



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**DE LA RESPONSABILIDAD POR LITIGACIÓN ABUSIVA EN CHILE: ESTÁNDAR  
DE DILIGENCIA EXIGIDO**

Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**MACARENA BUZETA VARGAS**

Profesor Guía: CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

SANTIAGO, CHILE

2019



*A mi mamá y mi papá.*



## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I: DERECHO A LA ACCIÓN: AUTONOMÍA Y ESTATUS</b>	
<b>NORMATIVO</b>	<b>7</b>
<b>1.1 DERECHO A LA ACCIÓN COMO DERECHO AUTÓNOMO</b>	<b>7</b>
1.1.1 AUTONOMÍA RESPECTO DEL DERECHO QUE SE SUPONE AMPARA LA PRETENSIÓN	7
1.1.2 AUTONOMÍA RESPECTO DEL RESULTADO DEL PROCESO	11
1.1.3 AUTONOMÍA EN EL SENTIDO QUE DEPENDE DE LA DISCRECIÓN DEL PRETENDIENTE	13
<b>1.2 DERECHO A LA ACCIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL</b>	<b>14</b>
<b>1.3 EN RESUMEN...</b>	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO II: LÍMITES AL DERECHO A LA ACCIÓN: COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO SUBJETIVO</b>	<b>19</b>
<b>2.1 LÍMITES DEL DERECHO A LA ACCIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL</b>	<b>20</b>
<b>2.2 LÍMITES DEL DERECHO A LA ACCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO</b>	<b>23</b>
2.2.1 TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO	26
2.2.2 REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	28
<b>2.3 EN RESUMEN...</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>31</b>
<b>3.1 RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>31</b>
<b>3.2 RESPONSABILIDAD POR DELITOS Y CUASIDELITOS CIVILES</b>	<b>33</b>
<b>3.3 ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EXIGIDO EN EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN GENERAL</b>	<b>34</b>
3.3.1 DOLO	35
3.3.2 CULPA	36

<b>3.4 CASO ESPECIAL LEY N° 20.169 SOBRE COMPETENCIA DESLEAL</b>	39
3.4.1 DERECHO NORTEAMERICANO	42
<b>3.5 EN RESUMEN...</b>	45

**CAPÍTULO IV: ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EXIGIDO AL EJERCICIO DEL  
DERECHO A LA ACCIÓN** 47

---

<b>4.1 RAZONES PARA DISMINUIR EL NIVEL DE DILIGENCIA EXIGIDO A LA LITIGACIÓN DESDE LA SITUACIÓN DEL LITIGANTE</b>	48
4.1.1 NORMAS DE RESPONSABILIDAD COMO DESINCENTIVOS	48
4.1.2 MAYOR EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EXIGIDO MAYOR EL DESINCENTIVO	52
4.1.3 DESJUDICIALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	53
<b>4.2 RAZONES PARA DISMINUIR EL NIVEL DE DILIGENCIA EXIGIDO A LA LITIGACIÓN DESDE LA SITUACIÓN DEL ABOGADO/A LITIGANTE</b>	56
4.2.1 OBLIGACIÓN DE MEDIO Y ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EXIGIDO	58
4.2.2 CONTROL DE -Y DESDE- LA PROFESIÓN	60
<b>4.3 EN RESUMEN...</b>	63

**CONCLUSIONES** 67

---

**BIBLIOGRAFÍA** 71

---

I. DOCTRINA	71
II. JURISPRUDENCIA	76
III. NORMATIVA	77

## RESUMEN

Esta investigación, inserta en el “Taller de Problemas actuales de la responsabilidad civil 2019”, se hace cargo de la importancia del derecho a la acción, como mecanismo de acceso a la justicia, y desde ahí se pregunta si el ejercicio de este derecho puede dar lugar a responsabilidad por daños -en caso de que los provocara- y cuál sería el estándar de conducta que daría origen a tal responsabilidad. Resolver ese problema es el objetivo de este trabajo. La investigación, entonces, pretende dilucidar en qué medida técnicas como la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil son aplicables como límites al derecho a la acción y en especial si las reglas de responsabilidad general deben morigerarse enfrente suyo.



## INTRODUCCIÓN

El derecho a la acción, consagrado implícitamente en el artículo 19 n° 3 de la Constitución, es el mecanismo a través del cual los particulares buscan, de parte del Estado, la protección de los derechos que reclaman poseer y los intereses que estiman legítimos. Se trata, pues, de un derecho a la tutela judicial efectiva. Así, se ejerce una acción para saber si el derecho sustantivo vigente ampara o no una pretensión determinada; en definitiva, el derecho a la acción supone una pretensión que puede o no ser acogida por el tribunal.

La figura de la litigación abusiva -sobre la que trata este trabajo- supone un ejercicio de ese derecho de una manera que el Derecho no ampararía; supone, pues, que el derecho a la acción posee límites normales cuya infracción generaría responsabilidad. Cabe preguntarse entonces ¿Cuáles son los límites del ejercicio de este derecho? ¿En qué casos el Derecho no ampara o no ampararía el ejercicio del derecho a la acción? ¿Es aplicable la teoría del abuso como límite a la litigación? ¿Son aplicables las reglas de responsabilidad extracontractual al ejercicio del derecho a la acción? Si es así, ¿Cuál sería el estándar cuyo abandono genera responsabilidad? ¿Es el mismo que se aplica a otros derechos subjetivos o fundamentales? y, ¿Cuáles son las externalidades que dicho estándar podría provocar?

En el desarrollo de este trabajo se responden cada una de las preguntas recién mencionadas para finalmente poder hacer y responder la pregunta de investigación, ¿cuáles son las razones por las cuales el estándar de diligencia exigido por las reglas de responsabilidad debiera morigerarse frente al derecho a la acción? En definitiva, este trabajo intentará dilucidar en qué medida técnicas de limitación, como el abuso del derecho y las reglas generales de responsabilidad, son aplicables al derecho a la acción y, en especial, si estas últimas deben morigerarse enfrente suyo y cuales son las razones de aquello.

Para alcanzar ese objetivo se procederá como sigue. En primer lugar, se examinará, en base a la literatura, la autonomía del derecho a la acción y su estatus normativo. En segundo lugar, se hará referencia a las limitaciones de este derecho, tanto como derecho fundamental y como derecho subjetivo, haciendo especial énfasis en los criterios de control del derecho común,

específicamente, la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil. En tercer lugar, se explicará el régimen de responsabilidad civil aplicable para el ejercicio del derecho a la acción, a la luz de las normas de responsabilidad del Código Civil y, en consecuencia, se justificará por qué la culpa leve es el estándar de diligencia exigido por este régimen a la litigación. Finalmente, se responderá a la pregunta de investigación y se ofrecerán fuertes razones para concluir que dicho estándar, la culpa leve, es demasiado alto para el ejercicio de este derecho y, por tanto, debiese exigirse uno más bajo, como la culpa grave.

En términos generales, el trabajo argumenta que el derecho a la acción es un derecho autónomo con base constitucional cuya falta de éxito (por no reconocimiento de la pretensión) no genera responsabilidad, salvo que se ejercite con mala fe o dolo. La razón de esto deriva del hecho que la acción es inevitablemente contingente y supone un juicio ex ante acerca de los derechos que se tienen. Un juicio apresurado acerca de las propias pretensiones no debe ser motivo de responsabilidad, salvo que se efectúe con mala fe. Una solución distinta importaría un control de las profesiones jurídicas que no es compatible con el estado de derecho, además de desconocer el valor institucional que posee incentivar el empleo de la tutela judicial.

## CAPÍTULO I:

### DERECHO A LA ACCIÓN: AUTONOMÍA Y ESTATUS NORMATIVO

El estudio del derecho a la acción es una de aquellas materias especialmente debatidas por la doctrina procesal. El carácter autónomo de este derecho y su estatus normativo, son algunos temas de discusión y a los que haremos referencia en este trabajo, ya que su entendimiento es necesario para analizar el estándar de diligencia que debe exigirse al ejercicio del derecho a la acción.

#### *1.1 Derecho a la acción como derecho autónomo*

Analizaremos el carácter autónomo del derecho a la acción en tres sentidos. En primer lugar, respecto al derecho material que se pretende hacer valer en juicio. En segundo lugar, respecto al pronunciamiento de los tribunales una vez entablada la acción, es decir, respecto al resultado del proceso. Por último, respecto de la discreción de la persona que lo ejerza.

##### *1.1.1 Autonomía respecto del derecho que se supone ampara la pretensión*

La discusión respecto al nivel de autonomía que goza el derecho a la acción en relación con el derecho material que se hace valer en juicio se ha dado históricamente a la hora de definir este derecho. Existen diferencias en esta materia entre la mirada civil y la mirada procesal de definir la acción.

Para los civilistas, mayoritariamente partidarios de la teoría romana clásica<sup>1</sup>, la acción no es más que la pretensión hecha valer en juicio.<sup>2</sup> Según esta doctrina, existe una unión indisoluble entre acción y derecho subjetivo material. Esta unión llega a tal punto que la acción se entiende como una prolongación o manifestación del derecho material, como el mecanismo para hacerlo efectivo,<sup>3</sup> negándole así a la acción su calidad de derecho autónomo.

---

<sup>1</sup> “*Debemos inicialmente señalar, que en la concepción romana la acción y el derecho subjetivo son una misma cosa.*” MATHEUS LÓPEZ, C. (1999). Breves notas sobre el concepto de acción. [en línea] Revista de la Facultad de Derecho PUCP <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6432/6488>> [consulta: 2 de junio 2019] 763p.

<sup>2</sup> ROMERO SEGUEL, A. (2012). Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 14p.

<sup>3</sup> CALAZA LÓPEZ, S. (2010). Una aproximación al concepto procesal de acción. En: Revista de Derecho UNED (6): 114 y 115p.

Como acertadamente, plantea Alessandri, esta concepción supone una confusión entre acción procesal y pretensión o exigencia: *“la acción sería el mismo derecho esgrimido ante los tribunales para que sea reconocido, satisfecho o respetado. (...) Acción y derecho representarían, pues, una sola cosa considerada en distintos momentos; la acción no sería sino un atributo del derecho material.”*<sup>4</sup>

Los procesalistas, en cambio, afirman que el derecho a la acción es un derecho autónomo e independiente del derecho material que se pretende hacer valer en juicio.<sup>5</sup> Tal como señala Casarino, se distingue: *“entre el derecho cuya protección se reclama y el derecho a reclamar dicha protección cuando el primero de ellos es amenazado o violado”*.<sup>6</sup> Aclara este punto, pensar en la hipótesis de que se pierda un juicio por haber carecido la parte del derecho que alega. Si la acción fuera el derecho material deducido en juicio, lo anterior no sería posible. Si carezco del derecho no podría haber accionado y, sin embargo, ocurre.

Compartimos en este trabajo la fórmula procesalista de definir el derecho a la acción y lo concebimos, entonces, como un derecho autónomo, independiente de la pretensión que persigue. Se ejerce una acción, entonces, para saber si el derecho sustantivo vigente ampara o no una pretensión determinada. En otras palabras, el derecho a la acción supone una pretensión que puede o no ser acogida por el tribunal y, por tanto, es un ente independiente de dicha pretensión. La conclusión que se sigue de lo anterior es evidente: todos tenemos derecho a la acción seamos o no titulares del derecho material reclamado.<sup>7</sup>

Bajo esta concepción dualista del derecho a la acción, surgen variadas teorías para explicar cuál es la naturaleza jurídica de este derecho autónomo e independiente del derecho material.<sup>8</sup> Solo expondremos tres teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho a la acción, dado que esta

---

<sup>4</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. SOMARRIVA UNDURRAGA, M. Y VODANOVIC HAKLICKA, A. (1998). Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 65p.

<sup>5</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. SOMARRIVA UNDURRAGA, M. Y VODANOVIC HAKLICKA, A. (1998), Op. Cit, 65p.

<sup>6</sup> CASARINO VITERBO, M. (2005). Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. 57p.

<sup>7</sup> MARINONI, L. (2015). El derecho de acción como Derecho Fundamental. Editorial Temis. 97p.

<sup>8</sup> ROMERO SEGUEL, A. (2012), Op. Cit, 15p.

investigación tiene por finalidad determinar cuál es el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción y cuáles son las razones para disminuirlo, no pretende en cambio, ser un análisis exhaustivo sobre este derecho.

Una primera teoría, atribuible al trabajo de Chiovenda, plantea que el derecho a la acción es, en esencia, un derecho potestativo.<sup>9</sup> Esta teoría se basa, en primer lugar, en que la acción es un derecho del particular contra el adversario y no contra el Estado. En segundo lugar, se basa en que al ejercer una acción, el particular está haciendo uso de una potestad que le entrega el ordenamiento de producir efectos jurídicos.<sup>10</sup> Como bien explica Calamandrei, el derecho a la acción así entendido: *“es el derecho de una parte de provocar frente a otra la actuación jurisdiccional de la ley, generando en esta última no un deber sino una sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación.”*<sup>11</sup> Actualmente esta teoría está prácticamente abandonada dado que se ha considerado que es insuficiente para explicar la complejidad del fenómeno del derecho a la acción. Tal como lo hace notar Matheus: *“no nos explica cuál es la relación del Estado con el derecho potestativo que se ejercita, ni cuál es el fundamento de la actuación de aquel en el proceso”*.<sup>12</sup>

Couture, por su parte, afirma que el derecho a la acción es una de las formas del derecho de petición.<sup>13</sup> El autor plantea que, del derecho a presentar peticiones a la autoridad -consagrado constitucionalmente en el artículo 19 n° 14 de la Carta Fundamental- se puede derivar el derecho a la acción. En definitiva, el segundo sería una manifestación particular del primero.<sup>14</sup> Sin embargo, Bordalí nos da una buena razón para rechazar la teoría de Couture atendiendo a la justificación histórica del derecho de petición -derecho concedido a los súbditos como un modo de participar de la vida política-: *“No estoy de acuerdo con esta posición, por cuanto veo en el derecho de petición una institución propia del ‘antiguo régimen’ y lejana, por cierto, de lo que*

---

<sup>9</sup> CASARINO VITERBO, M. (2005), Op. Cit, 58p.

<sup>10</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 765p.

<sup>11</sup> CALAMANDREI, P. (1945). Sobre la relatividad del concepto de acción. En: Estudios sobre el Proceso Civil (traducción Santiago Sentís Melendo). Editorial Bibliográfica Argentina. 147p.

<sup>12</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 765p.

<sup>13</sup> CASARINO VITERBO, M. (2005), Op. Cit, 58p.

<sup>14</sup> COUTURE ETCHEVERRY, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. 281p.

*hoy entendemos como Estado de Derecho*”<sup>15</sup> De este modo, entender el derecho a la acción como una manifestación del derecho de petición significaría atribuirle cualidades políticas al derecho procesal, cualidades que hoy, no necesariamente tiene (o debe tener).

Una tercera y última teoría sobre la naturaleza jurídica del derecho a la acción es aquella que lo califica como un derecho subjetivo público. Esta tesis, defendida por el profesor español De la Oliva, plantea que los particulares -como titulares del derecho a la acción- no solo tienen derecho a pedir protección de sus derechos o intereses, sino que tienen un derecho subjetivo determinado a obtener de los tribunales de justicia una sentencia concreta.<sup>16</sup> En otras palabras, el derecho subjetivo a la acción, según esta teoría, tendría como contracara el deber ineludible del Estado de pronunciarse respecto a si la pretensión de los particulares es amparada o no por el derecho sustantivo vigente. En definitiva, como señala Matheus: *“Se entiende así que la acción es un derecho subjetivo público y, por tanto, un derecho frente al Estado, el cual a través de sus órganos jurisdiccionales realiza la prestación de tutela con que tal derecho se satisface, constituyendo un derecho totalmente distinto a los derechos subjetivos privados.”*<sup>17</sup>

Se le considera derecho subjetivo porque importa una facultad de los particulares -concedida por el derecho objetivo- de acudir a los tribunales de justicia para saber si el derecho vigente ampara o no una pretensión determinada. Así lo reconoce nuestro Código Civil, tal como señala Romero:

*“En el Código de don Andrés Bello la identificación entre acción y derecho subjetivo no puede ser más clara. Los arts. 577 y 578 sostienen que de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales nacen las acciones personales. Incluso atribuye a la acción una naturaleza mueble o inmueble, según el derecho que se persiga (art. 580 CC).”*<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000). El Derecho Fundamental de Acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, 97(3): 3p.

<sup>16</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (2002). Derecho Procesal. Introducción. Editorial Ceura. 85p.

<sup>17</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 766p.

<sup>18</sup> ROMERO SEGUEL, A. (2012), Op. Cit, 14p.

Se le considera derecho subjetivo público, pues tiene como fuente precisamente al Derecho Público, al estar consagrado en la Constitución de nuestro país, en concreto en el artículo 19 n° 3 y en documentos internacionales ratificados por Chile.<sup>19</sup>

Es esta última teoría la que tiene mayor aceptación en nuestra doctrina nacional. Tal como señala Martínez: “*Parece una cuestión pacífica asumir la naturaleza de la acción procesal como un derecho de carácter público subjetivo, que tiene un sustento constitucional.*”<sup>20</sup>

Para los efectos de este trabajo, compartimos los planteamientos de esta teoría sobre la naturaleza jurídica del derecho autónomo a la acción. Por tanto, consideraremos que este es un derecho subjetivo público consagrado constitucionalmente.

#### *1.1.2 Autonomía respecto del resultado del proceso*

Admitida la autonomía del derecho a la acción respecto al derecho material que se hace valer en juicio, corresponde analizar ahora la autonomía de este derecho respecto al resultado del proceso.

El ejercicio de una acción ante la jurisdicción es realmente útil y cumple con el objetivo de su existencia cuando, como resultado de este ejercicio, se obtiene una sentencia de los tribunales resolviendo el asunto puesto bajo su competencia. Tal como señala Marinoni: “*La sentencia y la ejecución adecuadas son corolarios obvios del derecho fundamental de acción.*”<sup>21</sup>

En ese entendido, el derecho a un pronunciamiento de los tribunales es parte del contenido del derecho a la acción. Eso es justamente lo que pretende el particular al ejercer su derecho: obtener un pronunciamiento de los tribunales respecto de si su pretensión es o no -y, en qué medida- amparada por el derecho sustantivo.

---

<sup>19</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000), Op. Cit, 3-4p. Véase: artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2012). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. En: Revista Chilena de Derecho, 39(1): 134p.

<sup>21</sup> MARINONI, L. (2015), Op. Cit, 40p.

La pregunta que surge a continuación es la siguiente: si tengo derecho a la acción ¿tengo derecho a obtener una sentencia favorable o el derecho se agota con el pronunciamiento de los tribunales independiente de su contenido?

Respecto al alcance del derecho a obtener un pronunciamiento de los tribunales como parte del derecho a la acción, existen dos corrientes doctrinales contrapuestas, a saber, la doctrina de la acción como derecho concreto y la doctrina de la acción como derecho abstracto.

La primera de ellas, la tesis concreta, plantea que los particulares al ejercer su derecho a la acción tienen derecho a un pronunciamiento favorable del tribunal, a una sentencia concreta y determinada.<sup>22</sup> Defienden esta teoría reconocidos autores españoles como Gómez Orbaneja<sup>23</sup> y De la Oliva Santos<sup>24</sup>. Ambos autores plantean que el derecho a una sentencia favorable se justifica en el carácter preexistente al proceso que tiene el derecho a la acción. En ese sentido, el particular al ejercer su derecho a la acción está haciendo valer su derecho a obtener una sentencia en un sentido determinado, obviamente, favorable a sus pretensiones.<sup>25</sup>

Por otro lado, la teoría abstracta, postula que los particulares al ejercer su derecho a la acción tienen derecho a un pronunciamiento justo de los tribunales independiente de si el resultado es o no favorable a sus pretensiones.<sup>26</sup> Los defensores de esta teoría comparten la mirada procesal de definir el derecho a la acción antes mencionada. En ese sentido, el derecho a la acción es un derecho de naturaleza abstracta al gozar de autonomía e independencia respecto de la pretensión que se hace valer en juicio.<sup>27</sup> Así, los particulares al ejercer su derecho a la acción, tienen derecho a obtener una sentencia de los tribunales respecto a si su pretensión es o no –y en qué medida es- amparada por el derecho sustantivo, independiente del contenido de dicha pretensión. Entonces, el resultado del proceso puede no ser favorable a su pretensión sin por eso dejar de ser un resultado justo. En efecto, como señala Marinoni: “*La acción no se agota con la*

---

<sup>22</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 765p.

<sup>23</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. (1975). Derecho procesal civil, volumen primero, Parte general. El proceso declarativo ordinario. Editorial Artes Gráficas y Ediciones S.A.

<sup>24</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (2002). Op. Cit, 85p.

<sup>25</sup> CALAZA LÓPEZ, S. (2010), Op. Cit, 117p.

<sup>26</sup> GUASP DELGADO, J. (1968). Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y parte general. Instituto de Estudios Políticos. 216p.

<sup>27</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 770p.

*solicitud de tutela judicial, sino que se ejerce para obtener la tutela del derecho, aunque obviamente puede finalizar mediante una resolución que declare la inexistencia del derecho.*”<sup>28</sup>

Como dijimos, esta última teoría es la que parece más coherente con la definición de derecho a la acción que se adopta en este trabajo.<sup>29</sup> La autonomía del derecho a la acción respecto de la pretensión que se hace valer fundamenta la autonomía del derecho a la acción respecto del resultado del proceso. Si el derecho a la acción es un ente independiente de la pretensión de tutela de los particulares (la que puede ser o no reconocida por los tribunales) evidentemente no puede significar derecho a una sentencia favorable, sino simplemente derecho a un pronunciamiento justo. Ello pues, el éxito de la pretensión dependerá, en primer lugar de que concurren los presupuestos procesales necesarios y, en segundo lugar, de que realmente existan los derechos subjetivos materiales que alega el particular.<sup>30</sup> Compartir la fórmula procesalista de definir el derecho a la acción supone entonces reconocer la autonomía de este derecho tanto respecto de la pretensión como del resultado del proceso.

### *1.1.3 Autonomía en el sentido que depende de la discreción del pretendiente*

El carácter autónomo del derecho a la acción como derecho subjetivo no se agota en su relación con la pretensión que se hace valer ni en su relación con el resultado del proceso. El derecho a la acción, también es autónomo en el sentido de que su ejercicio pertenece a la exclusiva discreción del particular.

Como se ha señalado, la acción, como derecho subjetivo público, es dirigida por el particular a los órganos jurisdiccionales para obtener la protección de sus derechos o intereses legítimos. El sujeto solicita la tutela judicial de una pretensión que juzga amparada por el derecho, pero que puede o no estarlo.

En ese sentido, el particular, antes de acceder al sistema judicial, antes de ejercer su derecho a la acción, juzga su pretensión. De arribar a la conclusión de que esta está amparada en el derecho vigente, probablemente ejercerá su derecho a la acción. De arribar a la conclusión contraria,

---

<sup>28</sup> MARINONI, L. (2015), Op. Cit, 45p.

<sup>29</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. (1999), Op. Cit, 771p.

<sup>30</sup> CALAZA LÓPEZ, S. (2010), Op. Cit, 136p.

probablemente se restará de hacerlo. Llegar a cualquiera de las dos conclusiones mencionadas requiere un juicio previo del particular (o de su abogado/a), un juicio de realidad que le pertenece íntegramente sin que pueda estar sometido al control *ex ante*. Depende del sujeto convertir una mera expectativa en una acción. El derecho a la acción es un derecho autónomo ya que su ejercicio no depende de nada más que del juicio de su titular.

### *1.2 Derecho a la acción como derecho fundamental*

Habiendo explicado y justificado entonces el carácter autónomo del derecho a la acción e identificado la naturaleza jurídica de este derecho independiente del derecho material, queda por tratar el tema de su estatus normativo.

El sustento constitucional del derecho a la acción se encuentra en el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental. Dicho artículo, en su inciso primero decreta la igual protección de la ley a todas las personas en el ejercicio de sus derechos. Si bien, la norma constitucional no consagra expresamente el derecho a la acción, citando a Bordalí: *“una parte importante de la doctrina chilena señala que el derecho a la acción sí se encuentra contemplado en este precepto constitucional.”*<sup>31</sup>

Ya en 1986 Fiamma, refiriéndose al derecho a la acción señaló: *“Este derecho representa desde el punto de vista procesal uno de los aportes más significativos de la Constitución de 1980. Está emplazado dentro de los derechos constitucionales, en el artículo 19 N° 3, que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”*<sup>32</sup> Mas de 25 años después, en 2012, siguiendo esta interpretación de la norma constitucional, Martínez sostuvo:

*“Entre nosotros parece una cuestión pacífica asumir la naturaleza de la acción procesal como un derecho de carácter público subjetivo, que tiene un sustento constitucional, específicamente en el numeral 2° del artículo 19 de nuestra CPR, al garantizar la*

---

<sup>31</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000), Op. Cit, 2p.

<sup>32</sup> FIAMMA OLIVARES, G. (1986). La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXIII, N° 3. 124p.

*igualdad ante la ley y principalmente en el numeral 3° del mismo artículo, a propósito de la igual protección de los derechos y el derecho a la defensa jurídica.”<sup>33</sup>*

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la consagración del derecho a la acción en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. A ese respecto, se pronunció en sentencia de agosto de 2008, estableciendo:

*“Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.”<sup>34</sup>*

Posteriormente, en octubre de 2009, el Tribunal Constitucional volvió a reconocer el carácter fundamental del derecho a la acción, diciendo:

*“Que, de este modo, jurisprudencia uniforme y reciente de este Tribunal ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al*

---

<sup>33</sup> MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2012), Op. Cit, 134p.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 19 de agosto de 2008, Rol N° 815, c. 10.

*juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.*”<sup>35</sup>

Tal como se desprende de las citas jurisprudenciales anteriores, el derecho fundamental a la acción y el derecho a la tutela judicial efectiva suelen usarse como sinónimos o el segundo como continente del primero. En nuestro ordenamiento, el derecho a la acción se traduce en el derecho constitucional a la tutela judicial de una pretensión esté o no amparada ella en el derecho sustantivo. En efecto, en el contenido del derecho fundamental a la acción encontramos la consagración de la posibilidad de los ciudadanos de pedir tutela a los tribunales de justicia en los casos en que es necesaria la intervención estatal<sup>36</sup>. Como señala el Tribunal Constitucional en la sentencias citadas, tal posibilidad es un presupuesto básico de la igual protección de la ley a todas las personas en el ejercicio de sus derechos. Es precisamente esta calidad de ‘presupuesto básico’ la que da al derecho a la acción su carácter constitucional.

Habiendo reconocido en este punto, con ayuda de la doctrina y jurisprudencia nacional, el carácter constitucional del derecho a la acción, queda por analizar con mayor profundidad cuál es el contenido de este derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Como dijimos, cuando un particular tiene derecho a la acción, estamos diciendo que tiene derecho a la tutela judicial efectiva de sus pretensiones, que tiene una facultad consagrada constitucionalmente de acudir a los tribunales de justicia para reclamar la protección de sus derechos o intereses legítimos. El derecho a la acción es la materialización de esa facultad. Es el mecanismo a través del cual los particulares obtienen del ente estatal la protección de sus derechos subjetivos o de sus intereses legítimos en el campo del proceso civil.<sup>37</sup>

En efecto, la opción o facultad que el derecho fundamental a la acción entrega a los particulares configura el contenido de este derecho el que es, a la vez, libertario y social. González Álvarez hace notar lo anterior y plantea que el derecho a la acción, “*No es únicamente un derecho que genera el obrar negativo del Estado (no interfiere con la libertad del justiciable traducida en*

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 27 de octubre de 2009, Rol N° 1470, , c. 9.

<sup>36</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000), Op. Cit, 2p.

<sup>37</sup> ROMERO SEGUEL, A. (2012), Op. Cit, 16p.

*dispositividad procesal) sino también del obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado). ”<sup>38</sup>*

Entonces, que el particular tenga derecho a la acción se traduce, en primer término, en que tiene derecho a que el Estado le proporcione un sistema judicial al que pueda acceder en busca de la tutela de sus pretensiones y, en segundo lugar, a que el mismo Estado, no interfiera en su libertad de acudir a dicho sistema.

Ahora bien, es necesario advertir que el contenido del derecho a la acción no se agota en el libre acceso al sistema judicial proporcionado por el Estado<sup>39</sup>. Como adelantamos en el apartado anterior, los particulares -al ejercer el derecho a la acción- no solo buscan acceder al sistema judicial estatal, sino que lo que realmente buscan es un pronunciamiento de los tribunales respecto a si su pretensión está o no amparada por el derecho. Tanto la tesis concreta como la tesis abstracta, antes mencionadas, plantean que el derecho a un pronunciamiento de los tribunales es parte del contenido del derecho a la acción y difieren, en que la primera postula el derecho a un pronunciamiento favorable y, la segunda, el derecho a un pronunciamiento justo sea o no favorable para quien ejerce la acción.

Dicho lo anterior, consideramos que el contenido del derecho a la acción consiste en el derecho del particular a que el Estado le proporcione un sistema judicial al que pueda acceder libremente en busca de la tutela de sus pretensiones y el derecho a un pronunciamiento justo sin más, tal como lo plantea la teoría abstracta ya desarrollada.

### *1.3 En resumen...*

Consideramos el derecho a la acción como un derecho autónomo de los particulares distinto de la pretensión que se hace valer en el proceso. Se trata de un derecho subjetivo público consagrado constitucionalmente que da a sus titulares la opción de acceder libremente a los tribunales de justicia en búsqueda de la tutela de sus derechos o intereses legítimos y que, a su

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R. (2011). El Principio Fundamental de Acción: Nuevo paradigma de la ciencia procesal. En: Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, 14(1): 226p.

<sup>39</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000), Op. Cit, 13p.

vez, al ejercerse crea en los tribunales la obligación de dictar una resolución justa, la que no necesariamente debe ser favorable a la pretensión de quien ejerce su derecho a la acción.

En síntesis, la tutela judicial se solicita cuando un sujeto cuenta con una pretensión que, a su juicio, está amparada en el derecho sustantivo, pero puede suceder que una vez sometida al debate judicial, finalmente resulte no estarlo. Así entonces la exigencia de que la acción derive del derecho sustantivo se revela como inadecuada puesto que demandaría contar *ex ante* con aquello que, en base al derecho vigente, le corresponde dirimir a la jurisdicción.

Esto es, por lo demás, lo que ha declarado el Tribunal Constitucional que ha definido el derecho a la acción como un *“derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho.”*<sup>40</sup>

Dada la importancia del derecho a la acción, como mecanismo de acceso a la justicia, lo que cabe preguntarse ahora es: ¿Existen límites al ejercicio de este derecho? ¿En qué casos el Derecho no ampara o no ampararía el ejercicio del derecho a la acción? Resolver estas preguntas es el objetivo del siguiente capítulo de este trabajo.

---

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 19 de agosto de 2008, Rol N° 815, c. 10.

## CAPÍTULO II:

### LÍMITES AL DERECHO A LA ACCIÓN: COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO SUBJETIVO

La figura de la litigación abusiva -sobre la que trata este trabajo- supone un ejercicio del derecho a la acción de una manera que el Derecho no ampararía. Supone, en palabras de Muñoz, “*la actuación de un litigante que ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisdicción civil rebasando manifiestamente los límites normales de su ejercicio*”.<sup>41</sup> Luego, cabe preguntarse ¿Cuáles son los límites normales del ejercicio de este derecho? ¿Se controla el derecho a la acción de igual forma que otros derechos subjetivos o fundamentales?

A fin de responder las preguntas sobre los límites al ejercicio del derecho a la acción, es necesario realizar previamente una distinción conceptual entre el fenómeno de la litigación abusiva –ejercicio del derecho a la acción rebasando sus límites- y el abuso del procedimiento. Ambos conceptos suelen confundirse, sin embargo, la literatura ha señalado distinciones claras entre ambas figuras.

En efecto, como menciona Tobi Goldoftas, citando el Black's Law Dictionary, “*El abuso del proceso es el agravio que se dice que existe cuando un individuo obtiene una ventaja en un litigio sobre su oponente a través del uso malicioso e infundado de algún proceso o procedimiento legal regular.*”<sup>42</sup> El abuso del proceso se relaciona entonces con el uso malicioso o infundado del procedimiento mismo, por ejemplo, el uso con fines ilícitos de los incidentes o de las medidas precautorias.

Por su parte, como ya adelantamos, la figura de la litigación abusiva alude al ejercicio del derecho a la acción sin respetar los límites normales de su ejercicio, causando un daño infundado

---

<sup>41</sup> MUÑOZ ARAGUREN, A. (2008). La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios. Editorial Marcial Pons. 32p.

<sup>42</sup> “*Abuse of process is the tort that is said to exist when an individual obtains an advantage in litigation over his opponent through the malicious and unfounded use of some regular legal process or procedure.*” GOLDOFTAS, T. (1964). Abuse of Process, 13 Clev-Mar. L. R. (1). 1p.

a un tercero que no tiene el deber jurídico de soportarlo.<sup>43</sup> En este caso se ejerce un derecho fundamental - en el derecho angloamericano la libertad de expresión en un sentido amplio y en el derecho continental el derecho a la tutela judicial efectiva- de una manera que el derecho vigente no ampararía. Queda dicho entonces que es este último fenómeno -el de la litigación abusiva- el que esta investigación pretende analizar y no así el de abuso del proceso.

A continuación, se hace referencia a ciertas limitaciones del derecho a la acción, como derecho fundamental y como derecho subjetivo, poniendo especial atención a los criterios de control del derecho común, específicamente, la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil. Este trabajo intentará dilucidar en qué medida estos criterios de control -o límites- son aplicables al derecho a la acción y, en especial, si las reglas de responsabilidad general deben morigerarse enfrente suyo.

### *2.1 Límites del derecho a la acción como derecho fundamental*

La literatura parece estar de acuerdo en que el derecho a la acción, como otros derechos fundamentales, tiene límites y esto porque, de no tenerlos, estaríamos frente una concepción absolutista de estos derechos que no respondería a las exigencias propias de la vida en sociedad.<sup>44</sup> En efecto, tal como menciona Cea, los derechos fundamentales son “*atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos.*”<sup>45</sup>

Advertimos que, si bien no es controvertido afirmar la existencia de límites a los derechos fundamentales, existe gran discusión doctrinal respecto a cuáles son estos límites, cómo funcionan, cómo se clasifican y cómo se aplican.<sup>46</sup> Señalaremos a continuación algunas de las teorías menos controvertidas relativas a la limitación de los derechos fundamentales.

---

<sup>43</sup> MUÑOZ ARAGUREN, A. (2008), Op. Cit, 32p.

<sup>44</sup> TORTORA ARAVENA, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. En: Revista de Estudios Constitucionales, Núm. 2-10. 168p.

<sup>45</sup> CEA EGAÑA, J.L. (2002). Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. 58p.

<sup>46</sup> DURAN RIBERO, W. (2002). La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. En: Ius et praxis, Núm. 8-2, junio 2002. 6p.

Ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional que, como punto de partida, los derechos fundamentales se ven limitados directamente por la misma Constitución Política que los consagra, tanto al determinar su contenido y alcance como al contemplar otras normas relativas al ejercicio de dichos derechos.<sup>47</sup>

Así lo reconoció tempranamente el Tribunal Constitucional. En efecto, en sentencia de octubre de 1998, estableció: *“Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental;”*<sup>48</sup>

Los derechos fundamentales también se pueden ver limitados indirectamente por leyes a las que el constituyente confió esta tarea.<sup>49</sup> En el caso del derecho fundamental a la acción, leyes como el Código de Procedimiento Civil<sup>50</sup> y la Ley sobre Comparecencia en Juicio,<sup>51</sup> cumplen este rol de limitar indirectamente su ejercicio al establecer las formalidades y requisitos que debe cumplir el particular al ejercerlo.

Los derechos fundamentales también se ven limitados de forma indirecta en aquellos casos en que existe confluencia de derechos, es decir, cuando dos o más derechos fundamentales son aplicables a un caso concreto y se crea una tensión entre ellos que los hace inaplicables simultáneamente.<sup>52</sup>

En relación a esta última forma de limitar indirectamente los derechos fundamentales, Alexy plantea que estos derechos deben ser equilibrados entre sí -y con otros derechos- mediante la ponderación.<sup>53</sup> Según la teoría de este autor, los derechos fundamentales son principios que

---

<sup>47</sup> HESSE, K. (2001). Manual de Derecho Constitucional. Editorial Marcial Pons. 109p.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 1998, Rol N° 280, c. 29.

<sup>49</sup> HESSE, K. (2001), Op. Cit, 109p.

<sup>50</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Ley 1.552: Código de Procedimiento Civil, agosto 1902.

<sup>51</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 1982. Ley 18.120: Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales, mayo 1982.

<sup>52</sup> RIBERA NEUMANN, T. (2011). Estudios sobre Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. 252p.

<sup>53</sup> ALEXY, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 89-112p.

funcionan como mandatos de optimización y no como determinaciones, es decir, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas de cada circunstancia.<sup>54</sup> En el campo de las posibilidades jurídicas los derechos fundamentales -o, principios- confluyen con otros principios. En palabras del propio Alexy:

*“Los principios en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto.”<sup>55</sup>*

En este entendido, el derecho a la acción como derecho fundamental, podría encontrar limitaciones en un caso concreto por razones de proporcionalidad, idoneidad y necesidad al confluir con otro derecho fundamental.

Por último, los derechos fundamentales de un individuo se encuentran limitados por el respeto a los derechos fundamentales de las demás personas.<sup>56</sup> Comenzamos este apartado afirmando que una concepción absolutista de los derechos fundamentales no respondería a las exigencias propias de la vida en sociedad y, en consecuencia, se hace necesario y procedente limitarlos. Lo anterior, se hace evidente al establecer que los derechos fundamentales de un sujeto se ven limitados por los derechos fundamentales de otro. El absolutismo de las garantías constitucionales no es viable en la vida en sociedad.

En nuestro ordenamiento, los derechos fundamentales están consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental el que, antes de individualizar cada derecho, establece *“La constitución*

---

<sup>54</sup> ALEXY, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En: Revista Doxa Nº 5, Universidad de Alicante: Área de Filosofía del Derecho. 143p.

<sup>55</sup> *Ibíd*, 147p.

<sup>56</sup> TORTORA ARAVENA, H. (2010), *Op. Cit*, 174p.

*asegura a todas las personas:*”. Si los derechos fundamentales están asegurados por la Constitución a todas las personas, es evidente que su ejercicio debe limitarse a no dañar los derechos de los demás. Así también lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 32.2 y dispone: “*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*”

A la luz de lo anterior, podemos pacíficamente afirmar que el derecho a la acción como derecho fundamental no es un derecho absoluto, por el contrario, está sujeto a distintos límites que controlan su ejercicio. Reconociendo estas limitaciones al derecho a la acción como derecho fundamental queda preguntarnos ¿existen limitaciones al ejercicio de este derecho como derecho subjetivo?.

## *2.2 Límites del derecho a la acción como derecho subjetivo*

En el derecho común, encontramos distintos criterios para controlar el ejercicio de los derechos subjetivos, entre ellos, la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil. Habiendo reconocido que el derecho a la acción es un derecho subjetivo público, cabe preguntarse ¿Es aplicable la teoría del abuso como límite a la litigación? ¿Son aplicables las reglas de responsabilidad extracontractual al ejercicio del derecho a la acción?

En este punto se hace necesario hacer una aclaración conceptual respecto a la decisión tomada en este trabajo de tratar al abuso del derecho y a las reglas de responsabilidad como criterios distintos de limitación a los derechos subjetivos, ya que ambas figuras suelen ser usadas de forma indistinta por parte de la doctrina o suelen confundirse.

Al afirmar, que la teoría del abuso del derecho funciona como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, estamos diciendo, en otras palabras, que el ejercicio de un derecho subjetivo tiene como límite el *abuso*. Así, se hace importante y necesario definir qué entendemos por abuso para poder determinar cual es el límite que estamos imponiendo al ejercicio de los derechos subjetivos.

Dada la dificultad que representa determinar cuando existe abuso en el ejercicio de un derecho, las doctrinas y legislaciones se han dividido y podemos encontrar distintas corrientes de opinión.<sup>57</sup> Entre ellas, hay quienes plantean que el abuso del derecho es un caso de responsabilidad extracontractual y, en ese sentido, habría abuso de un derecho cuando su ejercicio doloso o culpable cause un daño a otros.<sup>58</sup> En otras palabras, según esta corriente, cuando el ejercicio de un derecho constituya a su vez un delito o cuasidelito civil, ese ejercicio debe catalogarse como abusivo. Es, precisamente, la existencia -y fuerza- de esta corriente de opinión la que facilita la confusión entre la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil.

Parece evidente que bajo esta forma de entender el abuso, se hace innecesario tratar la teoría del abuso del derecho como un criterio de limitación diferente a las reglas de responsabilidad civil, ya que la primera significaría la segunda y de esa forma constituirían una sola limitación al ejercicio de los derechos. Sin embargo, junto a esa forma de entender -o definir- el abuso de un derecho existen otras, como las que exigen exclusivamente la concurrencia de dolo -excluyendo la culpa característica de la responsabilidad civil-<sup>59</sup> o las que entienden que ha habido abuso cuando se ha ejercido un derecho desviándose de la finalidad en virtud de la cual este fue otorgado al particular por el ordenamiento<sup>60</sup> o contrariando la buena fe y las buenas costumbres.

Nuestra legislación no recoge expresamente la teoría del abuso del derecho por lo que no podemos encontrar en ella una respuesta sobre qué debemos entender, en nuestro país, por ejercicio abusivo. Se hace necesario entonces atender a lo que han dicho los tribunales superiores de justicia sobre el tema. Si bien, en ocasiones la Corte Suprema ha asimilado el abuso del derecho con la comisión de delitos o cuasidelitos civiles -responsabilidad civil-,<sup>61</sup> en otras, ha aplicado un concepto más amplio de abuso que no se limita a las hipótesis de negligencia y dolo propias de las reglas del régimen general de responsabilidad.

---

<sup>57</sup> ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Las Obligaciones, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 228p.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 229p.

<sup>60</sup> FIGUEROA YAÑEZ, G. (2010). Curso de Derecho Civil, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 206p.

<sup>61</sup> Véase a modo de ejemplo: Sentencia de Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004, Rol N° 228-2003; Sentencia de Corte Suprema, 4 de abril de 2011, Rol N° 7270-2009.

Al efecto, en sentencia de fecha 11 de octubre de 2016 que resuelve un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema -expresándose respecto a cuando se da por configurada una hipótesis de abuso de derecho- indicó:

*“Finalmente cabe señalar que este abuso del derecho, como antes se ha acotado, 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 relación a las consecuencias normales de su ejercicio.”*<sup>62</sup>

Así también, la Corte de Apelaciones de Santiago tempranamente reconoció un amplio ámbito de aplicación a la teoría del abuso del derecho que no solo se limita a las hipótesis de responsabilidad civil (dolo y negligencia), y estableció:

*“Cualquiera sea el ámbito de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimas, intención del agente en perjudicar o con desvío de los fines de la institución para los que fue concebida o incluso aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar perjuicio a su contraparte o cocontratante. Esta intención de perjudicar no solo debe manifestarse como es lógico cuando se actúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual, sino también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido”*<sup>63</sup>

Por consiguiente, y teniendo en cuenta la existencia de diferentes corrientes respecto a la definición de abuso y la jurisprudencia citada, no parece del todo pacífico afirmar que la teoría

---

<sup>62</sup> Sentencia de Corte Suprema, 11 de Octubre de 2016, Rol N° 16535-2015.

<sup>63</sup> Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 1992, Rol N° 1330-1990, c4.

del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil son un mismo criterio de limitación al ejercicio de los derechos subjetivos.

Señala Barros que *“Cuando el ejercicio del derecho resulta abusivo, usualmente será también culpable o doloso en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros.”*<sup>64</sup> Llamamos especialmente la atención del lector respecto al uso de la palabra “usualmente”. Esta sugiere la posibilidad de que el ejercicio abusivo no siempre sea, a la vez, un ejercicio culpable o doloso que provoque daños a terceros. De hecho, tal y como reconocen la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago en las sentencias antes citadas, el abuso puede darse también en casos que el derecho se use de forma extravagante o excesiva, contrariando la moral o las buenas costumbres o desviándose de los fines de la institución o de aquellos para los cuales fue conferido, todas figuras distintas a la negligencia y al dolo exigidos para la configuración de responsabilidad civil.

Dado lo anterior, para los efectos de este trabajo, se considera que la teoría del abuso del derecho es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos distinto de las reglas de responsabilidad civil y, en consecuencia, a continuación se analizan por separado.

### *2.2.1 Teoría del abuso del derecho*

La figura del abuso del derecho surge, a mediados del siglo XIX, como respuesta jurisprudencial y doctrinal a dos rasgos jurídico-culturales consagrados históricamente por el Código Napoleónico: el formalismo legal y el absolutismo de los derechos.<sup>65</sup>

El problema de una legislación que se piensa a sí misma como contenedora de la solución de todos los casos posibles y que, además, consagra una mirada absolutista de ciertos derechos es que, irónicamente, se queda sin respuesta para ciertos escenarios. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando, en situaciones no previstas por el legislador, el ejercicio ilimitado de un derecho atenta contra los principios que fundamentaron su otorgamiento?

---

<sup>64</sup> BARROS BOURIE, E. (2010). Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. 648p.

<sup>65</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M; RUIZ MANERO, J. (2000). Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Editorial Trotta. 33- 35p.

Fue la jurisprudencia francesa, la que intentó responder esta pregunta, esbozando las primeras líneas de la teoría del abuso del derecho.<sup>66</sup> En mayo de 1855 la Corte de Colmar estableció que el ejercicio del derecho de propiedad “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”<sup>67</sup> estableciendo así un nuevo límite al ejercicio de tal derecho. Otra sentencia destacada como una de las primeras manifestaciones de la figura del abuso del derecho, es la sentencia de la Corte de Amiens de febrero de 1913. En esta se establece que no se puede ejercer un derecho “para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador”<sup>68</sup>. Comienza así, doctrinal y jurisprudencialmente, a consolidarse la teoría del abuso del derecho como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos que el ordenamiento otorga al particular.

La figura del abuso del derecho, en términos generales, consiste en el ejercicio ilícito de un derecho, contrariando las exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe.<sup>69</sup> Afirmar que el ejercicio de un derecho se torna ilícito si este contraría la buena fe y las exigencias mínimas de sociabilidad, es establecer un criterio de control para el ejercicio de los derechos subjetivos. Es establecer que, la buena fe y las exigencias mínimas de sociabilidad, son límites al ejercicio de los derechos subjetivos. Es inherente al ejercicio de los derechos el proceder de buena fe, de lo contrario el ejercicio se aparta del contenido del derecho mismo y, en ese sentido, la teoría del abuso del derecho, funciona como un límite interno al ejercicio de los derechos subjetivos, es decir, “*como un límite inherente al derecho mismo y a la forma en que debe ejercerse.*”<sup>70</sup>

Si bien, como ya adelantamos, nuestra legislación positiva no recoge expresamente esta teoría, sí condena el ejercicio abusivo de ciertos derechos, reconociendo así, implícitamente, la existencia y aplicación de la teoría del abuso del derecho en nuestro ordenamiento.

Ejemplo de lo anterior son los artículos 2110, 2111 y 2112 del Código Civil que regulan la renuncia intempestiva o de mala fe de los socios a la sociedad y el artículo 280 del Código de

---

<sup>66</sup> ORREGO ACUÑA, J. (2013). [en línea] Del abuso de los derechos. <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>> [consulta: 29 de mayo 2019]

<sup>67</sup> MUÑOZ ARAGUREN, A. (2008). Op Cit, 26p.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> BARROS BOURIE, E. (2010). Op Cit, 626p.

<sup>70</sup> DUCCI CLARO, C. (2010). Derecho Civil, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. 225p.

Procedimiento Civil sobre las medidas prejudiciales. Cabe agregar, que nuestra jurisprudencia ha aceptado la aplicación de la teoría del abuso del derecho como límite para el ejercicio de los derechos subjetivos, aún en situaciones no reguladas expresamente por el legislador.<sup>71</sup>

En palabras de Orrego Acuña *“Se ha concluido que todos los derechos, cualesquiera que sean sus fuentes, reales o personales, patrimoniales o de familia, y aún las garantías constitucionales, son susceptibles de un ejercicio abusivo”*.<sup>72</sup> En ese entendido, el derecho a la acción es, sin duda, un derecho que puede ser abusado, al ejercerse contrariando las exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe, por tanto, se trata de un derecho cuyo ejercicio debiera ser limitado en virtud de la teoría del abuso del derecho.

### 2.2.2 Reglas de responsabilidad civil

Las reglas de responsabilidad civil también funcionan como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos y, por tanto, al ejercicio del derecho a la acción. A diferencia de la teoría del abuso del derecho, las reglas de responsabilidad civil funcionan como límites externos al ejercicio de los derechos subjetivos. Esto es, como limitaciones que aparecen en el momento en que los derechos se ponen en acción y que buscan encauzar el ejercicio de estos.<sup>73</sup>

El artículo 2329 del Código Civil dispone: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”* De ahí que, podemos afirmar que si el ejercicio de un derecho subjetivo, ya sea por culpa o malicia, produce daños a terceros, el particular deberá responder por estos daños, por aplicación del régimen general de responsabilidad establecido en el artículo recién mencionado.

Si bien, como reconoce la doctrina y como se desprende de la norma recién citada, la finalidad y función principal de las reglas de responsabilidad es la reparación del daño causado dolosa o

---

<sup>71</sup> ABELIUK MANASEVICH, R. (2009), Op Cit, 229p. Véase a modo de ejemplo: Sentencia de Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004, Ro N° 228-2003; Sentencia de Corte Suprema, 4 de abril de 2011, Rol N° 7270-2009; Sentencia de Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol N° 16535-2015.

<sup>72</sup> ORREGO ACUÑA, J. (2013). Op. Cit.

<sup>73</sup> DUCCI CLARO, C. (2010), Op. Cit, 225p.

negligentemente a otro,<sup>74</sup> no se puede negar que estas reglas de manera casi inevitable cumplen también la función de limitar el ejercicio de los derechos. En efecto, el ordenamiento, al crear en el particular la obligación de reparar el daño que su conducta dolosa o negligente causa en otro, está limitando el ejercicio de los derechos de los particulares a un ejercicio diligente, de buena fe y que no cause daños a terceros, de lo contrario, debe responder. Tal como señala Alessandri:

*“El problema de la responsabilidad civil, cuya importancia es, pues, enorme, consiste en procurar que todo daño inferido a la persona o propiedad de otro sea reparado, es decir, en determinar quién debe soportar ese daño, si la víctima o su autor, y en fijar, por lo mismo, los límites en que cada individuo puede ejercer impunemente su actividad.”<sup>75</sup>*

El dolo y la negligencia se configuran así como límites que el particular debe respetar en el ejercicio de sus derechos. Estos conceptos permiten conocer hasta qué punto el ordenamiento considera lícitas las conductas individuales y el ejercicio de los derechos subjetivos. Dicho con palabras de Corral: *“El sistema de responsabilidad civil extracontractual, en la medida en que se explicita y se concreta mediante criterios legales y jurisprudenciales, sirve a los particulares para conocer la esfera de libertad que el ordenamiento les reconoce.”<sup>76</sup>*

El derecho a la acción como derecho subjetivo no escapa de la aplicación de las reglas de responsabilidad de nuestro ordenamiento. Luego, el ejercicio del derecho a la acción tiene como límite el no causar daños a otros por causa de un ejercicio negligente o doloso.

### 2.3 En resumen...

Comenzamos este capítulo afirmando que la figura de la litigación abusiva -sobre la que trata este trabajo- supone el ejercicio del derecho a la acción sin respetar los límites normales de su

---

<sup>74</sup> CORRAL TALCIANI, H. (2011). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. 65p.

<sup>75</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 21p.

<sup>76</sup> CORRAL TALCIANI, H. (2011), Op. Cit, 66p.

ejercicio<sup>77</sup> y planteamos la pregunta sobre cuáles son estos límites que al rebasarse convierten la litigación en abusiva.

Consideramos que el derecho a la acción tiene limitaciones, tanto como derecho fundamental y como derecho subjetivo.

En el primer escenario, las limitaciones las impone, en primer lugar y de forma directa, la propia constitución al determinar su contenido y alcance y al contener otras normas relativas al ejercicio de dichos derechos. En segundo lugar, y de forma indirecta, el derecho a la acción como derecho fundamental también encuentra límites en las leyes a las que el constituyente dio esta tarea, como por ejemplo aquellas normas procedimentales que regulan su ejercicio. En tercer lugar, el derecho que en este trabajo se analiza también puede verse limitado en casos de confluencia con otros derechos fundamentales y allí, según Alexy, su ejercicio debe ponderarse con los otros derechos en conflicto bajo criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Por último, consideramos que el derecho a la acción como derecho fundamental se ve limitado por el respeto a los derechos fundamentales de las demás personas dado que, una concepción absolutista de los derechos fundamentales no respondería a las exigencias propias de la vida en sociedad.

Por otra parte, respecto a las limitaciones al derecho a la acción como derecho subjetivo, consideramos que son criterios distintos de control, la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil. Estas últimas, limitan de forma externa el ejercicio de los derechos al obligar a los sujetos, so pena de condena de indemnización, a ejercerlos de forma diligente y sin intención de causar daño a terceros.

Terminamos por reconocer que el derecho a la acción como derecho subjetivo no escapa de la aplicación de las reglas de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento. Luego, queda preguntarnos cuál es el estándar de conducta esperado al ejercer dicho derecho y cuáles son las externalidades que el empleo de este estándar podría provocar. Estas son las preguntas que los siguientes capítulos pretenden responder.

---

<sup>77</sup> MUÑOZ ARAGUREN, A. (2008), Op. Cit, 32p.

## CAPÍTULO III:

### APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Mencionamos en el capítulo anterior que el derecho a la acción como derecho subjetivo está sujeto a distintos límites, entre ellos, las reglas de responsabilidad civil. Establecimos también que el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad civil constituye la figura que denominaremos litigación abusiva.

Reconociendo la aplicación de las reglas de responsabilidad civil al ejercicio del derecho a la acción, debemos ahora preguntarnos cuál es el estándar de diligencia que nuestro ordenamiento exige a dicho ejercicio. En otras palabras, ¿bajo que estándar consideraremos que se configura la hipótesis de la litigación abusiva? ¿bajo que estándar el ejercicio del derecho a la acción puede ser considerado fuente de responsabilidad civil?.

Una primera apreciación que debemos hacer a este respecto es que nuestro ordenamiento no regula de forma específica el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad civil, salvo en el caso particular de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal a la que se hará mención más adelante. A falta de norma específica, procede aplicar entonces, el régimen general de responsabilidad que establece nuestro Código Civil y, desde ahí, responder a la pregunta sobre cuál es el estándar de diligencia que nuestro ordenamiento exige a la litigación.

#### *3.1 Responsabilidad civil*

Tal como señala Barcia, podemos definir la responsabilidad civil como “*la asignación del deber de resarcir un daño que impone el Derecho a un sujeto determinado.*”<sup>78</sup> Así, un particular es civilmente responsable cuando está obligado por el ordenamiento jurídico a reparar el daño que su actuar ha causado a otra persona.

Ante esta definición de responsabilidad la pregunta que surge es evidente ¿En qué circunstancias el Derecho hace nacer la obligación de reparar el daño causado? o, dicho de otro modo, ¿Siempre

---

<sup>78</sup> BARCIA LEHMANN, R. (2010). Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo II: De las Fuentes de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. 237p.

que el actuar de un sujeto provoque daño a un tercero el Derecho lo obligará a resarcir los perjuicios?

Parece sensato afirmar que el Derecho no debiera asignar obligaciones de reparar de forma aleatoria o de forma generalizada a todo quien causa un daño a otro. Cotidianamente estamos expuestos a riesgos en los que participan terceros y no siempre existirán razones -al menos no siempre existirán razones jurídicas- para que tal tercero deba responder por el daño que su conducta provocó a otros.

Ilustramos la idea anterior con algunos ejemplos: un niño contrae una enfermedad por contagio de un compañero de curso, una mujer sufre la amputación de su pierna a causa de una infección por falta de cuidados post operatorios, una señora mayor sufre un ataque al corazón por presenciar un fuerte accidente de tránsito, una mujer joven no obtiene un trabajo por existir una persona más calificada para el cargo, un avión se cae por fallas en el motor causando la muerte de quince personas. ¿En todos estos supuestos existe un deber de reparar el daño para aquel que lo causó?

Determinar en qué casos nace para el autor del daño la obligación de repararlo es la tarea que cumplen las reglas de responsabilidad. Tal como señala Barros, *“El derecho de la responsabilidad civil establece los criterios y requisitos para que esos daños puedan ser normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, de modo que se justifique otorgar a la víctima una acción reparatoria.”*<sup>79</sup>

En ese entendido, las reglas de responsabilidad civil permiten identificar los casos en que el Derecho hace nacer la obligación de reparar el daño causado, es decir, las reglas de responsabilidad civil establecen las fuentes de la misma. Así, dentro de la responsabilidad civil encontramos aquella que nace del incumplimiento de una obligación contractual (responsabilidad contractual) y la que nace de la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual).<sup>80</sup> Dicho con palabras de Barros, *“Tanto el incumplimiento del contrato como*

---

<sup>79</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 16p.

<sup>80</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005). Op. Cit, 13p.

*el ilícito no contractual son fuentes de responsabilidad civil: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante.*”<sup>81</sup>

Al analizar el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad debemos advertir que dicho ejercicio no constituye el incumplimiento de una obligación contractual ni el quebrantamiento de una ley, por lo que la única manera de que genere responsabilidad civil es si su ejercicio constituye una hipótesis de delito o cuasidelito civil.

### *3.2 Responsabilidad por delitos y cuasidelitos civiles*

El delito y el cuasidelito civil son dos figuras jurídicas que hacen referencia a un hecho ilícito que causa daño.<sup>82</sup> Se asemejan en que las dos requieren la existencia de un daño para su configuración. Se diferencian en que la primera exige intencionalidad en el actuar de la persona que causa el daño y, a la segunda, le basta con que la conducta dañosa haya sido causa de la negligencia o falta de cuidado de su autor.<sup>83</sup>

Las palabras de Alessandri ilustran lo anterior de forma clara definiendo ambos conceptos al combinar los artículos 1437 y 2284 del Código Civil, *“Delito civil es el hecho ilícito cometido con intención de dañar que ha inferido injuria o daño a otra persona. Cuasidelito civil es el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona.”*<sup>84</sup>

Tanto los delitos como los cuasidelitos civiles generan responsabilidad en caso de que, como efecto de ellos se causaren perjuicios a otro. En ambos escenarios, el particular se verá obligado por el Derecho a reparar el daño causado. En efecto, el artículo 2329 del Código de Andrés Bello dispone: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”*

---

<sup>81</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 19p.

<sup>82</sup> MEZA BARROS, R. (2010). Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones: Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 245p

<sup>83</sup> BARCIA LEHMANN, R. (2010). Op. Cit, 241p.

<sup>84</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005). Op. Cit, 14p.

Podemos afirmar entonces que si el ejercicio del derecho a la acción, ya sea por culpa o malicia, produce daños a terceros, quien ejerció su derecho negligente o maliciosamente debiera responder por estos daños. Ello, por aplicación del régimen general de responsabilidad del Código Civil, ya que como mencionamos con anterioridad, nuestro ordenamiento no regula de forma específica el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad y, por tanto, le es aplicable la regla general del artículo 2329 del Código Civil.

Como contrapartida al deber de reparar el daño que surge para quien lo causó dolosa o negligentemente, nace para quien sufrió el daño el derecho a exigir su reparación por medio de una acción judicial. Citando a Barros, *“La responsabilidad civil puede dar lugar a distintos tipos de acciones. La más generalizada es la que persigue la indemnización en dinero por los perjuicios sufridos.”*<sup>85</sup>

En consecuencia, y siguiendo las reglas del Código Civil, en particular los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329, el perjudicado por la litigación abusiva tendría acción de indemnización de perjuicios en contra del litigante abusivo.

### *3.3 Estándar de diligencia exigido en el régimen de aplicación general*

Comenzamos este capítulo estableciendo -con ayuda de las palabras de Barros -que el derecho de la responsabilidad civil impone criterios y requisitos para poder atribuir normativamente los daños al particular que los ha causado y la consiguiente obligación de repararlos. Desde un trabajo interpretativo de las normas de responsabilidad civil, la doctrina ha definido los requisitos que deben concurrir para configurar una hipótesis de responsabilidad extracontractual. Estos son, capacidad, hecho voluntario, culpa o dolo, daño y causalidad.<sup>86</sup>

Para el objetivo de este trabajo el requisito el que requiere nuestra atención, es la exigencia de culpa o dolo en el actuar del agente que causa el daño. Empleando las palabras de Gonzalo Figueroa *“Este requisito significa que para que surja la responsabilidad delictual o*

---

<sup>85</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 16p.

<sup>86</sup> FIGUEROA YAÑEZ, G. (2012). Op. Cit, 89p.

*cuasidelictual, el hecho voluntario del hombre debe provenir de su culpa o dolo.*<sup>87</sup> En definitiva, ambos conceptos funcionan como criterios de imputabilidad.

En lo que resta de este trabajo se asumirá que, en las hipótesis estudiadas, concurren todos los demás requisitos de la responsabilidad civil para poner la atención solo en la exigencia de dolo o negligencia, es decir, en el criterio de imputabilidad requerido para atribuir responsabilidad civil al autor del daño y, particularmente, en la negligencia o culpa o como estándar de diligencia exigido al actuar de los particulares.

### 3.3.1 Dolo

Respecto al dolo -o malicia- como requisito de responsabilidad, el artículo 44 del Código Civil, en su inciso final, dispone: *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.* La exigencia de intención en el actuar del sujeto supone que el concepto civil de dolo sólo alude a lo que en el derecho penal se conoce como dolo directo de primer grado y no al dolo eventual ni al dolo directo de segundo grado.<sup>88</sup>

En efecto, los penalistas distinguen, pacífica y comúnmente, entre estas tres formas distintas de dolo. La primera de ellas, el dolo directo de primer grado, es equivalente a la definición civil de dolo y exige que el sujeto tenga intención de causar el daño. Por su parte, el dolo directo de segundo grado, abarca las hipótesis en que el autor prevé un resultado (daño) y aún así actúa, sin la intención de causarlo pero sabiendo que se producirá. Por último, el dolo eventual refiere a aquellos casos en que el autor prevé la posibilidad de un resultado (daño) sin certeza y actúa corriendo el riesgo de que se produzca.<sup>89</sup>

Como dijimos, el derecho civil, para calificar una conducta de dolosa, exige al particular haber tenido la intención de que su conducta causará daño -dolo directo de primer grado-,

---

<sup>87</sup> *Ibíd*, 95p.

<sup>88</sup> BARCIA LEHMANN, R. (2010), *Op. Cit*, 251p.

<sup>89</sup> ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito.* Civitas ediciones, S.L. 415p.

excluyéndose así las hipótesis de dolo directo de segundo grado (previsión certera del daño) y de dolo eventual (previsión de una posibilidad de daño).<sup>90</sup>

En relación al ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad -litigación abusiva- y al dolo como criterio de imputabilidad de responsabilidad, consideramos que si una persona ejerce una acción con el propósito de causar daño al demandado, y sin importar el resultado del proceso y provoca el daño que buscaba con el ejercicio de la acción, entonces puede -y debe- ser considerada civilmente responsable de dichos daños en caso de que la parte demandada decida accionar en su contra para obtener la indemnización de los mismos.

### 3.3.2 Culpa

Al hablar de culpa o negligencia como requisito de responsabilidad civil se hace referencia al estándar de diligencia que el ordenamiento exige a los particulares en su actuar. Tal como señala Alessandri, “*Hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse*”<sup>91</sup>. Así pues, para describir una conducta como culpable, no es necesario atender a la subjetividad de su autor -como sí ocurre en el dolo, donde lo que importa es la intención del sujeto- sino que lo relevante es verificar si se ha infringido o no un deber de cuidado, es decir, si la conducta externa del sujeto ha sido la que debía ser según las exigencias del Derecho.<sup>92</sup>

Se hace importante -y necesario- entonces, atender a las distintas especies de culpa que define nuestro Derecho para determinar cuando una persona ha actuado infringiendo tales estándares y, en consecuencia, debe responder de los daños que su actuar culpable ha causado a otro.

El artículo 44 del Código Civil distingue tres especies de culpa o descuido, a saber, la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima y define cada una de ellas.

De acuerdo a la norma, la primera de ellas -la culpa grave- “*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.*” El artículo agrega que esta especie de culpa es equivalente al dolo en

---

<sup>90</sup> GARRIDO MONTT, M. (2005). Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 101-102p.

<sup>91</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005), Op. Cit, 126p.

<sup>92</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 28p.

materias civiles. Como se desprende de la lectura de la norma, la culpa es grave porque el estándar de diligencia exigido es muy bajo.

Por su parte, la culpa o descuido leve, refiere a la falta de diligencia y cuidado que las personas emplean de forma ordinaria en sus propios negocios, según dispone el artículo 44 antes citado. La norma establece que el estándar de diligencia aquí exigido es el que emplea un buen padre - o una buena madre- de familia. Esta especie de culpa corresponde al estándar medio de diligencia, al patrón de conducta que sigue una persona diligente que emplea un cuidado ordinario en su actuar.<sup>93</sup> La culpa es leve porque el estándar de diligencia exigido es medio, ni muy bajo para ser grave ni muy alto para ser levísima como se verá a continuación.

Por último, la culpa levísima es definida por el artículo 44 del Código Civil como *“la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.”* La culpa es levísima porque el estándar de diligencia exigido es demasiado alto.

Atendiendo a esta clasificación tripartita de la culpa que hace la ley, se hace necesario determinar cuál de estas especies de negligencia es la que se exige como requisito de la responsabilidad extracontractual. Dicho de otro modo, considerando que la ley establece tres estándares de diligencia distintos, ¿Cuál de estos es el que debe cumplir el particular para no incurrir en responsabilidad?

Parte de la doctrina afirma que la gradación del artículo 44 del Código Civil sólo refiere a la culpa contractual y que, por tanto, no es aplicable a los delitos y cuasidelitos, los que acarrearían responsabilidad independiente del grado de negligencia en el actuar del sujeto.<sup>94</sup> En esa línea, Alessandri sostiene *“Toda culpa, cualquiera que sea su gravedad, aun la más leve o levísima, impone a su autor la obligación de reparar el daño causado”*.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Ibíd, 80p.

<sup>94</sup> BARCIA LEHMANN, R. (2010), Op. Cit, 252p.

<sup>95</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005), Op. Cit, 143p.

Por otro lado, hay quienes -como Meza Barros y Barros Bourie- razonablemente plantean que la clasificación tripartita sí es aplicable a la responsabilidad extracontractual y que, la culpa requerida para configurar una hipótesis de responsabilidad de este tipo es la culpa leve.<sup>96</sup> Ambos autores acuden a las disposiciones del artículo 44 antes señalado para justificar lo anterior. El inciso tercero de dicha norma establece la culpa leve como estándar general y supletorio en materias de responsabilidad. En efecto, la norma dispone que cuando la ley habla de culpa, descuido o negligencia sin otra clasificación se refiere a la culpa o descuido leve.

Las normas sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual refieren a la culpa sin otra clasificación. El artículo 2284 que define los cuasidelitos habla de “hecho culpable” sin establecer específicamente el tipo de culpa con que debe haberse realizado el hecho. Por su parte, el artículo 2329 impone al particular el deber de reparar el daño que ha causado por “malicia o negligencia”, de nuevo, sin clasificar el tipo de negligencia, culpa o descuido. En conclusión, como señala Meza Barros en línea con Barros Bourie, *“Es forzoso concluir que al hablar el Código de culpa, negligencia o descuido a secas, se ha referido a la culpa leve, puesto que tal es el significado legal del concepto. En suma, la responsabilidad cuasidelictual requiere que el autor incurra en culpa leve.”*<sup>97</sup>

Lo mismo a concluido la Corte Suprema. En efecto, en sentencia de enero de 2016, señaló:

*“Por su parte, el artículo 44 del Código Civil define el dolo -intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro- y la culpa. En cuanto a ésta, y teniendo presente la triple gradación que opera en el ámbito contractual, el mismo artículo previene que la expresión “culpa” o “descuido”, sin otra calificación, significa culpa leve. Esta es entonces la culpa exigida en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Corrobora lo anterior el artículo 2323 del Código Civil, al señalar “o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”. Ello es lógico, porque a las personas no puede exigírseles un celo o diligencia diverso al ordinario o mediano. No es razonable exigir al hombre*

---

<sup>96</sup> MEZA BARROS, R. (2010). Op. Cit, 263p; BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 80p.

<sup>97</sup> MEZA BARROS, R. (2010), Op. Cit, 263p.

*medio que emplee en sus actos una diligencia esmerada o cuidado ejemplar, como la que un hombre juicioso pone en sus negocios importantes.*”<sup>98 99</sup>

Consideramos entonces que la culpa leve es el estándar general que debe cumplirse en cualquier relación jurídica, ya sea contractual o extracontractual, salvo que norma expresa establezca un estándar diferente (culpa grave o culpa levísima).

Así, se podría afirmar que éste es también el estándar de diligencia exigido para el ejercicio del derecho a la acción en nuestro país, ya que a falta de norma específica sobre la materia, procede la aplicación del régimen general, cuyo estándar es la culpa leve. Sin embargo, al inicio de este capítulo mencionamos el caso particular de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal y su regulación sobre el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad. Antes de afirmar con absoluta certeza que la culpa leve es el estándar de diligencia que exige nuestro ordenamiento a la litigación en general, se hace necesario analizar el caso especial de la Ley de Competencia Desleal.

#### *3.4 Caso especial Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal*

A diferencia de lo que ocurre en el derecho común, en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal el legislador hace mención expresa al ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad civil en materias de competencia.

El artículo 3 de la respectiva ley define los actos de competencia desleal como *toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*. En el siguiente artículo, la ley, sin intenciones de entregar un enumeración taxativa, lista actos particulares que se consideran como actos de competencia desleal y, en la letra g) establece: *El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado*.

---

<sup>98</sup> Sentencia de Corte Suprema, 20 de Enero de 2016, Rol N° 1958-2015, c. 3.

<sup>99</sup> Véase también: Sentencia de Corte Suprema, 13 de Julio de 2015, Rol N° 26201-2014, c. 3.; Sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de Noviembre de 2017, Rol N° 729-2017.

La misma ley, en su artículo 5 letra d), señala como una de las acciones que se puede ejercer en contra de los actos de competencia desleal, la acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto. La norma expresamente sujeta dicha acción a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, es decir, al régimen general de los delitos y cuasidelitos civiles. Se concluye lógicamente entonces que quién ejerce abusivamente una acción judicial buscando entorpecer las operaciones de un agente del mercado puede ser hecho civilmente responsable de tal acto, en virtud de las normas de la Ley de Competencia Desleal.

No surge problema alguno con la consagración expresa de la responsabilidad civil por litigación abusiva en materia de competencia desleal, el problema está en que la Ley N° 20.169 nada dice sobre el estándar de diligencia exigido para la realización de esta conducta.

En efecto, por una parte el artículo 4 letra g) antes citado, usa la expresión “ejercicio manifiestamente abusivo” y como ya señalamos, existen distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a que constituye abuso en nuestro derecho y ninguna definición legislativa. Por otra parte, la derivación que hace el artículo 5 de la ley a las normas generales de responsabilidad reduce las opciones a las hipótesis de dolo y/o negligencia, sin optar necesariamente por una de ellas. Esta omisión del legislador ha tenido como consecuencia que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existan posturas diversas y contradictorias, tal como se verá a continuación.

En la doctrina nacional, hay autores como el profesor Mauricio Tapia, que basándose en la definición de acto de competencia desleal que entrega la misma ley, afirman que a tales actos se les debe exigir el estándar de diligencia del derecho común, la culpa leve y no es necesaria la exigencia de dolo. En palabras de Tapia, “*es posible señalar categóricamente que la definición de acto de competencia desleal no exige en forma expresa una conducta dolosa.*”<sup>100</sup> Así también ha fallado recientemente nuestra Corte Suprema y al efecto, en sentencia de noviembre de 2016 señaló:

---

<sup>100</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, M. (2017). Competencia Desleal por culpa. [en línea]. En: Revista Chilena de Derecho Privado N° 29 diciembre 2017. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722017000200165](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000200165) [consulta: 4 de junio 2019].

*“Es menester precisar que el objetivo del artículo 3° de la ley, al referirse al dolo, no apunta a tener que acreditar elementos subjetivos, sino que, como la doctrina ha concluido, basta que se hayan violado las normas objetivas de conducta que establece la ley en su artículo 3°, ya que de tener que probarse el dolo o la culpa del infractor, no se daría la protección debida a los intereses de los consumidores y del mercado.”<sup>101</sup>*

Por otro lado, hay quienes, como el profesor Cristián Banfi, argumentan que la aplicación de la Ley N° 20.169 no procedería sólo frente a acciones meramente negligentes, sino que, además, se requiere que haya dolo en la realización del acto de competencia desleal.<sup>102</sup> También existe jurisprudencia nacional respecto a esta interpretación de las normas de competencia desleal. En efecto, en abril de 2015, la Corte de Apelaciones de Concepción estableció:

*“La conducta que se pretende ilícita requiere, por texto legal expreso, la utilización de un medio ilegítimo para la realización de dicho fin, debiendo en consecuencia analizarse en el proceso, tanto la intención de desviación de clientela a que alude la norma legal, como el vehículo utilizado para su materialización. El propósito del acto de competencia desleal es desviar ilícitamente la clientela de terceros. Se trata de un acto deliberado, conducente a desviar clientela y, por esto, revestido del carácter de mala fe o dolo.”<sup>103</sup>*

Como vemos, las normas de competencia desleal, únicas normas de nuestro ordenamiento que regulan específicamente el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad civil, no nos entregan luces sobre el estándar de diligencia exigido a este derecho. Más aún, consideramos que aunque lo hicieran, establecerían un estándar únicamente exigido al ejercicio de este derecho en materia de competencia desleal y no al ejercicio general de tal derecho, ya que por razones de especialidad sería discutible la aplicación de una norma particular creada por el legislador para una determinada materia a la totalidad de los casos. En el fondo, las

---

<sup>101</sup> Sentencia de Corte Suprema, 21 de Noviembre de 2016, Rol N° 15897-2015, c. 7. Véase también: Sentencia de Corte Suprema, 25 de Noviembre de 2015, Rol N° 23680-2014, c. 4.

<sup>102</sup> BANFI DEL RÍO, C. (2013). Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio de derecho chileno y comparado. Editorial Thomson Reuters. 213p.

<sup>103</sup> Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de Abril de 2015, Rol N° 547-2014.

disposiciones de la Ley de Competencia Desleal no constituyen nuevos límites al ejercicio del derecho a litigar, toda vez que estas se remiten a un criterio de limitación ya existente: las reglas generales de responsabilidad civil.

#### *3.4.1 Derecho Norteamericano*

En el derecho norteamericano, como en el nuestro, el ejercicio del derecho a la acción se encuentra limitado por las normas de competencia. Sin embargo, la justificación y significación de tal límite es notoriamente distinta en ambas legislaciones. Lo que para nosotros es una regla general, para los estadounidenses es una excepción.

Como mencionamos, en nuestro Derecho las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal no trazan nuevos límites al ejercicio del derecho a la acción ya que, al remitirse a las reglas generales de responsabilidad civil, aplican un límite -general- ya existente.

Las reglas de responsabilidad extracontractual, como se explicó con anterioridad, funcionan como límites externos al ejercicio de los derechos de los particulares, incluyendo el ejercicio del derecho a la acción. Luego, la litigación tiene como límite el no causar daños a otros por causa de un ejercicio negligente o doloso. Las normas de la Ley de Competencia Desleal -específicamente sus artículos 3, 4 y 5- son las únicas normas de nuestro ordenamiento que regulan específicamente el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad civil remitiéndose a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. La aplicación de estas normas generales al ejercicio del derecho a la acción en materia de competencia no es más que una opción del legislador de hacer explícito aquel límite que el Código Civil ya imponía a la litigación -toda, incluyendo entonces la litigación en materia de competencia-.

En Estados Unidos el escenario es distinto. En el derecho norteamericano, el derecho a la acción se deriva del derecho de petición incluido en la primera enmienda que protege el derecho a la libertad de expresión sin interferencia del gobierno<sup>104</sup> y de esta forma, se requiere de fuertes razones para limitarlo.

---

<sup>104</sup> Cornell Law School. Legal Information Institute. La primera Enmienda. [en línea] [https://www.law.cornell.edu/wex/es/la\\_primera\\_enmienda](https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda) [consulta: 6 de noviembre 2019]

En materia de competencia, regulada en Estados Unidos en las disposiciones de la *Sherman Act*, el Tribunal Supremo ha declarado la inmunidad *antitrust* del ejercicio del derecho a la acción por medio de la doctrina Noerr-Pennington, la que debe su nombre a los dos casos en que el Tribunal se pronunció por vez primera al respecto.<sup>105</sup>

En 1961, en el caso *Earstern Railroad Presidents Conference c. Noerr Motor Freight Inc.*, la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunció, por primera vez, respecto al derecho de petición derivado de la primera enmienda y su relación con las leyes de competencia -*Sherman Act*-.<sup>106</sup> La Corte decidió no condenar -bajo la normativa *antitrust*- a un grupo de empresas ferroviarias que, por medio de una campaña publicitaria, influenciaron una decisión del gobernador del Estado de Pennsylvania que les otorgó ventaja competitiva.<sup>107</sup> Como señala Veiga Torregrosa, el Tribunal Supremo en un falla unánime, estableció, entre otras cosas, que:

*“Sostener la aplicación de las normas de defensa de la competencia en estos casos, supondría reconocer que éstas no se limitan a regular la actividad comercial de las empresas, sino también su actividad política, pudiendo quedar así cuestionado el principio de representación democrática y, por consiguiente, la necesidad de que los poderes públicos escuchen las peticiones de los particulares; y que, en última instancia, las acciones de los particulares dirigidas a influir a los poderes públicos para que adopten medidas determinadas, representan una actividad protegida por el derecho constitucional de petición, cuyo ejercicio está garantizado en la Primera Enmienda, no pudiendo imputar al Congreso, a la ligera, su intención de invadir los derechos y libertades constitucionales mediante la aplicación de la legislación antitrust.”*<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> VEIGA TORREGROSA, A. (2009). El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Julio/Agosto 2009 N°10. 13p.

<sup>106</sup> FISCHER, D. R. (1977). Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine. En: 45 University of Chicago Law Review 80. 82p.

<sup>107</sup> VEIGA TORREGROSA, A. (2009), Op. Cit, 13p.

<sup>108</sup> *Ibíd*, 14p.

Esta primera formulación de la inmunidad *antitrust* del derecho de petición por la Corte Suprema estadounidense se desarrolla y amplía en 1965, con el caso *United Mine Workers c. Pennington*. Si bien, en Noerr la Corte sostuvo que los intentos de los particulares de influenciar la aprobación o aplicación de las leyes eran materias exentas de la aplicación de la normativa de competencia, sugiriendo que es la faceta política del derecho de petición la que tiene inmunidad *antitrust*, en Pennington el criterio se amplía.<sup>109</sup> En el fallo, la Corte Suprema sostuvo que la doctrina formulada en Noerr no se limita a declarar la inmunidad *antitrust* a las peticiones de los particulares dirigidas a los poderes legislativo y ejecutivo, sino que, además, esta inmunidad aplica a las peticiones dirigidas a las agencias públicas que administran o implementan políticas concretas.

La doctrina Noerr-Pennington se termina de ampliar y completar en 1972 con el caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*. En este fallo, la Corte Suprema extiende la inmunidad de Noerr -ya extendida en Pennington- al ejercicio de acciones ante órganos administrativos y jurisdiccionales, justificando la decisión en la protección constitucional del derecho de petición derivado directamente de la primera enmienda -libertad de expresión-.<sup>110</sup>

Hasta aquí, el escenario es completamente distinto al chileno y el ejercicio del derecho a la acción no se encuentra limitado por las normas de competencia. La doctrina Noerr-Pennington indica que el derecho de petición, que se sigue de la primera enmienda, y que fundamenta entre otros el derecho a la acción, prima sobre la legislación antimonopolios (Sherman Act). El principio general que sintetiza esta doctrina es que las acciones unilaterales o concertadas destinadas a influir en las decisiones de los poderes públicos (v.gr., legislativo, ejecutivo o judicial) no pueden constituir un ilícito sancionado por la legislación *antitrust*, aún cuando estas acciones tengan por objeto o efecto restringir la competencia o perjudicar o interferir en las actividades comerciales de los competidores.

Sin embargo, el fallo de *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, no se limitó a extender la inmunidad Noerr, sino que también crea y aplica una excepción a tal inmunidad, la

---

<sup>109</sup> FISCHER, D. R. (1977), Op. Cit, 85p.

<sup>110</sup> *Ibíd*, 86p.

llamada *sham litigation*.<sup>111</sup> En la sentencia la Corte Suprema distingue entre el ejercicio del derecho de petición ante órganos políticos y el ejercicio del mismo ante órganos resolutorios o jurisdiccionales y establece que, en este segundo escenario, el ejercicio fraudulento del derecho de petición *-sham litigation-* no es sujeto a la inmunidad *antitrust* de la doctrina Noerr-Pennington.

En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en Estados Unidos, el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar *-sham litigation-* se configura como una excepción a la doctrina Noerr-Pennington que predica la inmunidad *antitrust* derivada de la primera enmienda. Como dijimos al inicio de ese apartado, lo que para nosotros es una regla general, para los estadounidenses es una excepción.

### 3.5 En resumen...

La inexistencia de norma específica sobre el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad se traduce en la aplicación de las normas del régimen general de responsabilidad civil como criterio de control al ejercicio de este derecho, lo que supone que tal ejercicio debe limitarse a no causar daño a otro de forma intencional o negligente.

Mencionamos que el dolo, tal como lo define el Código Civil, consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro y en ese sentido, quien ejerce su derecho a la acción con el propósito de causar daño al demandado, sin importar el resultado del proceso, provoca el daño que buscaba con el ejercicio de la acción, entonces puede -y debe- ser considerada civilmente responsable de dichos daños.

En relación a la culpa como criterio de imputabilidad de responsabilidad civil señalamos con apoyo normativo, doctrinal y jurisprudencial que, la culpa leve es el estándar general que debe cumplirse en cualquier relación jurídica, ya sea contractual o extracontractual, salvo que norma expresa establezca un estándar diferente (culpa grave o culpa levísima). En consecuencia, éste es también el estándar de diligencia exigido para el ejercicio del derecho a la acción en nuestro país.

---

<sup>111</sup> VEIGA TORREGROSA, A. (2009), Op. Cit, 16p.

Hicimos referencia a la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal y a su regulación sobre el ejercicio del derecho a la acción como fuente de responsabilidad -litigación abusiva- por ser la única norma de nuestro ordenamiento que refiere específicamente a esta materia. Sin embargo, y como señalamos, la referida ley no se hace cargo de establecer expresamente el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción y, en cambio, sujeta la acción de indemnización por actos de competencia desleal a las normas del régimen general de responsabilidad civil del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Comparamos esta realidad con la del derecho norteamericano donde el ejercicio anticompetitivo de acciones judiciales no está regulado bajo reglas generales, sino como excepción a la doctrina Noerr-Pennington que establece la inmunidad *antitrust* del derecho a la acción como derivado del derecho de petición protegido por la primera enmienda.

En conclusión, dado que las únicas disposiciones de nuestro ordenamiento que refieren a la litigación abusiva no establecen de forma expresa un estándar de diligencia distinto a la culpa leve, y aunque lo hicieran quedaría por resolver si tales normas serían aplicables a todos los casos o solo a los que la ley de competencia desleal contempla por principio de especialidad, consideramos que el estándar de diligencia al que está sometido la litigación en nuestro país no es otro que el estándar medio de la culpa leve.

## CAPÍTULO IV:

### ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EXIGIDO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN

El escenario que hemos descrito hasta aquí es el siguiente. El derecho a la acción es un derecho subjetivo público consagrado constitucionalmente que se encuentra limitado por las reglas de responsabilidad civil; dado que en nuestro ordenamiento no existe norma específica que regule la litigación como fuente de responsabilidad, salvo el caso de la Ley de Competencia Desleal, debe aplicarse el régimen general que fija la culpa leve como estándar de diligencia debida; como se explicó la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, también nos lleva a la culpa leve como estándar de diligencia exigido a la litigación. Por tanto, podemos afirmar con certeza que el estándar de diligencia exigido en nuestro país al ejercicio del derecho a la acción, es único y general -no distingue entre acciones- y es, la culpa leve.

Ante este escenario normativo, resulta necesario exponer a continuación algunas razones por las cuales es adecuado, sensato e incluso necesario, disminuir el nivel de diligencia esperado una vez que se decida aplicar las reglas de responsabilidad por daños al ejercicio del derecho a la acción. En efecto, tal como señala Barros Bourie, *“Todo indica que habiendo bienes institucionales en juego (como son el derecho a la acción y el interés por la observancia del derecho), el estándar de cuidado no puede ser excesivamente exigente.”*<sup>112</sup>

Si bien, los argumentos para disminuir el nivel de diligencia se presentan como una cadena de razones en la que como consecuencia de la primera se explican las demás, para efectos de orden las analizaremos por separado sin perder de vista su inevitable complementariedad, haciendo una distinción entre la situación de los particulares litigantes y los abogados/as litigantes.

En este punto se hace necesaria una aclaración conceptual. Entendemos por litigante, según la definición de la Real Academia Española, aquel que disputa en juicio sobre algo.<sup>113</sup> Usaremos este concepto entonces para referirnos a los particulares que acuden al sistema judicial para resolver sus conflictos, a quienes ejercen su derecho a la acción y, los distinguiremos de los

---

<sup>112</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 645p.

<sup>113</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] <<https://dle.rae.es/?id=NRMccm1>> [consulta: 7 de noviembre 2019].

abogados/as litigantes que son quienes patrocinan la causa del particular. Explicaremos, desde la situación de cada uno de ellos, las razones que existen para disminuir el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción en nuestro país, de culpa leve a culpa grave.

#### *4.1 Razones para disminuir el nivel de diligencia exigido a la litigación desde la situación del litigante*

Respecto a la situación de los particulares, las razones para disminuir el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción se pueden resumir en las siguientes tres premisas:

**1º:** Las normas de responsabilidad civil funcionan como desincentivos a conductas negligentes y dolosas que causen daño.

**2º:** Mientras más alto el estándar de diligencia exigido a una conducta mayor el desincentivo para su realización.

**3º:** Mientras mayor el desincentivo a ejercer el derecho a la acción mayor la probabilidad de desjudicializar la resolución de conflictos

Como adelantamos, los argumentos para disminuir el nivel de diligencia exigido a la litigación se presentan como una cadena de razones en la que como consecuencia de la primera se explican las demás. Para efectos de orden -y para facilitar su entendimiento-, a continuación se desarrollan por separado cada una de estas premisas sin perder de vista su inevitable complementariedad.

##### *4.1.1 Normas de responsabilidad como desincentivos*

En nuestro derecho, el sistema de responsabilidad civil tiene como estatuto general y supletorio el modelo de responsabilidad por culpa lo que significa que *“la atribución de responsabilidad se funda en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, realizado con infracción a un deber de cuidado.”*<sup>114</sup>

Tal como señala Barros Bourie, este modelo de atribución de responsabilidad civil nos permite juzgar la relación existente entre el sujeto que ocasiona el daño y el que lo sufre, desde una

---

<sup>114</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 27-28p.

perspectiva de justicia correctiva.<sup>115</sup> La idea de justicia correctiva, cuyos orígenes encontramos en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles,<sup>116</sup> busca que se restablezca un equilibrio que ha sido quebrantado, persigue restaurar la igualdad que, en los casos de responsabilidad delictual y cuasidelictual, se ha roto por la ocurrencia del hecho ilícito, sin consideración a factores sociales externos.<sup>117</sup> ¿Cómo se restablece la igualdad que el ilícito ha quebrantado? Reparando el daño injustamente causado. Las reglas de responsabilidad civil imponen este deber de reparar al autor de la conducta dolosa o negligente que ha provocado el daño.

Considerando lo anterior, resulta lógico advertir que las reglas de responsabilidad civil tienen como finalidad el restablecimiento de aquella igualdad que el hecho culpable o doloso ha quebrantado. Como lo hace notar Corral Talciani, *“La responsabilidad civil extracontractual apunta ciertamente a un gran y fundamental fin: reparar el daño causado, dejar a la víctima indemne.”*<sup>118</sup>

Si bien, la reparación del daño causado a la víctima es el fin evidente de la responsabilidad civil, no se puede desconocer que estas reglas cumplen a la vez otras funciones y logran, indirectamente, otros fines o resultados.<sup>119</sup>

El derecho de la responsabilidad civil, a través de sus reglas, impone costos a la actividad de las personas -que se expresan en el deber de indemnizar el daño causado-<sup>120</sup> y así, impone a su vez, incentivos o desincentivos para que el particular dirija sus conductas de una manera u otra. En ese entendido, las reglas que obligan a indemnizar los daños causados por conductas negligentes o dolosas, funcionan también como estímulos para los particulares, estímulos que los inducen a actuar de manera diligente y sin intención de dañar, so pena de ser obligados a indemnizar los daños que su actuar doloso o negligente cause en otro.<sup>121</sup>

---

<sup>115</sup> *Ibíd*, 29p.

<sup>116</sup> ARISTÓTELES. (1993) *Ética a Nicómaco* (traducción Julio Pallí). Editorial Gredos. Libro V 4 (1132 a).

<sup>117</sup> BARROS BOURIE, E. (2005). Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial. En: *Estudios de Derecho Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Valdivia, Abril de 2005). Lexis-Nexis. 15p.

<sup>118</sup> CORRAL TALCIANI, H. (2011). *Op. Cit*, 65p.

<sup>119</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial Civitas. 60p.

<sup>120</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), *Op. Cit*, 33p.

<sup>121</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. (1993). *Op. Cit*, 60p.

Esta mirada de la responsabilidad civil encuentra gran apoyo y sustento en la doctrina del análisis económico del derecho, la que desde una mirada utilitarista no se interesa por la reparación de los daños sufridos por un particular como forma de indemnizar a la víctima, sino por los efectos que la obligación de indemnizar provoca en la sociedad. El interés está en prevenir, en generar reglas que funcionen como instrumentos de dirección de la conducta de los particulares para evitar la producción de daños -aumento del costo social-.<sup>122</sup> En ese entendido, doctrinalmente se ha planteado que uno de los objetivos de las reglas de responsabilidad civil, es la minimización de los costos sociales.<sup>123</sup>

Desde esta aproximación a los fines y funciones de las reglas de responsabilidad civil, Calabresi ha distinguido tres tipos de costos que estas intentarían o podrían minimizar: costos primarios, costos secundarios y costos terciarios.<sup>124</sup> Los primarios serían aquellos daños directos que se causan con el obrar negligente de una persona y que afectan al patrimonio de quien sufre el daño.<sup>125</sup> Los secundarios serían los costos de indemnizar el daño causado y que, en virtud de las reglas de responsabilidad civil, afectan el patrimonio del autor negligente o doloso del daño.<sup>126</sup> Por último, los costos terciarios serían aquellos relacionados con la elección y administración de cualquier sistema de repartición de daños.<sup>127</sup> En definitiva, y usando la terminología de Calabresi, las reglas de responsabilidad civil buscan minimizar los costos primarios atribuyendo los costos secundarios a quien causó los primarios de manera negligente o dolosa. Se desincentiva la realización de conductas dolosas o negligentes que causen –o puedan causar daños, costos primarios- imponiendo un costo –secundario- a quienes realicen dichas conductas.

Considere usted una persona vencida en un juicio de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual por haber considerado el juez/a que había cometido un hecho ilícito al demandar negligentemente a la contraparte. Imagine que como consecuencia de dicha

---

<sup>122</sup> PINO EMHART, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. En: Revista Chilena de Derecho Privado N° 21, diciembre 2013. 98p.

<sup>123</sup> PAPAYANNIS, D. (2014). La responsabilidad civil como asignación de pérdidas. En: Revista para el Análisis del Derecho, N°1-2014. 9p.

<sup>124</sup> CALABRESI, G. (1970). The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis, Yale University Press, New Haven-London. 26p.

<sup>125</sup> *Ibíd.*

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> *Ibíd.*, 27p.

condena el sujeto tuvo que pagar una suma de dinero a la parte demandante. Agregue a este escenario el hecho de que el sujeto es una persona de recursos escasos como tantas de nuestro país. ¿Es probable que el resultado de tal sentencia desincentive al sujeto a volver a acudir a los tribunales? Sí.

Imagine ahora que el mismo sujeto es despedido injustamente por la empresa en la que trabajó por más de 15 años, que acude a la consulta de una abogada y ésta le recomienda demandar a su empleador por despido injustificado, ¿Es posible que el sujeto se niegue a demandar -o al menos se muestre reacio a hacerlo- pues la última vez que lo hizo terminó con una importante disminución en su patrimonio? Sí. ¿Es deseable que el sujeto deje de acudir al sistema en busca de tutela de sus derechos e intereses legítimos? No.

No se puede desconocer la alta probabilidad de que las personas que sean condenadas por responsabilidad civil por ejercer su derecho a la acción evitarán en el futuro correr el mismo riesgo y dejarán de ejercer su derecho constitucional o, al menos, se verán más desincentivadas a hacerlo por el mismo ordenamiento. Cabe agregar, que la experiencia de las personas condenadas servirá de ejemplo a los demás intensificando el desincentivo, en palabras de Corral Talciani, *“Lo mismo puede decirse de los demás miembros de la sociedad que son advertidos de no producir daños o de ser más cuidadosos para evitar incurrir en los desembolsos de aquellos que han sido condenados por algún hecho culposo o dañoso.”*<sup>128</sup>

Las normas de responsabilidad civil, directa o indirectamente, intencionalmente o no, cumplen un fin disuasivo de conductas. La posibilidad de ser condenado a pagar una indemnización funciona como un desincentivo al particular. Se podrá argumentar que el Derecho busca desincentivar la conducta negligente o dolosa y no la conducta misma. Pero como dice el aforismo jurídico *“in dubiis, abstine”* y puede suceder que el particular, ante la duda, opte por no ejercer su derecho a la acción en vez de ejercerlo y correr el riesgo de que su actuar sea considerado negligente, se le haga responsable por litigación abusiva y tenga que asumir el costo –secundario según Calabresi- de indemnizar los daños causados.

---

<sup>128</sup> CORRAL TALCIANI, H. (2011), Op. Cit, 67p.

#### *4.1.2 Mayor el estándar de diligencia exigido mayor el desincentivo*

Habiendo explicado y reconocido que las reglas de responsabilidad civil, dentro de otras funciones, cumplen también una función disuasoria de conductas, la siguiente conclusión lógica y evidente es que, mientras más alto el estándar de diligencia exigido más se desincentiva la realización de la conducta.

Si una madre le dice a su hijo: “Puedes comer helado, pero si derramas más de 10 gotas no podrás salir a jugar”, el niño, cuyo interés principal es salir a jugar, considerará las opciones y si piensa que puede lograr comerse el helado derramando menos de 10 gotas -o, en otros términos, juzga baja la probabilidad de que ello ocurra-, lo intentará. Si, por el contrario, cree que tal tarea es difícil -es decir, juzga muy alta la probabilidad que se derrame su helado- decidirá abstenerse y no comerlo. Suponga ahora que la madre dice al niño: “Puedes comer helado, pero si derramas más de 3 gotas no podrás salir a jugar”, el niño considerará sus opciones y evidentemente se verá más desincentivando que en el caso anterior, porque al aumentar el estándar de diligencia exigido, aumenta la probabilidad de incumplirlo/infringirlo lo que a su vez aumenta el costo o precio de realizar la conducta. En el primer caso (10 gotas), el nivel de diligencia que exige la madre es más bajo que en el segundo (3 gotas), en éste último el niño deberá adoptar altas medidas de cuidado para lograr comerse el helado sin derramar siquiera tres gotas y no arriesgarse a dejar de salir a jugar.

Lo que ilustra el ejemplo anterior es una conclusión obvia y de extrema importancia: mientras mayor es el estándar de diligencia exigido a una conducta mayor es el desincentivo a realizar tal conducta o, al revés, mayor es el incentivo a abstenerse de realizarla. Si el estándar es más bajo, mayor facilidad tiene el particular de ajustar su conducta a tal estándar y menor es el riesgo de incumplirlo, por tanto, menor el desincentivo.

En términos más sencillos -sugeridos por el análisis económico del derecho- el estándar indemnizatorio puede ser descrito como el precio de litigar, cuyo monto sería la indemnización más la probabilidad que se condene a pagarla, probabilidad que depende, en primer término, del estándar de diligencia exigido a la conducta. Si ese estándar sube (si la indemnización se hace

más probable) las personas tendrán menos propensión a realizar la conducta y saldrán a la búsqueda de bienes sustitutos más baratos<sup>129</sup>.

Lo anterior es completamente aplicable a la litigación. El alza del estándar de diligencia exigido aumenta la probabilidad de ser condenado a pagar indemnización por los daños causados con el ejercicio del derecho a la acción. En otras palabras, mientras más alto el estándar, más alto el precio de litigar (por aumento de la probabilidad de condena) y, por ende, mayor desincentivo a emplear el derecho a la acción. En otros términos, mayor incentivo a salir a la búsqueda de bienes sustitutos más baratos, lesionando el valor intrínseco de las instituciones estatales.

En definitiva, el estándar de culpa leve exigido por las reglas de responsabilidad importa un gran desincentivo al ejercicio de tal derecho. Parece entonces, adecuado y razonable, disminuir el estándar de diligencia exigido al de la culpa grave –disminuyendo el precio de litigar- para que así las personas no se vean desincentivadas de acudir a los tribunales de justicia en busca de tutela de sus derechos e intereses o, al menos, se vean menos desincentivadas de lo que se encuentran bajo el estándar del régimen general de responsabilidad, la culpa leve.

#### *4.1.3 Desjudicialización<sup>130</sup> de la resolución de conflictos*

Como adelantamos, como consecuencia directa de que el estándar de diligencia de culpa leve funcione como un fuerte desincentivo al ejercicio del derecho a la acción, aumenta la probabilidad de que se produzca una desjudicialización en la resolución de los conflictos de los particulares<sup>131</sup>. Al aumentar el precio de litigar –por aumento en la probabilidad de condena indemnizatoria- las personas propendrán a buscar bienes sustitutos más baratos para satisfacer sus necesidades de justicia y tutela, lesionando el valor intrínseco del sistema judicial estatal. Explicamos a continuación por qué tal lesión resulta especialmente problemática en una sociedad como la nuestra.

---

<sup>129</sup> FABIAN UNDERHILL, H. (1972). An Overlooked Lesson in Prices of Substitute Goods. En: The Journal of Economic Education, Vol. 3, No. 2 (Spring, 1972). 136-137p.

<sup>130</sup> En este trabajo, al hablar de desjudicialización hacemos referencia a la autotutela y a la evitación del conflicto dejándolo sin solución. No incluimos dentro del concepto de desjudicialización los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR.

<sup>131</sup> Al hablar de conflictos, nos referimos a los conflictos interpersonales que tienen relevancia jurídica, ya que estos son los que interesan al Derecho y los que, mediante sus reglas y procedimientos, pretende regular y solucionar.

El Estado moderno se configura como un ente con una inédita concentración de poder, que reclama para sí el ejercicio legítimo de la fuerza<sup>132</sup> y la resolución de los conflictos<sup>133</sup>. Se pretende que los particulares que tienen conflictos interpersonales de relevancia jurídica, acudan al sistema estatal a resolverlos y no lo hagan por sus propios medios. De esta forma, tal y como señalan Vargas y Fuentes, “Desde el momento en que el Estado Moderno reclama para sí el monopolio del uso de la fuerza socialmente organizada y prohíbe la autotutela, debe proveer a las personas de un mecanismo de tutela de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica.”<sup>134</sup> En la misma línea, resultan ilustrativas las palabras de Delgado Castro, Palomo y Delgado:

*“El Estado asume la resolución de las desavenencias mediante el establecimiento de órganos independientes e imparciales que se pronuncian sobre el supuesto de hecho concreto. De este modo, se prohíbe -en términos generales- la justicia por la propia mano entregándose los mecanismos suficientes para conseguir el objetivo final que no es otro que el mantenimiento de la paz social.”*<sup>135</sup>

En definitiva, dada la naturaleza de las atribuciones del Estado moderno, éste tiene el deber de proporcionar a los particulares un sistema de resolución de conflictos. A este punto, parece necesario hacer dos alcances. El primero, no basta con que el Estado provea un sistema de resolución de conflictos sino que se requiere que, además, otorgue un mecanismo para que los particulares puedan acudir a dicho sistema -el derecho a la acción-. El segundo, junto con esta faceta positiva del actuar del Estado -de proveer sistemas y mecanismos de acceso- se requiere una faceta negativa de no interferencia o no obstaculización de este acceso por parte del Estado y el ordenamiento jurídico.

---

<sup>132</sup> WEBER, M. (1967). El político y el científico. Editorial Alianza Editores, Madrid. 84p.

<sup>133</sup> DELGADO CASTRO, J; PALOMO VÉLEZ, D; DELGADO, G. (2017). Autotutela, solución adecuada del conflicto y repossession: revisión y propuesta. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 24 - Nº 2. 267p.

<sup>134</sup> VARGAS PAVEZ, M; FUENTES MAUREIRA, C. (2018). Introducción al Derecho Procesal: Nuevas aproximaciones. Ediciones DER. 24p.

<sup>135</sup> DELGADO CASTRO, J; PALOMO VÉLEZ, D; DELGADO, G. (2017). Op. Cit, 267p.

Como mencionamos al inicio de este trabajo, el derecho a la acción es el mecanismo a través del cual los particulares acceden a la justicia, al sistema que les otorga el Estado para la protección de sus derechos y/o de sus intereses legítimos. Mencionamos en el apartado anterior, que el estándar de diligencia exigido a la litigación, la culpa leve, funciona como un fuerte desincentivo al ejercicio del derecho a la acción por los particulares. Así, entonces, el Estado otorga un mecanismo de acceso a la justicia y, en paralelo, genera desincentivos para su uso.

Se repite la idea de que mientras más alto sea el estándar de diligencia exigido, mayor es el desincentivo para realizar la conducta y mientras mayor el desincentivo, más alta la probabilidad de que el particular opte por dejar de realizar la conducta. En el tema que nos convoca, esto deviene -o puede devenir- en que los particulares dejen de acudir al sistema, dejen de ejercer su derecho a la acción y se desjudicialice la resolución de conflictos de relevancia jurídica, eje central de la configuración del Estado Moderno.

Nuestra sociedad se construye sobre la base de ese eje. Existe un fuerte interés social en que las personas acudan al sistema en busca de mecanismos de solución de sus conflictos porque, en la otra vereda, la opción que encontramos es el empleo de medios privados o la autotutela. La autotutela refiere a la solución de los conflictos de forma directa por los particulares afectados y generalmente se traduce en el uso de fuerza física y en la imposición unilateral de la opción de una persona por sobre otra.<sup>136</sup> Las posibles consecuencias -negativas- de un sistema de resolución de conflictos como éste son innegables.

Si el Estado prohíbe -salvo excepciones- la autotutela como medio de resolución de conflictos de relevancia jurídica, no parece adecuado ni razonable que el mismo Estado imponga reglas a los particulares que funcionen como desincentivos para acudir a los mecanismos estatales de resolución de conflictos y que puedan derivar en una desjudicialización de la resolución de los conflictos y, finalmente -exagerando el argumento- en autotutela.

Volviendo a Calabresi y a la categorización de costos que las reglas de responsabilidad civil podrían/intentan disminuir por él planteada, cabría agregar -como un costo cuaternario, quizás-

---

<sup>136</sup> VARGAS PAVEZ, M; FUENTES MAUREIRA, C. (2018), Op. Cit, 18p.

el valor intrínseco que posee el uso de las instituciones, especialmente del sistema judicial estatal, cuyo desuso o abandono importa también costos para la sociedad. Como explicamos con anterioridad, imponer altos costos secundarios a quien emplea el sistema judicial sin éxito, evidentemente desincentiva su empleo y alienta la búsqueda de otras soluciones –como la autotutela o la evitación del conflicto- que lesionan la institucionalidad. El riesgo de imponer un estándar de cuidado muy exigente a la litigación es incrementar lo que podríamos llamar el costo institucional.

Reconociendo lo anterior y ante la necesidad de contar con reglas de responsabilidad civil que regulan las conductas dañinas de los particulares, la opción evidente respecto al ejercicio del derecho a la acción -para evitar la desinstitucionalización de la resolución de los conflictos-, es disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación. Con un estándar más bajo, la gente se verá menos desincentivada a accionar y el riesgo de autotutela -o desjudicialización- es evidentemente menor.

En conclusión, tal como acertadamente señala Barros Bourie, *“El ejercicio del derecho procesal a la acción, atendido el interés social en la resolución de los conflictos jurídicos mediante mecanismos institucionalizados, solo puede acarrear responsabilidad cuando no se incurre en las más elementales medidas de prudencia”*<sup>137</sup> Así, bajo este argumento el estándar que parece más adecuado es, otra vez, la culpa grave y no la culpa leve exigida por el régimen general de responsabilidad.

#### *4.2 Razones para disminuir el nivel de diligencia exigido a la litigación desde la situación del abogado/a litigante*

Una segunda línea argumentativa para disminuir el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción, tiene que ver con el control que tal estándar supone al ejercicio de la profesión de abogado/a y, desde la profesión, a las pretensiones de los particulares.

Al igual que en la sección anterior, los argumentos para disminuir el nivel de diligencia exigido a la litigación desde la situación del abogado/a litigante se presentan como una cadena de

---

<sup>137</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op. Cit, 646p.

razones en la que como consecuencia de la primera se explican las demás y para efectos de orden -y para facilitar su entendimiento, las analizaremos por separado sin perder de vista su inevitable complementariedad.

En este punto se hace necesaria una aclaración conceptual. El estándar de diligencia analizado en este trabajo no es el estándar de conducta que debe cumplir el abogado/a litigante que representa a un cliente en juicio, sino el estándar que tal cliente debe cumplir al ejercer su derecho a la acción. Entonces, cabría preguntarse ¿De qué manera el estándar exigido al cliente afecta al abogado/a, si en último término quien podría ser hecho responsable por litigación abusiva es el cliente? ¿Por qué el estándar que se le exige al cliente puede significar un control de -y desde- la profesión que no está sometida a tal estándar?

La respuesta a las preguntas del párrafo anterior, es decir, las razones para disminuir el estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción desde la posición de los abogados/as litigantes, se pueden resumir en las siguientes cinco premisas:

- 1º:** La obligación del abogado/a para con su cliente es una obligación de medio y no de resultado.
- 2º:** Para analizar el cumplimiento de una obligación de medio hay que estarse al estándar de diligencia exigido para la realización de tal obligación.
- 3º:** Mientras más alto el estándar de diligencia exigido a la obligación de medio de los abogados/as, mayor el control de la profesión.
- 4º:** Mientras mayor el control de la profesión, mayor el filtro que hacen los abogados al aceptar -o no- clientes/casos.
- 5º:** Mientras mayor el filtro que realizan los abogados al aceptar un cliente/caso, mayor desigualdad en el acceso al derecho y a la justicia.

A continuación se desarrollan cada una de estas premisas en dos apartados distintos. El primero desarrolla las premisas 1º y 2º. El segundo, por su parte, desarrolla las premisas 3º, 4º y 5º. Todo, sin obviar ni perder de vista su innegable conexión y complementariedad.

#### 4.2.1 Obligación de medio y estándar de diligencia exigido

Doctrinariamente se ha establecido una distinción según el objeto de la relación obligatoria entre obligaciones de medio -o generales de prudencia y diligencia- y, obligaciones de resultado -o determinadas-.<sup>138</sup> La diferencia entre unas y otras radica en el tipo de compromiso que asume el deudor de la obligación. En efecto, tal como señala Gil Ljubetic: *“En las obligaciones de resultado el deudor se compromete a satisfacer el interés primario del acreedor, en cambio, en las obligaciones de medios, el deudor solo se obliga a realizar un actuar diligente tendiente a la satisfacción de ese interés primario.”*<sup>139</sup>

La obligación que adquiere el abogado/a litigante con su cliente es, evidentemente, una obligación de medio.<sup>140</sup> El abogado/a no se obliga a un resultado con su cliente, no puede ni debe hacerlo, porque la decisión final la tendrá un juez/a. Pero sí puede y debe obligarse a prestar sus servicios profesionales de manera diligente tendiente a satisfacer el interés primero de su cliente -ganar el juicio-.

En efecto, según dispone el artículo 99 del Código de Ética Profesional del 2011<sup>141</sup> (en adelante, Código de Ética), el abogado/a litigante es responsable de representar los intereses de su cliente ejecutando su cargo con empeño y eficacia y preparando sus actuaciones de manera razonada y diligente. En ninguna parte de dicho cuerpo legal se establece la obligación del abogado/a litigante de ganar los juicios de su cliente o de cumplir con un resultado prometido. Tal como

---

<sup>138</sup> ABELIUK MASEVICH, R. (2009). Op. Cit, 220p.

<sup>139</sup> GIL LJUBETIC, R. (2007). Material sobre clasificación de las obligaciones para el curso Derecho Civil III. Separata 6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2p.

<sup>140</sup> JORDANO FRAGA, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 44, N°1. 8p.

<sup>141</sup>La Corte Suprema ha reconocido que este cuerpo normativo es aplicable a todos los abogados/as del país estén o no colegiados. En efecto, en sentencia de 28 de noviembre de 2012, en causa rol 2788-2012, estableció: *“Que si bien es efectivo que el Código de Ética Profesional aprobado en su nueva versión el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto 2011- no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de esta prevé la Constitución Política de la República, si lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva, más allá del órgano que en definitiva ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto, el Colegio Profesional correspondiente con sujeción al Reglamento de Disciplina que en este rija o el tribunal especial que el Constituyente manda crear al legislador para que ante él se juzgue a los profesionales no afiliados y mientras estos no se establezcan a la justicia ordinaria.”*

señala la norma mencionada, la obligación del abogado/a litigante se agota en la ejecución de su cargo con empeño y eficacia y desempeñando su labor de manera razonada y diligente.

¿Cual es la importancia de destacar que la obligación del abogado/a es una obligación de medio y no de resultado? La importancia de esta apreciación radica en la diferencia que existen en la forma de determinar cuando existe incumplimiento de la obligación dependiendo si ésta es una obligación de medio o de resultado. Como señala Lobato Gómez:

*“En las obligaciones de resultado es suficiente para determinar el incumplimiento que el acreedor establezca que no se ha alcanzado el resultado prometido por el deudor. En las obligaciones de medios, por el contrario, se hace necesario un examen de la conducta del deudor, y el acreedor, para determinar el incumplimiento de la obligación, deberá probar que el deudor no ha actuado con la diligencia a la que se había obligado.”<sup>142</sup>*

Considerando que el Código de Ética es el cuerpo normativo que regula el ejercicio de la profesión, es éste el que determina el estándar de diligencia con que ésta debe ejercerse y como señalamos, su artículo 99 exige empeño, eficacia, razonamiento y diligencia.

Ahora bien, aterrizando todo lo hasta aquí dicho y, relacionándolo con el ejercicio del derecho a la acción, podemos decir que, según la diligencia exigida por el Código de Ética al ejercicio de la abogacía, es evidente que el abogado/a litigante debe considerar y procurar cumplir con el estándar exigido a su cliente al ejercer el derecho a la acción como un mínimo de diligencia en el ejercicio de la profesión, so pena de ser considerado responsable de los daños causados a su cliente condenado por litigación abusiva en un posible juicio de este en su contra.

Cabe agregar, a todo lo hasta aquí razonado, un factor subjetivo no menos importante, especialmente en el ejercicio de la abogacía: la reputación. Es incuestionable que el hecho de que un cliente sea hecho responsable por litigación abusiva “ensucia” la imagen del abogado/a

---

<sup>142</sup> LOBATO GÓMEZ, J.M. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 45, N°2. 714p.

que patrocinó su causa, en el fondo, el abogado/a permitió al cliente accionar siendo incapaz de identificar que tal acción incumplía el estándar de diligencia exigido y causándole más perjuicios a su cliente de los que, en primer término, lo llevaron a necesitar sus servicios. Es sensato concluir entonces que, el abogado/a considerará y procurará cumplir con el estándar de diligencia exigido al derecho a la acción a la hora de escoger su estrategia de defensa de los intereses del cliente, toda vez que de no hacerlo su trabajo sería cuestionado por sus clientes actuales y potenciales. Cumplir con tal estándar es parte de la responsabilidad que tiene de prestar sus servicios de manera razonada, diligente, con empeño y eficiencia como exige la normativa de ética.

Considerando entonces que, por razones de reputación y responsabilidad, el estándar de diligencia exigido al derecho a la acción afecta el ejercicio de la abogacía, es que consideramos, como se explicará a continuación, que todo lo argumentado respecto a la culpa leve como gran desincentivo al ejercicio del derecho a la acción por parte de los particulares, es aplicable a la situación de los abogados/as litigantes.

#### *4.2.2 Control de -y desde- la profesión*

Abogados/as y partes, se encuentran en el mismo escenario frente a las reglas de responsabilidad. Se ven igualmente desincentivados por el estándar de diligencia exigido por el régimen de aplicación general. Mientras mayor el estándar de diligencia exigido al cliente al ejercer su derecho a la acción, mayor el estándar de diligencia al que se somete el abogado/a litigante para dar por cumplida su obligación de medio. En el caso de los abogados/as esto importa, además, un control *ex ante* del ejercicio de la profesión por los propios abogados/as.

Evidentemente la conducta de los abogados/as puede -y en ciertos casos debe- ser controlada *ex post* por los tribunales de justicia, ya sea en juicios de indemnización de perjuicios o de ética profesional y esto no acarrea mayor problema. Los problemas aparecen, como se explica a continuación, si se impone -indirectamente por medio de la exigencia de un estándar como la culpa leve- un control *ex ante* al ejercicio de la profesión y si, además, dicho control se ejerce por los propios abogados/as.

El derecho a la acción supone una pretensión que puede o no ser acogida por el tribunal. Como dijimos al inicio de este trabajo, se ejerce una acción para saber si el derecho sustantivo vigente ampara o no una determinada pretensión. Luego, no basta perder el caso para que exista responsabilidad: alguien puede haber litigado, haber perdido el juicio y no ser responsable. Y ello porque la acción supone una apreciación previa -que puede revelarse equivocada- acerca de cuán plausible es la pretensión. Considere un sujeto que supone que su pretensión es amparada por el Derecho, si es que interpone una acción y pierde, descubre que lo que él suponía era, de hecho, incorrecto. El Derecho no amparaba su pretensión y esto, evidentemente, no es razón jurídicamente suficiente para hacer responsable al sujeto.

En una sociedad altamente legalizada como la nuestra son infinitos los escenarios en que los particulares requieren acceder a los tribunales para saber si el Derecho ampara o no sus pretensiones y si bien, el acceso al derecho está formalmente disponible para todos, en realidad solo está disponible por medio de un abogado/a. En efecto, el sujeto que necesite -o quiera- acudir a la justicia para conocer la verdadera situación jurídica de sus pretensiones, requiere de un abogado/a para hacerlo.<sup>143</sup> Así lo dispone el inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 18.120 que establece las normas sobre comparecencia en juicio.<sup>144</sup>

Volviendo a la idea de que el ejercicio de la acción supone una apreciación previa de la pretensión, que puede revelarse equivocada, se llama la atención respecto a que tal apreciación estará a cargo del abogado/a más que del cliente. Si este último quiere accionar por que cree que su pretensión es amparada por el Derecho, poco importarán -lamentablemente- sus intenciones si no encuentra un abogado/a que esté dispuesto a representarlo toda vez que la norma antes citada exige el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión como requisito primero -e indispensable- de la primera presentación ante cualquier tribunal de la República.

---

<sup>143</sup> PEPPER, S. (1986). The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities (traducido por Julián López Masle). En: Andrew L. Kaufman: Problems in Professional Responsibility, Little Brown and Company, 3a. ed., 246- 251p.

<sup>144</sup> Artículo 1 inciso 1 Ley N° 18.120: La primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Los abogados/as se encuentran en la misma situación que los particulares frente al desincentivo de ejercer acciones judiciales impuesto por el estándar de la culpa leve. Un abogado/a, frente a una pretensión poco probable de ser amparada por el Derecho, dudará antes de aceptar el caso, ya que, en caso de que el juez/a considere que el ejercicio de la acción incumplió el estándar exigido, podría llegar a atribuírsele responsabilidad por no haber cumplido con su obligación de medio para con su cliente. Esto, sumado al fuerte freno que significará el riesgo reputacional para cualquier abogado/a.

Cabe preguntarse entonces, ¿es razonable someter ese juicio previo -que estará a cargo de un abogado/a- al estándar de responsabilidad por culpa leve? Pareciera que no.

Nos enfrentamos aquí a una nueva consecuencia -además de la desjudicialización de los conflictos- del estándar de culpa leve como desincentivo para la litigación: el filtro de los abogados/as de las pretensiones que serán eventualmente -o no- llevadas ante el tribunal.

De esta forma, el conflicto de los particulares que debe buscar solución a través de los mecanismos institucionales, podría nunca llegar a los tribunales si los abogados/as filtran el acceso a la justicia al decidir no tomar una causa por el riesgo de que su conducta se considere negligente bajo un estándar tan bajo como el de la culpa leve y/o por el riesgo reputacional que eso conllevaría.

La desigualdad que esto provoca respecto al acceso a la justicia es evidente. Los abogados/as tendrían un acceso libre de filtros en la medida en que la decisión de ejercer o no una acción judicial dependería solo de ellos y de sus apreciaciones respecto a sus pretensiones. El resto de los ciudadanos se verían enfrentados al filtro de los abogados/as. Una especie de control desde la profesión que se erige poderosa. Este filtro es notoriamente mayor si el estándar exigido es la culpa leve y no la culpa grave. Mientras más alto el estándar, hay más desincentivos para litigar y mayor es el filtro que impondrán los abogados/as a los particulares.

Ante la inevitabilidad del filtro de los profesionales de la abogacía, en tanto su participación es necesaria para el acceso a la justicia y éstos tienen la libertad de aceptar o rechazar encargos, la

opción evidente respecto al ejercicio del derecho a la acción -para evitar que este filtro derive en -o aumente la- desigualdad en el acceso a la justicia-, es disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación: de culpa leve a culpa grave.

#### *4.3 En resumen...*

Existen fuertes razones por las cuales resulta más adecuado, razonable, e incluso necesario disminuir el nivel de diligencia exigido al derecho a la acción una vez que se decida aplicarle las reglas de responsabilidad por daños, tanto desde la situación de los litigantes particulares como de la situación de los abogados/as litigantes.

Respecto a la situación de los particulares, argumentamos que el derecho de la responsabilidad civil, a través de sus reglas, impone costos – secundarios, según Calabresi- a la actividad de las personas -que se expresan en el deber de indemnizar el daño causado- y así, impone a su vez, incentivos o desincentivos para que el particular dirija sus conductas de una manera u otra. Por medio de la amenaza de indemnización las reglas de responsabilidad civil buscan desincentivar la conducta negligente o dolosa que causa daño. Así, ante la duda, el particular muchas veces optará por no ejercer su derecho a la acción en vez de ejercerlo corriendo el riesgo de que su actuar sea considerado negligente y se le haga responsable por litigación abusiva.

Continuamos el razonamiento estableciendo que mientras más bajo el estándar de diligencia exigido, mayor facilidad tiene el particular de ajustar su conducta a tal estándar y menor es el riesgo de incumplirlo. En otras palabras, mientras más alto el estándar más probabilidad de condena indemnizatoria y, por ende, más alto el precio de litigar. De esta forma, se hace evidente concluir que mientras mayor es el estándar de diligencia exigido a una conducta mayor es el desincentivo a realizarla o, al revés, mayor es el incentivo a abstenerse de realizarla.

Respecto al ejercicio del derecho a la acción, un desincentivo como la culpa leve deviene -o puede devenir- en que los particulares por no correr el riesgo de no ajustar su conducta al estándar exigido, dejen de acudir al sistema, dejen de ejercer su derecho a la acción y se desjudicialice la resolución de los conflictos de relevancia jurídica, eje central de la configuración del Estado Moderno. Como mencionamos, existe un fuerte interés social en que

las personas acudan al sistema en busca de mecanismos de solución de sus conflictos porque, en la otra vereda, -exagerando el argumento- la opción que encontramos es la autotutela.

Concluimos el análisis de la situación de los litigantes particulares reconociendo que, ante la necesidad de contar con reglas de responsabilidad civil que regulan las conductas dañinas de los particulares, la opción evidente respecto al ejercicio del derecho a la acción -para evitar la desjudicialización de la resolución de los conflictos- es disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación de culpa leve a culpa grave.

Por otra parte, respecto a la situación de los abogados/as litigantes establecimos que las razones para disminuir el estándar de diligencia son tanto de responsabilidad como de reputación y, en definitiva, de cómo estas afectan la igualdad en el acceso a la justicia importando con un control de y desde la profesión.

Como mencionamos, la obligación que adquiere el abogado/a litigante con su cliente es una obligación de medio y no de resultado. Lo anterior implica que el abogado/a no se obliga a un resultado determinado con su cliente, sino que su obligación sólo puede limitarse a prestar sus servicios profesionales de manera diligente tendiente a satisfacer el interés primero de su cliente. En efecto, tal como señala el artículo 99 del Código de Ética la obligación del abogado/a litigante se agota en la ejecución de su cargo con empeño y eficacia y en la realización de su labor de manera razonada y diligente.

En ese entendido resulta evidente que el abogado/a litigante debe considerar y procurar cumplir con el estándar exigido a su cliente al ejercer el derecho a la acción como un mínimo de diligencia en el ejercicio de la profesión, so pena de ser considerado responsable de los daños causados a su cliente condenado por litigación abusiva en un posible juicio de este en su contra. A la hora de escoger su estrategia de defensa, el abogado/a litigante debe procurar que su cliente cumpla con el estándar de diligencia exigido al derecho a la acción ya que, de no hacerlo, él no estaría cumpliendo con el estándar de diligencia exigido al ejercicio de la profesión y, además, estaría poniendo en tela de juicio su reputación toda vez que su trabajo podría verse cuestionado por clientes actuales y potenciales.

Argumentamos que todo lo hasta aquí dicho respecto a la relación entre los abogados/as litigantes y el estándar de diligencia exigido a la litigación, puede tener una grave consecuencia: aumentar la desigualdad en el acceso a la justicia. Como mencionamos, en una sociedad altamente legalizada como la nuestra son infinitos los escenarios en que los particulares requieren acceder a los tribunales para saber si el Derecho ampara o no sus pretensiones y según dispone el artículo 1 de la Ley N° 18.120, quien necesite -o quiera- acudir a la justicia para conocer la verdadera situación jurídica de sus pretensiones, requiere de un abogado/a para hacerlo.

Una mirada integradora de todo lo hasta aquí dicho hace evidente la desigualdad en el acceso a la justicia que esto provoca. Los abogados/as tendrían un acceso libre de filtros a la justicia en la medida en que la decisión de ejercer o no una acción judicial dependería solo de ellos y de sus apreciaciones personales respecto a sus pretensiones. En cambio, el resto de los ciudadanos, se verían enfrentados al filtro de los abogados, a una especie de control desde la profesión que limitaría -u obstaculizaría- su acceso a la justicia.

Finalizamos estableciendo que ante la inevitabilidad del filtro de los abogados/as, en tanto por mandato legal su participación es necesaria para el acceso a la justicia de los demás particulares y éstos tienen la libertad de aceptar o rechazar encargos, la opción evidente es disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación, de culpa leve a culpa grave y así disminuir el control de y desde la profesión.



## CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo como objetivo dilucidar en qué medida técnicas de limitación del ejercicio de los derechos como la teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad son aplicables al ejercicio del derecho a la acción y, en especial si las reglas de responsabilidad general deben morigerarse enfrente suyo o no.

Para lograr tal objetivo se comenzó dedicando un capítulo completo a la caracterización del derecho a la acción. En base a la literatura existente en la materia se analizó especialmente su autonomía y estatus normativo, concluyendo que, se trata de un derecho subjetivo público consagrado constitucionalmente que da a sus titulares la opción de acceder libremente a los tribunales de justicia en búsqueda de la tutela de sus derechos o intereses legítimos. A su vez, al ejercerse este derecho crea en los tribunales la obligación de dictar una resolución justa, la que no necesariamente debe ser favorable a la pretensión planteada toda vez que el derecho a la acción es un derecho autónomo distinto de la pretensión que se hace valer en el proceso.

A continuación, y con dicha caracterización del derecho a la acción en mente, se analizaron los límites al ejercicio de este derecho, haciendo especial referencia a los criterios de control del derecho común, específicamente, a la teoría del abuso del derecho y a las reglas de responsabilidad civil. Se expuso la idea de que las reglas de responsabilidad civil funcionan como un límite externo al ejercicio del derecho a litigar –y de todos los derechos subjetivos– toda vez que limitan la esfera de conducta del sujeto a aquella diligente, de buena fe, que no causa daños a terceros. Cualquier conducta fuera de esa esfera, cruza el límite impuesto por las reglas de responsabilidad civil y, entonces, se hace merecedora de una condena indemnizatoria.

Con el objetivo de dilucidar si las reglas de responsabilidad general deben morigerarse frente al derecho a la acción, el tercer capítulo se dedicó al estudio de dichas reglas, especialmente al estudio del estándar de diligencia general exigido por las mismas. Se hizo mención especial al caso de la Ley de Competencia Desleal y a la experiencia norteamericana en materia de competencia. Como principal conclusión de dicho capítulo y, como justificación de todo el análisis crítico posterior, se advirtió que en Chile el estándar de diligencia exigido a la litigación,

por falta de norma específica que regule la materia, es la culpa leve, es decir, el estándar general y supletorio del régimen general de responsabilidad.

El objetivo de este trabajo se logra en el cuarto y último capítulo: *Estándar de diligencia exigido al ejercicio del derecho a la acción*. En este, respondiendo a la pregunta de investigación, se expusieron detalladamente las razones por las cuales resulta adecuado, sensato e incluso necesario disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación de culpa leve a culpa grave desde la situación de los litigantes particulares y desde la situación de los abogados/as litigantes.

Entonces, ¿deben las reglas de responsabilidad civil morigerarse frente al ejercicio del derecho a la acción? la respuesta es sí y las razones se desarrollan en el último capítulo de esta investigación.

Como se explicó, la culpa leve como estándar de diligencia exigido a la litigación trae -o puede traer- como consecuencia los siguientes escenarios: desincentivo a la litigación para las partes y para los abogados, desjudicialización de la resolución de los conflictos y control de y desde la profesión al acceso a la justicia por los particulares. Dichas posibles consecuencias son, simultánea y evidentemente, las razones para disminuir el estándar de diligencia exigido al de la culpa grave y así se pretendió dar cuenta en las páginas precedentes. A continuación, y a modo de conclusión de las ideas centrales explicadas en este trabajo, identificamos el por qué los escenarios mencionados resultan especialmente problemáticos en una sociedad como la nuestra y por qué entonces se justifica la propuesta de disminuir el estándar de diligencia exigido a la litigación en nuestro país.

Que el estándar de diligencia exigido a la litigación funcione como un desincentivo a la realización de dicha conducta –tanto por los particulares como por los abogados/as- significa, desde una mirada jurídico-política, que el Estado está incumpliendo uno de los principales deberes que nacen de la naturaleza de sus atribuciones como Estado moderno, este es, el deber de proveer un sistema estatal de resolución de conflictos de relevancia jurídica para los particulares. Como señalamos con ayuda de las palabras de Vargas y Fuentes, que el Estado tenga el monopolio del uso de la fuerza y prohíba la autotutela, sólo se justifica, explica o

legítima, si éste otorga a sus ciudadanos un mecanismo de resolución de conflictos y de tutela de sus derechos y si, al mismo tiempo, no obstaculiza el acceso a dicho sistema. La amenaza de una condena indemnizatoria, con la alta probabilidad de que ello ocurre bajo un estándar como la culpa leve, es evidentemente un obstáculo al acceso a los mecanismos de resolución de conflictos que ofrece el Estado. Para que el Estado, en armonía con la naturaleza de sus atribuciones como Estado moderno, cumpla sus deberes para con sus ciudadanos debe procurar la exigencia de un estándar de diligencia a la litigación que no desincentive el acceso al sistema judicial. Como propuesta de este trabajo, tal estándar sería la culpa grave y no la culpa leve actualmente exigida.

Por su parte, y en línea con lo anterior, que se desjudicialice la resolución de conflictos de relevancia jurídica, es especialmente problemático porque crea un nuevo costo social –el costo institucional- ahí donde las reglas de responsabilidad civil pretenden minimizar los costos sociales. Usando la categorización planteada por Calabresi, se explicó cómo un aumento en el costo secundario –aquel que responde a la indemnización del daño causado negligente o dolosamente y que afecta el patrimonio del autor del daño-, aumenta el costo institucional al desincentivar el ejercicio del derecho a la acción, promoviendo la búsqueda de bienes sustitutos más baratos. En último término, lesionando el valor intrínseco de las instituciones estatales, valor que se configura como uno de los ejes centrales de un Estado moderno de derecho que reclama para sí el monopolio del uso de la fuerza y prohíbe la autotutela.

Por último, que un estándar de diligencia como la culpa leve suponga un control de y desde la profesión al acceso a la justicia por los particulares resulta especialmente problemático porque significa atentar contra la igualdad consagrada en la Constitución privilegiando a quienes ejercen la abogacía como profesión por sobre todos los demás ciudadanos en una materia tan delicada –y como ya explicamos central en un estado moderno de derecho- como es el acceso al sistema judicial estatal de resolución de conflictos de relevancia jurídica.

Como se explicó, al ser la obligación que adquiere el abogado/a litigante con su cliente una obligación de medio, para examinar el cumplimiento –o incumplimiento- de dicha obligación debe atenderse al estándar de conducta exigido para realizar las labores profesionales. De ese

modo, y usando la misma lógica de costos explicada a raíz de la situación de los litigantes y sumando a la ecuación factores de reputación profesional, mientras más alto el estándar de diligencia, es decir, mientras más fuerte el control de la profesión, mayor el filtro que los abogados/as litigantes usarán a la hora de elegir que causas patrocinar y, en consecuencia, mayor desigualdad en el acceso a la justicia. Como explicamos, si bien el derecho está formalmente disponible para todos, en la práctica –y por mandato legal- está disponible sólo a través de un abogado/a. Así, quien desee acceder al sistema judicial en busca de tutela de sus derechos y/o intereses legítimos requerirá necesariamente de un abogado/a, quien incentivado/a por el alto estándar de diligencia exigido será más cuidadoso y restrictivo a la hora de elegir que causas patrocinar. Este grave problema que surge para los particulares, evidentemente no se presenta para quienes ejercen la profesión de la abogacía dado que, al ser abogados/as, cuentan con un obstáculo menos en el camino al sistema judicial.

Finalmente, y atendiendo a todo lo recién mencionado y analizado en este trabajo, las conclusiones son claras: el estándar de diligencia actualmente exigido a la litigación en nuestro país produce consecuencias negativas que como sociedad no debiésemos estar dispuestos a aceptar y, entonces, el estándar de diligencia exigido a la litigación en nuestro país debiese disminuirse. Se propone la culpa grave -equiparable en materia civil al dolo- como un estándar más adecuado para exigir al ejercicio del derecho a la acción. Esto, entendiendo la importancia de la litigación en nuestro país, los intereses sociales que se ven envueltos en su ejercicio y las características fundamentales de la configuración de un Estado moderno de derecho como el nuestro.

Las palabras de Barros Bourie ayudan a concluir de forma perfecta, *“En definitiva, atendida la naturaleza de los bienes en juego, la responsabilidad por acciones judiciales sólo puede tener por antecedente la conducta dolosa o gravemente negligente del demandado.”*<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> BARROS BOURIE, E. (2010), Op Cit, 646p.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. DOCTRINA

ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Las Obligaciones, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. SOMARRIVA UNDURRAGA M. y VODANOVIC HAKLICKA, A. (1998). Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

ALEXY, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En: Revista Doxa N° 5, Universidad de Alicante: Área de Filosofía del Derecho.

ALEXY, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARISTÓTELES. (1993) Ética a Nicómaco (traducción Julio Pallí). Editorial Gredos. Libro V 4 (1132 a).

ATIENZA RODRÍGUEZ, M; RUIZ MANERO, J. (2000). Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Editorial Trotta.

BANFI DEL RÍO, C. (2013). Responsabilidad civil por competencia desleal: Estudio de derecho chileno y comparado. Editorial Thomson Reuters.

BARCIA LEHMANN, R. (2010). Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo II: De las Fuentes de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile.

BARROS BOURIE, E. (2005). Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial. En: Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia, Abril de 2005). Lexis-Nexis.

- BARROS BOURIE, E. (2010). Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. (2000). El Derecho Fundamental de Acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, 97(3).
- CALABRESI, G. (1970). The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. Yale University Press, New Haven-London.
- CALAMANDREI, P. (1945). Sobre la relatividad del concepto de acción. En: Estudios sobre el Proceso Civil, (traducción de Santiago Sentís Melendo). Editorial Bibliográfica Argentina.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2010). Una aproximación al concepto procesal de acción. En: Revista de Derecho UNED (6).
- CASARINO VITERBO, M. (2005). Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile.
- CEA EGAÑA, J.L. (2002). Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, H. (2011). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile.
- COUTURE ETCHEVERRY, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma.
- CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. La primera Enmienda. [en línea] [https://www.law.cornell.edu/wex/es/la\\_primera\\_enmienda](https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda) [consulta: 6 de noviembre 2019].
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. (1993). Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Civitas.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2002). Derecho Procesal. Introducción. Editorial Ceura.

- DELGADO CASTRO, J; PALOMO VELEZ, D; DELGADO, G. (2017). Autotutela, solución adecuada del conflicto y repossession: revisión y propuesta. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Num 24-2.
- DUCCI CLARO, C. (2010). Derecho Civil, Parte General. Editorial Jurídica de Chile.
- DURAN RIBERO, W. (2002). La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. En: Ius et praxis, Núm. 8-2, junio 2002.
- FABIAN UNDERHILL, H. (1972). An Overlooked Lesson in Prices of Substitute Goods. En: The Journal of Economic Education, Vol. 3, No. 2 (Spring, 1972). 136-137p.
- FIAMMA OLIVARES, G. (1986). La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXIII, N° 3.
- FIGUEROA YAÑEZ, G. (2012). Curso de Derecho Civil, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile.
- FISCHEL, D. R. (1977). Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr--Pennington Doctrine. En: 45 University of Chicago Law Review 80.
- GARRIDO MONTT, M. (2005). Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- GIL LJUBETIC, R. (2007). Material sobre clasificación de las obligaciones para el curso Derecho Civil III. Separata 6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- GOLDOFTAS, T. (1964) Abuse of Process, 13 Clev-Mar. L. R. (1).
- GÓMEZ ORBANEJA, E. (1975) Derecho Procesal Civil, volumen primero, Parte general. El proceso declarativo ordinario. Editorial Artes Gráficas y Ediciones S.A.
- GONZALEZ ALVAREZ, R. (2011). El Principio Fundamental de Acción: Nuevo paradigma de la ciencia procesal. En: Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'higgins, 14(1).

- GUASP DELGADO, J. (1968). Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y parte general, Instituto de estudios políticos, Madrid.
- HESSE, K. (2001). Manual de Derecho Constitucional. Editorial Marcial Pons.
- JORDANO FRAGA, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 44, N°1.
- LOBATO GÓMEZ, J.M. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 45, N°2.
- MARINONI, L. (2015). El derecho de acción como Derecho Fundamental. Editorial Temis.
- MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2012). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. En: Revista Chilena de Derecho, 39(1).
- MATHEUS LÓPEZ, C. (1999). Breves notas sobre el concepto de acción. [en línea]. En: Revista de la Facultad de Derecho PUCP <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6432/6488>>. [consulta: 2 de junio 2019]
- MEZA BARROS, R. (2010). Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones: Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ ARAGUREN, A. (2008). La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios. Editorial Marcial Pons.
- ORREGO ACUÑA, J. (2013). [en línea] Del abuso de los derechos. <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>> [consulta: 29 de mayo 2019].
- PAPAYANNIS, D. (2014). La responsabilidad civil como asignación de pérdidas. En: Revista para el Análisis del Derecho, N°1-2014.

- PEPPER, S. (1986). The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities (traducido por Julián López Masle). En: Andrew L. Kaufman: Problems in Professional Responsibility, Little Brown and Company, 3a. ed., p. 246- 251.
- PINO EMHART, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. En: Revista Chilena de Derecho Privado N° 21, diciembre 2013.
- RIBERA NEUMANN, T. (2011). Estudios sobre Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO SEGUEL, A. (2012). Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, C. (1997). Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito. Civitas ediciones, S.L.
- TAPIA RODRÍGUEZ, M. (2017). Competencia Desleal por culpa. [en línea]. En: Revista Chilena de Derecho Privado N° 29 diciembre 2017. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722017000200165](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000200165) [consulta: 4 de junio 2019]
- TORTORA ARAVENA, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. En: Revista de Estudios Constitucionales, Núm. 2-10.
- VARGAS PAVEZ, M; FUENTES MAUREIRA, C. (2018). Introducción al Derecho Procesal: Nuevas aproximaciones. Ediciones DER.
- VEIGA TORREGROSA, A. (2009). El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Julio/Agosto 2009 No 10.
- WEBER, M. (1967). El político y el científico. Editorial Alianza Editores.

## II. JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004, Rol N° 228-2003.
- Corte Suprema, 4 de abril de 2011, Rol N° 7270-2009.
- Corte Suprema, 13 de Julio de 2015, Rol N° 26201-2014
- Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, Rol N° 23680-2014.
- Corte Suprema, 20 de Enero de 2016, Rol N° 1958-2015.
- Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol N° 16535-2015.
- Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, Rol N° 15897-2015.
- Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 1998, Rol N° 280.
- Tribunal Constitucional, 19 de agosto de 2008, Rol N° 815.
- Tribunal Constitucional, 27 de enero de 2009, Rol N° 1253-08-INA.
- Tribunal Constitucional, 2 de abril de 2009, Rol N° 1279-08-INA.
- Tribunal Constitucional, 2 de abril de 2009, Rol N° 1262-08-INA.
- Tribunal Constitucional, 27 de octubre de 2009, Rol N° 1470.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 1992, Rol N° 1330-1990.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, Rol N° 547-2014.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de Noviembre de 2017, Rol N° 729-2017.

### III. NORMATIVA

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil: De la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Mayo, 2000.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. 2007. Ley N° 20.169: Regula la Competencia Desleal. Febrero 2007.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Ley N° 1.552: Código de Procedimiento Civil. Agosto 1902.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1982. Ley N° 18.120: Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales. Mayo 1982.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Septiembre, 2005.

CHILE. Colegio de Abogados. 2011. Código de Ética Profesional. Agosto, 2011.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 1969. San José de Costa Rica. Noviembre 1969.

