

LA ANTIJURIDICIDAD: ¿PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO CHILENO?

ANTI JURIDICITY: IT IS REQUIREMENT OF THE CHILEAN TORT LAW

CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ *

RESUMEN

Uno de los debates más interesantes que se ha planteado en el Derecho Civil europeo, es aquél que centra su esfuerzo en determinar si la antijuridicidad constituye o no un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual. Esta controversia se planteó en Chile a finales del siglo pasado, existiendo posiciones claramente divergentes sobre el particular. Por el presente artículo, sostenemos que la antijuridicidad no constituye un requisito autónomo de la responsabilidad aquiliana.

Palabras claves: *Antijuridicidad, responsabilidad civil.*

ABSTRACT

One of the most interesting discussions that has arisen in the European Civil Law, is one that focuses its efforts on determining whether or not the antijuridicity constitute an extracontractual liability. This controversy was raised in Chile at the end of the last century, there are clearly diver-

* Abogado. D.E.A. en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, España. Doctorando en Derecho en la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián. Correo electrónico: ccespedes@uss.cl.

gent positions on the matter. For this article, we argue that the antijuridicity is not a requirement of self to the tort law.

Key words: *Antijuridicity, tort law.*

INTRODUCCIÓN

Mucha controversia se he generado en la doctrina acerca de si la antijuridicidad es o no un requisito de la responsabilidad civil extracontractual. Existen posiciones claramente divergentes, que sólo tienen en común el de aceptar la admisibilidad de las causas de justificación para no dar lugar al nacimiento de la obligación indemnizatoria: para unos como presupuesto de exclusión de la antijuridicidad, para otros como factor de eliminación de la culpabilidad.

Los problemas de la antijuridicidad no terminan allí. Hay quienes le niegan toda virtualidad ontológica a este concepto, ya que lo único existente sería su conducta contraria: la juridicidad. Y, en la vereda contraria, los que la sostienen como presupuesto de la condena aquiliana, se plantean la duda acerca de si la antijuridicidad debe predicarse del daño o de la conducta del agente, así como también se cuestionan si el juicio de antijuridicidad es anterior o posterior al juicio de culpabilidad.

A través del presente artículo sólo nos haremos cargo del primer problema, a fin de dilucidar si en el ordenamiento jurídico nacional es posible aceptar a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extraobligacional. Es decir, si puede considerarse un elemento autónomo al hecho del hombre, la relación de causalidad, el daño y la culpabilidad en sentido amplio, o bien, confundirse en alguno de ellos.

ARGUMENTOS PARA CONSIDERAR A LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

No obstante no contenerse expresamente referencia alguna en los artículos 2314 y siguientes CC al elemento antijuridicidad, podemos dar los siguientes argumentos en su favor:

1. Del análisis de los artículos 1437 y 2284 – que enuncian a las fuentes de las obligaciones –, se nos muestra que los delitos y cuasidelitos civiles exigen la existencia de un daño proveniente de un comportamiento objetivamente ilícito¹. Es decir, lo que caracteriza a estas fuentes de las obligaciones es precisamente su ilicitud o antijuridicidad², lo que permite distinguirlos de los contratos y cuasicontratos.
2. La existencia de las causas de justificación sólo puede entenderse desde la perspectiva de la antijuridicidad³. Sólo este último elemento puede explicar que no exista responsabilidad civil aún cuando existe una conducta dolosa o culpable, daño, relación de causalidad y un sujeto

¹ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004 (reimpresión primera edición), pág. 118.

² En este sentido, Quintanilla Pérez, Alvaro, *Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos ilícitos. El caso de la doctrina Galletué*, en www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Pedro%20Pierry/aquintanilla.pdf, visita 31/01/2008, pág. 1 y 2.

³ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 141; Quintanilla Pérez, Alvaro, “¿Responsabilidad del Estado por actos lícitos?”, en *Revista de Derecho* (Consejo de Defensa del Estado), Nº1, 2000. También en www.cde.cl/revista.php?id=136, visita 31/01/2008, s/pág.

imputable⁴. Más aún, si la norma ha autorizado expresamente la producción del daño, éste se encuentra justificado y no es indemnizable⁵. Se trataría de un daño justo.

3. Del análisis del artículo 2329 inciso 1º CC, se desprende que todo acto doloso o culposo que cause daño a otro es antijurídico. Pero, tal como lo señala la norma (“por regla general”), ello es sólo un principio general, ya que no señala que en otros casos sea lícito causar daños ni tampoco que siempre y en todo evento deberá responderse de aquellos daños provocados por el dolo o culpa del agente: “el artículo 2329, tantas veces citado, no hace más que incorporar una regla general sobre la antijuridicidad de ciertos actos (dolosos o culpables que causan daño), pero no se agota ni cierra la construcción de la antijuridicidad que, como ya se dijo, puede presentarse a partir de una norma especial que la contemple sin que medie dolo o culpa. Ese es, precisamente, el caso de la responsabilidad objetiva”⁶.
4. Los antecedentes históricos del *Code* de Napoleón, principal referente nuestro en esta materia, nos llevaría a la misma conclusión. Del estudio de tales antecedentes parecería que, desde el Derecho Romano, en especial desde la Ley Aquilia, se exigía como elemento de la responsabilidad extracontractual a la *iniuria* objetiva, o sea, a la contradicción del acto con el Derecho⁷. Se afirma que el daño que contemplaba la mencionada ley era “aquél que lesionando una situación jurídica ajena – *damnum contra ius* – no se encontraba justificado, bien por ser consecuencia del ejercicio de un derecho, bien por concurrir una causa de justificación de la conducta dañosa – *damnum non iure* –”⁸.

Haciéndose cargo del hecho de que el Código Napoleónico no contemplara expresamente el requisito de la antijuridicidad, se señala que numerosos autores franceses entienden que la expresión *faute* del artículo 1382 del *Code* comprende tanto la *iniuria* como a la culpa⁹. En este mismo orden de ideas, se señala que “la licitud y la ilicitud constituyen las dos constantes sobre las que pivota, a través de toda la historia, la sistematización de las fuentes de las obligaciones”¹⁰: lícitos, contratos y cuasicontratos, e ilícitos, delitos y cuasidelitos¹¹. Es la doctrina del Derecho Natural la que incorpora a la ley como fuente de las obligaciones, siendo esta nueva clasificación pentapartita la que siguió POTHIER y que recogió posteriormente el *Code* francés e italiano¹² y, evidentemente, el Código de Bello.

⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *op. cit.*, pág. 141.

⁵ Idem.

⁶ Rodríguez Grez, Pablo, *op. cit.*, pág. 142 y 143.

⁷ Pena López, José María, Prólogo de la obra de Busto Lago, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 19 y 20; Busto Lago, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 180, 181 y 182; Peña López, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 259 y 260, nota 1. De Diego indica que “la ley Aquilia ya nos hablaba del *damnum iniuria datum*, daño realizado sin derecho o contra el derecho... el hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho... (*Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de obligaciones, Preciados, Madrid, 1926, pág. 318)”. Se ha sostenido que el significado originario del término *iniuria* en la *lex Aquilia* es el de conducta injusta: “no tiene ningún valor la intención del agente, sino que la evaluación de las circunstancias objetivas serán las que permitirán juzgar la existencia o no de este presupuesto en la ley (Lo Coco, Julio Javier, *De la iniuria en la Lex Aquilia al artículo 1558 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998*, en www.edictum.com.ar/miWeb4/DELAINIURIA.doc, visita 20/02/2008, pág. 6 y 12).

⁸ Busto Lago, José Manuel, “La antijuridicidad”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual* (Director José María Pena López), Manuales Básicos, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2004, pág. 59.

⁹ Pena López, José María, *Prólogo...*, pág. 18 y 19; Busto Lago, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pág. 184 y 185; Peña López, Fernando, *op. cit.*, pág. 259 y 260, nota 1. En el mismo sentido, López Cabana, Roberto, “Ilícitud”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini* (directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 153.

¹⁰ Pena López, José María, *Prólogo...*, pág. 18. Este autor señala que ya en el Derecho Justiniano se sistematizaron las *variae causarum figurae* de Gayo a dos unidades: el cuasicontrato se asimila al contrato por su licitud y el cuasidelito al delito por su ilicitud. Esta cuatripartición domina todo el *Ius Commune*.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

5. Desde un punto de vista lógico, el requisito de la antijuridicidad se presentaría como una condición indispensable para poder imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima¹³. “Para que el Derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuando debe intervenir el Derecho y cuando no”¹⁴.
6. La antijuridicidad sería el factor de discriminación que permite delimitar los daños civilmente resarcibles en la responsabilidad extracontractual y contractual: “la presencia de este elemento permite explicar adecuadamente por qué la muerte de un empleado imputable a un tercero es susceptible de generar daños indemnizables, mientras que no lo es el daño – idéntico desde la perspectiva estrictamente naturalística – que puede experimentar el proxeneta por la muerte también imputable a un tercero de la meretriz o el daño del empleador de un inmigrante ilegal en esas mismas condiciones”¹⁵. Se agrega que si la conducta fue ajustada a Derecho, no tiene ningún sentido seguir adelante con la indagación de si existe o no la obligación de reparar el daño¹⁶.
7. La circunstancia de que existen daños no antijurídicos que originan obligaciones indemnizatorias¹⁷. Se tratan de casos de daños lícitos, que, sin embargo, originan una obligación indemnizatoria. En el caso de conflicto entre dos derechos, se autoriza el ejercicio del más fuerte de ellos pero concediendo un derecho sustitutivo de indemnización al titular del derecho más débil: “se autoriza el daño, pero se le pone precio”¹⁸. Por ejemplo, los daños causados por una expropiación forzosa, los daños debidos a las servidumbres legales, los daños causados por la unión de bienes o accesión de buena fe, etc.
8. CANARIS menciona que, en un sistema subjetivo de responsabilidad, la antijuridicidad es la otra cara de la moneda de la imputación: el ilícito se construye sobre la causa o razón de la responsabilidad, tratando de determinar por qué y bajo qué presupuestos la ley debe proteger al dañado; en cambio, la culpa es de dominio del área del criterio de imputación, siendo su objetivo el establecer por qué y bajo qué presupuestos la ley debe cargar sobre el dañante la correspondiente obligación de indemnizar¹⁹.
9. La antijuridicidad sería un presupuesto distinto e independiente del elemento culpa. Así, “ha de diferenciarse del concepto de la culpa, que igualmente representa un juicio de valor, el cual necesariamente presupone una acción antijurídica sin que al mismo tiempo le afecte al agente culpa ninguna, por ejemplo, porque el tiempo de la acción era inimputable”²⁰.

¹³ Pena López, José María, *Prólogo...*, pág. 22; Peña López, F., *op. cit.*, pág. 260, nota 1; Bustos Pueche, José, “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *Diario La Ley*, 22 de septiembre de 2004, edición electrónica, www.laley.es, s/pág.

¹⁴ Peña López, Fernando, *op. cit.*, pág. 260, nota 1. Bustos Pueche lo pone de manifiesto de la siguiente forma: “siempre que se sanciona a alguien es porque ha observado un comportamiento ilícito o antijurídico, esto es, contrario a una norma jurídica, ¿cómo justificar la sanción en otro caso? (*op. cit.*, s/pág.)”.

¹⁵ Bustos Lago, José Manuel, La antijuridicidad, en *Derecho...*, pág. 60.

¹⁶ Bustos Pueche, José, *op. cit.*, s/pág.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Cavanillas Múgica, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 147.

¹⁹ Citado por Reglero Campos, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003 (segunda edición), pág. 68.

²⁰ Santos Briz, Jaime, *Derecho de Daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 24.

Existen supuestos de ilicitud sin culpa y de culpa sin ilicitud²¹. Así, la responsabilidad objetiva es un caso de antijuridicidad sin culpa; y, estamos en presencia de culpa sin antijuridicidad en las situaciones en que, ejerciéndose un derecho que permite causar daños, éste se ejecuta con una conducta negligente dañosa²².

Por lo demás, la distinción de la ilicitud de la culpa permitiría reducir la anfibología de este último término. En este orden de ideas, se sostiene que permite evitar el análisis de la conducta de los enfermos mentales o de los menores: “el acto es ilícito, incorrecto, aunque lo haya realizado un menor o un loco; ya se ha señalado anteriormente que la negligencia no es un estado mental. Lo que se hace en aquellos casos es una valoración distinta a la de la ilicitud del acto...”²³. Así, entendiendo que el concepto “culpa” se emplea en dos sentidos distintos, se puede defender sin problemas la falta de responsabilidad civil de los locos y menores²⁴.

En esta línea de pensamiento, se señala que no es correcto yuxtaponer ilicitud e imputabilidad, puesto que tanto la licitud como la ilicitud no dependen de las circunstancias concernientes a los sujetos, sino de la conformidad o disconformidad del acto con el derecho objetivo²⁵. Más aún, la involuntariedad hace desaparecer a la culpabilidad, mientras que la antijuridicidad desaparece ante una causal de justificación²⁶.

ARGUMENTOS PARA RECHAZAR A LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Quienes niegan todo valor a la antijuridicidad como presupuesto de la condena aquiliana, centran toda la atención del fenómeno resarcitorio de la responsabilidad civil extracontractual en el elemento daño. Los sostenedores de esta tesis afirman que todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social²⁷. Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa²⁸.

Para dar mayor consistencia a su postura, entregan los siguientes argumentos para negarle a la antijuridicidad una función de presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual:

1. En relación al hecho de que algunos comentaristas franceses entiendan incorporada la antijuridicidad en el término *faute* del artículo 1382 del *Code*, se sostiene que esa no es una idea que

²¹ Zannoni señala que “la ilicitud es – debe ser – considerada autónomamente respecto de la culpabilidad del actor, pues ésta – la culpabilidad – no es presupuesto de la noción de ilicitud... distinguir idealmente las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable (*El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 4 y 5)”. En el mismo sentido, Bueres, Alberto José, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 155.

²² Pena López, José María, en Prólogo..., *op. cit.*, pág. 26.

²³ García-Ripoll Montijano, Martín, *Ilícitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 109.

²⁴ García-Ripoll Montijano, Martín, *op. cit.*, pág. 110.

²⁵ López Cabana, Roberto, *op. cit.*, pág. 154.

²⁶ Gesualdi, Dora Mariana, “De la antijuridicidad a las causas de justificación”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini* (directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 147.

²⁷ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, artículo 1902, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1994; Roca Trías, Encarna, *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (quinta edición), pág. 90; Macías Castillo, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 272.

²⁸ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1995; Roca Trías, Encarna, *op. cit.*, pág. 90. Yzquierdo Tolsada señala que “si no hay alusión en nuestro Código a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea porque se ha pretendido encajar el elemento de la antijuridicidad en el de la culpa: el artículo 1902 no dice que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 112)”. De La Vega García indica que la antijuridicidad no es suficiente para valorar la conducta, toda vez que el modelo de conducta ilícita está integrado por la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin culpabilidad no existe una antijuridicidad jurídicamente relevante (*Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 186, 187 y 188).

tuvieron en mente DOMAT y POTHIER al enunciar el principio general de responsabilidad por culpa. Esa interpretación, por lo tanto, no se desprende del texto legal ni tampoco ese es su sentido, sino de la influencia que tuvo en la doctrina francesa el proceso codificador alemán, que sí considera a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad aquiliana²⁹. Por lo demás, un importante sector doctrinario (COLIN, CAPITANT, BOULANGER, SAVATIER, entre otros) participan de la idea de centrar las definiciones de *faute* y de *dommage* en el elemento subjetivo de la culpabilidad, abandonando la referencia a la violación de una norma protectora de la víctima³⁰.

2. No son aceptables las diversas concepciones que se han esbozado para dotar de contenido a la antijuridicidad y, con ello, configurarla como un elemento independiente:
 - a) No es admisible la concepción que sostiene que un daño es ilícito o antijurídico cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva: i) existen actos dañosos que originan responsabilidad civil sin que exista mandato legal específico alguno; ii) es impracticable que las normas puedan reglamentar los innumerables eventos dañosos que se producen en la vida social³¹.
 - b) También es inaceptable la posición doctrinaria que sostiene que el daño es antijurídico cuando lesiona un derecho subjetivo absoluto³². “La protección de los derechos subjetivos absolutos es función del reconocimiento de derechos y acciones como la reivindicatoria, la negatoria y las de cesación o eliminación de la actividad o del estado de cosas lesivo, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber de soportar”³³.
 - c) Tampoco puede considerarse como daño antijurídico a la lesión de otro derecho subjetivo cualquiera o un interés jurídicamente protegido del dañado³⁴. Se rechaza considerar esta última hipótesis como supuesto, además, porque la vaguedad de los términos no conllevan ninguna mínima precisión³⁵.
3. Quienes identifican a la conducta antijurídica con la violación del principio genérico del *alterum non laedere* (contenido en el artículo 2329 CC), confunden la antijuridicidad con el elemento daño³⁶. Se señala que recurrir a tal aforismo sólo aumenta la confusión, ya que se trata de un principio de carácter generalísimo que requiere concreción³⁷. Por lo demás y reiterando lo ya dicho, la violación del *alterum non laedere* no constituye antijuridicidad, ya que ello presupone el daño, confundiendo la antijuridicidad con este elemento³⁸. Por lo demás, es

²⁹ Vicente Domingo, Elena, “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”, en *Revista de Derecho Privado*, 1990, pág. 819. Según esta autora, esa influencia se llevó a cabo a través de los intérpretes alemanes del *Code* y de los autores franceses con formación germánica.

³⁰ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 820.

³¹ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *op. cit.*, pág. 111. Se afirma que la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos (Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 292).

³² Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1994; Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, pág. 292. Esos derechos subjetivos absolutos, según el iusnaturalismo racionalista, serían los relativos a la vida, la integridad corporal y la propiedad (Yzquierdo Tolsada, Mariano, *op. cit.*, pág. 111).

³³ Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, pág. 292.

³⁴ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1994; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *op. cit.*, pág. 111.

³⁵ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *op. cit.*, pág. 112.

³⁶ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 66.

³⁷ Díez-Picazo señala que el brocardo *alterum non laedere*, en su origen, era poco más que un precepto moral, cuando formaba parte del *tria iuris praecepta* de Ulpiano. “En términos estrictamente jurídicos, hay que proceder a esta concreción del *non-laedere* que es un concepto de daño explícito, a menos que se incurra tajantemente en la anfibología que poco más o menos sería decir que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico (*op. cit.*, pág. 292)”.

³⁸ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 66.

inaceptable fundar la antijuridicidad en la violación del *alterum non laedere*, considerándolo como una pretendida norma primaria: una regla de este tipo no podría incluirse en un ordenamiento jurídico de libre competencia, que acepta y estimula la realización de actividades que estadísticamente producen importantes daños³⁹.

4. Si se fundara el juicio de antijuridicidad no en el “desvalor del resultado” sino en el “desvalor de la conducta”, o sea, como la infracción de una “norma de determinación” o de un “imperativo de conducta”, se exigiría demostrar cuál es la necesidad que existe de añadir el elemento de la antijuridicidad al elemento daño⁴⁰. “La acción u omisión negligente del dañante, es decir, el desvalor de su conducta, se inscribe en la imputación subjetiva y cae fuera de un supuesto ámbito específico de la antijuridicidad”⁴¹.

Por lo antes dicho, BARROS BOURIE rechaza la admisión de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Sostiene que en el derecho chileno, “al ser concebida como ilicitud de la conducta, la culpa civil no se distingue de la antijuridicidad”⁴². “La culpa, entendida como infracción al deber de conducta, es sinónima de ilicitud”⁴³.

5. En materia de daños del orden civil, la antijuridicidad es reemplazada por la imputabilidad, exigiéndose siempre el resultado: “producido el daño se obliga a su reparación a un determinado sujeto, en virtud de un determinado título de imputación (la culpa, el riesgo, el sacrificio...)”⁴⁴.
6. Desde la perspectiva del principio *pro damnato* o *favor victimae* se señala que “por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”⁴⁵. Así las cosas, el principio general sería el siguiente: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado”.
7. Poniendo énfasis en el elemento daño, se ha argumentado que la obligación de indemnizar se impone no porque se le reproche al dañante haber actuado antijurídicamente, sino porque el daño es objetivamente imputable a su conducta culposa, estimándose justo que sea él quien lo soporte y no la víctima⁴⁶. Más aún, se afirma que también se responde por los daños causados como consecuencia de una conducta conforme a derecho, como lo sería la responsabilidad objetiva⁴⁷. Así, en este caso, la antijuridicidad no se erigiría como un requisito independiente, puesto que la responsabilidad objetiva presupone la conducta conforme a derecho del agente del daño⁴⁸.
8. Respecto de su supuesta autonomía respecto con el elemento culpa o negligencia, reproducimos las palabras de REGLERO: “la antijuridicidad carece muchas veces de perfiles definidos

³⁹ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1995.

⁴⁰ Pantaleón Prieto, Fernando, *op. cit.*, pág. 1995.

⁴¹ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 65 y 66. Por ello, se ha sostenido que si el artículo 1902 CC no contiene referencia alguna a la antijuridicidad es porque se ha pretendido encajarlo en la culpa (Yzquierdo Tolsada, Mariano, *op. cit.*, pág. 112).

⁴² Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 96.

⁴³ Barros Bourie, Enrique, *op. cit.*, pág. 97.

⁴⁴ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 66.

⁴⁵ Díez-Picazo, Luis, “La responsabilidad civil hoy”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pág. 734. Le siguen Llamas Pombo, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 301; y Macías Castillo, Agustín, *op. cit.*, pág. 272.

⁴⁶ Pantaleón Prieto, Fernando, *op. cit.*, pág. 1995.

⁴⁷ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 67.

⁴⁸ Idem.

frente a la culpa o la negligencia. Cabe preguntarse si, por ejemplo, el conductor que conduce su vehículo en estado de embriaguez, o mayor velocidad que la permitida, se comporta de forma antijurídica o de forma imprudente; si la conducta antijurídica no encierra, al menos, una conducta negligente. Y, a la inversa, si una conducta negligente no es una conducta antijurídica. Si la respuesta es afirmativa, como creo que lo es, resulta en principio irrelevante que el daño se impute por negligencia o por conducta antijurídica. Lo relevante es que concurra un título de imputación⁴⁹.

En base a los argumentos anteriores, esta tesis acepta, a lo sumo, que la antijuridicidad opere como coelemento de imputación, como impedimento de la imputación objetiva en determinados casos o como límite de la obligación indemnizatoria del daño en la parte que es consecuencia del uso no abusivo del propio derecho⁵⁰.

En esta misma línea de pensamiento encontramos a quienes consideran que la antijuridicidad sólo tiene como función la de ser un elemento obstativo de la responsabilidad civil. No “importa tanto la antijuridicidad como su falta: la juridicidad”⁵¹. Así, se ha dicho que “de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres”⁵²; “a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos (aunque no constituyan propio derecho subjetivo), ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación”⁵³; o, “el requisito de la antijuridicidad debe examinarse a los efectos de constatar, o no, la existencia de una causa de justificación del daño que borre los contornos de injusticia o ilicitud del mismo”⁵⁴.

NUESTRA OPINIÓN

Evidentemente son sólidos los fundamentos que exponen tanto los partidarios como los detractores de considerar a la antijuridicidad como un presupuesto autónomo de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, tratándose del ordenamiento nacional, estimamos que existen razones históricas y argumentos derivados de la normal evolución del instituto en comento que nos llevan a afirmar que la antijuridicidad no constituye un elemento independiente de la responsabilidad extraobligacional.

En efecto, nuestro Código Civil es seguidor del sistema de responsabilidad civil del *Code*⁵⁵,

⁴⁹ Idem. La absorción de la antijuridicidad por la culpabilidad son puestos de manifiesto por Pantaleón Prieto en su trabajo “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las administraciones públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 469 y 460.

⁵⁰ Reglero Campos, Luis Fernando, *op. cit.*, pág. 67. Este autor afirma, en cuanto a la función como coelemento de imputación, que ello ocurrirá normalmente en las conductas omisivas, especialmente “cuando sobre el sujeto eventualmente responsable pesa un deber de información, de seguridad o de vigilancia”. No obstante, luego señala que la antijuridicidad puede funcionar como criterio autónomo de imputación, por ejemplo, en las situaciones de abuso del propio derecho *ex* artículo 7.2 CC (*op. cit.*, pág. 68 y 69).

⁵¹ Pena López, José María, *Prólogo...*, pág. 15.

⁵² De Ángel Yagüez, Ricardo, *Comentario del Código Civil*, Tomo 8, artículo 1902 (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, pág. 365.

⁵³ Lacruz Berdejo, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, tomo II, volumen 2º, Dykinson, Madrid, 2005 (tercera edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández), pág. 445.

⁵⁴ Macías Castillo, Agustín, *op. cit.*, pág. 273. En el mismo sentido, Llamas Pombo, Eugenio y Macías Castillo, Agustín, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en *Actualidad Civil*, Nº44, 1998, pág. 1067.

⁵⁵ La influencia que tuvo el *Code* sobre el Código Civil chileno en materia de obligaciones y contratos es puesta de manifiesto por Guzmán Brito: “El *Code Civil* ocupó ciertamente un lugar importante en la codificación chilena; no en cuanto al sistema, que no adoptó, pero sí en cuanto inspirador de muchas disposiciones, especialmente en materia de obligaciones y contratos (Libro IV del Código) (*Historia de la codificación en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 209)”. Esta familiaridad entre el Código Civil francés y el chileno es también evidenciada por Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986 (cuarta edición, actualizada y revisada), pág. 32.

inspirado en las enseñanzas de DOMAT y POTHIER, que establece una cláusula general de responsabilidad basado en el criterio de la culpa. Estos ilustres juristas no conocieron el concepto de antijuridicidad antes analizado, ya que la distinción de ésta como categoría jurídica comienza con una discusión tenida a su respecto por MERKEL e JHERING durante la segunda mitad del siglo XIX⁵⁶. La antijuridicidad, en materia de responsabilidad aquiliana, es una construcción posterior al nacimiento del Código Civil Francés, que tiene su cuna en el proceso de codificación alemana y su definitiva consagración en el B.G.B. de 1900⁵⁷.

Los célebres autores franceses definieron al cuasidelito como el “hecho por el que una persona, no por malignidad, pero por imprudencia no excusable, causa cualquier daño a alguno”⁵⁸. Esta concepción es la que recoge el artículo 1382⁵⁹ del Código Napoleónico, que identifica el cuasidelito con el ilícito civil⁶⁰. En este entendido, es evidente que DOMAT y POTHIER únicamente enunciaron un principio general de responsabilidad por culpa⁶¹.

Por lo tanto, nuestro sistema de responsabilidad extraobligacional, inspirado en el *Code*, no contempló a la antijuridicidad como uno de sus presupuestos. Abona esta conclusión la circunstancia de que en los sistemas en que la antijuridicidad se erige como exigencia de la responsabilidad aquiliana, este elemento ha sido sancionado legislativamente de manera expresa. Así ocurre en el B.G.B. alemán, el Código Civil austríaco y el Código suizo de obligaciones⁶².

Por otra parte, constatamos que el epicentro de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra indiscutiblemente en el elemento daño. Bajo esta perspectiva, vemos como los ordenamientos, no obstante su diversa conformación como sistemas típicos y atípicos, han avanzado hacia un mismo norte: dar mayor protección al dañado, imponiéndole el peso de cargar con el perjuicio sufrido sólo cuando el dañante esté amparado por una causal de justificación del hecho lesivo. En este escenario, todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social⁶³. Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa⁶⁴.

En este mismo orden de ideas y desde el prisma del principio *pro damnato* o *favor victimae*, “todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado”⁶⁵. Por ello, el profesor DÍEZ-PICAZO afirma que “los daños justamente

⁵⁶ García-Ripoll Montijano, Martín, *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁷ Tal como lo pone de relieve la profesora Vicente Domingo, la antijuridicidad es consagrada en definitiva en el B.G.B. por la influencia de Savigny, quien manifestó “la necesidad de sustanciar el hecho ilícito en un hecho objetivamente antijurídico”. Por lo demás, el fundador de la Escuela Histórica del Derecho y sus discípulos rechazan la cláusula general del *neminem laedere* consagrada en el artículo 1382 del *Code*, ya que los intérpretes no tienen por qué completar el texto legal, sino solamente conocerlo (Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 817.) Es por ello que el B.G.B. describió cada uno de los ilícitos civiles que provocan el nacimiento de la obligación resarcitoria, dando lugar a un sistema típico de responsabilidad civil.

⁵⁸ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 816.

⁵⁹ “Tout fait quelconque de l'homme qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

⁶⁰ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 816.

⁶¹ Debe tenerse presente que Domat y Pothier fueron fuertemente influenciados por el iusnaturalismo, cuyos postulados sobre la responsabilidad civil se fundaban en el principio de no causar daño a otro: *alterum non laedere* (Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 815 y 816). Por otra parte, Rotondi, refiriéndose al proceso de generalización de la responsabilidad aquiliana y a la importancia de la culpa en el sistema, sostiene que “no se podría llegar a más, salvo renunciando al principio de la culpa (Rotondi, Giovanni, “Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ.”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1917, parte prima, pág. 275)”.

⁶² Un breve análisis de las disposiciones que contemplan a la antijuridicidad en los ordenamientos mencionados puede leerse en Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo I, séptima edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 30 y 31.

⁶³ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1994; Roca Trías, Encarna, *op. cit.*, pág. 90; Macías Castillo, Agustín, *op. cit.*, pág. 272.

⁶⁴ Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario... artículo 1902...*, pág. 1995; Roca Trías, Encarna, *op. cit.*, pág. 90. Yzquierdo Tolsada señala que “si no hay alusión en nuestro Código a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea porque se ha pretendido encajar el elemento de la antijuridicidad en el de la culpa: el artículo 1902 no dice que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia (*op. cit.*, pág. 112)”. De La Vega García indica que la antijuridicidad no es suficiente para valorar la conducta, toda vez que el modelo de conducta ilícita está integrado por la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin culpabilidad no existe una antijuridicidad jurídicamente relevante (*op. cit.*, pág. 186, 187 y 188).

⁶⁵ De Lorenzo, Miguel Federico, *op. cit.*, pág. 77.

causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza, si concurre una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona”⁶⁶.

Así las cosas, en atención a que tanto la doctrina como la jurisprudencia han centrado su atención en el elemento daño y han ido ampliando el campo de los perjuicios reparables – en el sentido de hacer indemnizables aquellos intereses lesionados dignos de tutela –, la antijuridicidad carece de operatividad para poder separar los daños reparables de los que no lo son⁶⁷. A falta de regulación especial, la protección ante cualquier daño que afecte a un interés merecedor de tutela puede encontrar su estatuto normativo en los artículos 2314 y siguientes CC, sin necesidad de recurrir a la antijuridicidad para determinar su resarcimiento.

Finalmente, el descarte de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad aquiliana se manifiesta en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en donde sólo se señalan como presupuestos de la misma la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la existencia de un criterio de imputación, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno⁶⁸.

La supresión de la antijuridicidad del sistema europeo de responsabilidad civil ha sido puesto en evidencia por MARTÍN CASALS, uno de los miembros del “European Group on Tort Law”, que fue la comisión encargada de estudiar y redactar los mencionados Principios: “...si bien los Principios no llevan a cabo una enumeración cerrada de cuáles son los intereses protegidos, sí consideran conveniente señalar la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño y establecer una cierta jerarquía de intereses cuya lesión dará lugar a indemnización. Con ello pretenden prescindir de una mención expresa de la noción de antijuridicidad, porque en el ámbito comparado aporta más problemas que soluciones. Por una parte, porque en algunos ordenamientos, como el alemán, se entiende como un desvalor del resultado (*Erfolgsunrechtlehre*), mientras que en otros, como el austríaco, se entiende como un desvalor de la conducta (*Verhaltensunrechtlehre*). Además, mientras que en los ordenamientos jurídicos que adoptan un criterio subjetivo de la culpa, como el austríaco, antijuridicidad como desvalor de la conducta y culpa son todavía distinguibles, en otros ordenamientos, como el francés, antijuridicidad y culpa se confunden e, incluso, la primera llega a sustituir a la segunda. El tema se resuelve en los Principios a favor de una noción objetiva de culpa (cf. art. 4:101 y 4:102 PETL), que por ello incorporan la noción de antijuridicidad, pero que no prescinde de elementos subjetivos, propios de toda noción de culpa, al permitir, como excepción, que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (como por ejemplo, la edad o la discapacidad física o síquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del estándar de conducta exigible”⁶⁹.

De esta manera, los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil han venido a corroborar que la antijuridicidad, como elemento autónomo de la responsabilidad aquiliana, va camino en retirada.

Por lo tanto, en atención a los antecedentes históricos de nuestro Código y la evolución del denominado Derecho de Daños – que centra precisamente su atención en este elemento y que tiene como corolario las conclusiones del “European Group on Tort Law” –, podemos afirmar que la antijuridicidad no es presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual en el Código de Bello.

⁶⁶ Díez-Picazo, Luis, *La responsabilidad...*, pág. 735.

⁶⁷ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, pág. 839.

⁶⁸ Artículo 1:101. Norma fundamental.

(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo.

(2) En particular, el daño puede imputarse a la persona a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁹ Martín Casals, Miquel, “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil”, en *InDret*, 2/2005, pág. 8, www.indret.com.