un estudio particular al respecto.

IV. Contenido de la antijuridicidad: antijuridicidad formal vs. antijuridicidad material

Habiendo realizado este primer paso de conceptualización, lo siguiente será otorgarle contenido: ¿Qué significa que una conducta sea “contraria a derecho”? ¿Implica solo contradicción con la ley, o dice relación con un contenido más amplio? Es interesante ver que el término “antijuridicidad” utilizado en nuestra doctrina proviene de la traducción al español del término alemán *Rechtswidrigkeit* que significa, tal y como lo han interpretado los autores, “contrario a derecho”.⁷³ La referencia alemana al término “derecho” (*Recht*) y no al término “ley” (*Gesetz*) para referirse a la contrariedad de la conducta, da a entender que la contradicción que se valora objetivamente tiene un contenido mucho más amplio que la mera ilegalidad o contrariedad a la ley (cuyo término alemán es *gesetzeswidrigkeit*) por lo que, para determinar cuándo estamos frente a un caso de antijuridicidad, debemos considerar al ordenamiento jurídico en su totalidad.

⁶⁸ GARRIDO MONTT, Mario (2009) P. 133.

⁶⁹ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 354.

⁷⁰ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 239.

⁷¹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp. 112-113.

⁷² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 131-132.

⁷³ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 353.

A raíz de esto, algunos autores distinguen entre “antijuridicidad formal” y “antijuridicidad material”, distinción propuesta por primera vez por el profesor alemán Franz von Liszt. A su juicio, un acto es formalmente antijurídico cuando transgrede una norma establecida por el Estado (un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico), mientras que será materialmente antijurídico si es contraria a la sociedad e infringe los fines del ordenamiento jurídico que regula la vida en común, primando la antijuridicidad formal si es que ambos preceptos llegan a entrar en conflicto, salvaguardando así a la seguridad jurídica frente a cualquier posible vulneración.⁷⁴

El jurista Otto Mayer da, de forma casi simultánea, una concepción distinta de antijuridicidad material, entendiéndola como la contradicción entre la conducta típica y las que él denomina “normas de cultura”, consistentes en “mandatos y prohibiciones que se dirigen al individuo como exigencias religiosas, morales, convencionales, de tráfico y de profesión”,⁷⁵ una suerte de “patrimonio cultural” del que todo individuo de la sociedad es consciente, al ser formados en él por la educación común, las reglas morales, religiosas y de toda índole que rigen el comportamiento en una sociedad y en un tiempo determinados.⁷⁶ En caso de existir conflicto entre ambas, Mayer afirma que, por regla general, debe primar la norma jurídica vigente, pero que la “norma cultural” es un factor importante para la interpretación y aplicación de esas normas, por lo que afirma que si un sujeto produce un resultado antijurídico actuando conforme a una costumbre arraigada, obra de buena fe y su conducta no debe ser considerada antijurídica.⁷⁷

En nuestra doctrina, el profesor Cury es partidario de la concepción de antijuridicidad material propuesta por Von Liszt, al considerar que otorga mayores garantías a la seguridad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, entiende que tanto ella como la de Mayer son concepciones complementarias: el contenido de las normas de cultura que describe Mayer se adapta a los fines del ordenamiento jurídico que regula la vida en común referida por Liszt, por lo que ambos conceptos convergen en su finalidad.⁷⁸ Dado lo anterior, las “normas de cultura” serán útiles al momento de interpretar el sentido de antijuridicidad material otorgado por Liszt.

⁷⁴ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 356-357.

⁷⁵ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 358-359.

⁷⁶ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 358.

⁷⁷ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 359.

⁷⁸ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 360.

Los profesores Politoff, Matus y Ramírez conciben la antijuridicidad formal como la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico, es decir, una falta de autorización expresa para realizar la conducta típica, mientras que la antijuridicidad material se refiere a la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular (lo que ellos denominan la “dañosidad social” de la conducta).⁷⁹ Aclaran, eso sí, que las consecuencias que pudieran derivar de esta distinción, como sería por ejemplo eximir de responsabilidad penal por falta de dañosidad social a quien formalmente contraviene la norma sin causa de justificación expresa, no es compartido por la doctrina penal mayoritaria nacional.⁸⁰

Para el profesor Garrido Montt, la antijuridicidad formal se constituye por la contradicción entre el comportamiento típico y el derecho, considerando sólo el desvalor del acto; mientras que en la antijuridicidad material la naturaleza del injusto radica ya no en la acción, sino en el resultado del delito: en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en pos de los intereses de la sociedad. Sin embargo, el autor sostiene que la antijuridicidad es una sola, y la distinción que efectúa la doctrina entre formal y material es sólo una forma de mostrar distintas fases de una única noción. Además, es el desvalor del acto (“antijuridicidad formal”) y no la lesividad del comportamiento (“antijuridicidad material”) el elemento central de la antijuridicidad, aunque este último sigue siendo trascendente, puesto que tanto el bien jurídico lesionado o puesto en peligro como la intensidad del daño son parte integrante del juicio de antijuridicidad (siendo útil, por ejemplo, para la interpretación de los tipos penales).⁸¹

Similar a esta última inclinación es la postura del profesor Etcheberry, quien considera que la esencia de la antijuridicidad reside en la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico, es decir, en la “antijuridicidad formal”, dado que al considerar la lesividad del resultado o el “disvalor social” de la conducta (“antijuridicidad material”) como la esencia de la antijuridicidad, se confunde la tarea del intérprete con la del legislador. Es este último quien efectúa la labor valorativa de determinar qué conductas lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos socialmente relevantes, correspondiéndole al jurista sólo determinar si la acción es o no dañosa para el ordenamiento jurídico en cuestión.⁸²

⁷⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 209.

⁸⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). Pp. 209-210.

⁸¹ GARRIDO MONTT, Mario (2009). Pp. 138-140.

⁸² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 233.

Cabe preguntarse si la distinción aquí efectuada reviste utilidad, y de si la antijuridicidad material tiene alguna importancia práctica en el Derecho Penal. Ante esta interrogante, el profesor Cury responde afirmativamente: en primer lugar, la antijuridicidad material permite - tal y como lo sostiene Garrido Montt- cuantificar el contenido del injusto del hecho concreto, y qué tan dañina puede ser o no la conducta en cuestión; en segundo lugar, permite aumentar el número de causales de justificación a aquellas que, si bien no están formalmente descritas, son acordes a la voluntad del ordenamiento; y en tercer lugar, tiene relevancia respecto al error de prohibición, puesto que, por ejemplo, un sujeto que desconozca la norma penal que infringe no podría alegar error invencible si de igual manera toma consciencia de la dañosidad social de su comportamiento.⁸³ De toda maneras, ésta sigue siendo la doctrina penal minoritaria en nuestro Derecho, siendo dominante la postura de que la esencia de la antijuridicidad reside en su precepto formal.

En nuestra doctrina civil, el profesor Rodríguez Grez se ha encargado especialmente de analizar la discusión doctrinaria sobre antijuridicidad formal y material, para luego trasladarla al ámbito civil. Para él, la antijuridicidad formal implica la contradicción entre una determinada conducta y una norma expresa del ordenamiento normativo (siendo así la antijuridicidad sinónimo de “ilicitud”), mientras que la antijuridicidad material, implica una contradicción virtual entre la conducta y el ordenamiento, en donde la antijuridicidad emana de la violación del orden público, las buenas costumbres, el sistema económico y político, entre otros.⁸⁴ Lo interesante de la postura de este autor es que considera que esta distinción define la diferencia entre el contenido de la antijuridicidad en materia penal y la antijuridicidad en materia civil. En el derecho penal, a su juicio, la antijuridicidad se desprende de la tipicidad en el marco de la antijuridicidad formal, dado que sólo las conductas penalmente tipificadas por el legislador pueden ser consideradas penalmente antijurídicas, en pos del principio de legalidad (“*nullum crimen, nulla poeana sine praevia lege*”⁸⁵), rector de esta disciplina jurídica. Por lo mismo, su interpretación es cerrada, no pudiendo determinarse que exista una antijuridicidad material o virtual que se desprenda del ordenamiento jurídico en su totalidad. En el derecho civil, en cambio, al no regirse por la estricta rigurosidad que implica el principio de legalidad, la antijuridicidad podría fundarse tanto en una norma expresa

⁸³ CURY URZÚA, Enrique (2005). Pp. 361-362.

⁸⁴ RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 131-132.

⁸⁵ Aforismo jurídico en latín del principio de legalidad, que significa “ningún delito, ninguna pena sin ley previa”.

("antijuridicidad formal") como en la infracción al ordenamiento jurídico en general ("antijuridicidad material").⁸⁶

Como podemos apreciar, esta idea es similar a la descrita por los profesores Etcheberry y Garrido Montt, en cuanto la esencia de la antijuridicidad penal reside en su aspecto formal. Sin embargo, difiere con el profesor Garrido Montt puesto que este último le otorga un carácter de relevancia a la antijuridicidad material al momento de analizar las conductas bajo el prisma penal. Cury, por su parte, discrepa totalmente del profesor Rodríguez Grez, quien considera, como ya se comentó, que la antijuridicidad material es indispensable en el ámbito penal para la solución de problemas que en la práctica pueden presentarse.

El profesor Corral por su parte, si bien no distingue explícitamente entre antijuridicidad formal y material, sí sostiene que la antijuridicidad civil implica una constatación tanto de si el hecho en cuestión infringe una norma positiva como de si va contra el principio general de que nadie debe dañar a otro injustamente (es decir, el "*alterum non laedere*")⁸⁷, lo que es prácticamente sostener que la antijuridicidad civil está compuesta tanto por la antijuridicidad formal como la material. La postura del profesor Corral es concordante con la del profesor Rodríguez Grez ya expuesta, salvo que entiende el contenido de la "contradicción virtual al ordenamiento", expuesta por el profesor Rodríguez Grez, como una forma concreta de la vulneración al principio general del "*alterum non laedere*". Esto es además coincidente con las posiciones de los profesores españoles Fernando Reglero⁸⁸ e Ignacio Sierra⁸⁹, quienes entienden que la constitución de la antijuridicidad civil implica tanto la vulneración de una norma expresa imperativa o prohibitiva (equivalente a la antijuridicidad formal) como la vulneración del "*alterum non laedere*" (que concuerda, como ya hemos visto, con la antijuridicidad material).

De acuerdo con la postura del profesor Rubén Celis Rodríguez, quien entiende la antijuridicidad civil como la contrariedad tanto del derecho como de la moral, el contenido de tal precepto incluye no solo una antijuridicidad formal, sino que también una antijuridicidad material, la cual toma forma como contradicción entre el hecho dañoso y la moral.⁹⁰

En preciso aclarar que el objetivo de nuestro estudio es la forma de operar la antijuridicidad en el ámbito civil y no en el penal, por lo que tomar postura en este último dilema excede la

⁸⁶ RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 132.

⁸⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 113.

⁸⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). P. 59.

⁸⁹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (2008). P. 329.

⁹⁰ CELIS RODRÍGUEZ, Rubén (2003). P. 36.

finalidad de nuestro análisis. Sin embargo, se estima como correcta la postura presentada por los profesores Etcheberry y Garrido Montt, en el sentido que, la esencia de la antijuridicidad penal reside en la contradicción entre la norma prohibitiva penal expresa y el comportamiento que la infringe. Esto responde al “principio de legalidad” - ya mencionado y rector en el derecho penal-, bajo el cual *“los hechos constitutivos de delito como la pena correspondiente deben encontrarse determinados en una ley formalmente tal, antes de la ejecución de la conducta por el sujeto”*,⁹¹ principio que, por cierto, en nuestro derecho adquiere carácter constitucional al encontrarse consagrado en el artículo 19 n°3 inciso octavo de nuestra Constitución Política: *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*.⁹² De esta forma, sólo aquellos hechos típicos que se encuentre formalmente descritos en la norma penal pueden considerarse contrarios a derecho y, por ende, antijurídicos, no pudiendo buscarse más fuentes de la antijuridicidad penal de la forma en la que busca hacerlo el concepto de “antijuridicidad material”. Cualquier intento de lo anterior infringiría directamente el principio de legalidad y, por ende, nuestra propia Constitución.

Ahora bien, el principio de legalidad opera de forma imperante en el ámbito penal, mas no es aplicable al ámbito civil. La norma constitucional sólo se refiere a los hechos sancionados penalmente, lo que concuerda con la gravedad de la sanción penal, y exige estrictas limitaciones al ius puniendi estatal. Por ende, tal y como lo señala el profesor Rodríguez Grez, aquellos hechos que no acarreen sanciones penales, sino civiles, no requieren necesariamente de esta exigencia característica del derecho penal. Esto se refleja también en el hecho de que en materia civil extracontractual no se establezcan de forma taxativa las situaciones que darán lugar a la indemnización correspondiente y exista, en vez, una cláusula general, consagrada en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, que exige que exista un daño provocado de forma negligente o dolosa para que se configure la responsabilidad extracontractual, sin especificar algún “verbo rector” o circunstancia concreta de la conducta dañosa (sin perjuicio, claro, de ciertas excepciones en donde la ley determina de forma específica las situaciones que darán lugar a la responsabilidad extracontractual). Considero entonces acertadas las apreciaciones ya expuestas de los profesores Corral, Sierra Gil y Reglero Campos en tanto que la antijuridicidad civil extracontractual deriva de la vulneración de una norma expresa imperativa o prohibitiva como del precepto “alterum non

⁹¹ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 96.

⁹² Constitución Política de la República, Decreto Supremo N°100 (1980). Art. 19 N°3.

laedere”, con la salvedad que esta vulneración no es estrictamente un sinónimo de antijuridicidad, sino que -como se verá más adelante- es un indicio de la existencia de ésta.

En conformidad con lo anterior, es forzoso concluir que, tal y como menciona el profesor Rodríguez Grez, al no estar sometido a la estricta taxatividad del principio de legalidad, la antijuridicidad del sistema de responsabilidad civil extracontractual puede constituirse tanto si una norma en concreto lo define, como si el hecho dañoso ha contravenido los principios y finalidades del ordenamiento jurídico, lo que es compartido por el profesor López Mesa al plantear que la antijuridicidad implica la vulneración tanto de normas legales específicas como de normas generales y principios de derecho. Se enfatiza nuestra oposición a la postura de los profesores Celis Rodríguez y Peirano Facio, quienes sostienen que la antijuridicidad es tanto lo contrario a la ley como lo contrario a la moral. El remitirse a la antijuridicidad de un acto como aquel que no necesariamente va contra las leyes sino contra la moral, es una postura que no tiene cabida al considerarnos parte de un Estado de Derecho, en donde la confusión entre derecho y moral es una discusión superada hace décadas, y en donde deben primar de forma exclusiva los principios rectores integrantes del ordenamiento jurídico y no de la moral, cuyos preceptos y directrices sólo podrán ser aplicables jurídicamente cuando sea el propio ordenamiento jurídico el que se remita a ella. Nunca por sí sola.

2. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

- I. Postura de la doctrina mayoritaria nacional respecto al carácter autónomo de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual. La "culpa" como sinónimo de antijuridicidad (postura del profesor Enrique Barros Bourie).

Hasta este punto se ha definido el concepto de "antijuridicidad" y delimitado su contenido, estableciendo las similitudes y diferencias que su reconocimiento implica tanto en materia civil como penal. Es momento, entonces, de descifrar la pregunta fundamental que constituye el principal objetivo de la presente investigación: "¿es la antijuridicidad un elemento autónomo en el modelo de responsabilidad civil extracontractual?"

En la doctrina nacional - y gran parte de nuestra jurisprudencia- la respuesta sería negativa. La mayoría de los autores, como es el caso de los profesores Pescio, Meza Barros, Alessandri, Somarriva, Vodanovic, Ramos Pazos y Barros Bourie (cuyas posturas ya han sido especificadas), prescindieron del requisito, independiente del número de elementos que consideren necesarios para la configuración de la responsabilidad extracontractual. Lo anterior se debe a que, como explica el profesor Enrique Barros, se ha entendido que la antijuridicidad es parte integrante de la culpa, puesto que *"la culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo"*⁹³, por lo que *"en el derecho chileno, como en la generalidad de los sistemas jurídicos, al ser concebida como ilicitud de la conducta, la culpa civil no se distingue de la antijuridicidad"*.⁹⁴

La evolución histórica del precepto de culpa excede el contenido de la tesis, por lo que se tomará como punto de partida lo manifestado por el profesor Barros, cuya postura en la materia es, sin duda, una de las más importantes en la doctrina civil nacional. Éste entiende que, al tomar la idea de culpa como un precepto ya no subjetivo sino objetivo, ésta sería el núcleo en que la conducta dañosa se manifestará contraria a derecho, siendo la razón por la cual el autor incluye, dentro de las causales de exclusión de la culpa extracontractual, a las denominadas "causales de justificación", tales como la legítima defensa, el estado de necesidad o la ejecución de actos autorizados por el derecho, entre otros. Al momento de analizar estas causales, el profesor Barros vuelve a ser categórico: *"...en circunstancias que*

⁹³ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 78.

⁹⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 96.

*las causales de justificación han sido construidas como excusas, que puede hacer valer quien ha cometido una conducta que es ilícita en principio, su lugar sistemático más correcto en el derecho civil es precisamente como factores excluyentes de la culpa [...] por ello, 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...*⁹⁵, opinión compartida también por el profesor Alessandri Rodríguez, para quien las causales de justificación son eximentes de responsabilidad, puesto que en ellas existe ausencia de dolo y de culpa, respectivamente⁹⁶.

Si se sigue la postura de la doctrina nacional y, principalmente el planteamiento del profesor Barros Bourie, la respuesta a la pregunta objeto de esta tesis es muy simple y concreta: la antijuridicidad no es (ni es necesario que lo sea tampoco) un requisito dentro del modelo de responsabilidad civil extracontractual. Esta opinión es también defendida por importantes autores dentro de la doctrina civil española. Así, el profesor Fernando Reglero señala que *“en el orden civil, en materia de daños, la antijuridicidad es sustituida por la imputabilidad”*⁹⁷ y que *“la antijuridicidad es la otra cara de la moneda de la imputación y por eso se ha señalado, desde la perspectiva de un sistema subjetivo de responsabilidad, que se sustenta en el principio de la obligación de indemnizar por ilícito culposo...”*⁹⁸. Dicha postura, aunque por motivos diversos al anterior, es respaldada por otros autores, como el profesor Fernando Pantaleón, quien señala que *“...debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad”*⁹⁹, y el profesor Mariano Yzquierdo, quien siguiendo al profesor Pantaleón señala que *“la antijuridicidad no es, en nuestro Derecho, un elemento de la responsabilidad civil”*,¹⁰⁰ cuyos argumentos se analizarán en su oportunidad, visualizando el autor en este apartado una diferencia sustancial con la responsabilidad penal.

Para verificar si la conclusión de los autores precedentes se sustenta, se requiere indagar si la premisa de Barros es correcta o no, a saber: ¿es la culpa (o el dolo) y la ilicitud preceptos sinónimos en responsabilidad extracontractual? Es necesario, entonces, delimitar el concepto de culpa civil aplicable en sede extracontractual. Nuestro Código Civil nos da un

⁹⁵ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 132.

⁹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 433.

⁹⁷ REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). P. 60.

⁹⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). P. 62.

⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando (2000) “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”. Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid, España. P. 168.

¹⁰⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). “Sistemas de responsabilidad civil, contractual y extracontractual”. Editorial Dykinson, Madrid. Pp. 110-111.

primer acercamiento al concepto en su artículo 44, distinguiendo entre tres tipos de culpa - culpa levísima, culpa leve y culpa grave- y definiendo el dolo como la intención positiva de inferir injuria a otro.¹⁰¹ La doctrina tradicional entendía que, al no hacer distinción, quien cometiera un cuasidelito civil respondía de toda culpa, incluyendo la levísima. Las tendencias modernas, sin embargo, señalan que dicha distinción es aplicable a la responsabilidad extracontractual al ser una definición común de aplicación general, siendo el estándar de conducta exigido el de la *culpa leve* puesto que, acorde a lo dispuesto en el artículo 44, es el que resulta procedente cuando la ley utiliza los términos de *culpa* o *descuido* sin otra calificación alguna. Será entonces la culpa civil extracontractual la falta de diligencia, apreciada objetivamente y en abstracto, de quien no actúa como lo haría una persona razonable y diligente, estándar que *“lleva a comparar la conducta efectiva con la que puede esperarse, en las circunstancias del caso, de quien es respetuoso con los demás, aunque no se le pueda exigir una especial devoción al interés ajeno. En definitiva, ese es el estándar de la culpa leve, que el artículo 44 III establece como criterio general y supletorio de responsabilidad”*.¹⁰²

II. La culpa y el dolo como factores de imputación. Crítica a la propuesta del profesor Barros Bourie.

La culpa extracontractual va más allá de ser un patrón objetivo y abstracto de conducta. Es incluso, como lo han denominado diversos autores nacionales y extranjeros, un “factor de imputación” o de atribución. Esto es lo sostenido por el profesor Corral quien reafirma que *“las formas de imputación ordinarias son el dolo y la culpa”*¹⁰³, compartiendo esta postura otros profesores como Ramos Pazos¹⁰⁴, Rodríguez Grez,¹⁰⁵ e Yzquierdo Tolsada en

¹⁰¹ Artículo 44: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. **Culpa grave**, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. **Culpa leve**, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. **Culpa o descuido levísimo** es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El **dolo** consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹⁰² BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 80-82.

¹⁰³ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 99.

¹⁰⁴ RAMOS PAZOS, René (2009). P. 41.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 162-163.

España¹⁰⁶. Un factor de imputación (como es la culpa y el dolo) es un nexo o factor de conexión jurídico existente entre una conducta realizada por un sujeto y un daño. Es sabido que para que concurra la responsabilidad extracontractual, se requiere que exista un daño y que éste se encuentre conectado con el actuar de un sujeto. La forma de conexión básica y primaria es a través del nexo causal (o sencillamente "causa"), y es por ello que los autores clásicos ya referidos mencionan en especial a estos tres requisitos como esenciales para nuestro sistema de responsabilidad. Pues bien, la causa es un factor de conexión, pero es uno meramente fáctico, no jurídico. Explica cómo y por qué se configuró el daño de forma empírica (a través del actuar de quien lo causa u omite evitarlo), pero no explica el por qué se le atribuye responsabilidad jurídica a aquel que fácticamente lo ha causado. Esa pregunta es respondida por los factores de atribución. Si la respuesta a "¿por qué responde un sujeto de tal daño?" es "porque lo hizo con intención", entonces el factor de atribución es el dolo. Si la respuesta es "porque, aunque sin quererlo, causó tal daño debido a que fue negligente en su actuar", entonces el factor de atribución será la culpa. Y si el daño no se ha producido ni por dolo ni por culpa del actor, entonces debemos sostener que tal daño no le es jurídicamente imputable y, por ende, que no debe responder. Ésta es, al menos, la regla general en nuestro llamado "sistema de responsabilidad subjetiva".¹⁰⁷

El concepto del dolo o culpa como factor de atribución tampoco es ajeno a nuestra jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Santiago ha dispuesto, en un fallo con fecha 28 de enero de 2003, que tanto en responsabilidad contractual como extracontractual se exige, para su concurrencia *"la imputabilidad del perjuicio, esto es, la culpa o dolo..."*¹⁰⁸ A su vez, la Corte de Apelaciones de Valdivia ha fallado en resolución del 26 de noviembre del año 2013 entendiendo el dolo y la culpa de esta misma manera: *"En cuanto al factor de imputación, es decir, el dolo o culpa necesarios alternativamente para generar la exigencia de responsabilidad en el demandado..."*¹⁰⁹ Esta misma concepción puede verse reflejada incluso en fallos de nuestra Excelentísima Corte Suprema, donde estima que *"el factor de imputación queda radicado en probar hechos que resulte pertinente conceptualizar como negligencia, impericia, imprudencia y transgresión de reglamentos, que incidan en el resultado dañoso"*.¹¹⁰ En otras palabras, como culpa.

¹⁰⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). P. 217.

¹⁰⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). P. 217.

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 28.1.2003, RDJ, T.C., sec. 2°, 17. **Visto en:** SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009). Pp. 452-454.

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia, 26.11.2013, Rol N°334-2013.

¹¹⁰ Corte Suprema, 28.1.2011, Rol N°5849-09.

Ahora bien, el dolo y la culpa no son las únicas maneras de responder a la pregunta anteriormente planteada. Existirán situaciones bajo las cuales, debido al riesgo que generan ciertas actividades (que muchas veces no puede controlarse), el ordenamiento jurídico estimará que es procedente la atribución de responsabilidad al actor aun cuando no exista dolo o culpa de por medio. A estos casos la doctrina los ha denominado "de responsabilidad objetiva o estricta" y el factor de atribución en ellos será, por regla general, el riesgo, existiendo diversas propuestas que procuran justificar dicho factor, como aquella que entiende que el factor radica en el beneficio pecuniario de quien realiza una actividad riesgosa (teoría del *riesgo-beneficio*) o aquella que estima que el beneficio no es relevante, sino sólo el hecho de haber generado un riesgo particular a través de la conducta del agente o agravado un riesgo ya existente (teoría del *riesgo creado o agravado*).¹¹¹

Ejemplos de este tipo de responsabilidad se encuentran tanto en el Código Civil como en leyes especiales. Los casos más representativos se incluyen en el artículo 2327 del Código Civil,¹¹² que hace responsable al dueño del animal fiero que no es útil para la guarda o servicio de un predio por los daños que éste cause, aun sin existencia de culpa; en el artículo 174 de la ley n°18.290¹¹³ (también conocida como "Ley de Tránsito"), que hace responsable al propietario del vehículo motorizado (de forma solidaria junto con el conductor de éste) de los daños y perjuicios ocasionados por el uso del vehículo sin importar la ausencia de culpa por parte de éste; o la responsabilidad en la que recae el dueño, armador u operador de nave o artefacto naval si éste produce derrame o descarga de hidrocarburos (u otras sustancias contaminantes), consagrado en el artículo 244 del Decreto Ley N°2.222 de 1978¹¹⁴ (conocido también como la "Ley de Navegación"). Con todo, el análisis de los

¹¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp.214-216

¹¹² Artículo 2327: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

¹¹³ Artículo 174 de la ley n°18.290: "El conductor, el propietario del vehículo y el tenedor del mismo a cualquier título, a menos que acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, son solidariamente responsables de los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso, sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad a la legislación vigente.

¹¹⁴ Artículo 144 N°1 del Decreto Ley N°2.222 de 1978: "El mismo régimen de responsabilidad civil establecido en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, del 29 de Noviembre de 1969, aprobado por el decreto ley N°1.808, de 1977, y promulgado por D.S. N°475, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de Agosto de 1977, y sin perjuicio del campo de aplicación de este Convenio, regirá para la indemnización de los perjuicios que ocasione el derrame de cualquier clase de materias o desechos, que ocurra dentro de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, sea cual fuere la actividad que estuviere realizando la nave o artefacto naval que lo produjo; con las siguientes normas complementarias:

1. La responsabilidad por los daños que se causen afectará solidariamente al dueño, armador u operador a cualquier título de la nave, naves o artefacto naval que produzcan el derrame o descarga. Cuando se produzcan derrames o descargas provenientes de dos o más naves, que causen daños a raíz de los mismos hechos, y fuere procedente la responsabilidad, ésta será solidaria entre todos los dueños, armadores u operadores a cualquier

sistemas de responsabilidad estricta excede el motivo de esta tesis. Y es que, debido a las características particulares de este tipo de obligaciones de indemnización, es más correcto asumir que no estamos ante sistemas de responsabilidad extracontractual propiamente tal, sino más bien ante obligaciones de garantía, concordantes con un sistema de responsabilidad por seguros.¹¹⁵ Por ello, nos remitiremos estrictamente al dolo y la culpa como los factores de imputación a analizar.

Si se sostiene, como efectivamente ha hecho la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, que la culpa y el dolo son factores de imputación, la tesis del profesor Barros Bourie comienza a reflejar inconsistencias que dificultan su sustento teórico. Los factores de imputación funcionan como conectores jurídicos entre el hecho dañoso y el agente a quien se le considera responsable de ellos: un nexo de carácter normativo entre lo que denominaremos el “objeto de imputación” (que será el daño producido por un hecho determinado y no amparado por el derecho, es decir, antijurídico) y el sujeto a quien se le imputa. Ergo, si la culpa y el dolo son conectores jurídicos entre dicho objeto de imputación y el sujeto a quien se le imputa, necesariamente se deben identificar con independencia de ellos, existiendo entonces una diferenciación estricta entre el objeto y el criterio de imputación.¹¹⁶

Sostener entonces que el criterio de conexión es al mismo tiempo el objeto del mismo nexo, o aquello mismo que conecta, es una clara contradicción de carácter lógico. El profesor de derecho penal Juan Pablo Mañalich, al analizar la forma en la cual opera la culpa como un factor de atribución dentro de los cuasidelitos penales, sostiene esta misma línea de pensamiento, estipulando que *“si la imprudencia opera como un criterio de imputación, aquello de cuya eventual imputación se trata —esto es: el objeto de la imputación— precisamente ha de poder ser identificado con independencia de esa adscripción de imprudencia”*.¹¹⁷

título de todas las naves de donde provengan aquellos, salvo en los casos de colisión en que sea razonablemente posible prorratear la responsabilidad”.

¹¹⁵ La presente postura no es precisamente nueva. Ducci, hace más de 80 años, planteaba que lo lógico era considerar a las leyes que contemplaban casos de responsabilidad estricta o “por riesgo” como basadas en los principios de los seguros, (DUCCI CLARO, Carlos (1936). Pp. 21-22). De igual manera, el jurista francés Marcel Planiol negaba la naturaleza de la responsabilidad estricta como un tipo de responsabilidad extracontractual, debido a que se trataría más bien de una simple obligación legal de garantía, de seguro o de asistencia. (PLANIOL, Marcel (1926). “Traité Élémentaire de Droit Civil. Tomo II”. 10ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París. P. 333. **Visto en:** ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). Pp. 73-74).

¹¹⁶ REYES ROMERO, Ítalo (2015). “Sobre la construcción de la exigencia de cuidado”. Política criminal. Volumen 10, N°19 (Julio 2015). P. 65.

¹¹⁷ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2015). Pp. 3-4.

La confusión que existe en la doctrina civil nacional entre el objeto de imputación y el factor de atribución se fundamenta en la interpretación que se ha dado al rol de la culpa civil dentro de la responsabilidad extracontractual. Se ha sostenido que la culpa es un patrón abstracto o modelo genérico de conducta que determina el estándar bajo el cual las personas deben actuar, estableciendo la línea divisoria entre una conducta lícita y una contraria al ordenamiento jurídico. Como señala el profesor Barros Bourie, *“una acción es ilícita (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente...”*. Por ende, la norma de conducta en responsabilidad extracontractual se determina por el deber de cuidado al que deben adscribirse las personas, el que se encuentra establecido por regla general por el estándar de la culpa leve: el equivalente a una persona diligente. ¿Cómo saber cuál es en concreto dicho deber de cuidado? Idealmente recurriendo a la ley en las situaciones en que ella defina específicamente dicho estándar, pero como ello ocurre de forma excepcional y sólo para ciertas actividades, será el juez el que deba determinarlo, ya sea a través de estándares sociales o construyendo en cada caso en particular la norma de cuidado, acorde al estándar de la persona diligente.¹¹⁸

Esto permite inferir, a primera vista, que al ser la culpa el elemento que determina la norma de conducta exigida civilmente, ella conforma el objeto de imputación, dando la equivalencia entre culpa e ilicitud (o entre una conducta culposa y una conducta ilícita) defendida por Barros. Incluso el propio profesor Rodríguez Grez sostiene que el dolo y la culpa tienen un doble papel en la estructura del ilícito civil, actuando tanto como factor de imputación como elemento referencial de la antijuridicidad, aunque -con el fin de respaldar la teoría de la antijuridicidad como requisito necesario- explica que sólo opera como fuente de la antijuridicidad material, por lo que el dolo y la culpa sirven solamente *“para construir la antijuridicidad respecto de conductas que son legítimas en su ausencia pero carecen de toda trascendencia cuando la conducta se confronta con el mandato de una norma o un bien o valor amparado por el sistema normativo”*, como ocurre con las causales de justificación.¹¹⁹

Lo anterior guarda cierta similitud con la forma de configuración del injusto penal en los delitos culposos acorde a importante parte de la doctrina penal nacional, la cual sostiene que la estructura del injusto del delito culposo difiere del doloso al no consistir solamente en la

¹¹⁸ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 94-95.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 140-141.

realización del verbo rector de la descripción típica de determinado delito, sino más bien en un quebrantamiento de una “norma de cuidado” configuradora del injusto típico. Son partidarios de esta postura el profesor Cury, para quien *“lo característico del injusto culposo es la inadecuación de la acción ejecutada al ‘modelo’ de acción cuidadosa y atenta que se requiere para asegurar el tráfico jurídico”*,¹²⁰ y el profesor Luis Ortiz Quiroga, quien sostiene que la infracción del deber de cuidado es, junto al cuidado exigido y su ponderación al riesgo creado, los elementos del injusto culposo.¹²¹ Los profesores Politoff, Matus y Ramírez comparten lo anterior, estableciendo que el contenido de la antijuridicidad material en los delitos culposos no consiste en la realización de un resultado típico, sino en efectuar una conducta contraria a la norma de cuidado que genera aquél resultado que debía evitarse y no se evitó.¹²²

La doctrina anterior es refutada por la denominada “teoría de las normas”.¹²³ Esta teoría parte de la base de que el estándar que permite definir un hecho como delictivo está contenida en la norma de comportamiento, que en términos penales se traduce como la descripción típica de cada delito respectivo. Dichas normas de comportamiento cumplen dos funciones. En primer lugar, cumplen una función prospectiva, dado que cada sujeto sometido a la norma de comportamiento puede adecuar su conducta tomando en cuenta el mandato o prohibición (o permisión, como ocurre en las causales de justificación) contenido en ella, evitando así su infracción. Si la norma prohíbe matar a otro, para no infringirla debo adecuar mi actuar no matando a otro. En segundo lugar, cumplen una función retrospectiva, en donde la norma se vuelve un estándar bajo la cual se miden las acciones ya realizadas y se determina si éstas han infringido la norma. En este último caso, la norma no se dirige al agente, sino al juez que la aplica con el fin de determinar si dicha acción es contraria a la prohibición que indica la norma.¹²⁴

Ahora bien, el reconocer ambas funciones no es suficiente para afirmar que una determinada persona ha actuado jurídicamente y es responsable de ello. Para ello, debe atribuirse, jurídicamente, el hecho antinormativo (o tipo objetivo) a un agente sobre el cual se hará el

¹²⁰ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 346.

¹²¹ ORTIZ QUIROGA, Luis (s.f.). “De los cuasidelitos”. Material docente no publicado. P. 22.

¹²² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 286.

¹²³ Para una explicación completa sobre el modelo de imputación de la “teoría de las normas” se sugiere revisar la siguiente bibliografía: HRUSCHKA, Joachim (2005). “Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación”. Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). “Norma, causalidad y acción”. Editorial Marcial Pons, Madrid.

¹²⁴ REYES ROMERO, Ítalo (2014). “Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del artículo 10 N°8 del Código Penal.”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago. Pp. 84-85.

juicio de responsabilidad, lo que se denomina el “proceso de imputación”. Para ello, se utilizan las “reglas de imputación”, que son los criterios que utiliza el juzgador para atribuir la conducta a un sujeto, por lo que su función es esencialmente retrospectiva, debido a que están dirigidas al juez que analiza ex post el hecho realizado. Estas reglas se traducen en el dolo y la culpa o imprudencia, las cuales componen una categoría estructuralmente independiente de las normas de comportamiento.¹²⁵ En palabras del profesor alemán Urs Kindhäuser, *“el tipo objetivo designa el objeto, el dolo y la imprudencia, en cambio, las bases de la imputación de responsabilidad jurídico-penal”*.¹²⁶

Tomando en consideración lo anterior, a diferencia de lo sostenido por la doctrina tradicional, la infracción de un deber de cuidado (que configura la culpa o imprudencia) no es el objeto que se imputa en los delitos culposos, dado que ésta no es la norma de comportamiento infringida (la cual será definida por la descripción típica de cada delito), sino la respectiva regla de imputación, es decir, la razón por la cual imputamos el hecho antinormativo.¹²⁷ Existe entonces una independencia normativa entre la culpa (y el dolo) como factor de imputación y el objeto de dicha imputación, por lo que, tal y como menciona el profesor Mañalich, *“...resulta a todas luces inviable identificar la exigencia de cuidado cuya infracción pueda ser constitutiva de imprudencia, por un lado, con el deber de acción o abstención fundamentado por la norma de requerimiento o de prohibición cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo objeto de la imputación, por otro”*.¹²⁸

A similar conclusión se arriba en el análisis normativo de la imputación jurídica civil. El hecho antinormativo que caracteriza el injusto en sede extracontractual se configura por la acción que causalmente produce un daño sin mediar causal de justificación que lo ampare. En otras palabras, el hecho dañoso antijurídico. Éste, como ya se ha indicado, será el objeto de imputación al cual se le realizará el proceso de imputación para vincularlo jurídicamente con el agente respectivo. Si el hecho dañoso antijurídico se ha realizado con intención positiva de dañar, el factor de imputación será el dolo. Si se ha realizado con infracción a los respectivos deberes de cuidado, el factor será la culpa o imprudencia. En este último supuesto se llega a la misma conclusión que la señalada en los cuasidelitos penales: el deber de cuidado que se infringe y que es constitutivo de culpa no es el objeto de imputación (el cual se encuentra

¹²⁵ REYES ROMERO, Ítalo (2014). P. 85.

¹²⁶ KINDHÄUSER, Urs (2008). “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”. Revista para el análisis del Derecho InDret 4/2008, Barcelona. P.7

¹²⁷ REYES ROMERO, Ítalo (2014). P. 99.

¹²⁸ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2015). P. 7.

determinado por el hecho dañoso antijurídico) sino que equivale al factor de atribución, es decir, a la razón jurídica por la cual se imputa dicho hecho dañoso.

De lo anterior es forzoso concluir que no resulta posible sostener que la culpa como factor de imputación sea equivalente a la ilicitud o antijuridicidad de aquel objeto que el mismo factor atribuye al sujeto, y que, por ende, asimilarlos es desconocer la naturaleza jurídica de cada uno de aquellos elementos. Resulta entonces viable sostener que la antijuridicidad como elemento del objeto de imputación no es equivalente a la culpa (o dolo), sino que son requisitos autónomos e independientes.

III. Incompatibilidad de la exclusión del dolo con la procedencia de las causales de justificación excluyentes de la responsabilidad extracontractual

La tesis que considera al dolo y la culpa equivalentes a la ilicitud o antijuridicidad tampoco logra sustento desde un punto de vista práctico. Ello se manifiesta con claridad cuando se analiza la forma en la que operan las circunstancias que excluyen la antijuridicidad: las denominadas “causales de justificación”. Las causales de justificación determinan las circunstancias en las que un daño extracontractual no contraviene el ordenamiento jurídico o resulta amparado por éste, excluyendo con su concurrencia la responsabilidad extracontractual del (presunto) civilmente responsable de la indemnización de éstos. Por lo que, si la postura del profesor Barros es correcta, su procedencia excluiría entonces el dolo y la culpa del sujeto responsable (lo que es específicamente mencionado por éste, como se indicó en páginas anteriores).

Ahora bien, lo anterior adquiere grandes dificultades argumentativas cuando se analizan las situaciones en las que el daño no se ha cometido con culpa, sino con dolo. El dolo, como ya se ha mencionado, es definido en el artículo 44 del Código Civil como la intención positiva de proferir una injuria o un daño en la persona o bienes de otro, lo que implica tanto el conocimiento del daño que se está realizando con el actuar propio como la propia intención de querer causar dicho daño. Es ese mismo ánimo, por contradictorio que parezca, el que estará presente en ciertas situaciones en las cuales se configuren las causales de justificación.

Analicemos el caso de la legítima defensa: la legítima defensa es una causal de justificación contemplada en el artículo 10 n°4, n°5 y n°6 del Código Penal. Si bien se analizará en detalle

más adelante, se adelanta que consiste básicamente en el daño realizado a un agresor en defensa de una amenaza actual e inminente de un mal por parte de éste. Si un sujeto es atacado por otro y al momento de defenderse se le ocasiona lesiones leves, por ejemplo, ese daño no sería contrario a derecho, siendo amparado por el ordenamiento jurídico al constituirse en la hipótesis de la legítima defensa y excluyendo así la responsabilidad civil extracontractual del defensor. ¿Existe en este caso la intención, por parte del defensor, de ocasionar un mal a su agresor? ¿Hay conocimiento por su parte de que tal defensa le ocasionará dicho mal? La respuesta es afirmativa: las lesiones ocasionadas son intencionadas y se conoce que la defensa, para evitar el mal amenazado por el agresor, va a ocasionarle algún tipo de daño. Si tomamos en consideración la definición del artículo 44 del Código Civil, es inequívoco sostener que el defensor está actuando efectivamente con dolo: con la intención positiva de proferir injuria a otra persona. Sin embargo, es una conducta permitida y concordante con el ordenamiento jurídico que impide la configuración de responsabilidad, puesto que por muy intencionado que sea el daño efectuado, se realizó en defensa de la persona misma. Por ende, si estamos en presencia de un acto constitutivo de dolo, pero que a la vez se encuentra amparado por la legítima defensa, la conclusión aparece de forma evidente: la legítima defensa no actúa como exclusión del dolo.

El profesor Rodríguez Grez, tomando el mismo ejemplo, llega a la misma conclusión. Según su perspectiva, en la legítima defensa *“el daño que se causa tiene origen en el ánimo cierto y directo de causarlo -para repeler la agresión injusta-, o la culpa cuando se ha sobre pasado el cuidado excesivo, cuando sucede cuando actúa con exceso de celo. Lo que no debe existir es dolo o culpa remota, que se ubica mucho antes de la acción dañosa y que se manifiesta en la falta de provocación o la ausencia de venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Pero ninguna duda puede asistirnos en orden a que concurren todos y cada uno de los elementos que conforman el delito o cuasidelito civil, salvo la antijuridicidad, por obra de la causa de justificación, desapareciendo el efecto jurídico principal: la responsabilidad civil”*.¹²⁹

Similar ejemplo se encuentra con la causa de justificación del estado de necesidad justificante, consagrado en el artículo 10 n°7 del Código Penal, que ampara jurídicamente a aquel que para evitar un mal futuro produzca un daño a la propiedad de otro. Tal sería el caso, por ejemplo, de aquél que para protegerse de una fuerte tormenta que se avecina, rompe la ventana de una casa ajena. En este caso, el sujeto que rompe la ventana actúa con

¹²⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 155.

el conocimiento y con la intención positiva de romper dicha ventana, produciendo así un daño intencional en la propiedad ajena. Es decir, actúa con dolo. Sin embargo, al igual que en el caso de la legítima defensa, ese daño cometido por un actuar se encuentra amparado por una causal de justificación, no existiendo contrariedad alguna con el ordenamiento jurídico y excluyéndose, nuevamente, la procedencia de la responsabilidad aquiliana. Esto no significa que al dueño de dicho bien no se le conceda algún tipo de acción civil para recibir alguna forma de resarcimiento por dicha ventana. Esta discusión se analizará al momento de examinar la causal de estado de necesidad en particular, con sus causales de procedencia y posibles conflictos en la práctica.

La procedencia del dolo en dichas causales puede ponerse en duda si consideramos al dolo como un actuar esencialmente malvado, (lo que es también denominado como *“animus nocendi”*¹³⁰). El profesor Alessandri Rodríguez, por ejemplo, considera que *“el dolo transforma en ilícito todo acto, por lícito que éste sea en sí mismo. De ahí que el ejercicio de un derecho deje de ser lícito y se convierte en ilícito si con él sólo se persigue dañar a otro”*,¹³¹ interpretación que es seguida por cierta jurisprudencia, como puede apreciarse en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago al sostener que *“hay dolo cuando se obra con el deliberado propósito de causar un perjuicio, de suerte que si el daño se produjo sin que su autor lo haya querido, no estamos en presencia de una conducta dolosa”*.¹³²

Tal postura, sin embargo, conlleva a la interpretación de un elemento subjetivo que no está contemplado directamente en la definición del artículo 44 y que, además, extrapola el contenido mismo del dolo. Actuar dolosamente, proferir injuria a otro, implica realizar intencionadamente una conducta u omisión que conllevará como resultado un daño hacia otra persona o a sus bienes (tal y como indica la concepción del propio Código Civil), más no que tal actuar es realizado únicamente con un motivo vil o completamente reprochable. Así como lo comenta el profesor Corral Talciani, para la configuración del dolo civil sólo basta *“que el sujeto se haya representado como posible el resultado lesivo y lo haya querido, aunque a su pesar, como resultado directo de su acción”*.¹³³ El profesor Barros comparte lo anterior, entendiendo que el núcleo del dolo civil no consiste es la intención de dañar a otro en un sentido estricto (como lo sostiene Alessandri), sino en la utilización voluntaria del otro para los intereses propios. Dicha interpretación del dolo se adapta de mejor manera a lo que

¹³⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 205.

¹³¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 121.

¹³² Corte de Apelaciones de Santiago, 2.9.2010, Rol N°3377-2008, LP 46081, MJ 24766. **Visto en:** CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 205.

¹³³ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 205.

ocurre en la práctica puesto que, como lo sostiene el profesor Barros, “*sólo en forma excepcional lo querido es el perjuicio ajeno, con exclusión de otro interés [...] más generalmente la intención se reduce a aceptar el daño como una consecuencia colateral de la acción*”¹³⁴.

De esta forma, si el agente realiza un daño de forma intencional o con la representación de su acaecimiento como consecuencia de su actuar, constituye una situación dolosa; si es realizado sin forma intencional (o sin dicha representación) pero con negligencia, será culposa. Lo relevante para la configuración del dolo será, entonces, que la injuria o el daño se manifieste en una intención positiva, en una conducta libre, voluntaria y en conocimiento o representación de la realización de un daño a una persona o bienes ajenos.

Los argumentos y ejemplos expuestos demuestran que la procedencia de una causal de justificación no implica que exista una exclusión del dolo en la conducta del autor, el cual podrá encontrarse presente en gran parte de las situaciones en que éstas se configuren. Por ende, es forzoso concluir que las causales de justificación, en oposición a lo propuesto por el profesor Barros Bourie, no excluyen el factor de atribución de culpa y el dolo, por lo que, desde un punto de vista de aplicación práctica, ni la culpa ni el dolo logran asimilarse de forma alguna a la ilicitud. Todo parece indicar, más bien, que estamos ante una categoría distinta, un elemento que se desprende de estos factores de atribución y que opera en atención a sus propias características específicas.

IV. La antijuridicidad como requisito autónomo de la estructura de la responsabilidad civil extracontractual

El análisis anterior permite concluir que la antijuridicidad es un elemento cuya categorización difiere de aquella a la que la doctrina mayoritaria le ha adscrito principalmente (es decir, su asimilación al dolo y a la culpa), no siendo parte del factor de imputación sino del objeto mismo a imputar con dichos factores. Esto no significa *per se* que la antijuridicidad sea un elemento autónomo, puesto que en tal caso la antijuridicidad podría ser subsumida dentro de otro importante requisito -el daño-, el cual también es parte del objeto de imputación extracontractual. Tal conclusión sería forzosa si se sostiene que la esencia de la antijuridicidad radica en la vulneración del principio “*alterum non laedere*”, dado que, como

¹³⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 159-160.

bien explica el profesor Reglero Campos: *“no es antijuridicidad la violación genérica del “neminem laedere” porque ello presupone el daño, con lo que, como queda dicho, la antijuridicidad se confundiría con éste”*¹³⁵, argumento que se ha utilizado como parte de la doctrina para negar, nuevamente, la autonomía del requisito de la antijuridicidad. Bajo esa perspectiva, la tesis de la antijuridicidad caería en una argumentación tautológica: el daño realizado a otro es antijurídico cuando vulnera el principio de no realizar un daño a otro.

Ahora bien, dicha perspectiva se debe únicamente a una confusión respecto de la forma de operar de la antijuridicidad y su relación con el daño extracontractual. La realización de un daño producto por la acción u omisión de una persona, implica la vulneración de la norma de no dañar a otros y, por ende, del principio *“alterum non laedere”*. No obstante, dicho daño no implica que, *per se*, ese daño resulte antijurídico, sino que es solo un indicio, un atisbo de que dicha vulneración ha resultado contraria a derecho, y es a tal indicio al que se le realizará el juicio de valor de carácter objetivo que determinará si tal daño implica una contradicción con el ordenamiento jurídico, lo cual, en términos prácticos, se define directamente con la procedencia o no de las causales de justificación.

Es debido a lo anterior que la antijuridicidad del daño realizado no es equivalente en contenido a la vulneración del *“alterum non laedere”* sino que, más bien, ella implica incurrir en dicha vulneración sin existir causal de justificación que ampare el quebrantamiento al principio de no dañar a otros, contraviniéndose el ordenamiento jurídico, de forma objetiva, a través del daño realizado. El profesor español Rogel Videl logra explicar claramente lo ya mencionado determinando que *“el requisito de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta no sirve, en realidad, para determinar cuándo se ha incurrido en responsabilidad por el daño causado, sino en qué casos, por el contrario, no existe responsabilidad, al estar protegido el agente por una causal de justificación”*.¹³⁶

La forma en la que opera la antijuridicidad en materia extracontractual no difiere demasiado de su rol en la estructura del delito penal. En Derecho Penal, la realización de una acción típica no implica necesariamente que tal conducta sea contraria a Derecho y, por ende, penalmente sancionable, sino que debe determinarse que tal conducta se ha realizado sin causal de justificación que la ampare. Así, quien ha causado la muerte de otro ha incurrido en la acción típica del delito de homicidio simple (acorde a lo descrito en el artículo 391 del

¹³⁵ REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). Pp. 60-61.

¹³⁶ ROGEL VIDEL, Carlos (1977). P. 84.

Código Penal¹³⁷), lo cual nos da un indicio de estar frente a un delito penal, pero si dicha muerte (al momento de analizar la antijuridicidad de la conducta) ha sido realizada mediante legítima defensa, la conducta no resulta antijurídica y, por ende, se excluye la configuración de dicho delito. Como es mencionado por los profesores Politoff, Matus y Ramírez: *“aunque por regla general la tipicidad de una conducta es indiciaria de su antijuricidad, como el humo lo es respecto del fuego, ello no implica que deba obviarse la investigación independiente acerca de la antijuricidad del hecho típico, pues puede que éste no sea, en el caso particular, contrario a derecho”*.¹³⁸

De igual manera como la acción penal típica es indicio de antijuridicidad (aunque debiendo realizarse el examen correspondiente que determine si efectivamente contraviene el derecho), la acción que resulta en un daño a otro (y por ende, vulneración al *“neminem laedere”*) es indiciario de la comisión de un delito o cuasidelito civil, debiendo determinarse, una vez dado por establecido el daño, que aquél se ha realizado de forma antijurídica y sin causal de justificación que lo ampare.

El planteamiento que se ha sostenido hasta el momento no se encuentra exento de críticas. El profesor español Mariano Yzquierdo, férreo detractor de la idea de la antijuridicidad como elemento autónomo del sistema de responsabilidad extracontractual, sostiene sólidos argumentos que fundamentan su postura. A su juicio, no es posible fundar la antijuridicidad civil como la vulneración de una norma jurídica imperativa o prohibitiva al considerarlo un argumento insuficiente puesto que, a su juicio, *“existen innumerables actos dañosos que engendran responsabilidad civil sin que exista un mandato legal específico que los reglamente, prohíba o condene”*, que *“tampoco las normas jurídicas son siempre tan claras como la teoría pretende suponer”* y que, por último, *“...las normas, por muy densas y precisas que sean, no pueden llegar a prever las circunstancias infinitamente variables de los innumerables procesos dañosos que pueden producirse dentro de la vida social.”*¹³⁹ No sólo la inexistencia, sino la imposibilidad de determinación de normas de conductas referidas a las situaciones bajo las cuales puede realizarse un hecho que culmine en un daño extracontractual, llevan a concluir a dicho autor que no es posible establecer a la antijuridicidad como elemento autónomo.

¹³⁷ Artículo 391: *“El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 2. - Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.”*

¹³⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 211.

¹³⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). P. 111.

El profesor Yzquierdo parece pretender en su planteamiento que la institución de la antijuridicidad solo subsiste si éste logra ligarse a deberes específicos definidos en la norma, la cual a su juicio no existe en el derecho civil. Sin embargo, ello no es así; la norma jurídica imperativa o prohibitiva se desprende directamente de las normas fundantes del sistema de responsabilidad extracontractual y que consagran el principio "*alterum non laedere*", que se encuentran (en nuestro ordenamiento jurídico) en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil. Son éstos quienes imponen un mandato legal muy claro: no dañar a otros, y aquellos que sí lo hagan (y no se encuentren jurídicamente amparados para ello) deben indemnizar a las víctimas. Es ese mandato específico no solo el principio fundante sino la norma de conducta básica a seguir, y no es necesario, como el profesor Yzquierdo parece suponer, que la norma sea más específica que ello. No existe en primer lugar, la exigencia del principio de legalidad (ya explicado) que obliga a determinar específicamente las conductas (en este caso, las formas de configurar el daño) reguladas por el ordenamiento y, en segundo lugar, el mandato jurídico de no dañar a otro es bastante claro como para definir la determinación de actuar de los individuos en sociedad. Es cierto que las normas no pueden llevar a prever todas las circunstancias que pueden dar como resultado un daño, pero tampoco es necesario hacerlo: lo único necesario y determinante es la especificación de no dañar a otros, o en la evitación de dicho daño en quienes exista la obligación de actuar.

Ni siquiera en el derecho penal, con la rigidez del principio de legalidad, se exige determinar todas las circunstancias que pueden llevar al resultado de lesión del bien jurídico que la norma penal protege, según sea el caso. En el delito de homicidio, por ejemplo, el artículo solo determina que aquel que mate a otro incurre en el delito, pero no especifica ninguna forma de comisión, las cuales pueden darse en situaciones tan variadas como la imaginación lo permita: disparo con arma fuego, lesión fatal con arma cortopunzante, estrangulamiento, etc. No es necesario determinar las innumerables formas de cometer el homicidio porque el mandato jurídico es claro: no atentar contra la vida de los otros. En el sistema de responsabilidad civil, como se indicó, el mandato es claro: no realizar daños a las personas o su propiedad, y es eso lo único que se exige de la norma de conducta para que sea vinculante al momento de regir nuestro comportamiento. Se hace hincapié, como ya se explicó, que la norma de conducta misma no es el contenido de la antijuridicidad ni tampoco son sinónimos, sino que ello es solamente un indicio de antijuridicidad, la cual se determinará una vez realizado el juicio objetivo de valor que determina si dicha conducta está amparada o no por alguna causal de justificación, contraviniendo o no el ordenamiento jurídico.

Como argumento final, el profesor Yzquierdo propone que, en vez de usar el término “antijuridicidad” es más práctico referirse a aquellas situaciones en las cuales, en sus palabras *“un daño no es resarcible por estar justificado el que lo sufra la víctima. Y si eso significa que estamos ante una causa que excluye la antijuridicidad, entonces diré que ante lo que estamos es más bien una estéril cuestión terminológica.”*¹⁴⁰ La antijuridicidad efectivamente se excluye en aquellas situaciones en que está justificado que la víctima sufra el daño, puesto que son circunstancias que el propio ordenamiento jurídico tolera o ampara, por lo que la descripción del profesor Yzquierdo es completamente concordante con la idea que consagra la antijuridicidad. Sin embargo, la discusión no es meramente terminológica: la determinación de la antijuridicidad como elemento autónomo se vuelve necesaria, pues ayuda a generar una estructura de imputación de responsabilidad civil extracontractual metódica y coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en donde no se superponen categorías (como ocurre con la confusión entre culpa o dolo y antijuridicidad) y logra explicar, de forma consistente, qué categoría en específico de la estructura de responsabilidad extracontractual se ve excluida en aquellas situaciones en las que se configuran las causales de justificación.

Esto último es de gran relevancia, porque la consolidación de la antijuridicidad como requisito autónomo tiene consecuencias prácticas determinantes al momento de concurrir las causales de justificación en particular. Por ello, es imprescindible realizar un análisis acabado de las causales de justificación que excluyen la antijuridicidad, tanto en sus requisitos como en sus formas de operar y los posibles problemas que pueden aparecer en la práctica.

¹⁴⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). P. 113.

3. EXCLUSIÓN DEL ELEMENTO DE ANTIJURIDICIDAD: LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

I. Las causales de justificación como formas de exclusión de la antijuridicidad

Las causales de justificación se definen como “*aquellos casos en que se excluye la antijuridicidad del acto dañoso, el cual termina siendo un efecto legítimo y ajustado a derecho*”.¹⁴¹ El daño extracontractual ocasionado por el actuar de un agente, como se concluyó en párrafos anteriores, será un indicio de la procedencia de responsabilidad extracontractual, el cual por regla general será contrario a Derecho y, por ende, antijurídico. Serán estos casos, estas circunstancias específicas, las que conformarán la excepción a dicha regla, determinando que el perjuicio ocasionado es tolerado y permitido por el ordenamiento jurídico, excluyendo la posible indemnización por responsabilidad aquiliana.

A diferencia de lo que ocurre en el Código Penal -específicamente en su artículo 10-, ni el Código Civil ni las leyes civiles determinan las causales que excluyen la antijuridicidad (lo cual no es sorprendente, dado que tampoco menciona a la antijuridicidad como elemento autónomo de responsabilidad extracontractual), siendo la doctrina la que ha tenido la labor de identificar dichos supuestos.¹⁴² Sin embargo, gran parte de los autores consagran tales causales como excluyentes de la culpa y el dolo, en concordancia con lo ya analizado. El profesor Alessandri es un claro ejemplo de ello, al utilizar el término de “*causas eximentes de responsabilidad*” para referirse a los casos en los que “*el daño proviene de un hecho que no es imputable a dolo o culpa del agente. [...] Este podrá ser su autor aparente o material, pero no es su autor responsable*”, y cuya existencia se desprende de los principios generales de nuestro derecho, según los cuales, sólo se responde de los daños que se hayan causado dolosa o culposamente (consagrados principalmente en los artículos 2284 y 2314 del Código Civil).¹⁴³ A su vez, el profesor Barros sostiene que las causales de justificación actúan suprimiendo la culpabilidad con la que se ha causado el ilícito civil y que “*su función, por tanto, es servir de excusa razonable para el hombre prudente*”.¹⁴⁴

No obstante, ambos autores difieren al momento de definir cuáles son dichas causales. Alessandri sostiene que éstas son la legítima defensa, el estado de necesidad, la orden de la

¹⁴¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 153.

¹⁴² CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp. 121-122.

¹⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 433.

¹⁴⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 132.

ley o de la autoridad legítima, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, la violencia física o moral, y el caso fortuito o la fuerza mayor.¹⁴⁵ El profesor Barros, por otro lado, solo considera como causales de justificación las primeras enumeradas por el profesor Alessandri: la legítima defensa, el estado de necesidad y los actos autorizados por el derecho, incluyendo en este último acápite a la causal de orden de la ley o autoridad legítima, pero agregando también el ejercicio legítimo de un derecho y los actos autorizados por usos normativos (entendiendo éstas como prácticas consideradas comúnmente por correctas).¹⁴⁶ Las demás causales enumeradas por Alessandri no son, a su juicio, excluyentes de la culpa civil, sino que excluyen otros elementos de la estructura de responsabilidad extracontractual, como es la voluntariedad de la acción o el nexo causal entre la acción y el daño.¹⁴⁷

A pesar de las críticas realizadas a la tesis general del profesor Barros Bourie, presentadas a lo largo de esta tesis, su refutación a la postura de Alessandri resulta acertada: en el hecho de un tercero y en la culpa exclusiva de la víctima lo que se excluye es el nexo causal entre el actuar del sujeto presuntamente responsable y el daño producido; mientras que en la violencia física o moral lo excluido es la acción voluntaria. En el caso fortuito o fuerza mayor existen distintas interpretaciones, puesto que una postura sostiene que lo excluido en este caso es el nexo causal entre la acción y el daño¹⁴⁸, mientras que la otra argumenta que lo verdaderamente excluido es la acción voluntaria al quedar suprimida la voluntariedad básica que se exige en la construcción de la responsabilidad extracontractual.¹⁴⁹ Se estima que la posición correcta es esta última: es innegable que no existe nexo causal alguno en la concurrencia del caso fortuito (lo que es admitido por el propio profesor Alessandri al mencionar que *“para que el caso fortuito o la fuerza mayor eximan de responsabilidad, es menester que sea la causa única del daño”*),¹⁵⁰ pero esto ocurre precisamente porque no existe acción voluntaria a la cual pueda realizarse la vinculación del daño producido con ésta. Como sostiene el profesor Corral Talciani, *“cuando un daño se produce por un caso fortuito, en rigor no puede ser vinculado a una voluntad humana”*.¹⁵¹

Volviendo a la determinación de las causales, el profesor Corral Talciani formula una postura similar a la del profesor Barros Bourie, sosteniendo que las causales excluyentes de la

¹⁴⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 434.

¹⁴⁶ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 134-135.

¹⁴⁷ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 134.

¹⁴⁸ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 134.

¹⁴⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 107.

¹⁵⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 436.

¹⁵¹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P.107

antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad, el daño causado con autorización legal o en ejercicio legítimo de un derecho (excluyendo las situaciones en que se actúe con abuso de derecho) y ciertos supuestos de asunción voluntaria de la posibilidad del daño.¹⁵² El profesor Rodríguez Grez, por su parte, concuerda con los profesores Barros y Corral en que la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho son causales de justificación, pero incluye además como causal a la fuerza irresistible o miedo insuperable¹⁵³, cuya regulación, si bien no civil, se encuentra en el artículo 10 n°9 del Código Penal¹⁵⁴, lo cual no es compartido por el resto de la doctrina. El profesor Corral, por ejemplo, argumenta que dichos supuestos operan *“no como causal de exclusión de la ilicitud del hecho, sino de su voluntariedad”*.¹⁵⁵ De igual opinión es el profesor Barros Bourie, quien sostiene que *“en estos casos, no existe propiamente una acción u omisión, sino la actuación de una fuerza irresistible, que priva al acto de la nota de voluntariedad que caracteriza a la libertad de decisión”*.¹⁵⁶

Dado lo explicitado anteriormente, para el objeto de esta tesis se estima que las causales que excluyen la antijuridicidad del hecho dañoso son: la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima y su aceptación de los riesgos.

II. Las causales de justificación en particular: la legítima defensa

Actúa en legítima defensa quien provoca un daño como reacción en defensa de su persona o sus derechos (o de un tercero y sus derechos) ante una agresión externa, encontrándose tal daño justificado y tolerado por el ordenamiento jurídico.¹⁵⁷ Esta causal de justificación opera de forma muy similar tanto en el derecho civil como en el derecho penal,¹⁵⁸ el cual se encuentra consagrado en el artículo 10 n°4 del Código Penal, determinando que *“están exentos de responsabilidad criminal: 4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1° Agresión ilegítima; 2° Necesidad*

¹⁵² CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp. 121-128.

¹⁵³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 153.

¹⁵⁴ Artículo 10: *“están exentos de responsabilidad criminal... 9-° el que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”*.

¹⁵⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 124.

¹⁵⁶ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 71.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 154.

¹⁵⁸ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 139.

racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3° Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".¹⁵⁹

De la interpretación de dicho artículo, la doctrina civil nacional ha buscado determinar los requisitos para que dicha causal opere dentro del sistema de responsabilidad extracontractual civil. Así, el profesor Corral sostiene que *"no hay responsabilidad por los daños que se causen en legítima defensa frente a una agresión injusta, siempre que se den todas las condiciones de esta exigente: agresión ilegítima, falta de provocación y proporcionalidad de la respuesta"*, aclarando que el requisito de la racionalidad del medio empleado es sustituido por el de la proporcionalidad al daño que se evita con la defensa.¹⁶⁰ De igual pensamiento es el profesor Rodríguez Grez, quien menciona que los requisitos del artículo 10 n°4 son aplicables al ámbito civil, pero con la diferencia que *"no es necesario atender al medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, sino al daño que se causa, el cual debe ser racionalmente proporcional al daño que se ha querido evitar"*.¹⁶¹

El profesor Alessandri comparte lo ya expuesto, estimando que la legítima defensa exime de responsabilidad *"a condición de que sea ilegítima, que no haya habido provocación de parte del agente y que la defensa sea proporcionada al ataque"*.¹⁶² Por su parte, el profesor Barros Bourie concuerda con el resto de los autores respecto a estos tres requisitos, pero agrega, otros dos: que el daño se haya producido como causa de la defensa efectuada y que se dirija en contra del agresor.¹⁶³ El primer requisito adicional propuesto por Barros resulta lógico, toda vez que la causal de justificación ampara específicamente los daños que se hayan generado por causa de ésta y no otros. El segundo requisito se desprende de la idea que la defensa y el daño ocasionado por ella responde (y debe responder) al ataque ilegítimo del agresor. Esto lleva a plantear la interrogante respecto a los daños que son ocasionados por motivo de la legítima defensa, pero que culminan dañando a un tercero en vez de al agresor. ¿Resulta dicho daño amparado por la legítima defensa? La respuesta es negativa: el daño amparado por la legítima defensa sólo alcanza al ocasionado al agresor por motivo de la defensa, pero no ampara el perjuicio que se ocasione en aquellas personas ajenas a dicha agresión. Sin embargo, para que dicho daño sea indemnizable debe realizarse el análisis correspondiente a la existencia del factor de imputación correspondiente, es decir, si el daño a un tercero fue ocasionado con dolo o con culpa. Si no puede sostenerse que el daño fue

¹⁵⁹ Artículo 10 N°4 del Código Penal.

¹⁶⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 122.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 154.

¹⁶² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 440.

¹⁶³ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 139-140.

producido de forma negligente por aquel que se defiende y que ni un hombre prudente hubiera podido evitar el daño ocasionado, entonces no se configura responsabilidad extracontractual alguna, no a causa de la causal de justificación en cuestión, sino que debido a la inexistencia del factor de atribución correspondiente.

Con todo, se concluye que la legítima defensa en sede extracontractual procede cuando existen tres requisitos: una agresión ilegítima, insuficiente provocación por parte de quien se defiende y proporcionalidad entre la agresión y el daño producido con la defensa para repelerlo.

La agresión ilegítima es definida como *“una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido”*,¹⁶⁴ no existiendo obligación jurídica de ser soportada por el agredido¹⁶⁵. Que la definición indique como causa el actuar humano implica que se excluyen aquellos peligros que provengan de otras fuentes, esto es, los ataques provenientes de animales, los cuales pueden repelerse bajo la causal de estado de necesidad.¹⁶⁶ Además, dicha agresión, debe ser real, es decir, si solo hay una apariencia de agresión no habría legítima defensa.¹⁶⁷ En ese caso, debe analizarse si dicho error por parte del defensor era previsible y evitable por el hombre medio prudente: si el error era previsible, entonces el defendido es responsable del daño ocasionado, y si no podía preverse, se exime de responsabilidad al no concurrir culpa en su actuar,¹⁶⁸ excluyéndose el factor de atribución respectivo. La agresión debe además ser actual o inminente, esto es, que se esté ejecutando actualmente o que sea lógicamente previsible,¹⁶⁹ lo cual resulta lógico toda vez que no es posible defenderse de agresiones que ya ocurrieron, sino sólo de aquellas próximas a ocurrir; por lo que la defensa que se realiza ante una agresión ya terminada *“dejaría de ser tal para transformarse en venganza o justicia por mano propias, y estas no son nunca autorizadas por el derecho”*.¹⁷⁰

La legítima defensa exige, a su vez, que no exista provocación suficiente por parte del que se defiende. Por ende, no cualquier provocación excluye la legítima defensa, sino que debe

¹⁶⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 217.

¹⁶⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 253.

¹⁶⁶ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 373.

¹⁶⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 253.

¹⁶⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 220.

¹⁶⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). Pp. 218-219.

¹⁷⁰ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 374.

ser una provocación suficiente, es decir, “*proporcionada a la entidad de la agresión*”.¹⁷¹ Si se realiza tal provocación por parte del que se defiende o del pariente o tercero a que se hace mención en los numerales n°5 y n°6 de artículo 10 del Código Penal,¹⁷² la procedencia de la legítima defensa queda excluida, siempre y cuando le conste al autor del daño o si éste ha intervenido personalmente.¹⁷³

El profesor Etcheberry señala que dicha exclusión de la legítima defensa sólo ocurrirá si la provocación fue realizada deliberadamente o si ha sido de tal magnitud que contenga una verdadera agresión. Salvo esos casos, tanto el provocador como el agresor son responsables de los daños que se ocasionen con motivo de su actuar, aunque su responsabilidad se verá atenuada al haber actuado el primero bajo una legítima defensa incompleta y el segundo debido a la provocación en su contra,¹⁷⁴ lo que en el ámbito de responsabilidad civil implicaría una reducción del monto a indemnizar. Bajo esta misma idea, el profesor Alessandri postula, a su vez, que la provocación por parte de la víctima no exime de responsabilidad al autor del daño, pero que autoriza a la reducción del monto a indemnizar de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil,¹⁷⁵ bajo el cual “*la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”.¹⁷⁶

El tercer y último requisito consiste en la proporcionalidad entre la agresión ilegítima y el daño que produce con la defensa realizada para repelerlo. Como señala el profesor Alessandri, “*la legítima defensa exime de responsabilidad [...] cualquiera que sea el medio que se emplee: todos sirven al efecto siempre que el utilizado guarde proporción con el ataque*”.¹⁷⁷ Por citar un ejemplo, si una persona A agrede a B sin arma alguna y empleando únicamente sus puños, y B responde defensivamente disparándole con un arma de fuego, tal defensa se encuentra en desproporción al ataque desarmado realizado por A, por lo que no se configuraría la causal de justificación. Sin embargo, el profesor Corral sostiene que, en

¹⁷¹ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 374.

¹⁷² Artículo 10: “*están exentos de responsabilidad criminal... 5.° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.*

6.° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

¹⁷³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 154.

¹⁷⁴ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 257.

¹⁷⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 441.

¹⁷⁶ Artículo 2330 del Código Civil.

¹⁷⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 440.

caso de no concurrir proporcionalidad entre el ataque y la defensa, el juez puede reducir la indemnización de perjuicios en atención al actuar imprudente de la víctima.¹⁷⁸ Lo mismo ha sido defendido por la Corte Suprema, la cual ha sostenido que procede la rebaja del monto a indemnizar *“en atención a que el occiso se expuso imprudentemente al mal al agredir ilegítimamente y sin provocación, armado de un cortaplumas, al demandado...”*.¹⁷⁹

III. El estado de necesidad

El estado de necesidad es *“aquél en que una persona se ve obligada a ocasionar un daño a otra para evitar uno mayor a sí misma o a un tercero”*.¹⁸⁰ La esencia de esta causal de justificación se basa en un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, existiendo una desproporción entre los bienes comprometidos por el actuar dañoso del agente y que culmina con un daño soportado por la víctima que es proporcionalmente menor al que el autor del mismo procura evitar. Dicho hecho dañoso puede configurarse tanto como una agresión a un bien ajeno (*“estado de necesidad agresivo”*), como aquel que destruye la plantación de su vecino para combatir un incendio, y también como un acto de defensa frente a un riesgo provocado externamente (*“estado de necesidad defensivo”*), como es el caso del disparo a un perro que amenaza con atacar a un tercero.¹⁸¹

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 10 numeral 7 del Código Penal¹⁸², denominado también como *“estado de necesidad justificante”*¹⁸³ (en el año 2010 se agrega un nuevo tipo de estado de necesidad de carácter *“exculpante”* contemplado en el numeral 11, el cual será analizado más adelante). Dicho artículo menciona que está exento de responsabilidad penal *“el que para evitar un mal ejecuta un hecho, que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera.- Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. Segunda.- Que sea mayor que el*

¹⁷⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 122.

¹⁷⁹ Corte Suprema, 8.4.1982, RDJ, T. LXXIX, sec. 4°, p.22. **Visto en:** CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 122. El mismo fundamento puede apreciarse en el siguiente fallo del mismo tribunal: Corte Suprema, 3.7.2002, Rol N°16535-2015.

¹⁸⁰ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). P. 278.

¹⁸¹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 139.

¹⁸² Artículo 10 n°7 del Código Penal.

¹⁸³ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 181.

causado para evitarlo. Tercera.- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".¹⁸⁴

La doctrina civil ha tomado los mismos elementos al analizar la procedencia del estado de necesidad en responsabilidad civil extracontractual,¹⁸⁵ puesto que se entiende que el estado de necesidad es una institución de carácter fundamentalmente interdisciplinario¹⁸⁶ y que, por lo tanto, la noción penal y la civil de dicha causal son conceptualmente equivalentes¹⁸⁷. Se estima como correcto este planteamiento debido a que, como indica el profesor Ducci, dicha causal de justificación -al igual que la legítima defensa- "*consiste en la aptitud jurídica para obrar en circunstancias determinadas concedidas a los individuos por la ley*",¹⁸⁸ amparándose un acto dañoso tolerado por el derecho, aplicable tanto en derecho penal como en civil.

La primera exigencia para la concurrencia del estado de necesidad es, entonces, que exista peligro de un mal, entendiéndose aquel, en palabras del profesor Fueyo, como "*todo daño en sentido amplio, con toda la rica sinonimia del Código Civil chileno: degradación, desaparecimiento, descalabro, destrucción, detrimento, disminución, pérdida, perjuicio, ruina, terminación, etc.*"¹⁸⁹, debiendo además ser de carácter jurídico (esto es, que ponga en peligro un bien reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico)¹⁹⁰ y cuyas fuentes pueden ser múltiples, tales como fenómenos naturales (como un aluvión o terremoto), seres vivos (como un animal fiero) e, incluso, terceras personas (como el incendio iniciado por otro sujeto).¹⁹¹

De forma similar a la agresión en la legítima defensa, el daño a evitar debe también ser real, es decir, que no sea hipotético o eventual sino de tal naturaleza que no existan dudas sobre su realización.¹⁹² Se presenta aquí la misma problemática respecto a si el mal no es real sino aparente, debiendo solucionarse de la forma ya planteada: si el error era previsible y evitable el autor del daño debe responder y, en caso contrario, queda eximido de responsabilidad por falta de culpa (ausencia del factor de imputabilidad). Por último, el mal debe ser inminente, lo

¹⁸⁴ Artículo 10 n°7 del Código Penal.

¹⁸⁵ Como ejemplo de ello puede citarse a los siguientes autores: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). Pp. 441-443; BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 138-139; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp. 122-123; DUCCI CLARO, Carlos (1936). Pp. 65-66; FUEYO LANERI, Fernando (1990). Pp. 391-411; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp.156-158; TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). Pp. 263-266.

¹⁸⁶ FUEYO LANERI, Fernando (1990). Pp. 391-392.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 156.

¹⁸⁸ DUCCI CLARO, Carlos (1936). P. 65.

¹⁸⁹ FUEYO LANERI, Fernando (1990). P. 404.

¹⁹⁰ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 264.

¹⁹¹ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 183.

¹⁹² TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). P. 264.

que significa que debe estar actualmente sufriendose o, al menos, encontrarse en una situación de inmediatez en cuanto su ocurrencia para que el daño realizado se justifique.¹⁹³

Se ha discutido qué ocurre en aquellos casos en que el sujeto está obligado a soportar el mal que teme. El profesor Fueyo sostiene que, si el ordenamiento jurídico impone el deber de asumir ciertos riesgos, el daño realizado para evitarlos no es amparado por el estado de necesidad. Así, un bombero que presta auxilio en un incendio no podría anteponer su integridad física a la salvación de los ocupantes del lugar en llamas, al igual que un médico no puede negarse a prestar atención a un enfermo, bajo estado de necesidad, por temor a contagiarse de la enfermedad de éste.¹⁹⁴

La idea anterior es compartida por el profesor Novoa, para quien no es posible considerar como mal aquello que el ordenamiento jurídico impone a un sujeto, aun cuando subjetivamente lo sienta como tal. El conflicto entre bienes jurídicos resultaría aparente en dichos casos, puesto que *“las normas jurídicas han señalado cuál es el derecho u obligación que ha de ser respetado y ello supone la desaparición del derecho u obligación que se presentaba en pretendido conflicto”*.¹⁹⁵ El profesor Garrido Montt refuerza lo anterior, aclarando que aquellas personas que por motivo de un mandato expreso de la ley, o por su profesión o actividad, no pueden eludir ciertos peligros o lesiones a sus intereses, por lo que no pueden justificar su evitación bajo el estado de necesidad: como el prisionero que debe soportar su privación de libertad o el militar que debe desactivar un campo minado.¹⁹⁶ De la misma opinión es el profesor Etcheberry, excepto en los deberes de determinadas profesiones o situaciones (como soldados militares, policías o bomberos) en las cuales es posible invocar el estado de necesidad aunque, claro está, dentro de límites más restringidos.¹⁹⁷

Los profesores Politoff, Matus y Ramírez, en cambio, se oponen a esta exigencia, argumentando que la ley no contiene en sus requisitos la inexistencia del supuesto deber de aceptación del mal que podría evitar el estado de necesidad. Además, aclaran que, si bien existen determinadas profesiones que imponen la exposición a determinados riesgos (como policías, bomberos, etc.), *“ello no puede significar que deban autoinmolarse en defensa de la propiedad o de otros bienes jurídicos de menor significación cuando exista un riesgo en que*

¹⁹³ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 185.

¹⁹⁴ FUEYO LANERI, Fernando (1990). P. 408.

¹⁹⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). P. 365.

¹⁹⁶ GARRIDO MONTT, Mario (2009). Pp. 184-185.

¹⁹⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 265.

la propia muerte o un daño grave a la salud amenacen con alta probabilidad”, menos aún en el caso de los bomberos, que son personas que voluntariamente realizan su actividad protectora.¹⁹⁸

Lo cierto es que no es posible sostener que actúa de forma justificada quien daña con el fin de evitar el mal que la propia ley le obliga a soportar. Así, no actúa en estado de necesidad el prisionero condenado que provoca un daño en su lugar de cautiverio para escapar, el propio ordenamiento jurídico contempla la obligación de soportar su privación de libertad, por lo que sería una contradicción decir que actúa conforme a derecho quien derechamente actúa en contra de la norma jurídica. En ese sentido, se comparte lo expresado por los profesores Fueyo, Novoa, Garrido Montt y Etcheberry. Sin embargo, ello no implica (como bien indican los profesores Politoff, Matus y Ramírez) que las personas cuyas profesiones o actividades desplieguen ciertos riesgos estén obligadas a recibir lesiones a sus bienes jurídicos en protección a bienes ajenos de menor valor para el derecho. Así, el bombero cuya vida en un incendio peligra, puede invocar el estado de necesidad para eximirse de responsabilidad por los daños ocasionados a los bienes de un tercero.

La mayoría de los ejemplos mencionados por los autores que defienden la obligación de soportar los riesgos (como el bombero que debe salvar a las víctimas de un incendio, o el médico que debe tratar a su contagioso paciente) corresponden a situaciones en las cuales los bienes jurídicos en juego son equiparables, y atienden directamente a la vida o integridad de las personas. Dichas situaciones, en la práctica, nunca constituirán una causal de justificación, dado que el estado de necesidad exige un segundo requisito que atiende directamente a los bienes jurídicos comprometidos: el daño que se quiere evitar debe ser mayor al causado para evitarlo. El estado de necesidad, como causal de justificación, requiere que exista una diferencia significativa y sustancial entre el daño causado y el mal a evitar,¹⁹⁹ salvaguardando así el interés preponderante entre los dos bienes jurídicos en conflicto.²⁰⁰ La valoración entre ambos bienes es de carácter jurídico, objetivo y relativo, excluyéndose así cualquier tipo de apreciación religiosa, afectiva o subjetiva, cuya tarea recae en el juez que analice la causa.²⁰¹

¹⁹⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 233.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 157.

²⁰⁰ GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 186.

²⁰¹ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 380.

Debido a esta diferencia valorativa, se sostiene (tal y como indica el propio numeral 7 del artículo 10) que el estado de necesidad como causal excluyente de la antijuridicidad solo puede amparar daños que recaigan en la propiedad, o que impliquen violación de morada, en atención a lo dispuesto en el artículo 145 del Código Penal,²⁰² nunca daños contra la integridad o vida de las personas, y por ello los ejemplos anteriores no tienen cabida alguna dentro de esa causal. Al no existir mayor valor que la vida y dignidad de la persona humana, ningún mal a evitar justificaría el daño que se realice directamente sobre la víctima. Ni siquiera el salvaguardar la vida propia, puesto que la vida de una persona no puede ser de valor mayor que la de otra, faltando así el requisito de la protección de un bien de mayor valor que aquél que se lesiona.²⁰³

En materia penal, la limitación originada porque el estado de necesidad operara sólo frente a daños contra la propiedad, motivó la inclusión, mediante la ley 20.480 del año 2010, de una nueva eximente de responsabilidad, consagrada en el artículo 10 n°11. El numeral, que versa como sigue, exime de responsabilidad a *“el que obra para evitar un mal grave para su persona o derechos o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.- Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; 2.- Que no exista otro medio practicable y menor perjudicial para evitarlo; 3.- Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; 4.- Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”*.²⁰⁴ Sin duda dicho numeral consagra una nueva hipótesis de estado de necesidad, pero ¿es una causal de justificación propiamente tal, pudiendo eximir de responsabilidad en sede civil extracontractual?

Lo cierto es que, si bien existe discusión al respecto²⁰⁵, se estima que esta causal no exime la antijuridicidad del hecho, sino su reprochabilidad, por lo que no consiste en una causal de justificación, sino de exculpación, excluyendo la culpabilidad penal, lo que explica su

²⁰² Artículo 145: *“La disposición del artículo anterior [que refiere al delito de violación de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia”*.

²⁰³ TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). P. 265.

²⁰⁴ Artículo 10 n°11 del Código Penal.

²⁰⁵ En doctrina penal la doctrina no es pacífica al respecto, existiendo tanto autores que consideran que el numeral consagra una causal tanto justificante como exculpante, como otros que sólo la consideran una causal exculpante. Debido a la extensión de dicha temática (la cual excede el contenido de la presente memoria), para más información se recomienda revisar la siguiente memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales: VÁSQUEZ AMARALES, Joaquín (2015). “El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del artículo 10 n°11 del Código Penal”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

denominación como “estado de necesidad exculpante”. Esto no sólo se desprende de la historia de la ley 20.480, en la cual los legisladores (con un destacable aporte del profesor Cury en la discusión del proyecto de ley) establecieron que dicha causal no era justificante sino exculpante,²⁰⁶ sino también del análisis de dos de sus requisitos particulares, que lo distinguen del estado de necesidad contemplado en el artículo 10 n°7.

El primero, regulado en el n°3, dice relación con que el mal causado no debe ser sustancialmente superior al que se evita. No solo el sujeto en necesidad puede afectar otros bienes jurídicamente protegidos distintos a la propiedad, sino que además el mal causado puede ser igual e, incluso, mayor que aquél que se busca evitar, siendo lo único relevante que la diferencia entre ambos no sea sustancial. Así ocurre en el caso del náufrago que arrebató a otro la tabla para mantenerse a flote, lo que culmina con la muerte de este último. No existiría una diferencia que permita al derecho preferir la protección de un interés por otro autorizando la afectación menos lesiva por la evitación de otra mayor, desapareciendo así el principio de la preponderancia del interés protegido, fundamento clásico del estado de necesidad justificante.²⁰⁷

El segundo argumento que fundamenta el carácter de exculpante de esta causal se encuentra en el numeral 4 del artículo 10 n°11, el cual refiere que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser “razonablemente exigido” al agente, que no se encuentre obligado a soportarlo, o que no lo sea para el tercero amenazado con dicho mal siempre que el agente tuviese o pudiese tener conocimiento de ello. Dicho requisito, en opinión del profesor Héctor Hernández, se remite de forma manifiesta a la idea de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho, elemento esencial y definitorio de la culpabilidad.²⁰⁸ Por lo tanto, al remitirse el estado de necesidad a que el sacrificio del bien amenazado “no pueda ser razonablemente exigido” al autor del daño, implica que la causal es excluyente del elemento de la culpabilidad, no de la antijuridicidad, configurándose así el injusto.

Por estas razones se sostiene que el estado de necesidad consagrado en el artículo 10 n°11 no es una causal de justificación, sino una causal excluyente de culpabilidad. Por lo tanto, quien realice un hecho dañoso amparado por esta causal (como es el ejemplo del náufrago

²⁰⁶ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2010. Historia de la Ley 20.480. Pp. 448-449.

²⁰⁷ VARGAS PINTO, Tatiana (2013). “¿Tiene la *necesidad* cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 n°11” en: Humanizar y renovar el Derecho Penal: estudios en memoria de Enrique Cury, Editorial Legal Publishing, Santiago. P. 754.

²⁰⁸ COUSO, Jaime; HERNANDEZ, Héctor (2011). “Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia”. Editorial Legal Publishing, Santiago. Pp. 270-271

ya citado), realiza una conducta antijurídica, contraria a derecho y, por ende, es civilmente responsable de los daños que su actuar cause. El profesor Corral comparte lo anterior, sosteniendo que la concurrencia de dicha eximente sólo podría excluir la culpabilidad penal, más no la antijuridicidad, por lo que se configura la responsabilidad civil por el daño causado.²⁰⁹

Volviendo a las exigencias del estado de necesidad justificante, se requiere como tercer elemento que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal que motiva la conducta del sujeto, lo que significa que el hecho dañoso sólo se justifica si su realización ha de ser estrictamente necesario para evitar el mal inminente.²¹⁰ Dicha exigencia cobra sentido dado que la justificación de la conducta dañosa supone una elección racional, por parte del autor, del medio de actuación menos perjudicial para los terceros que resulten perjudicados.²¹¹ Por ello se considera al estado de necesidad una causal de justificación de carácter subsidiario (a diferencia de la legítima defensa); si existe algún otro medio posible para evitar el mal que sea practicable (o pueda ponerse en práctica) y menos perjudicial que el escogido, aún si éste resulta más lento o engorroso, la causal no será procedente, debiendo determinarse bajo las circunstancias en concreto.²¹²

Algunos autores -como los profesores Alessandri, Barros, Corral y Tapia- estiman que la aplicación del estado de necesidad en sede civil extracontractual requiere un cuarto requisito: que el mal que se trata de evitar no tenga su origen en la culpa (o dolo) del necesitado. Así, se sostiene que el hecho que ha originado el estado de necesidad no puede ser causalmente atribuible al dolo o culpa del agente, o de lo contrario, éste no podrá exonerarse bajo la causal de justificación y deberá responder de los daños ocasionados.²¹³

El profesor Fueyo indica que la exigencia dice relación con que el necesitado debe ser ajeno o “extraño” al mal inminente que origina la necesidad, no haciendo alusión específica al dolo o culpa de éste.²¹⁴ La misma idea es sostenida por el profesor Etcheberry, quien reconoce que el peligro del mal que se trata de evitar no debe haber sido provocado por el sujeto necesitado,²¹⁵ y por el profesor Novoa, quien argumenta que el hecho dañoso del sujeto que

²⁰⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 123.

²¹⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). P. 368.

²¹¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 157-158.

²¹² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 233.

²¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 443; BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 139; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 123; TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). P. 264.

²¹⁴ FUEYO LANERI, Fernando (1990). P. 407.

²¹⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 265.

ha provocado su propio estado de necesidad no queda justificado debido a que, a su juicio, no concurre el requisito de la necesidad de la acción dañosa, puesto que habría bastado que el sujeto no hubiera provocado el peligro para que no fuera necesaria la realización de dicha conducta.²¹⁶

Se estima a esta última postura como la más precisa para explicar por qué el peligro creado por el necesitado excluye la causal de justificación. Si bien es cierto que no debe concurrir dolo o culpa del agente al momento de originarse el estado de necesidad, nuevamente se confunde al dolo y a la culpa como elementos configuradores del injusto, lo cual se ha rechazado de forma categórica en los párrafos anteriores. Por ello, se sostiene que al momento de definir el injusto civil se debe atender a si el propio necesitado es el causante de la situación de peligro que lo lleva a realizar el hecho dañoso. De ser éste el caso, para que dicho hecho le sea jurídicamente atribuible deberá analizarse si dicho mal se generó con dolo o culpa del mismo. Si no es así, hay exclusión del factor de atribución y la responsabilidad civil no se configura. Pero si el peligro que motivó el estado de necesidad se generó de forma dolosa o bien imprudentemente (acorde al estándar de la culpa leve), entonces la causación final del hecho dañoso podrá serle atribuida jurídicamente, no pudiendo ampararse en el estado de necesidad como justificación del daño producido por su actuar, debiendo indemnizar al tercero que ha sufrido el perjuicio correspondiente.

En conclusión, si concurren cada uno de estos requisitos, el estado de necesidad operará como causal de justificación, lo que conlleva relevantes consecuencias. En primer lugar, al encontrarse el hecho dañoso jurídicamente amparado por el derecho, no puede repelerse dicho daño, por parte de quien lo sufre o por un tercero, argumentando que se está actuando en legítima defensa. Esto se debe a que la legítima defensa exige, como se indicó con anterioridad, que exista una agresión ilegítima, lo que no ocurre en el presente caso al estar la conducta dañosa legitimada por el ordenamiento jurídico.²¹⁷ Si bien esto se explica dentro del estado de necesidad justificante (con el fin de resaltar la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante), lo cierto es que es un efecto aplicable a cada causal de justificación dado que, al excluirse la antijuridicidad de la conducta, el daño u agresión realizado no tendría el carácter de ilegítimo, negando la posibilidad de que se configure la legítima defensa como respuesta a dicho hecho dañoso.

²¹⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). P. 368.

²¹⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). Pp. 253-254.

La segunda y más importante consecuencia consiste en que, al excluirse el elemento de la antijuridicidad, no logra configurarse la responsabilidad civil extracontractual, por lo que no existe obligación de indemnizar a aquél que ha sufrido el daño. Dicha consecuencia es propia de todas las causales de justificación; sin embargo, las características particulares del estado de necesidad han generado discusión respecto a su procedencia como eximente de responsabilidad. Algunos autores niegan que el estado de necesidad exima de la obligación de indemnizar, debido a que, como bien explica el profesor Abeliuk, si bien se logra comprender el actuar del que en estado de necesidad causa un daño a un tercero, no resulta justo que dicho tercero, quien es completamente ajeno al hecho que amenaza al necesitado, tenga que sufrir el daño recibido de forma íntegra. Tal solución es completamente desproporcionada, y va más allá de los límites de la solidaridad social.²¹⁸ El profesor Tapia comparte la opinión, sosteniendo que aquél que realiza un hecho dañoso bajo estado de necesidad obtiene para sí mismo un provecho (evitar el mal que lo amenaza) en detrimento de aquél que debido a su actuar ha experimentado el daño, lo que no es equitativo.²¹⁹

La preocupación de ambos autores no solo es comprensible, sino también certera, puesto que, pese al carácter justificante del estado de necesidad, no es posible aceptar como equitativo que un tercero completamente ajeno al mal que amenaza al necesitado deba soportar todo el daño ocasionado por dicho motivo. Sin embargo, en este caso el daño no deriva de un ilícito extracontractual, debido a que el hecho dañoso se encuentra justificado, sino del desequilibrio que se genera entre el patrimonio del necesitado que evita el mal a costa de dañar a un tercero y el del tercero que soporta el daño debido a dicho estado de necesidad. El primero recibe un beneficio evitando el perjuicio que lo amenaza, pero a costa de generar un detrimento en el patrimonio de un tercero, generándose entonces un enriquecimiento por parte del necesitado a costa de este último.

Los profesores Barros Bourie, Corral Talciani y Rodríguez Grez concuerdan con esto último, estimando que no puede ser amparado por el ordenamiento jurídico el enriquecimiento injusto de quien salva un bien propio con cargo al patrimonio de otro, por lo que el perjudicado tiene el derecho de pedir restitución para evitar dicho enriquecimiento, reestableciéndose así el equilibrio entre ambos patrimonios.²²⁰ Se estima como correcta dicha conclusión, aunque debe precisarse que la terminología empleada por estos autores

²¹⁸ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). P. 279.

²¹⁹ TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). P. 264.

²²⁰ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 139; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P.123; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 157-158.

puede dar lugar a confusión: la situación no es propiamente un enriquecimiento “injusto”, debido a que el acto del cual proviene -el estado de necesidad- es lícito y ajustado al derecho, siendo precisamente dicha licitud o exclusión de antijuridicidad la razón bajo la cual se excluye la procedencia del delito o cuasidelito civil. Por ello, se estima que el término correcto a utilizar es el de “enriquecimiento sin causa” y no el de enriquecimiento injusto, enfatizándose que el hecho que motiva la desproporción de patrimonios no es antijurídico, sino carente de causa civil que lo avale.²²¹

Lo explicado con anterioridad permite afirmar, entonces, que aquél que sufre el daño es titular de una acción restitutoria que logre compensar el menoscabo sufrido debido al hecho dañoso realizado en estado de necesidad, cuya fuente será el enriquecimiento sin causa y no la responsabilidad civil extracontractual. Dicha distinción es importante debido a que, como bien explica el profesor Rodríguez Grez, la acción no abarca la reparación de todos los perjuicios sufridos, sino *“única y exclusivamente a la compensación de los daños materiales que haga posible restaurar el equilibrio existente entre ambos patrimonios antes de que surgiera el estado de necesidad”*,²²² a diferencia de lo que ocurre en la indemnización por responsabilidad extracontractual, que se extiende también al daño moral sufrido por la víctima. Así, quien para escapar de una jauría salvaje rompe la ventana de un refugio ajeno para protegerse dentro de él, debe reparar la ventana que rompió, más no indemnizar mayores perjuicios que dicha irrupción pudo ocasionar, como el posible daño moral sufrido por quienes habitaban en dicha morada a causa del gran miedo que el estruendo del vidrio y la irrupción del extraño pudo ocasionar.

IV. Los actos autorizados por el derecho:

Al ser la antijuridicidad un juicio de contradicción entre el hecho dañoso y el ordenamiento jurídico es lógico que aquellos actos que han sido expresamente autorizados por el mismo ordenamiento se encuentren justificados, excluyendo así la ilicitud del mismo. Esto se encuentra consagrado en el artículo 10 n°10 del Código Penal, que excluye la responsabilidad de aquél que *“obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”*,²²³ el cual es también aplicable al ámbito civil.²²⁴ Esta

²²¹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 269; NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). Pp. 363-364.

²²² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 157.

²²³ Artículo 10 n°10 del Código Penal.

causal de justificación se pone en distintos supuestos, los cuales se analizarán de forma separada.

- 1) Obrar en cumplimiento de un deber: el primer supuesto dice relación con aquellos actos que se ejecutan en cumplimiento de un deber de carácter jurídico, que provenga directamente de la ley (lo que se denomina “deber sustancial”) o de otra persona autorizada por la ley para ordenar determinadas conductas (denominado “deber formal” o “de obediencia debida”).²²⁵ En el primer caso, aquél que realiza un acto expresamente autorizado (u ordenado) por la ley se encuentra eximido de responsabilidad extracontractual toda vez que, como lo señala el profesor Alessandri, *“la orden de la ley es siempre una causa eximente de responsabilidad civil: quien ejecuta un acto ordenado por la ley no está obligado a reparar el daño que con él se cause”*.²²⁶ Ahora bien, esto no debe interpretarse en el sentido de que la imposición de dicho deber legal permite la realización de otras conductas ilícitas como medios para cumplir dicho deber. Por ejemplo, la obligación legal de cumplir un contrato de compraventa a través del pago en dinero de lo comprado no justifica la obtención de dicho dinero mediante la comisión de un delito (como un hurto). La causal solo procede cuando la ley ordene de forma inmediata y específica la realización del hecho dañoso que busca justificarse²²⁷ o, bien, cuando el deber impuesto por la ley sea de tal naturaleza que deba realizarse a través de actos ilícitos.²²⁸

En aquellos deberes de “obediencia debida”, cuando el cumplimiento del deber verse sobre una orden lícita, la causal de justificación opera sin duda alguna. Sin embargo, la situación se complejiza cuando la orden del superior tenga el carácter de ilícito. Los profesores Etcheberry, Garrido Montt, Politoff, Matus y Ramírez, sostienen que en estos casos la conducta no está amparada por esta causal de justificación por ser intrínsecamente contraria a derecho (pudiendo ser procedente alguna causal de exclusión de culpabilidad o de exculpación).²²⁹ El profesor Alessandri distingue si la autoridad legítima de la cual proviene la orden es pública o privada. En el caso de autoridad privada (como sería la situación del padre y la madre con el hijo, o del mandante con el mandatario) la ejecución de ordenes ilícitas no serán nunca eximentes de

²²⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 124.

²²⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 243.

²²⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 438.

²²⁷ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 383.

²²⁸ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). Pp. 243-244.

²²⁹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999) P. 243; GARRIDO MONTT, Mario (2009). Pp. 196-197; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 237.

responsabilidad, salvo que se hayan ejecutado desconociendo por completo la naturaleza ilícita o perjudicial del acto encomendado, o bajo una fuerza física o moral irresistible. Si la orden ilícita, en cambio, emana de autoridad pública, el autor del daño queda eximido de responsabilidad, a menos que la ilicitud del acto sea de tal magnitud que un hombre prudente se habría abstenido de ejecutar, o si el daño provino de la forma negligente con la que se dio cumplimiento a dicha orden.²³⁰

El profesor Barros Bourie, de manera similar, sostiene que sólo existirá causal de justificación en aquellos casos en que la orden no sea evidentemente contraria a derecho, por lo que *“los actos cuyo contenido antijurídico no es discernible con toda evidencia del subordinado, actúa bajo una apariencia de juridicidad”*. El límite se encontraría, entonces, en la manifiesta ilegalidad de dicha orden. Sin embargo, si la orden es manifiestamente ilícita, pero quien la recibe se ve en la necesidad de obedecer, podría configurarse una situación de fuerza irresistible, no siendo imputable a su autor al no ser éste un acto que pueda atribuirse subjetivamente como libre (lo que deberá determinarse casuísticamente).²³¹

Para dar solución a este conflicto es preciso recordar que la antijuridicidad fue definida como la contradicción entre el hecho dañoso y el ordenamiento jurídico, existiendo una incompatibilidad entre ambos. Por ello, si la orden realizada es antijurídica, el daño ocasionado con motivo de dicha orden será siempre antijurídico, puesto que el contenido del acto es esencialmente contrario al ordenamiento jurídico, siendo acertada la conclusión de los profesores Etcheberry, Garrido Montt, Politoff, Matus y Ramírez. Si el agente causante del daño no pudo prever la ilicitud de la orden en nada afecta el carácter de antijurídico del hecho dañoso, no operando la causal de justificación. Sin embargo, pese a que el objeto de imputación se haya configurado, es posible que el factor de atribución se encuentre excluido, es decir, que haya ausencia de dolo o culpa. Si no era posible para un hombre prudente, utilizando el estándar de la culpa leve, determinar el contenido antijurídico de la orden, entonces queda eximido de responsabilidad, pero no en pos de la causal de justificación -la cual no logra configurarse- sino por falta de culpa, lo que demuestra una vez más la diferencia existente entre la culpa y la antijuridicidad.

Ahora bien, independiente de su fuente, es imperativo para la concurrencia de esta causal de justificación que el deber jurídico se haya realizado atendiéndose a los límites

²³⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 439.

²³¹ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 136-137.

correspondientes y empleando los medios necesarios para ello,²³² debiendo cumplirse de forma debida, es decir, ni torcida ni arbitrariamente²³³ y bajo criterios de adecuación y de proporcionalidad, porque en caso contrario el hecho dañoso realizado no será amparado por esta causal.²³⁴ Si el daño ocasionado no proviene de la orden en sí sino de la forma en que se cumplió la misma, ya sea por haberse generado (o agravado) el daño de forma innecesaria o realizado de forma imprudente, la conducta no estará exenta de responsabilidad.²³⁵

- 2) Ejercicio legítimo de un derecho. El problema del abuso del derecho: el que haciendo uso de un derecho reconocido por la Constitución y las leyes ocasiona un daño, por regla general, no es responsable civilmente por éste, debido a que tal conducta no es ilícita al estar expresamente permitida por el ordenamiento jurídico. Rige así el principio general del derecho civil *qui iure suo ititur, neminem laedit* (quien hace uso de su propio derecho a nadie perjudica), consagrado ya en el Digesto de Justiniano. Así, el comerciante que se instala frente a su competencia pudiendo este último sufrir un detrimento patrimonial por dicha causa no comete ilicitud alguna,²³⁶ así como tampoco el dueño de un bien al privar a terceros del uso o goce de éste,²³⁷ cuyo derecho se encuentra amparado tanto en el artículo 582 del Código Civil²³⁸ como en el artículo 19 n°24 de la Constitución Política de la República.²³⁹

Para que el hecho dañoso quede amparado por dicha causal se requiere, en primer lugar, la existencia de un derecho, el cual puede tener su fuente en la ley, en normas consuetudinarias o, incluso, a través de una interpretación analógica, siendo lo decisivo el contexto del ordenamiento en su conjunto. Además, se exige que dicho uso o ejercicio, acorde a lo dispuesto en el artículo 10 n°10 del Código Penal, debe ser legítimo.²⁴⁰ Esto significa, como indica el profesor Etcheberry, que el derecho debe ejercitarse en las

²³² GARRIDO MONTT, Mario (2009). P. 196.

²³³ TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). P. 263.

²³⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 236.

²³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). Pp. 438-439.

²³⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 118.

²³⁷ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 135.

²³⁸ Artículo 582: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

²³⁹ Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas ... 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”.

²⁴⁰ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 382.

circunstancias y en la forma que la propia ley establece, no pudiendo ejercerse -como indica el artículo 582 del Código Civil- contrariando la ley y el derecho ajeno.²⁴¹

Lo último es relevante, dado que establece que el ser titular de un derecho no significará *per se* que su uso sea siempre lícito y justificado, existiendo entonces una limitante cuyo propósito es impedir que dicho derecho sea ejercido de forma abusiva. Tal restricción es fruto de la denominada *teoría del abuso del derecho*, la cual sostiene que existe responsabilidad en los daños cometidos por un acto que formalmente está amparado por el derecho, pero que su contenido material es antijurídico,²⁴² siendo una temática ampliamente desarrollada por la doctrina civil nacional²⁴³.

Para que estemos en presencia del ejercicio abusivo de un derecho, el profesor Abeliuk señala que deben existir tres supuestos: primero, la existencia de un derecho (lo que es lógico en razón de lo ya comentado); segundo, dicho derecho debe ser de ejercicio relativo, es decir, que su uso y aplicación no sea expresamente excluido por la ley; y tercero, que el ejercicio de dicho derecho sea abusivo. Respecto al ejercicio relativo, es importante aclarar que existen derechos a los cuales la ley no les da limitación alguna o les otorga de forma expresa el carácter de absolutos, como es el caso del acreedor diligente que en caso de incumplimiento del deudor en un contrato bilateral puede exigir, a su arbitrio, el cumplimiento de dicho contrato o su resolución,²⁴⁴ o el derecho a revocar un testamento o un mandato, el derecho a pedir la división de la comunidad, entre otros.²⁴⁵

En relación al tercer requisito mencionado por Abeliuk, esto es, que el ejercicio de dicho derecho sea abusivo, existen distintas interpretaciones respecto a la determinación de cuándo un derecho se utiliza de forma abusiva.²⁴⁶ La primera postura, denominada “teoría subjetiva del abuso del derecho”, entiende que existe abuso cuando el ejercicio se realiza dolosa o culposamente, considerándose un acto ilícito si su uso se efectúa sólo con el

²⁴¹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 245.

²⁴² BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 628.

²⁴³ Dentro de los autores de la doctrina civil nacional que han dado análisis a la teoría del abuso del derecho y su relación con la responsabilidad extracontractual, se pueden citar los siguientes: ABELIUK MANASEVICH, René (2014). Pp. 268-277; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). Pp. 183-209; BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 611-654; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Pp.118-121; DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997). “El daño extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pp. 37- 48; DUCCI CLARO, Carlos (1936). Pp. 40-47; LIRA URQUIETA, Pedro (1944). Pp. 278-285; PESCIO VARGAS, Victorio (1948). Pp. 25-28; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Pp. 137-138; entre otros.

²⁴⁴ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). Pp. 269-270.

²⁴⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 121.

²⁴⁶ ABELIUK MANASEVICH, René (2014). P. 270.

propósito de dañar (es decir, con dolo), o si lesiona la buena fe o las buenas costumbres (infracción constitutiva de culpa), siendo ésta la postura tradicional de la doctrina.²⁴⁷ Ejemplo de ello es la postura del profesor Alessandri, quien sostiene que *“habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios”*,²⁴⁸ lo que es concordante con su concepción acerca del dolo, ya analizado con anterioridad.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado en reconocimiento de la institución del abuso del derecho a través de la fundamentación de la teoría subjetiva, estableciendo que *“si el ejercicio de un derecho origina un daño, mediante culpa o dolo, se transforma en la comisión de un delito o cuasidelito civil que, como fuente de obligaciones, se rige por los preceptos del título XXXV del libro IV del Código Civil”*.²⁴⁹ La Excelentísima Corte Suprema ha resuelto controversias bajo el mismo argumento, entendiendo que la teoría que sustenta el abuso del derecho se basa en el ejercicio doloso o culposo del mismo -es decir, una concepción subjetiva-.²⁵⁰

En contra de dicha posición se esgrime la teoría objetiva, la cual considera que hay abuso cuando el ejercicio de éste es anormal, esto es, cuando se ejerce en contra del interés que la ley misma ha tenido en vista para reconocerlo.²⁵¹ En nuestra doctrina, el profesor Ducci parece abogar por esta postura, partiendo de la consideración del abuso del derecho no como un tipo de “responsabilidad especial” sino como una manifestación de las reglas comunes de responsabilidad extracontractual, en donde existirá abuso si el derecho es ejercido sobrepasando los límites que éste tiene fijado. Estos límites son el ordenamiento jurídico mismo y el derecho ajeno, los cuales se desprenden del artículo 582 del Código Civil, el cual define el derecho de propiedad y también sus restricciones siendo estas últimas -acorde al profesor Ducci- aplicables de forma general a todos los derechos. De todas formas, el definir cuándo existe transgresión a dichos límites es algo que deberá analizar caso a caso el juez de la causa.²⁵² El profesor Pescio es de la misma opinión, sosteniendo que los límites al derecho de propiedad consagrados en el artículo

²⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 119.

²⁴⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 190.

²⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 27.07.1943, RJD, T. XLI., sec. 2º, P.1. **Visto en:** CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P.119; DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997). Pp. 38-39.

²⁵⁰ Corte Suprema, 9.11.2004, Rol N°228-2003.

²⁵¹ DUCCI CLARO, Carlos (1936). P. 41.

²⁵² DUCCI CLARO, Carlos (1936). Pp. 43-46.

582 son “manifestaciones evidentes de que nuestro Código no tolera el uso abusivo de los derechos”.²⁵³

El profesor Rodríguez Grez, también partidario de la postura objetiva, refuta la concepción subjetiva del abuso del derecho al considerar que la finalidad con la que se realiza el ejercicio de un derecho es lo que lo convierte en un acto ilícito, y no la concurrencia de dolo o culpa en el uso de éste. Los derechos sólo pueden ejercerse para alcanzar el fin previsto por la norma que los crea y les da vigencia, por lo que el abuso se configurará cuando el uso del derecho exceda o se desvíe de dicho interés normativo, realizando (de facto, no de iure) un daño que la propia norma no ampara o repudia, siendo irrelevante para la determinación del abuso si éste se cometió con dolo o culpa del agente.²⁵⁴ Por ello “el acto abusivo es aquel en que se ejerce un derecho, no para satisfacer el interés jurídicamente tutelado, sino para lograr otro interés o proyectándolo más allá de lo que corresponde”. El límite del ejercicio de un derecho no se encuentra, entonces, en el dolo o la culpa de quien lo ejerce, sino en el uso de dicho derecho conforme a la realización del interés contemplado y jurídicamente protegido por la norma respectiva.²⁵⁵

La Corte Suprema también ha fallado a favor de la concepción objetiva del abuso del derecho, mencionando que “la responsabilidad cuasidelictual civil puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza sin el debido fundamento, esto es, en forma abusiva y causa daño a un tercero. Esto último, por cuanto los derechos subjetivos tienen una finalidad y han de ejercerse de acuerdo a esos fines. Si alguno, apartándose de tales objetivos y los postulados generales, ejerce un derecho negligentemente y en el evento que cause daños a terceros, debe indemnizarlos”.²⁵⁶

Una postura ecléctica se encuentra en el fundamento del profesor Barros Bourie. Ésta toma como base la idea del uso excesivo o anormal del derecho, estableciendo que si el ejercicio de éste, aún ajustado a la ley o contrato (si procediere), se utilizase de forma excesiva, contraria a las exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, puede y debe ser limitado por el ordenamiento jurídico. En estos casos, el derecho “es ejercido dentro de los límites que señala el ordenamiento legal o

²⁵³ PESCIO VARGAS, Victorio (1948). Pp. 26-28.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 138.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). P. 159-160.

²⁵⁶ Corte Suprema, 4.11.2011, Rol N°7270-2009.

*contractual que los establece; sin embargo, este ejercicio puede resultar excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (abuso de derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de este ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y de lealtad (abuso de derecho en sentido objetivo).*²⁵⁷ Así, la configuración del uso anormal del derecho se genera por los elementos aportados tanto por la doctrina subjetiva como por la objetiva. La Corte Suprema también ha emitido fallos en dicho sentido, señalando que el abuso del derecho queda configurado *“cuando quien lo ejerce utiliza dolo, culpa, lo usa de forma extravagante o excesiva, causa un perjuicio inmotivado o con la intención de perjudicar, o bien cuando se utiliza contrariando la moral o las buenas costumbres, cuando se le desvía de los fines de la institución o aquellos para los cuales fue conferido, o se hace uso de él provocando un daño excesivo en las consecuencias normales de su ejercicio”.*²⁵⁸

Se estima que la apreciación objetiva del abuso del derecho explica de mejor manera el fundamento del abuso del derecho. La determinación del hecho dañoso, tanto si proviene del ejercicio de un derecho como si no, debe analizarse desde un prisma objetivo que pueda encontrarse dentro del propio ordenamiento jurídico. Por ello, lo relevante no es si se da uso a un derecho de forma dolosa o culposa, sino indagar el por qué ese ejercicio, objetivamente considerado, manifiesta una contradicción con el Derecho, debiendo la respuesta encontrarse tanto en los límites indicados por el artículo 582 como en el propio interés de la norma que configura y limita el derecho en cuestión -no en el dolo o culpa con el cuál éste se ejerce-. Si el ejercicio de un derecho es excesivo, se refiere precisamente a que el derecho no se ha empleado como es debido, lo que se determina por la contraposición entre la finalidad jurídica del mismo y el fin con el cual de facto éste se ejerció. Es por esto que el ejercicio de un derecho con la sola intención de dañar no es ilícito por el hecho de que concurra dolo, sino porque el fin de los derechos subjetivos consagrados no existen, pura y simplemente, con el fundamento de dañar a otros, sino con la intención de la satisfacción de un interés jurídicamente protegido por su titular. Así, el acreedor que enemistado con su deudor decide interponer su acción en contra de éste, no realiza un ejercicio abusivo de su derecho, puesto que la finalidad de tal derecho implica que el deudor cumpla con su obligación, por lo que en nada importa si hay dolo en

²⁵⁷ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 626.

²⁵⁸ Corte Suprema, 11.10.2016, Rol N°2277-2015.

la interposición de la acción respectiva. Si el ejercicio se enmarca en la finalidad que el ordenamiento jurídico le otorga, no existirá abuso del derecho.

Retomando lo anterior, sólo una vez determinado que el derecho se ha empleado de forma desviada, sin seguir el fin consagrado en el ordenamiento jurídico y la satisfacción del interés tutelado por el mismo, puede definirse que el acto, objetivamente considerado, es antijurídico. Luego puede analizarse si dicho hecho dañoso injusto puede imputarse al agente mediante el factor de imputación correspondiente (es decir, si actuó con dolo o culpa), pero ello es independiente a la configuración del objeto de imputación en sí.

Existen diversas situaciones en las que se pueden generar perjuicios debido al ejercicio abusivo de un derecho. Es el caso, por ejemplo, de aquél que contrariando la finalidad de su derecho lo ejerce con el sólo propósito de causar un daño a terceros, como el propietario de un inmueble que, con el sólo propósito de impedir la vista de su vecino, decide desplegar un lienzo que no le provea utilidad alguna. Será también la situación en la que, si bien no se ejerce el derecho con la sola intención de dañar, existe una desproporción entre el interés del titular del mismo y el perjuicio que produce en otro dicho ejercicio. El profesor Barros comenta un caso alemán en el cual el dueño de un antiguo castillo negaba el acceso a su hijo a su propiedad debido a que estaban enemistados, lo que impedía al hijo visitar la tumba de su madre que se encontraba enterrada en el lugar. La negativa del padre, a pesar de no provenir del sólo propósito de perjudicar al hijo, sino de no encontrarse con él, no se justificaba en atención al interés legítimo del hijo de visitar la tumba su madre, por lo que existía un ejercicio abusivo de su derecho²⁵⁹. En estos supuestos, al ser el ejercicio del derecho un acto abusivo, el hecho dañoso se torna antijurídico, no encontrándose amparado bajo la causal de justificación en discusión.

- 3) Ejercicio legítimo de una autoridad, cargo, profesión u oficio: este supuesto es más bien una especificación de la idea del ejercicio legítimo de un derecho, debido a que se funda en el hecho de que tanto la autoridad o cargo como la profesión u oficio implican ciertos derechos y deberes inherentes que justifican los daños que se generan producto del ejercicio legítimo de ellos.²⁶⁰ Así ocurre en el caso del policía que haciendo uso de sus

²⁵⁹ BARROS BOURIE, Enrique (2010). Pp. 633-636.

²⁶⁰ CURY URZÚA, Enrique (2005). P. 382; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). P. 238.

facultades legales como autoridad pública priva de libertad a un detenido,²⁶¹ o emplea fuerza contra aquél que ha cometido un delito y huye u opone resistencia puramente pasiva (si es resistencia activa podría justificarse como un caso de legítima defensa),²⁶² debiendo ejercer dicha facultad con las limitantes que la ley le otorga y abusar de sus facultades.

En el caso particular del ejercicio legítimo de una profesión u oficio, se deberá atender a los derechos que emanen de la naturaleza de la profesión misma o del régimen jurídico de ésta, si existiese.²⁶³ El profesor Barros incluye dentro del ejercicio legítimo a los usos normativos o “estándares”, que son “*aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad*”,²⁶⁴ las que deberá determinarse para cada profesión u oficio en concreto. Es lo que ocurre con el deportista que lesiona al contrincante sin vulnerar las reglas del juego, o el médico que opera al paciente acorde a lo dispuesto en la *lex artis*, cuyo actuar se encontrará justificado.²⁶⁵ En este último caso, se debe atender a que las lesiones producidas por la actividad médica hayan tenido por objeto precisamente el daño causado por ellas (como una exitosa operación que buscaba la extirpación de un riñón); si el tratamiento tenía un objeto distinto al daño ocasionado, entonces la conducta será considerada antijurídica. Sólo se excluye la responsabilidad si es que existe ausencia de dolo o de culpa del médico que realiza el daño, faltando entonces el factor de atribución respectivo.²⁶⁶

Siendo entonces el ejercicio de autoridad, cargo, profesión u oficio un tipo de ejercicio legítimo de un derecho, todo lo que ya se ha discutido en el numeral anterior tiene cabida en esta causal de justificación, por lo que la conducta no será contraria al ordenamiento jurídico.

V. El consentimiento de la víctima y la aceptación de los riesgos

²⁶¹ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 135.

²⁶² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 247.

²⁶³ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 247.

²⁶⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 104.

²⁶⁵ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 135.

²⁶⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1999). P. 247.

Como bien menciona el profesor Barros Bourie, lo común en sede extracontractual es que no exista una relación jurídica previa entre el autor del daño y la víctima, creándose dicho vínculo justamente por el daño que sufre el ofendido a causa del otro. Es posible, sin embargo, que entre ambos haya existido un acuerdo previo, bajo el cual la víctima autoriza la realización de cierto actos de forma expresa o tácita (que culminan generándole un daño), o convenciones sobre responsabilidad en las cuales se acepten ciertos riesgos, o se modifiquen determinadas condiciones de responsabilidad o se limiten los posibles daños a indemnizar (lo que es una aplicación del aforismo latino “*volenti non fit iniuria*”, que significa que no se ha cometido injusticia alguna con quien actuó o aceptó de forma voluntaria).²⁶⁷

Cuando existe consentimiento de la víctima respecto al acaecimiento de un daño en contra de ella por parte de un tercero, lo que se realiza es un acto de disposición respecto de un derecho o bien jurídico suyo, existiendo ciertos límites establecidos en nuestra legislación. Así, no puede realizarse validación de actos ilegales o contrarios a las buenas costumbres, en concordancia con el artículo 1461 inc. 3 del Código Civil²⁶⁸, prohibiéndose a su vez la condonación del dolo futuro y de la culpa grave (que se equipara al dolo), según lo prescribe el artículo 1465 del mismo cuerpo legal.²⁶⁹ Tampoco puede el consentimiento implicar la renuncia de bienes indisponibles, como por ejemplo la vida o la integridad física, tal y como indica el artículo 12 del Código²⁷⁰, debido a que las personas se encuentran fuera del comercio humano.²⁷¹

Respecto a la aceptación de los riesgos, ésta se define como aquellos casos en los que “*la víctima se expone al daño a sabiendas de que puede sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecuta o en que interviene o participa*”.²⁷² El profesor Barros indica que la aceptación de un riesgo difiere de la renuncia de un derecho, puesto que sólo en este último caso existe un acto de disposición, por lo que solo a ella se le aplican los límites señalados. De conformidad a lo anterior, “*el acto debe entenderse autorizado, aun cuando se refiera a bienes indisponibles, si se trata de la simple aceptación de un riesgo. Así ocurre, por ejemplo, con el piloto de pruebas y con quienes se someten a experimentos con fármacos en*

²⁶⁷ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 137.

²⁶⁸ Artículo 1461 inc. 3: “*Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente posible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*”

²⁶⁹ Artículo 1465: “*El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.*”

²⁷⁰ Artículo 12: “*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.*”

²⁷¹ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 137; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 127.

²⁷² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 449.

desarrollo.²⁷³ Para los profesores Alessandri y Corral, la regla general es que la mera aceptación de un riesgo y el consentimiento de la víctima no eximen de responsabilidad al autor del daño imputable a éste, sino lo que sólo autoriza a la reducción del monto a indemnizar, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil, si se sostiene que la víctima ha actuado imprudentemente.²⁷⁴

Se estima entonces que, para que tanto el consentimiento del daño como de la aceptación de los riesgos por parte de la posible víctima operen como causales de justificación, deben cumplirse ciertos requisitos específicos. El primer requisito exige, naturalmente, que exista consentimiento o aceptación por parte del potencial ofendido, el cual debe ser capaz de delito o cuasidelito civil de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2319 del Código Civil,²⁷⁵ dado que, como sostiene el profesor Alessandri, dicho consentimiento o aceptación puede constituir culpa y ésta “se aprecia en conformidad a los mismos principios que la del agente”²⁷⁶. Debe además darse de forma previa al acaecimiento del daño,²⁷⁷ ya sea de manera expresa (aceptación de riesgos propiamente tal) o tácita (asunción voluntaria del riesgo)²⁷⁸, por lo que, si se otorga después, la conducta se habrá configurado ya como antijurídica, por lo que en realidad se estaría frente a la renuncia del derecho de la víctima de demandar al responsable.

Ahora, como el mero consentimiento no basta, la doctrina indica una segunda exigencia: que la posible víctima tenga el conocimiento de la posibilidad de sufrir un daño.²⁷⁹ Como indica el profesor español Luis Diez-Picazo, esto implica “que el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte exigible de los riesgos que corre y recibiendo cuando sea necesario la oportuna información si la otra parte se encuentra en condiciones de dársela”.²⁸⁰ Si existe asimetría en la información respecto a la entidad riesgosa de la actividad entre quien ofrece o realiza la actividad y la posible víctima, se genera un deber de

²⁷³ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 137.

²⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P.450; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 127.

²⁷⁵ Artículo 2319: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

²⁷⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 451.

²⁷⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P.128.

²⁷⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 451; BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 138.

²⁷⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 449.

²⁸⁰ DIEZ-PICAZO, Luis (1999). “Derecho de daños”. Editorial Civitas S.A., Madrid. P. 305.

información por parte del primero, pudiendo incurrir en responsabilidad si no le otorga dicha información relevante a este último.²⁸¹

El profesor Alessandri propone una tercera exigencia, argumentando que no todo hecho de la víctima, con conocimiento de los riesgos, implica aceptación de éstos, puesto que hasta las situaciones más cotidianas implican cierta probabilidad de riesgo, aunque sea menor. El usar un transporte público implica un riesgo de sufrir un accidente, lo cual es de conocimiento público y notorio, pero no implica que, en caso de sufrir lesiones por accidentes, éstos no sean antijurídicos por el simple hecho de utilizar dicho transporte con tal conocimiento. Por ello, se requiere que *“el hecho sea peligroso por su naturaleza, que su sola aceptación exponga a un daño probable a quien lo ejecuta o soporta”*.²⁸² Así, se restringe el espectro a los hechos naturalmente peligrosos, con el fin de no extrapolar la causal de justificación al asumir que, como gran parte de las conductas cotidianas contienen un riesgo, aunque sea mínimo, el realizarlas se asume que se acepten los daños que provengan de dichas actividades.

Como cuarto y último requisito, se sostiene que el autor del hecho dañoso debió actuar en interés del interesado y de acuerdo a su presumible voluntad,²⁸³ ejerciendo su actuar conforme a las reglas de diligencia exigible.²⁸⁴ Esto último resulta criticable porque implica confundir, nuevamente, el objeto de imputación (hecho dañoso antijurídico) con el factor de imputación (dolo o culpa al no actuar con la debida diligencia); si el autor del daño actuó con la debida diligencia, eso excluye el factor de atribución, volviéndolo independiente de la configuración del objeto mismo a imputar. Por ello, esta exigencia no es propia de la causal de justificación, sino más bien de la configuración del factor de imputación correspondiente.

VI. Síntesis de las causales de justificación

A modo de recapitulación, se ha explicado que las causales de justificación son situaciones bajo las cuales el hecho dañoso se encuentra tolerado o amparado por el derecho y, por ende, carente del elemento de la antijuridicidad, impidiendo la posible configuración de responsabilidad extracontractual del agente. A falta de norma legal dentro de la legislación

²⁸¹ BARROS BOURIE, Enrique (2010). P. 138.

²⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). P. 449.

²⁸³ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). P. 128.

²⁸⁴ DIEZ-PICAZO, Luis (1999). P. 305.

civil, es la doctrina la que ha determinado cuáles son dichas causales, estimándose en el presente trabajo que éstas son principalmente cuatro: la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima y su aceptación de los riesgos.

1. La legítima defensa en sede civil toma como base lo dispuesto en el artículo 10 n°4 del Código Penal y sus requisitos son los siguientes: una agresión ilegítima, insuficiente provocación por quien se defiende y proporcionalidad entre la agresión y el daño realizado para repelerla. Respecto a la agresión ilegítima, se mencionó que debe ser actual e inminente, lo que excluye la justificación en aquellas situaciones en las que existe sólo una apariencia de agresión que induce a error a aquél que se defiende, generando un daño. En tal caso, el hecho dañoso resulta antijurídico, pero la responsabilidad del agente puede excluirse por falta del factor de atribución (dolo o culpa), si bajo el estándar de un hombre prudente no hubiera sido posible prever que dicha agresión no era real. Lo mismo ocurre en caso de que por motivo de la legítima defensa se dañe a un tercero ajeno a la agresión: dicho hecho dañoso no se encuentra justificado, pero puede existir ausencia de culpa si no se actuó de forma negligente, eximiendo de responsabilidad al sujeto que ocasionó el daño. Estos casos son ejemplo de que la antijuridicidad y la culpa no son elementos equivalentes, por lo que la exclusión de uno no significa necesariamente la exclusión de otro.

En caso de que no concurra alguno de los dos requisitos restantes -falta de provocación suficiente por quien se defiende y proporcionalidad entre agresión y daño realizado- el hecho dañoso no se encontrará justificado y, por ende, será considerado como antijurídico. Sin embargo, en ambos casos puede existir reducción de la indemnización correspondiente, en atención a que la víctima se ha expuesto imprudentemente al daño, acorde a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil ya mencionado.

2. El estado de necesidad, definido como aquella circunstancia en que una persona se ve impulsada a realizar un daño a otra para evitar un mal mayor a sí misma o a un tercero, es una causal de carácter interdisciplinario cuya fuente legal se encuentra en el artículo 10 n°7 de Código Penal, el cual consagra el denominado “estado de necesidad justificante”. El mismo artículo contempla en su numeral 11 un segundo tipo de estado de necesidad, el cual no excluye la antijuridicidad del hecho dañoso debido a que su carácter (como se indicó previamente) no es justificante sino

exculpante, excluyendo el requisito de la culpabilidad penal, por lo que el hecho dañoso se configura civilmente como contrario al ordenamiento jurídico.

En cuanto a sus requisitos, el estado de necesidad justificante civil requiere de cuatro requisitos: realidad o peligro inminente de un mal de carácter jurídico, que el daño a evitar sea mayor al causado para evitarlo, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir dicho mal y que el agente debe ser ajeno al mal inminente que origina el estado de necesidad - este último requisito no se contempla en el artículo 10 n°7, por lo que su fuente es exclusivamente doctrinaria-. La exigencia de la realidad del mal puede dar lugar a la misma problemática vista en la legítima defensa en caso de error ante un mal aparente, por lo que su solución en ambas causales es idéntica. A su vez, si el necesitado está jurídicamente obligado a soportar el mal (como el reo que debe soportar su privación de libertad), el daño realizado para evitarlo no se considerará como justificado.

Existe disenso en la doctrina respecto de aquellos que por su profesión u actividad están expuestos a determinados riesgos (como el caso del bombero que arriesga su vida para salvar a terceros) aunque, como se determinó, la discusión es más aparente que real, debido a que los ejemplos dados por la doctrina para fundamentar la obligación de soportar determinados males por dichos profesionales nunca constituirán estado de necesidad justificante al no concurrir el segundo requisito que la causal exige: que el daño a evitar sea mayor que el causado para evitarlo. Así, sólo pueden realizarse daños a la propiedad -o que impliquen violación de morada- con el fin de salvaguardar bienes jurídicos de mayor valor, más nunca podrá lesionarse la integridad o vida de las personas, quedando tales daños excluidos del amparo de esta causal de justificación.

El tercer requisito -que no haya otro medio practicable o menos perjudicial para evitar el mal- es reflejo del carácter esencialmente subsidiario del estado de necesidad. En cuanto al cuarto, gran parte de la doctrina estima (como ya se indicó) que la exigencia dice relación con que el mal que motiva la situación de necesidad no sea consecuencia del dolo o culpa del agente. Aquello fue desestimado, debido a que tanto el dolo como la culpa no son elementos configuradores del injusto sino factores de atribución. Por ello, el requisito atiende a si el agente ha sido causante del mal que motiva la necesidad, no configurándose el estado de necesidad en caso de que lo anterior sea afirmativo. De todas formas, aun configurado el injusto civil, la

responsabilidad puede excluirse si no está presente el factor de imputación al momento de originar el mal que motiva la necesidad, por lo que, si no fue generado con dolo o imprudencia, no existirá responsabilidad extracontractual.

La configuración del estado de necesidad como causal de justificación conlleva dos consecuencias de interés. En primer lugar, no será posible repeler el hecho dañoso por quien lo sufre bajo justificación de actuar en legítima defensa, porque dicha agresión no es ilegítima (lo que también aplica para el resto de las causales de justificación). Y, en segundo lugar, no existe obligación de indemnizar extracontractualmente a quien ha sufrido el daño. No obstante, el tercero perjudicado puede interponer la acción restitutoria correspondiente (cuya fuente no se encuentra en la responsabilidad extracontractual, sino en el enriquecimiento sin causa) con el fin de compensar únicamente los daños materiales sufridos, restableciendo así el equilibrio entre el patrimonio de quien realiza el hecho dañoso bajo estado de necesidad y el del tercero que efectivamente sufre el daño.

3. Los actos autorizados por el derecho que causen daño se encuentran justificados, debido a que no puede existir contradicción con el ordenamiento jurídico si es el propio ordenamiento el que manda o autoriza dicha conducta dañosa. Su fuente legal se consagra en el artículo 10 n°10 del Código Penal, de donde pueden distinguirse tres circunstancias justificantes. La primera refiere a aquellos hechos dañosos ejecutados en cumplimiento de un deber, que puede provenir directamente de la ley o de persona legalmente autorizada para ordenar determinadas conductas, debiendo cumplirse de forma debida y empleando los medios necesarios para ello. En aquellos casos en que la orden dada por persona autorizada tenga el carácter de ilícito, la causal en cuestión no es procedente dado que el acto es materialmente antijurídico. Sin embargo, a pesar de que el injusto se encuentre configurado, si el que realiza el hecho dañoso acatando dicha orden desconocía el contenido ilícito de la orden, y no era posible para un hombre medio razonable (utilizando el estándar de la culpa leve) prever dicho carácter antijurídico, entonces la responsabilidad no se configura por ausencia del factor de imputación. Esto es nuevamente un reflejo de la diferencia existente entre la antijuridicidad y la culpa o dolo.

La segunda circunstancia consiste en el ejercicio legítimo de un derecho. Para que proceda, se requiere la existencia de un derecho, y que el uso de dicho derecho sea

legítimo, es decir, que éste se ejerza de forma abusiva, en razón de lo determinado por la teoría del abuso del derecho. Dicha teoría exige tres requisitos para su concurrencia: la existencia de un derecho, que éste sea de ejercicio relativo, y que se utilice mediante abuso. El abuso, como se concluye en esta investigación, debe determinarse mediante estándares objetivos dentro del propio ordenamiento jurídico. Por ello, lo que determina que el ejercicio de un derecho sea abusivo no dice relación con el ánimo doloso o culposo del agente (los cuales, como ya se ha establecido, son el factor de imputación del injusto, no elementos configuradores de éste) sino con la contravención a los límites del artículo 582 (es decir, que el derecho se utilice contra ley o derecho ajeno) y al interés jurídico de la norma que configura y limita dicho derecho. En otras palabras, existe abuso del derecho cuando se ejerce de forma desviada y contraria a la finalidad jurídica del mismo. Sólo una vez que quede excluida la causal y configurado el hecho dañoso antijurídico, podrá determinarse si puede ser imputado al agente a través del dolo o la culpa.

La tercera circunstancia refiere al ejercicio legítimo de autoridad, cargo, profesión u oficio. Ello es más bien una especificación del ejercicio legítimo de un derecho, por lo que lo ya mencionado en la circunstancia anterior recibe aplicación en el presente supuesto. Para determinar la configuración de la causal, se debe atender a los derechos que emanen de la naturaleza de la autoridad, cargo, profesión u oficio, incluyéndose en estos últimos los usos normativos correspondientes a cada actividad en concreto. Especial relevancia tiene la actividad médica que produce un daño (como el médico al operar a un paciente), debido a que, si dicha lesión no era el objeto del tratamiento respectivo, el hecho dañoso no se encontrará justificado y, por ende, resultará antijurídico. Aun así, es posible excluir la responsabilidad del médico si no existe dolo o culpa de su parte, faltando entonces el factor de atribución respectivo.

4. La última causal dice relación con los daños realizados mediando el consentimiento de la víctima o la aceptación de los riesgos por parte de ésta. Para que dicha causal de justificación proceda se exige, en primer lugar, que exista consentimiento o aceptación previa (de forma expresa o tácita) por parte del potencial ofendido, el cual debe ser capaz según lo dispuesto en el artículo 2319 de Código Civil. En segundo lugar, se exige que la potencial víctima tenga el conocimiento de la posibilidad de

sufrir un daño. Si existe asimetría en la información respecto a los riesgos que involucra la actividad entre quien ofrece o realiza la actividad y el posible ofendido, se genera un deber de información por parte del primero, pudiendo ser responsable de los daños que se causen si no entrega de forma oportuna dicha información. Como tercer requisito, se exige que el hecho debe ser peligroso por naturaleza, poniendo en riesgo a quien lo ejecuta o soporta con su mera aceptación.

La doctrina usualmente agrega un cuarto requisito: que el autor del daño deba actuar en interés del interesado y de acuerdo con su presumible voluntad, ejerciendo su conducta bajo las reglas de diligencia exigible. Se concluyó que dicha exigencia confunde el injusto con el incumplimiento de las reglas de debida diligencia, siendo esto último un elemento configurador del factor de atribución culposo y no de la antijuridicidad. Debido a lo anterior, no es necesaria su concurrencia para que se configure la presente causal de justificación.

Lo explicado con anterioridad permite esclarecer cuales son las causales que actúan como excluyentes de la antijuridicidad, así como sus requisitos de procedencia y posibles conflictos que pueden suscitarse en su aplicación. Sobre este último punto, el análisis de los problemas prácticos que pudieren generar dudas respecto a la aplicación de cada causal en concreto ejemplificó cómo la forma de operar de la antijuridicidad, y su respectiva exclusión, difieren de la culpa como categorías independientes de responsabilidad civil, apreciándose además que la exclusión de uno u otro elemento conllevan soluciones diferentes.

Un caso que ejemplifica lo anterior dice relación con el error respecto al mal por parte de quien actúa amparado, presuntamente, por el estado de necesidad (lo cual ya ha sido explicado en páginas anteriores). Si el agente daña a otro bajo la idea de que repele un mal que resulta ser aparente, al no concurrir los elementos exigidos para la procedencia de la causal de justificación el hecho dañoso no se encontrará amparado por el derecho y, por ende, resultará antijurídico. Por lo tanto, es posible para el tercero perjudicado repeler el daño amparado por la legítima defensa, debido a que la agresión bajo al cual se defiende resulta ilegítima.

Sin embargo, es posible que el mal que motiva al agente a realizar el hecho dañoso haya sido imposible de prever por el hombre medio, lo que significa que el sujeto actúa sin culpa al

momento de dañar al otro. ¿Eso significa que la solución cambia, y que al no existir culpa el daño se encuentra justificado, por lo que el tercero ajeno no puede actuar bajo legítima defensa? La respuesta es negativa: el injusto se encuentra configurado por lo que, si bien la responsabilidad extracontractual no se configura por ausencia de culpa, al resultar el hecho dañoso ilegítimo el tercero que está próximo a sufrirlo puede repelerlo justificado por la legítima defensa.

Lo mismo ocurre en el caso de error respecto a la agresión en la legítima defensa: si el error no puede evitarse bajo el estándar del hombre medio razonable, el daño entonces es realizado sin culpa. Sin embargo, ello no vuelve legítimo el hecho dañoso: los requisitos de la legítima defensa no se configuran por lo que éste resulta antijurídico (aunque carezca del factor de atribución y, por ende, no exista responsabilidad extracontractual), lo que permite a quien resulta amenazado defenderse de dicho daño de forma justificada.

De igual manera, si quien actúa en legítima defensa daña a un tercero ajeno a la agresión que motiva la defensa, dicho daño (de acuerdo a lo discutido en párrafos anteriores) no resulta amparado por la causal de justificación, por lo que dicho tercero, que no se encuentra obligado a soportarlo, puede actuar en legítima defensa e impedir dicha agresión a su persona o derechos. Sin embargo, es posible que ese hecho dañoso haya sido realizado por mero accidente, bajo el cual era imposible prever para una persona común, según el estándar de la culpa leve, que dicho daño iba a acaecer sobre el tercero y no sobre el agresor. En ese caso se excluye la culpa del agente, lo que impediría la procedencia de responsabilidad extracontractual, pero no obsta a que, al no configurarse la causal de justificación, el tercero pueda repeler legítimamente dicha agresión, la cual no resulta amparada por el ordenamiento jurídico.

Las situaciones descritas con anterioridad demuestran que la antijuridicidad y la culpa no son sinónimos ni tampoco elementos asimilables, sino que cada una es una institución que, de forma independiente, determina la procedencia de la responsabilidad extracontractual. La confusión entre ambas no sólo conlleva a una contradicción meramente teórica, sino que, en la práctica, puede generar soluciones completamente opuestas al momento de resolver dichos conflictos, lo cual no puede estimarse como razonable ni justo en un sistema coherente como lo es nuestro ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSIONES

De la investigación realizada en el presente trabajo, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. Del análisis realizado en la primera parte del Capítulo 1, respecto a los requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad extracontractual acorde a la legislación, doctrina y jurisprudencia civil nacional -con especial énfasis sobre la evolución de la doctrina nacional al respecto, desde sus primeros exponentes hasta nuestros días-, se pudo verificar que, si bien se han sostenido diversas posturas respecto al número de requisitos que la responsabilidad exige para su configuración, la referencia al elemento de la antijuridicidad es prácticamente nula, siendo usual que se considere como un aspecto integrante de la culpa o el dolo, al establecerse que el hecho que causa daño es ilícito si éste es realizado dolosa o culposamente. Sólo un número reducido de autores, como Luis Claro Solar, Alfredo Barros Errázuriz y Carlos Ducci, hacen referencia al concepto de ilicitud al exigir como requisito la existencia de un “hecho ilícito”, pero sin desarrollarlo con profundidad. Recién en las últimas décadas parte de la doctrina entenderá que la antijuridicidad es un requisito autónomo, siendo los profesores Hernán Corral Talciani y Pablo Rodríguez Grez (apoyados por cierta jurisprudencia) sus principales exponentes.
2. En la segunda, tercera y cuarta parte del Capítulo 1, el trabajo se focalizó en definir el concepto de antijuridicidad en base a lo sostenido por la doctrina civil y penal, tanto nacional como comparada, concluyéndose que ésta es un juicio de valor objetivo, general y abstracto, que dice relación con la contradicción entre una conducta o hecho dañoso objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico, la cual no es tolerada el derecho. Esta definición es aplicable tanto en el derecho civil como en el derecho penal, siendo la antijuridicidad un precepto común al derecho en general.

Sin embargo, si bien el concepto es el mismo, el contenido presenta diferencias al aplicarse en dichas ramas jurídicas. En el derecho penal, la antijuridicidad implica la contradicción entre la conducta y una norma jurídica determinada (antijuridicidad en sentido formal), en concordancia con el principio de legalidad propio de esta disciplina jurídica. Dicho principio no es propio del derecho civil, por lo que se concluye que la antijuridicidad civil extracontractual puede constituirse tanto si una norma jurídica específica lo define, como si el hecho dañoso ha vulnerado los principios y finalidades

del ordenamiento jurídico (antijuridicidad tanto en sentido formal como en sentido material). Esto excluye, a su vez, que la antijuridicidad civil se encuentre determinada no solo por la infracción a los principios generales de Derecho sino también a normas morales, cuyos preceptos sólo recibirán aplicación cuando el propio ordenamiento jurídico se remita a ellas de forma expresa, lo que es concordante con la separación entre derecho y moral, fundamento base de un Estado de Derecho.

3. En el Capítulo 2 la investigación se focalizó en la verificación de la hipótesis central de la presente memoria, a saber: si la antijuridicidad es efectivamente un elemento autónomo del sistema de responsabilidad extracontractual. Para ello, se tomó como base lo dispuesto por la doctrina mayoritaria respecto a no considerarla un requisito independiente, sino como un aspecto integrante del elemento de la culpa, dando énfasis a los argumentos del profesor Enrique Barros Bourie a favor de dicha postura. Se verificó que dicha posición contiene falencias que dificultan su sustento teórico dado que confunde el factor de imputación jurídico (es decir, el dolo y la culpa) con el objeto de imputación o injusto civil, conformado por el hecho dañoso antijurídico, siendo categorías jurídicas independientes entre sí. Además, se demostró que los actos amparados por una causal de justificación -que excluyen la antijuridicidad y, acorde a la postura mayoritaria, la culpa y el dolo- muchas veces son realizados de forma dolosa, por lo que no es posible sostener que éstas excluyen la culpa y el dolo. Por lo tanto, es forzoso concluir que culpa y dolo no son sinónimos de antijuridicidad.

A su vez, ésta tampoco es un aspecto integrante del daño como requisito extracontractual, debido a que la realización de este último (equivalente a la infracción del principio "*alterum non laedere*") es sólo un indicio de contrariedad con el derecho, por lo que debe realizarse el juicio de valor objetivo que determinará si no existe causal de justificación que lo ampare, lo que equivale a establecer su antijuridicidad. Por lo tanto, se concluye que, la antijuridicidad es un elemento autónomo dentro del sistema de responsabilidad extracontractual, independiente del resto de los requisitos necesarios para su configuración.

4. En el Capítulo 3 se estudiaron las circunstancias que excluyen la antijuridicidad, también denominadas "causales de justificación". Al no existir norma civil que las determine, ha sido labor de la doctrina civil el identificarlas, concluyéndose que éstas

son la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima o su aceptación de los riesgos. Con el análisis de cada una de dichas causales, se reforzó la hipótesis respecto a la antijuridicidad como elemento independiente de la responsabilidad civil, ejemplificando cómo, en ciertas situaciones, puede no proceder la causal de justificación y, sin embargo, quedar excluida la responsabilidad por ausencia de culpa, pudiendo repeler dicho hecho dañoso bajo legítima defensa al configurarse el injusto (como ocurre con el error en el mal o agresión en la legítima defensa y en el estado de necesidad).

De igual manera, se dio respuesta a las críticas por parte de cierto sector doctrinario que niega al estado de necesidad como causal de justificación, dado que no sería justo que un tercero ajeno al mal sea quien soporte íntegramente los daños. Así, se concluyó que, si bien el estado de necesidad excluye la antijuridicidad del hecho dañoso, el tercero perjudicado puede ejercer una acción restitutoria que permita la compensación de los daños materiales sufridos, cuya fuente no es la responsabilidad extracontractual sino el enriquecimiento sin causa, y cuya finalidad es reestablecer el equilibrio entre el patrimonio del necesitado que realiza el daño para evitar un mal y el del tercero que termina sufriendo dicho daño.

En síntesis, con la investigación realizada se verifica la hipótesis principal del presente trabajo, pudiendo afirmarse que la antijuridicidad no está subordinada a ningún otro requisito de responsabilidad civil (como la culpa o el daño), sino que es una institución independiente, con requisitos propios y circunstancias particulares que la excluyen. Lo anterior no es baladí dado que, como se ha demostrado, su reconocimiento permite que nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual posea una estructura consistente y coherente con el ordenamiento jurídico, en donde cada elemento se encuentra correctamente definido y delimitado, evitando así la confusión entre los requisitos que la configuran.

Además, ello permite determinar correctamente, dentro del sistema de responsabilidad aquiliana, la categoría que se excluye mediante las causales de justificación y las consecuencias que ello implica. La comprobación de la antijuridicidad como requisito independiente dentro del modelo de responsabilidad extracontractual permite, en definitiva, solucionar de forma adecuada los problemas que pueden surgir en la práctica, facilitando tanto la labor del abogado como la del jurista en la resolución de casos complejos y evitando, de esta manera, la dictación de sentencias contradictorias.

En breve, las conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

1. El concepto de antijuridicidad no está subordinado a ningún otro requisito de responsabilidad civil (como la culpa o el daño), sino que es una institución independiente, con requisitos propios y circunstancias particulares que la excluyen.
2. La referencia al elemento de la antijuridicidad es prácticamente nula tanto en la legislación como en la doctrina y jurisprudencia nacional, siendo usual que se considere como un aspecto integrante del elemento de la culpa, al establecerse que el hecho que causa daño es ilícito si éste es realizado mediante dolo o culpa.
3. La antijuridicidad se define como un juicio de valor objetivo, general y abstracto, que dice relación con la contradicción entre una conducta o hecho dañoso objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico, la cual no es tolerada el derecho. Esta definición es aplicable tanto en el derecho civil como en el derecho penal, siendo la antijuridicidad un precepto común de derecho.
4. El contenido de la antijuridicidad presenta diferencias tanto en derecho civil como en el penal. En el derecho penal, ésta implica la contradicción entre la conducta y una norma jurídica determinada (antijuridicidad en sentido formal), en concordancia con el principio de legalidad. Dicho principio no es propio del derecho civil, por lo que la antijuridicidad civil puede constituirse tanto si una norma jurídica específica lo define, como si el hecho dañoso ha vulnerado los principios y finalidades del ordenamiento jurídico (antijuridicidad tanto en sentido formal como en sentido material). Esto excluye, a su vez, que la antijuridicidad civil sea determinada por normas morales, salvo que el ordenamiento jurídico se remita a ellas de forma expresa.
5. La culpa y el dolo no son sinónimos de antijuridicidad, ya que dicha interpretación confunde el factor de imputación jurídico -la culpa y el dolo- con el objeto de imputación o injusto civil -el hecho dañoso antijurídico-, siendo categorías jurídicas independientes entre sí. Además, las causales de justificación (circunstancias que excluyen la antijuridicidad) pueden ser realizadas de forma dolosa, por lo que no es posible sostener que éstas excluyen a la culpa y el dolo.

6. La antijuridicidad tampoco es un aspecto integrante del daño como requisito extracontractual, dado que la realización de este último (equivalente a la infracción del principio "*alterum non laedere*") es sólo un indicio de contrariedad con el derecho, por lo que debe realizarse el juicio de valor objetivo que determinará si no existe causal de justificación que lo ampare, lo que equivale a establecer su antijuridicidad.
7. Las causales de justificación en sede civil extracontractual son la legítima defensa, el estado de necesidad, los actos autorizados por el derecho y el consentimiento de la víctima y aceptación de los riesgos.
8. Aunque el estado de necesidad excluye la antijuridicidad del hecho dañoso, el tercero perjudicado puede ejercer una acción restitutoria que permita la compensación de los daños materiales sufridos, cuya fuente no es la responsabilidad extracontractual sino el enriquecimiento sin causa.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René (2014). "Las obligaciones. Tomo I". 6° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: (título 35 del libro IV del Código Civil)". Reimpresión de la 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ALPA, Guido (2006) "Nuevo Tratado de responsabilidad civil". El Jurista Editores, Lima.

BARROS BOURIE, Enrique (2010). "Tratado de responsabilidad extracontractual". 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1930). "Curso de Derecho civil. Primer año". Editorial Nascimento, Santiago.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932). "Curso de Derecho civil. Segundo año, primera parte". Editorial Nascimento, Santiago.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932). "Curso de Derecho civil. Segundo año, segunda parte". Editorial Nascimento, Santiago.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén (2003). "La responsabilidad extracontractual". 1° edición, Editorial Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago.

CHACÓN BARROS, Jacinto (1868). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo I". Imprenta Del Mercurio, Valparaíso.

CHACÓN BARROS, Jacinto (1878). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo II". Imprenta Del Mercurio, Valparaíso.

CHACÓN BARROS, Jacinto (1882). "Esposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno. Tomo III". Imprenta Gutenberg, Santiago.

CHILE (2010). "Historia de la Ley 20.480". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

CLARO SOLAR, Luis; VARAS S., Eduardo; VERGARA V., Álvaro (1908). "Esplicaciones de derecho civil, segundo año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solar. Teoría general de las

obligaciones i contratos especiales” 2° edición, Imprenta Litografía i Encuadernación Chile, Santiago.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”. 2° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago.

COUSO, Jaime; HERNANDEZ, Héctor (2011). “Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia”. Editorial Legal Publishing, Santiago.

CURY URZÚA, Enrique (2005). “Derecho Penal: Parte General”. 8° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

DIEZ-PICAZO, Luis (1999). “Derecho de daños”. Editorial Civitas S.A., Madrid.

DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997). “El daño extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

DUCCI CLARO, Carlos (1970). “Responsabilidad civil: actividades de las cosas, hechos de las cosas, circulación de vehículos”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

DUCCI CLARO, Carlos (1936). “Responsabilidad civil (ex-contractual)”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1999). “Derecho Penal: Parte General. Tomo I”. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FABRES FERNÁNDEZ, José Clemente (1912) “Obras completas. Tomo X”. Imprenta, Litografía y Enc. La Ilustración, Santiago.

FUEYO LANERI, Fernando (2004) “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FUEYO LANERI, Fernando (1958). “Derecho civil. Tomo IV. De las obligaciones, volumen I”. Editorial Roberts, Santiago.

FUEYO LANERI, Fernando (1990). “Instituciones de derecho civil moderno”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GARRIDO MONTT, Mario (2009) "Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito". 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

HRUSCHKA, Joachim (2005). "Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación". Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona.

KINDHÄUSER, Urs (2008), "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva". Revista para el Análisis del Derecho InDret 4/2008, Barcelona.

LASTARRIA SANTANDER, José Victorino (1863). "Instituta del derecho civil chileno". Tipografía del Comercio por J.M. Monterola, Lima.

LIRA URQUIETA, Pedro (1944). "El Código Civil y el nuevo derecho". Imprenta Nascimento, Santiago.

LÓPEZ MESA, Marcelo (s.f.). "El territorio de la antijuridicidad en la Provincia de la responsabilidad civil", publicado en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; [<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la>], Córdoba.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2015). "La imprudencia como estructura de imputación". Revista de ciencias penales no.3, Santiago.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). "Norma, causalidad y acción". Editorial Marcial Pons, Madrid.

MARTÍN VIDA, María Ángeles (2005). "Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho Alemán y en Derecho español". Instituto de Estudios Jurídicos Europeos, Universidad de Osnabrück, Alemania.

MEZA BARROS, Ramón (1980). "Responsabilidad civil". Editorial Edeval, Valparaíso.

NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). "Curso de derecho penal chileno: parte general. Tomo I". 3° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ORTIZ QUIROGA, Luis (s.f.). "De los cuasidelitos". Material docente no publicado.

PANTALEON PRIETO, Ángel Fernando (2000) "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)". Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid, España

PEIRANO FACIO, Jorge (1954). "Responsabilidad extracontractual". Editorial Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). "Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento". Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PESCIO VARGAS, Victorio (1962). "Manual de Derecho civil. Tomo I". Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PESCIO VARGAS, Victorio (1948). "Manual de Derecho civil. Tomo II". Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003). "Lecciones de Derecho Penal chileno". 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RAMOS PAZOS, René (2009). "De la responsabilidad extracontractual". 5° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago.

REGLERO CAMPOS, Fernando (2008). "Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Parte General". 4° edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra.

REYES ROMERO, Ítalo (2015). "Sobre la construcción de la exigencia de cuidado". Política criminal. Volumen 10, N°19 (Julio 2015).

REYES ROMERO, Ítalo (2014). "Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del artículo 10 N°8 del Código Penal.". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

ROCA TRÍAS, María Encarnación (2007). "Derecho de daños. Textos y materiales". 5° edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.

ROGEL VIDEL, Carlos (1977) "La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español". Editorial Civitas S.A., Madrid.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2010). "Responsabilidad extracontractual". 2° edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009). “La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia”. Editorial Legal Publishing, Santiago.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (2008). “Tratado de responsabilidad civil”. 2° edición, Editorial Bosch S.A., Barcelona.

TAPIA SUÁREZ, Orlando (2009). “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”. 3° edición, Editorial Legal Publishing, Santiago.

VARGAS PINTO, Tatiana (2013). “¿Tiene la *necesidad* cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 n°11” en: Humanizar y renovar el Derecho Penal: estudios en memoria de Enrique Cury, Editorial Legal Publishing, Santiago.

VÁSQUEZ AMARALES, Joaquín (2015). “El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del artículo 10 n°11 del Código Penal”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1971). “Curso de Derecho civil: parte general y los sujetos de derecho. Primera parte”. Editorial Nascimento, Santiago.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). “Sistemas de responsabilidad civil, contractual y extracontractual”. Editorial Dykinson, Madrid.

VERA MOLINA, Ercilia (1939). “De la responsabilidad extracontractual y especialmente por el hecho ajeno”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de la República, artículo 19 n°24. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

Código Civil, artículos 12, 44, 582, 1461, 1465, 2284, 2314, 2319, 2327, 2329 y 2330. *Diario Oficial*, 14 diciembre 1855.

Código Penal, artículos 10 (n° 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 11), 145 y 391. *Diario Oficial*, 12 noviembre 1874.

Ley N°18.290, artículo 174, *Diario Oficial*, 7 febrero 1984.

Decreto Ley N°2.222, artículo 144 n°1, *Diario Oficial*, 21 mayo1978.

Código Civil italiano, artículo 2043, *Gazzetta Ufficiale*, 16 marzo 1942

Código civil alemán, párrafo 823, *Boletín del Reich*, 24 agosto 1896

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Santiago, 27.07.1943, RJD, T. XLI., sec. 2°, P.1.

Corte de Apelaciones de Santiago, 6.12.2000, RJD, T. XCVII., sec. 2°, P.117.

Corte de Apelaciones de Santiago, 28.1.2003, RDJ, T.C., sec. 2°, 17.

Corte de Apelaciones de Santiago, 30.5.2003, GJ,275, 97.

Corte de Apelaciones de Santiago, 2.9.2010, Rol N°3377-2008, LP 46081, MJ 24766.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 26.11.2013, Rol N°334-2013.

Corte Suprema, 8.4.1982, RDJ, T. LXXIX, sec. 4°, p.22.

Corte Suprema, 21.6.2000, RDJ, T. XCVII, sec. 5°, P.163.

Corte Suprema, 3.7.2002, Rol N°16535-2015.

Corte Suprema, 9.11.2004, Rol N°228-2003.

Corte Suprema, 28.1.2011, Rol N°5849-09.

Corte Suprema, 4.11.2011, Rol N°7270-2009.

Corte Suprema, 11.10.2016, Rol N°2277-2015.