



Universidad de Valparaíso

Tesina Derecho

Implicancias prácticas de la antijuridicidad como requisito autónomo de la responsabilidad
extracontractual

Enero de 2019

Alumna: Valeria Marambio Silva

Profesora guía: Pamela Prado López

Índice

Introducción.....	Pág. 4
I. Observaciones desde el punto de vista de la evolución de la institución de la antijuridicidad	
1. Derecho Romano.....	Pág. 6
2. Etapa intermedia.....	Pág. 8
3. Etapa del lus naturalismo racionalista.....	Pág. 9
II. Fundamento y contenido de la antijuridicidad	
1. Algunas posturas respecto a la antijuridicidad.....	Pág. 12
2. ¿Existen daños permitidos por el ordenamiento jurídico?.....	Pág. 13
3. Consecuencias de la presencia y ausencia de antijuridicidad.....	Pág. 14
III. Causales de Justificación	
1. Regulación penal y civil.....	Pág. 18
2. Causales de justificación o exclusión de la antijuridicidad.....	Pág. 19
3. Consideraciones sobre el ilícito.....	Pág. 20
3.1 Consideración Penal.....	Pág. 20
3.2 Consideración Civil.....	Pág. 21
4. Estudio particular de las causales de justificación.....	Pág. 22
4.1 Estado de Necesidad.....	Pág. 22
4.1.1 Estado de Necesidad justificante.....	Pág. 22
4.1.2 Estado de Necesidad exculpante.....	Pág. 23
4.1.3 Consideraciones comunes.....	Pág. 24
4.2 Legítima Defensa.....	Pág. 25
4.3 Comparación entre estado de Necesidad y Legítima defensa.....	Pág. 25

5. Consecuencias prácticas procesales.....	Pág. 26
5.1 Aspectos probatorios de las causas de justificación.....	Pág. 26
5.2 Estándar de convicción exigido.....	Pág. 27

IV. Culpabilidad civil

1. ¿Ilícitud en la culpabilidad?.....	Pág. 28
2. Fundamento de la responsabilidad extracontractual.....	Pág. 30
3. Modelo de culpabilidad.....	Pág. 30

V. Conclusiones

1. Síntesis general	Pág. 32
---------------------------	---------

Bibliografía.....	Pág. 34
-------------------	---------

Implicancias prácticas de la antijuridicidad como requisito autónomo de la responsabilidad
extracontractual

Resumen (Abstract): Siendo la responsabilidad civil, en general, una de las áreas del Derecho con mayor aplicación y discusión en tribunales, se hace evidente la relevancia práctica de abordar problemáticas en relación a la misma. En la responsabilidad extracontractual, el panorama actual suele entender que el “requisito antijuridicidad” no existe de manera autónoma, es decir, su análisis se encuentra inserto dentro de los que se consideran *elementos* propiamente tales. A partir de ello, este trabajo pretende sostener una argumentación en relación a la extracción de este requisito, su distinción clara de otros elementos, y su transformación en un elemento autónomo (en el contexto del análisis de la responsabilidad aquiliana). Basándonos en un recorrido histórico, en la normativa de nuestro Código Civil, actuales comprensiones de la responsabilidad, entre otras, llegamos a la conclusión que dicha autonomía no solo es necesaria, sino que también coherente con un análisis sistemático e integral de la responsabilidad.

Descriptorios generales: Derecho Civil - Responsabilidad civil extracontractual – Antijuridicidad - Elementos – Autonomía.

Introducción

El presente trabajo se enmarca en el contexto de un creciente auge en materia de responsabilidad por *accidentes*. La abundancia con que estos temas se tratan en tribunales, exige que se realice una mirada crítica de los actuales paradigmas que rigen al Derecho chileno. Por ello, el planteamiento de la antijuridicidad como requisito autónomo en la responsabilidad extracontractual supone un rotundo revés a los paradigmas dominantes en la materia.

Hoy en día, el elemento culpabilidad es el causante del notable abandono que ha sufrido la antijuridicidad en sede civil. Esto es producto no solo de un específico desarrollo histórico, sino que también por el empleo de una técnica legislativa en que don Andrés Bello optó por un régimen de responsabilidad extracontractual en base a cláusulas generales que no contemplan el elemento antijurídico.

Pese a este desfavorable panorama, pretendemos dotar de un sustento teórico sistematizado a la tesis que plantea la total separación e independencia de la culpabilidad y antijuridicidad en la responsabilidad aquiliana. Este objetivo se concretará en base a una específica comprensión del fundamento de la responsabilidad y un especial tratamiento de los desvalores de conducta y de resultado en atención a las características propias del Derecho civil.

A consecuencia de este análisis, surgirá una determinada comprensión respecto a la ubicación y función de las causales de justificación. Además, se dará tratamiento desde el punto de vista de la carga probatoria y algunas otras consecuencias procesales pertinentes asociadas a la existencia de presunciones de culpa – a las que poca relevancia se ha dado en nuestro Derecho-

Para terminar, se hará un análisis teórico de aquellas posturas que defienden la inclusión de la antijuridicidad en el juicio de culpabilidad, para luego desvirtuarla y poner en evidencia los diferentes presupuestos de ambos planteamientos.

I. Observaciones desde el punto de vista de la evolución de la institución de la antijuridicidad

1. Derecho Romano

Ya desde la antigüedad podemos dar cuenta de la primigenia existencia de normas que condenaban a las personas que causaren un daño en las cosas, a pagar un determinado monto al *dominum* de aquella (Lacruz, 2002: p. 427-428). Si bien estos orígenes del sistema de responsabilidad extracontractual presentan bastantes diferencias con el modelo actual – así por ejemplo el carácter inminentemente penal de la misma –, consideramos su revisión como de capital importancia: lejos de aceptar que la historia sea solo “cuentos del pasado”, muchas veces la disciplina jurídica nos exige entenderla como un instrumento apto para comprender las instituciones del presente, de modo que volver sobre ella resulta de gran provecho.

Analizando estos orígenes, podemos dar cuenta que en el tercer capítulo de la *lex Aquilia* del 286 a.c aproximadamente, se establecía la *damnum iniuria datum*, referida al que infringe con iniuria cualquier daño a una cosa de otro (Alessandri, 2005: p. 77-78). Destacamos el término “iniuria”, ya que en la antigüedad era entendida como la contradicción a Derecho, sin perjuicio de que hoy tenga una conceptualización completamente diferente. Esta referencia expresa a que el daño sea causado con iniuria se convertirá en el primer paso para sustentar una argumentación en miras a que la “contradicción a Derecho” no solo es un elemento de la responsabilidad aquiliana, sino que también es completamente autónoma respecto de otros requisitos de la misma.

Debemos dejar en claro que el elemento antijuridicidad, pese a no contemplarse expresamente en todos los ordenamientos jurídicos -como lo es el caso de Chile¹-, de igual forma suele entenderse presente entre los requisitos de la responsabilidad extracontractual, ya sea hallándose ínsito dentro del elemento culpabilidad, o no teniendo relevancia alguna, y pocas veces, siendo un elemento autónomo de la responsabilidad civil. Por otra parte, en ordenamientos jurídicos donde la antijuridicidad la encontramos de manera expresa – y por tanto es más admisible la tesis de la autonomía de este elemento, siendo Alemania el ejemplo más

¹ Los artículos 2314 y 2329 del Código civil chileno no hacen referencia expresa a la antijuridicidad. Esta realidad se repite en los preceptos de corte francés.

icónico de esta realidad² – podemos observar ciertas dificultades con la comprensión de este elemento, que serán analizadas posteriormente.

Por ello hemos de dejar constancia que antes de analizar la variada realidad foránea respecto al tema, casi mecánicamente, como en toda investigación, debemos analizar el origen de esta discusión. El objeto de esto no es desarrollar un apartado de evolución histórica, sino que más bien es evidenciar que la antijuridicidad en sus orígenes sí era contemplada de manera expresa, y que con el pasar de los años su tratamiento fue olvidado, hasta que finalmente en la época de la codificación fue recogida por algunos códigos y por otros no. Intentaremos explicar el porqué de esta evolución, cuál es la piedra angular de esta problemática, y cómo podemos acoger la antijuridicidad aun sin expresa referencia.

Todos aquellos preceptos de corte francés – entiéndase artículo 1902 español, 2329 chileno – como aquellos de corte alemán – 823 BGB, – reconocen su origen en la Lex Aquilia del 284 a.c aproximadamente, que en su origen es un plebiscito. Ya antes de esto, entre los romanos, el daño que causare un ajeno a algún miembro de la familia, debía ser pagado (por aquél) casi de manera mecánica, dándose así lugar a la *inimicitia* (Lacruz, 2002: p. 427). Posterior a ello, a proposición del tribuno llamado Aquilino nace el cuerpo cuyo nombre se debe a su memoria. Dicha lex contenía 3 capítulos, siendo el primero y tercero los relevantes a la actualidad, y especialmente el último para el desarrollo de este apartado. Allí se contenía la *damnum iniuria datum*, entiéndase el daño inferido con iniuria. Ese daño debía de inferirse en cualquier cosa de otro y bastaba cualquier daño. Fue la doctrina y derecho pretorio los encargados de profundizar los conceptos que este nuevo cuerpo les entregaba, siendo principalmente este último el responsable de la ampliación del ámbito de los daños resarcibles y legitimados para accionar vía acciones en *factum* y acciones útiles, las cuales DÍEZ-PICAZO

² Código Italiano: art. 2043 “Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto (*un danno ingiusto*), obliga a quien ha realizado el hecho a resarcir el daño”. Código Portugués: art. 483.1 “Aquel que, con dolo o mera culpa, viola ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos, queda obligado a indemnizar al lesionado por los daños resultantes de la violación”. Código Holandés: art. 6:162 “Quien comete un acto jurídico (*onrechtmatige daad*) contra otro, que puede ser imputado al infractor, debe indemnizar el daño que la otra persona sufre como consecuencia de él”. BGB: 823.1 “Quien dolosa o negligentemente daña de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho especial de otro, está obligado a indemnizarle el daño causado”. También hay referencias en García-Ripoll, Martín, Estudios Monográficos: La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, en ADC, tomo LXVL, 2013, fasc. IV, pág. 1507.

califica como las técnicas para complementar, adaptar y corregir el *ius civile*. De igual forma percibe este autor, que a partir de las compilaciones Justinianeas comienzan las transformaciones conceptuales. Ahora la iniuria, entiéndase la contradicción a Derecho, no es considerada de manera expresa en la acción de daños. La *damnum iniuria datum* pasó a ser la *damnum corpore corpori*, refiriéndose a la destrucción o lesión de cosas corpore y otras formas de perjuicio (Díez-Picazo, 2011: p. 69 – 77). Este es el comienzo de la confusión que gira en torno a la antijuridicidad – aunque para el ejercicio de esta acción seguía siendo necesaria la iniuria, es decir, que el daño no fuera conforme a Derecho-.

Ya en el Derecho romano observamos que la conformidad a Derecho venía dada por el ejercicio de un derecho propio, actuar en legítima defensa o un estado de necesidad, aunque algunos autores cuestionan que la iniuria se haya establecido con ocasión de las causales de justificación dado su poco desarrollo objetivo en la ley, pocas referencias doctrinarias, y lejanía entre los preceptos (García-Ripoll, 2013: p. 1508). No podemos estar en mayor desacuerdo con dicha argumentación puesto que el “escaso” desarrollo viene dado por la comprensión de una realidad en que los riesgos eran bastante más reducidos y excepcionales de lo que son actualmente. El estudio de daños antijurídicos en la antigüedad es completamente diferente en una época en que incluso las personas arraigan la idea de que todo daño debe serles reparado. Además, la lejanía de los preceptos es una cuestión completamente irrelevante puesto a que incluso en la actualidad la aplicación de las causales de justificación en materia civil es extraída del código penal. Pero no negamos que la unicidad de esta materia contribuiría a una mejor sistematización; y en este sentido sí podría entenderse la “problemática” de “... la aplicabilidad de las causas de exclusión de la antijuridicidad formalmente previstas en el Código penal a los supuestos de ilícito meramente civil...” (Busto, 1998: p. 36)

2. Etapa intermedia

En la época del Derecho común se admite cualquier forma culposa de producción de daño, por lo que la iniuria comienza a quedar en el olvido. La “culpa” contribuyó a la absorción de la iniuria en la misma, o bien, a su desaparición. Así, la acción de daños era acogida cuando el agente dañoso hubiese incurrido en dolo o culpa.

En la época de los glosadores y post-glosadores pocos son los avances respecto a la antijuridicidad. A lo más podemos destacar un desarrollo en orden al fundamento que reviste a

la acción de daños, dejando en el pasado el carácter penal de la condena para aceptar la indemnización y reparación del daño como fundamento rector de la misma; y el desarrollo de la responsabilidad del amo por hechos de sus dependientes.

Ya en el siglo XVI la confusión de la iniuria con la culpa en sentido amplio es clara. Por alguna razón el concepto de “culpa” se volvió suficiente para la explicación de la responsabilidad extracontractual, prescindiendo de la iniuria completamente. Una explicación de este olvido podría encontrarse en la época de las fuentes estudiadas por los doctrinarios de la época, es decir, mientras que la acción original era la *damnum iniuria datum*, las fuentes romanas fueron estudiadas a partir de las compilaciones justinianas y las correspondientes modificaciones conceptuales de la misma: *damnum corpore corpori*, que, si bien en la práctica exigía la presencia de *damnum iniuria datum*, dicha precisión no fue recogida por estudiosos posteriores. La razón de ser de la iniuria, esto es la exclusión de causales de justificación, o bien fue absorbida por la culpabilidad, y concurriendo una causal de justificación se excluía el comportamiento doloso o culposo, o bien fue sustituida en su totalidad por la culpabilidad negándose la existencia de toda clase de iniuria, y reduciendo el estudio de responsabilidad a un examen de culpabilidad.

3. Etapa del Ius naturalismo racionalista

Tras muchos años, fueron los autores del derecho natural como GROCIO, PUFFENDORF, THOMASIO, quienes recogen la iniuria como requisito para el resarcimiento, idea que finalmente llega al código alemán. Debemos destacar que el término iniuria fue llevado al idioma alemán bajo la expresión “*Rechtswidrigkeit*”³. Por otra parte, los códigos de corte francés omitieron referencia al concepto.

La iniuria fue trascendental en la teoría del delito y la acción de daños por responsabilidad extracontractual. Finalmente, la expresión “*Rechtswidrigkeit*” llegó a nuestro idioma gracias a las traducciones de JIMÉNEZ DE ASÚA. El término alemán no contaba con una traducción a nuestro idioma, razón por la cual el autor decide emplear la expresión antijuridicidad –jamás usado hasta entonces–.

³ También fue empleada la expresión *Widerrechtlichkeit*, o *Unrecht*, pero *Rechtswidrigkeit* fue la principal. Todas para referirse al “no derecho” o “antijuridicidad”.

II. Fundamento y contenido de la antijuridicidad

Las primeras apreciaciones de la antijuridicidad eran hechas en el contexto punitivo. Así, mucho ha sido tomado prestado por parte del derecho civil al derecho penal. Ha habido una transportación de instituciones sin mayor profundización en las funciones y fines propios de cada régimen. Por esta razón, si bien aceptamos que el concepto de antijuridicidad es uno solo, es decir, la unicidad formal de la institución en todo el ordenamiento jurídico - y que por tanto no existe una antijuridicidad penal y otra civil -, debemos matizar su estudio en consideración al área en que se aplique. La antijuridicidad formalmente debe ser entendida como la contradicción a Derecho, al ordenamiento jurídico en su totalidad.

Ambas ramas del derecho – penal y civil - responden a funciones y fines propios de su especialidad. Por esa razón es que consideramos que el objeto material de la antijuridicidad en la responsabilidad civil no es la conducta, sino que el daño. Este último es el eje central de la responsabilidad extracontractual. El elemento común y relevante en los supuestos de hecho que dan lugar a responsabilidad civil vienen dadas no por una conducta - ya que por sí misma es insuficiente para la dar lugar a responsabilidad - sino que, por la existencia de un daño jurídicamente relevante, un daño antijurídico.

En síntesis, podemos decir el examen de antijuridicidad no puede predicarse respecto de la conducta del hechor. La explicación radica en las diferencias existentes entre la responsabilidad penal y civil. En el Derecho penal la antijuridicidad perfectamente puede analizarse desde el punto de vista de la tipicidad y desde la contradicción de tal conducta típica con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, importar desde el Derecho penal al Derecho civil dicho concepto, implica hacer algunas precisiones:

- a. Las finalidades de la responsabilidad penal y civil son muy distantes. Mientras la primera se orienta a la protección de bienes jurídicamente relevantes para la sociedad en su conjunto, la segunda se enfoca en la protección de interés particulares.
- b. Siguiendo lo anterior, la configuración de estructuras típicas civiles es inviable en un derecho que tiene por finalidad lo ya señalado. Suponer una tipificación de todas y cada una de las conductas potencialmente dañosas no solo es contraproducente, sino que también perjudicial para aquella víctima que deberá intentar encuadrar los hechos que le

afectan en alguno de los tantos tipos, bajo riesgo de verse abandonado por el Derecho en el evento de que la conducta no sea típica.

- c. En el Derecho civil la realización de un daño incide en la necesidad de hacer una reparación por esos perjuicios -función resarcitoria-. En el Derecho penal la conducta delictual significa una sanción que puede ser de distinta índole -función punitiva-. El elemento generador de la obligación y sanción, respectivamente, son diferentes. La estructura de la antijuridicidad penal se perfila desde la contradicción de la conducta con el orden jurídico. En el Derecho civil predicar esta contradicción no solo es imposible por la inexistencia de conductas típicas; el énfasis de la antijuridicidad en el Derecho civil no viene dado por el desvalor de acción, sino que por el desvalor de resultado.
- d. Mientras que el derecho penal responde a razones de protección de bienes jurídicos socialmente relevantes, específicamente tipificados, legalmente establecidos, y por regla general indisponibles, el derecho civil se enfoca en la protección de intereses privados disponibles.

La antijuridicidad en el ámbito penal está configurada en respuesta a la estructuración de conductas típicas que son indiciarias de antijuridicidad, lo cual se confirmará en el evento de que no opere una causal de justificación. La íntima relación entre conducta y antijuridicidad en el Derecho penal no viene dada por la tipificación de las conductas –ya que ello podría dar a pensar que respecto de ilícitos civiles tipificados la antijuridicidad se predica de la conducta -, sino que porque el elemento fundamental en los supuestos de hecho que dan lugar a responsabilidad penal vienen dados por la ejecución de una conducta. Sin conducta no hay antijuridicidad

El contenido de la antijuridicidad admite una variación en consideración al contexto en que esté siendo analizada a consecuencia del análisis recién hecho. En el Derecho penal es claro que la conducta es el objeto material de la antijuridicidad, idea que se ha replicado sin mayor reflexión en el área civil. El contenido material de la antijuridicidad civil es un desvalor de resultado. En el Derecho civil la relación entre daño y antijuridicidad viene dada porque sin daño no hay antijuridicidad. No existen los delitos civiles de peligro. El factor relevante para que nazca esta responsabilidad es la producción de un daño, a diferencia de la responsabilidad penal, donde encontramos delitos de peligro y resultado.

1. Algunas posturas respecto a la antijuridicidad

Desde fines de la década de los sesenta podemos encontrar los primeros trabajos sobre antijuridicidad en el contexto de la responsabilidad civil. CARBONE es uno de ellos, italiano, el más importante exponente de la corriente negadora de la existencia de la antijuridicidad en su obra *Il fatto dannoso della responsabilità civile*. Sostiene que en el ordenamiento italiano, el carácter de la ilicitud es extraño al hecho dañoso, porque el elemento común a los diversos supuestos de hecho de la responsabilidad civil no está dado por el ilícito, sino por un hecho dañoso relevante para el derecho.

En la actualidad ROCA y sobre todo PANTALEÓN, forman parte de este grupo de detractores. Este último es seguido por una buena parte de la doctrina española, así por ejemplo LACRUZ, YZQUIERDO, entre otros. La explicación que suele reproducirse es, que partiendo de los presupuestos de que el artículo 1902 del código civil español no es un sistema típico de responsabilidad extracontractual, por tanto, se trata de un sistema de clausula general, y que dicho precepto no exige la lesión a un derecho subjetivo, señala PANTALEÓN (citado por GARCÍA-RIPOLL) que, a partir de lo anterior, “es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y que dicha antijuridicidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1902 sería una norma secundaria) protectora del bien lesionado.

Tampoco parece aceptable la tesis de que la antijuridicidad consiste en la violación de la pretendida norma primaria *alterum non laedere*. Una norma jurídica así... no puede formar parte del ordenamiento jurídico de un sistema económico-social fundado en la competencia, y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás.” (García-Ripoll, 2013: p. 1526)

Finalmente sostiene que fundar el juicio de antijuridicidad en el desvalor de conducta “... exigiría demostrar qué necesidad existe de añadir el elemento antijuridicidad al elemento culpa. Y sobre todo, esta postura, al situar el centro de gravedad del supuesto de hecho del artículo 1902 CC en la conducta del responsable, y no en el daño, contradice la función propiamente resarcitoria del precepto; no se impone al dañante la obligación de indemnizar porque puede serle reprochado haber obrado antijurídicamente, y con el fin de que no vuelva a actuar así, sino porque, dado que el daño es objetivamente imputable a la conducta culposa de

aquél, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez del dañado” (García-Ripoll, 2013: p. 1526)

José M. Pena López, siguiendo al italiano BUSNELLII, se suma a los autores anteriores en su prólogo a BUSTO LAGO, sintetizando los puntos referidos en:

- a. “La existencia de tipos de conductas permitidas y fomentadas por el ordenamiento jurídico que, sin embargo, aun desarrollándose sin haber transgredido ningún específico deber que, sin embargo, e incluso con las correspondientes autorizaciones, originan la correspondiente responsabilidad civil, caso de causar daños, ya sean éstos originados por el desarrollo de actividades dañosas en potencia, pero con daños estadísticamente inevitables o, incluso, por actividades meramente dañosas en el acto.
- b. La repugnancia de considerar como hechos ilícitos aquellos en los que, a pesar de la falta de culpa, existe la denominada responsabilidad civil objetiva.
- c. La inexistencia de un deber que tuviese por contenido el *neminem laedere*, en razón de que un deber de esta naturaleza ni estaría previsto por el ordenamiento jurídico, ni podría estarlo, so pena de paralizar la marcha de la vida económica y social normal correspondiente a una economía de mercado, con la prohibición de toda actividad que pudiera causar daño a otro.” (Busto, 1998: p. 14).

2. ¿Existen daños permitidos por el ordenamiento jurídico?

Afirmar que el ordenamiento jurídico permite, e incluso incentiva la producción de daños, dando lugar a responsabilidad por los mismos sin haberse transgredido ningún deber específico, requiere hacer algunas precisiones. En primer término, el ordenamiento jurídico autoriza, no la producción de un daño, sino que la realización de determinadas conductas potencialmente dañosas. Si el ordenamiento jurídico aceptase la producción de daños, habrá que justificarlo ya sea en la irrelevancia del mismo para el orden jurídico; por razones de política legislativa; o conflictos de normas de diferente jerarquía. ¿Cabe a la antijuridicidad algún rol en estos casos? - incluso hay autores que niegan la existencia ontológica de la antijuridicidad dado que lo único existente es la juridicidad⁴- ¿Es verdad que el orden jurídico acepta producciones de daño? En

⁴ Al respecto José López explica el postulado de Dell' Andro en “*El territorio de la antijuridicidad en la Provincia de la responsabilidad civil. Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil*”, pág. 28, señalando que solo existe una ontología jurídica de los comportamientos. La licitud o el carácter debido de algunos comportamientos puede impedir la relevancia que los mismos tendrían si no fueran precisamente

definitiva ha sido "...el protagonismo del daño... el que ocasiona, como acabamos de ver, el oscurecimiento de la antijuridicidad..." (Busto, 1998: p. 15).

Lo permitido por el orden jurídico es el desarrollo de conductas que potencialmente puedan ser dañosas (Rodríguez, 1999: p. 130), por ejemplo, si una fábrica respeta los niveles de emisión de contaminantes que la ley establece, y no obstante ello, se produce en la población cercana daños medioambientales, estructurales y de salud, lo que habrá que preguntarse en tal caso es si son antijurídicos los daños provocados. Claramente lo son, puesto que ninguna entidad tiene derecho *per se* a perturbar o destruir el derecho de otros sobre su entorno, bienes y vida. La contrastación del daño con el ordenamiento jurídico viene dada por la inexistencia de un derecho o autorización de la fábrica para afectar el patrimonio ajeno: el daño es antijurídico.

El daño, desde una comprensión actual, es el elemento axial de la responsabilidad civil, tanto que la finalidad principal de la responsabilidad se orienta a la reparación del mismo - incluso algunos autores prescinden de la antijuridicidad, solo centrándose en la existencia de daño-. No es antijurídica la conducta, puesto que, en primer lugar, ella no es el objeto material de la antijuridicidad, y aun si lo fuera, ella se ajusta perfectamente a las exigencias legales. Otro punto podrá ser la crítica que se da al desarrollo de políticas legislativas minimalistas en sus estándares, de escaso impacto, o baja fiscalización, pero en realidad nuestro Derecho no frena el desarrollo de industrias caracterizadas por los daños que conllevan en su desarrollo.

3. Consecuencias de la presencia y ausencia de antijuridicidad

Variadas han sido las comprensiones de la antijuridicidad en la historia. No solo tiene influencia la concepción que se pueda tener de la antijuridicidad aisladamente, sino que, la comprensión de otros elementos de la responsabilidad -en uno u otro sentido-, necesariamente repercutirá en la configuración de los demás. Por ejemplo, en Francia se entendía que la antijuridicidad estaba inmersa dentro de la expresión "le faute", referida a la culpabilidad; otros explicaban que la antijuridicidad carecía de relevancia práctica; para otros la relación de la antijuridicidad venía dada con la conducta, etc. Todas estas posiciones parten de sus propios

(ontológicamente) lícitos o debidos (Dell' ANDRO, R., voz Antijuridicità, en "Enciclopedia del Diritto", Roma, 1958, vol. II). Documento electrónico disponible en biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4917

presupuestos, por ello uno de los objetivos de este trabajo es dar a la antijuridicidad, formalmente, un tratamiento unitario en el orden jurídico.

La pregunta relevante es ¿Cuáles son las consecuencias de la omisión de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual? Sostenemos que la antijuridicidad es indispensable para el operar de causas de justificación, distinguiendo totalmente el juicio de culpabilidad de la antijuridicidad. Ya en sus orígenes la antijuridicidad operaba como una especie de juicio de valor entre lo debido y lo que ocurre de manera objetiva, separándolo del juicio de culpabilidad - que atiende a un reproche subjetivo del sujeto-. Se trata de elementos y objetos de análisis completamente independientes uno del otro: La exclusión de antijuridicidad se dará por la concurrencia de causales de justificación, mientras que la exclusión de la culpabilidad vendrá dada en la medida que las conductas empleadas por el agente dañoso, en consideración a sus características subjetivas, no sean reprochables. El análisis de culpabilidad se hace, reafirmamos, desde un punto de vista subjetivo, teniendo en consideración, principalmente, la capacidad de comprensión y actuación del agente dañoso.

Entender la antijuridicidad desde una concepción subjetiva, no solo implica una confusión de la misma con la culpabilidad, sino que también contraviene el carácter unitario de la misma, lo que es incompatible con un régimen de responsabilidad estricta –prescinde del elemento culpa-, y, dado que las normas son entendidas como imperativos de conducta, no puede verificarse –la antijuridicidad- en personas que no comprenden el mandato. Todo esto constituye óbice a la tesis de negación de la autonomía de la antijuridicidad, e incluso de aquella que sostiene que su única relevancia práctica es obstar el surgimiento de responsabilidad, no así hacerla nacer.

¿Podemos dar lugar a responsabilidad civil sin antijuridicidad, pero con dolo o culpa? Nuestra respuesta categórica es no. Por ejemplo, obrar en cumplimiento de un deber de manera dolosa, no autoriza la obtención de una reparación para el ofendido. Ciertamente hay culpabilidad, pero ella no es el único criterio para la imputación del daño. La relevancia de la autonomía de la antijuridicidad en este caso viene dada porque la acreditación de culpabilidad, entendiéndose dolo o culpa, no puede verse alterada por la concurrencia de una causal de justificación. La independencia de ambos elementos es tal que perfectamente puede existir una y no la otra.

Otro argumento en post de la separación de los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad viene dado por aquellos casos de presunción de culpa establecidos en nuestro ordenamiento jurídico – que no son símiles a la responsabilidad objetiva -. En estos casos de presunción de Derecho de la culpa, la ubicación de las causales de justificación se vuelve indeterminada dado que: contamos, por un lado, con una hipótesis de responsabilidad extracontractual que no admite prueba en contrario, mientras que, a partir de construcciones doctrinarias, en el entendido de la absorción de la antijuridicidad por la culpa, no podemos aplicar las causales de justificación dado que ni aun su operar podría destruir una presunción de Derecho. Ningún sentido tendría contemplar causales de justificación si a través de otros mecanismos van a impedir sus efectos. Por ello, sostenemos la ubicación de la antijuridicidad y causales de justificación son completamente independientes del análisis de culpabilidad.

Por tanto, el error que lleva a graves confusiones en la actualidad es adoptar un modelo de antijuridicidad subjetivo, inserto en el juicio de culpabilidad, y muchas veces sin tener en consideración las diferencias de aplicación material que esta institución tiene en el ámbito penal y civil. Por lo mismo, los autores reconocen que la antijuridicidad es uno de los terrenos más complicados de estudiar en el área extracontractual: LÓPEZ nos dice que “el protagonismo del daño, como presupuesto estelar de la responsabilidad civil, va a ocasionar un oscurecimiento, menoscabo o erosión de la antijuridicidad...” (López y Cesano, 2010: p. 11); BUSTO reconoce que “esta parquedad, e incluso silencio a la hora de tratar el presupuesto de la antijuridicidad, acaso encuentre su razón de ser en el hecho de que, como en su día advirtió Díez-Picazo, se trata de *uno de los puntos más oscuros y difíciles del Derecho de daños*” (Busto, 1998: p. 34).

Por último, señalaremos que la antijuridicidad, contrario a aquella postura que reduce su relevancia a un elemento obstaculizador de responsabilidad -cuya única importancia práctica se encuentra en su ausencia -, cumple un rol determinante por su sola concurrencia al permitir la determinación de daños resarcibles. Lo primero que debemos de considerar ante un posible caso de responsabilidad extracontractual es la determinación de si el agente dañoso tiene algún deber jurídico para con la víctima. Por ejemplo, no es igual el vínculo existente entre padre-hijo, y un ciudadano con otro ciudadano desconocido. Ahora, una conducta dañosa puede perfectamente ser antijurídica respecto de una persona, y jurídica respecto de otra. No podemos exigirle a un obrero de construcción responsabilidad por una mala gestión de los planos de trabajo; esa responsabilidad recae en el arquitecto de obra. Por otra parte, en casos de conductas de comisión

por omisión, la existencia de una posición de garante respecto de bienes jurídicos de otro, posiciona al sujeto de manera clara y expresa para responder por la protección de los mismos.

III. Causales de Justificación

1. Regulación penal y civil

Postulamos que la concurrencia de una causal de justificación excluye la antijuridicidad, vuelve lícito el comportamiento dañoso, y en consecuencia, libera al agente de la obligación de responder por los perjuicios causado. Sin embargo, una de las tantas problemáticas en este punto, dice relación con que la regulación de las causales de justificación en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contenida en el Código Penal. A diferencia de otros ordenamientos que expresamente en sus leyes civiles regulan hipótesis que justificarán la antijuridicidad, en Chile se ha dado lugar a una exportación de los conceptos e institutos penales para ser aplicados en la responsabilidad civil extracontractual.

Esta tendencia, que de algún modo deja en evidencia los puntos de roce entre el Derecho penal y el civil, puede ser explicada desde el punto de vista de la unicidad del Derecho. Si bien las causales de justificación reconocen su regulación en una ley penal, ello no obsta su aplicación general en el Derecho. Las clásicas distinciones entre ramas - penal, civil, administrativo, etc. -, cumplen una función meramente pedagógica a fin de facilitar la enseñanza del Derecho; pero arrastrar estas divisiones sin una debida armonización, implicará una comprensión fraccionada y aislada del Derecho, reduciendo sus efectos a sus propios aspectos de regulación de la realidad. BUSTO señala "...que el legislador civil no haya previsto una relación específica de causas de justificación aplicables a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, no es óbice para estimar su validez y eficacia de acuerdo a los principios informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto" (Busto, 1998: p. 266). De esta forma, las causales de justificación tienen un continente distinto de su contenido, es decir, su ubicación normativa no obsta su aplicación y eficacia de carácter general.

Cabe destacar que hay autores sostenedores de que las causas de justificación reconocen también un origen supra legal, reconociéndose incluso que algunas encuentren su fundamento en el Derecho natural. Desde este punto de vista, las causales de justificación no se limitan a lo positivado con nuestro derecho, opinión respecto a la cual estamos en total desacuerdo, porque así como el Derecho exige que las conductas que serán objeto de una sanción penal sean rigurosamente descritas en aplicación del principio de legalidad, de igual forma las causales que excluyan la responsabilidad del sujeto debiesen de ser, a lo menos, tipificadas de manera genérica

a fin de que las concepciones valorativas jueguen en post de una dinámica jurídica consecuente con los cambios sociales.

Precisamos lo anterior señalando que el objeto respecto del cual opera una causal de justificación es un ilícito. Así, la antijuridicidad al ser excluida por la concurrencia de estas especiales circunstancias, tornará el acto ilícito o antijurídico en lícito o jurídico. Por tanto, lo relevante es la ilicitud, sin importar que esta sea civil o penal. Agregamos, que si es posible excluir la antijuridicidad de conductas que dañan bienes jurídicos especialmente relevantes para la sociedad en su conjunto – ilícitos penales -, con mayor razón podrán justificarse conductas dañosas que tutelen intereses particulares – ilícitos civiles -.

2. Causales de justificación o exclusión de la antijuridicidad

Tal como señala BUSTO – siguiendo a CARBONELL -, “... el concepto de *causa de justificación* es extraño a nuestros Códigos, siendo en realidad la traducción realizada por nuestra doctrina penal – refiriéndose a la española - de los términos alemanes *Rechtfertigung* y *Rechtfertigungsjünde*” (Busto, 1998: 247). Al igual que la expresión “antijuridicidad”, el de “causas de justificación” tiene su origen en las traducciones españolas de las obras de penalistas alemanes, por lo que la discusión sobre su denominación y contenido no está ajena a aquellas que ya en su momento tuvieron y tienen los doctrinarios. Suele verse en los diversos tratados de responsabilidad penal el uso de la expresión causales y excluyentes de la antijuridicidad, sin embargo, la controversia sobre la distinción o indistinción de estas categorías jurídicas no es más que una cuestión meramente técnica y terminológica, que en la práctica solo llevaría a la confusión considerando que la doctrina mayoritaria hace uso de la expresión “causales de justificación” (Busto, 1998: p. 247 – 251). Es más, muchos autores reconocen expresamente referirse a estos conceptos de manera equivalente,⁵ mientras que otros sostienen que la “justificación” podría dar a entender que el acto ilícito sigue siéndolo aun después de operar la

⁵ Sin embargo, a modo de constancia de otros postulados, podemos señalar que existen defensores de una postura tripartita, que distingue la existencia de acciones prohibidas, neutrales y permitidas. Serán causas de exclusión de la antijuridicidad las circunstancias por las que una acción resulta meramente no prohibida. Serán causas de justificación de la antijuridicidad las circunstancias por las que una acción resulta permitida positivamente, es decir, que el comportamiento sea positivamente conforme a derecho.

causal en razón de estar permitiendo la juridicidad del ilícito,; y por otra parte, la “exclusión” de antijuridicidad en mucho más categórico y elimina la antijuridicidad de la conducta dañosa, es decir, el ilícito se tornará en lícito en el evento de que opere la causal. En nuestro concepto, dichas distinciones son intrascendentes.

3. Consideraciones sobre el ilícito

El estudio de las causales de justificación en materia de responsabilidad civil extracontractual nos impone algunos problemas que, previo a analizar sus instituciones en particular, debemos delimitar a fin de no confundir y dotar de unidad a la institución. Como ya hemos señalado, una parte de las instituciones del Derecho penal han sido transportadas al Derecho civil sin mayor consideración de los objetivos y fundamentos propios del área. Por tanto, no se trata de una trasposición integral a este ámbito de las soluciones ofrecidas por el Derecho penal, sino que deben tenerse presente las características o naturaleza propia del ilícito respecto del cual pretende operar una causal de justificación, porque ciertamente que ordenamiento jurídico, en ocasiones, “justifica” la producción de daños antijurídicos – ya sea por razones políticas, sociales o jurídicas-.

Así como los ilícitos civiles responden a una norma general de atribución de responsabilidad - nuestro artículo 2319 del Código Civil -, las causales de justificación responden a esta misma lógica, pues es imposible configurarlas específicamente dada la complejidad de las relaciones sociales en la actualidad so pena de verse excluido de este beneficio de no cumplir cabalmente sus exigencias. De esta forma, frente a la estática de los tipos, “... a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito” (Roxin, 1997: p. 572). Agréguese que la construcción de los tipos penales responde a las especiales exigencias de la sociedad en relación a un tiempo, espacio y cultura determinados.

3.1 Consideración penal.

El Derecho Penal se encarga de establecer, de manera *tipificada*, una serie de comportamientos prohibidos o esperables de un sujeto, cuya comisión u omisión implicará una vulneración a la

norma⁶ y la aplicación de su respectiva sanción. Es el legislador, a través de una *ley*, el encargado de establecer los tipos penales que constituyan un grave atentado o peligro a específicos bienes jurídicos que la sociedad acepta como relevantes. La tipicidad de una conducta, es decir, el encuadre del comportamiento en los elementos que exige el tipo penal, es indiciaria de antijuridicidad, y la única manera de desvirtuarla es verificándose las circunstancias que permitan el operar de una causal de justificación. De esta forma se logra excluir la antijuridicidad, y también elimina el carácter ilícito de la conducta, volviéndola completamente conforme a derecho – jurídica-.

3.2 Consideración civil

Los ilícitos civiles no responden a una exigencia de tipicidad, sino que más bien son satisfechas mediante cláusulas de carácter general que conciben la obligación de indemnizar por el nacimiento de responsabilidad civil extracontractual. Ya hemos dicho que la exigencia de “tipos civiles” constituye un despropósito en el mundo actual, y nos remitimos a lo dicho *supra*. No existiendo en materia civil una conducta específica – como en el derecho penal - respecto de la cual pueda operar la antijuridicidad, y siendo el daño el elemento esencial que hace nacer la responsabilidad civil - ya que basta una conducta cualquiera del agente que genere daño, junto con los demás requisitos -, será el resultado dañoso del comportamiento el que podrá tornarse lícito en caso de operar la causal.⁷

Sabemos que la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico chileno no se exige expresamente como elemento de la responsabilidad extracontractual, pero la existencia de un ilícito penal implica de por sí una nota de antijuridicidad. Por ello, cuando la regla general indica que todo daño culpable debe ser reparado sin perjuicio de la pena que corresponda por el delito o cuasidelito, estamos aceptando expresamente, que a lo menos hay cierta categoría de delitos y

⁶ En estricto rigor, el sujeto cumple con el tipo penal.

⁷ Interesante en este punto es lo planteado por James Goudkamp, comentado por Alberto Pino, quien tras depurar el concepto de defensa en su libro “Tort Law Defenses”, sostiene que las causales de justificación no operan excluyendo algún requisito preexistente de la responsabilidad civil, y menos aún vuelven lícito el ilícito civil. La idea de justificación en estos términos no obsta de reconocer que se ha cometido un ilícito, teniendo esto sus propias consecuencias civiles y procesales. Entonces, la conducta en sí es ilícita, opere o no causal de justificación, por lo que su efecto será la exclusión de la antijuridicidad, mas no la ilicitud.

cuasidelitos a lo que se les asignará una pena, por tanto, no podemos menos que suponer que la nota de antijuridicidad en estos casos. Si bien el objetivo de la norma en su segunda parte es la diferenciación entre la responsabilidad civil y penal, existe un punto en que no las podemos separar: la ilicitud.

Esta *aceptación expresa parcial* de la antijuridicidad requiere ciertas especificaciones. Solo en aquellos casos en que un delito se acredita, o que no se acredita solo por la falta de culpabilidad, y siempre, en ambos casos, tratándose de un delito de resultado, la antijuridicidad de la conducta será un indicio de la antijuridicidad civil. De esta forma el resultado penal, que se presupone ilícito por el hecho de estar tipificado, es un indicio para identificar la antijuridicidad en materia civil. La cercanía entre estas materias nos hace recordar que en los orígenes de la *lex Aquilia* se contemplaba esta incipiente responsabilidad civil con una naturaleza de carácter penal, por tanto, se trataba de conductas esencialmente antijurídicas que, con posterioridad, cuando se les atribuyó una función resarcitoria, fue necesario adecuarlas a esta nueva finalidad, reformulándose el análisis de la antijuridicidad en materia civil.

Mientras un Derecho justifica comportamientos antijurídicos, el otro Derecho justifica la existencia de comportamientos dañosos antijurídicos. Sin perder de vista que nuestra tesis postula la autonomía de la antijuridicidad, ya señalamos en la primera parte que este daño está relacionado con la antijuridicidad, tienen una estrecha relación, pero son totalmente distintas. Así, como hemos venido sosteniendo, habrá que determinar cuál es su función en relación a las causales de justificación y otras consecuencias.

4. Estudio particular de las causales de justificación

4.1 Estado de Necesidad

4.1.1 Estado de Necesidad justificante

Esta causal de justificación se regula en el artículo 10 n°7 y 145 inciso 1 del Código Penal, y se entiende como el ataque a un bien jurídico de un tercero con el objetivo de evitar la lesión de uno más valioso, perteneciente a sí mismo o a otro. Se presupone la existencia de conflictos de intereses, ambos merecedores de protección, pero uno más valioso que el otro.

Para la determinación del mayor valor del mal evitado en relación al mal causado, en el Derecho penal se emplea la consideración del *quantum punitivo* o pena teórica o abstracta. Debemos determinar cómo ello tendría aplicación en la responsabilidad extracontractual. Al transportar la idea de protección de bienes jurídicos propia del Derecho penal, nos preguntamos cuál es su equivalente en civil. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos ... en nuestro ordenamiento jurídico no hay texto ni fórmula en lugar alguno que establezca la idea de que el daño indemnizable se limite a la lesión de derechos subjetivos y, menos todavía a la de los derechos subjetivos de carácter absoluto” (Díez-Picazo, 2011: p. 297). La función del derecho de daños es esencialmente indemnizatoria, de carácter patrimonial, por lo que ante la pregunta de cuál es el parámetro para determinar ese “algo” más valioso, tendrá que estarse a la apreciación pecuniaria de los daños producidos - cuando el conflicto es entre afectaciones patrimoniales -, y deberá estarse por sacrificar los daños patrimoniales a fin de salvaguardar, por ejemplo, la vida humana.

La procedencia de esta causal excluye la antijuridicidad del comportamiento dañoso, y así, por ejemplo, si para evitar atropellar a una persona se desvía el curso del vehículo hacia otro que se haya estacionado, impactándolo y produciendo daños, entonces, ese agente que con su actuar produce un daño de manera dolosa – porque no cabe duda que intencionalmente desvía el curso del vehículo –se verá exento de tener que responder civilmente por los daños causados.

4.1.2 Estado de Necesidad Exculpante

En 2010 la ley 20.480 incorpora en el Código Penal el artículo 10 n° 11 con ocasión de la creación del mal llamado delito de “femicidio”. Se entiende como el ataque a un bien jurídico de un tercero con el objetivo de evitar la lesión de uno que no sea sustancialmente superior al que se evita, perteneciente a sí mismo o a otro. Se presupone la existencia de conflictos de intereses de igual valor o mayor siempre que no lo sean sustancialmente.

En este caso, el Derecho no puede justificar la actuación pues no existen diferencias sustanciales entre los objetos valorados. Por esta razón, lo que procede es una exclusión de la

culpabilidad por no serle exigible al imputado comportarse de una forma diversa – y no será condenado -, mas no de la antijuridicidad, por lo que subsiste la ilicitud del comportamiento.

Trasladando nuevamente este análisis desde la perspectiva penal a la civil, nuevamente será necesaria la cuantificación de la magnitud de los daños, y que lo sacrificado no sea sustancialmente superior.

Ahora, ¿Qué pasa en el caso de que sean dos vidas? Por ejemplo, una mujer que actual e inminentemente ve amenazada su vida por su conviviente civil, quien está a punto de jalar el gatillo, y en una última medida desesperada logra arrebatarse el arma y disparar en su contra. En este caso no es posible establecer una valoración diferenciada de ambas vidas. Por obrar en estado de necesidad exculpante, la mujer se verá exenta de responsabilidad criminal por la exclusión de culpabilidad.

¿Qué sucede con la responsabilidad civil? Creemos que en casos donde el Código Civil presume de Derecho la culpabilidad, no es posible alegar esta eximente de responsabilidad, por cuanto, además de subsistir la antijuridicidad del comportamiento dañoso, la presunción de Derecho no admite prueba en contrario, por lo que, aun probándose la concurrencia de la eximente, esta no será valorada por el juez. Como ya hemos dicho anteriormente, el empleo de causales de justificación ubicando su análisis en la culpabilidad constituye un despropósito por el ejemplo dado. Ahora, si el conflicto armado recién relatado fuese entre un padre y su hijo, siendo este último el estar a un instante de jalar el gatillo cuando el arma le es intempestivamente arrebatada por el padre, quien dispara. Si se acredita que la actitud violenta del hijo proviene conocidamente de la mala educación o hábitos viciosos que le ha dejado adquirir el padre, entonces se presumirá de Derecho la culpabilidad del mismo y la invocación del estado de necesidad en este caso no tendrá relevancia alguna. Será necesaria otra causal de exclusión de responsabilidad.

4.1.3 Consideraciones comunes

La valoración civil de estos “bienes sacrificados y salvados” se realiza desde el punto de vista de la función indemnizatoria del Derecho de daños, por lo que acorde con ello, son los daños provocados por el agente y los efectivamente evitados, los que serán objeto de una apreciación pecuniaria - que deberá ser debidamente acreditada - a fin de determinar la jerarquía mayor y

menor de los mismos. Entendido de esta manera, cualquier quebranto económico bastará para la determinación de aquello que sea resarcible, sin embargo, a fin de poner freno a la propagación irracional de los mecanismos de tutela indemnizatoria, añadimos al estudio de la antijuridicidad la exigencia de la *injusticia del daño* (Díez-Picazo, 2011: p. 302). Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, este concepto no solo busca identificar aquellos intereses dignos de tutela jurídica y que por tanto cuenten con un sistema de protección indemnizatorio, sino que también determinar si en realidad todo tipo de intereses genera esta protección, salvo que exista un supuesto en que se fomenten o permitan agresiones (Díez-Picazo, 2011: p. 303). El ordenamiento jurídico debe contar con un sistema de protección o valoración, donde el orden jurídico en general y los intereses constitucionales cumplen el rol de consagran estos principios y valores.

Para concluir, destacamos que el Código Penal español en su artículo 118.5, la actuación bajo el amparo de un estado de necesidad, que excluye la responsabilidad criminal, no excluye totalmente la responsabilidad civil. Aquí no se indemniza un perjuicio, y se trata más de un “...sistema de normas de restitución de lucros o beneficios en un Derecho de enriquecimiento” (Díez-Picazo, 2011: p. 308). No es un sistema de indemnización del Derecho de daños. Lo que “quiere evitar el legislador es ese empobrecimiento, para lo cual arbitra una medida en la que se encuentran ausentes los criterios objetivos propios de una autentica responsabilidad civil”, y en definitiva, “es el juez quien determine según su prudente arbitrio” (Yzquierdo, 2017: 169)

4.2 Legítima Defensa

Opera de modo análogo a como lo hace en el derecho penal, exigiéndose los mismos requisitos del artículo 10 n°4 del Código Penal. Pero como se trata de la adopción de conceptos penal al ámbito civil, es indispensable adecuar su análisis agregando como requisito la producción de un daño a consecuencia del acto de defensa.

4.3 Comparación entre estado de necesidad y legítima defensa

En ambos casos existe una situación de peligro para un bien jurídico. En el estado de necesidad ambos sujetos están en una misma situación ante el derecho, es decir, ninguno de ellos

es injusto agresor. En cambio, en la legítima defensa el agresor infringe el Derecho, y el defensor se hay en una situación legítima respecto del agresor.

5 Consecuencias prácticas procesales

5.1 Aspectos probatorios de las causas de justificación

Corresponde al demandado probar la existencia de la causa de justificación que opera en su favor, buscando la eximición de responsabilidad civil. Desde el punto de vista de la acción indemnizatoria ejercida en el marco de un proceso penal, de igual forma la carga de la prueba recae en el demandado-imputado.⁸ Como ya vimos, el efecto de presumir de la culpabilidad invertirá la carga de la prueba, siendo el demandado el responsable de desacreditar su concurrencia. De modo más extremo, los casos de presunción de Derecho de la culpabilidad constituyen, en la práctica, el dar por acreditado inexorablemente la concurrencia de la culpabilidad como elemento de la responsabilidad extracontractual, siendo imposible de desvirtuar.

En los casos de responsabilidad objetiva, donde el requisito de culpa no es considerado, la prueba de la antijuridicidad corresponderá a quien alegue la existencia de la obligación –regla general –, mientras que la concurrencia de circunstancias que motiven una causal de justificación serán de carga del demandado, al igual que en la responsabilidad por culpa. Sin embargo, advertimos que nuevamente se hace evidente la necesidad de separar la culpa de la antijuridicidad y causales de justificación, puesto que seguir a autores como BARROS – quien concibe las casuales de justificación como elementos que niegan la existencia de culpa – no tiene cabida en este ámbito de responsabilidad. Por tanto, se trate de responsabilidad estricta o por culpa, la principal consecuencia de que opere una causal de justificación será la eliminación de la antijuridicidad, con el consecuente obstáculo al nacimiento de la obligación indemnizatoria.

⁸ Una propuesta insólita es la planteada por José Daniel Cesano, quien en post de defender la aplicabilidad del principio de inocencia en acciones indemnizatorias insertas en un proceso penal, sostiene que la carga de la prueba de la causal de justificación radica en el demandante, ya que él deberá desvirtuar la misma y acreditar su inexistencia. Es decir, el demandado en una mera alegación invoca la causal de justificación.

5.2. Estándar de convicción exigido

Para que el estándar probatorio exigido en la prueba de la antijuridicidad y de las causales de justificación sea beneficioso, será necesario tener en consideración que, en nuestro país, la acción indemnizatoria puede ser perseguida en sede civil o penal. En estos procesos jurisdiccionales, el estándar de convicción exigido al juez civil es de una mayoría, es decir, 51/100; en cambio, el estándar de convicción exigido al juez penal es mas allá de toda duda razonable, lo que sería un equivalente a 80/100. Lo cierto es que en la práctica los jueces penales no separan pretensión civil de la punitiva, haciéndole aplicable los principios y garantías propios de un proceso penal. Por tanto, la calidad de la prueba deberá ser de mucha mayor calidad ante el juez penal que el civil.

IV. Culpabilidad civil

La culpabilidad, como requisito de la responsabilidad extracontractual, es un elemento con falta de concreción en su contenido. En general, existe acuerdo en cuanto a que esta implica un comportamiento que se aleja de un modelo de conducta esperado, cuya contrapartida es el actuar diligente. Siguiendo a BARROS, esta culpa asume dos variantes, culpa intencional –dolo o culpa grave- y culpa no intencional –negligencia-, la primera más intensa que la segunda. Sin embargo, pese a que se tengan ciertas nociones comunes en torno a este elemento, la problemática subsiste en cuanto a la construcción de los modelos de comportamiento y la forma de enjuiciar esa desviación (Díez-Picazo, 2011: p. 253). A ello agregamos que no solo se trata de una cuestión de contenido, ya que existirán variaciones en la ubicación de estos elementos a partir de la comprensión que de las mismas se haga.

1. **¿Ilicitud de la culpabilidad?**

La idea de culpabilidad responde, esencialmente, a un juicio de reproche objetivo de la conducta, con algunos matices de individualidad en consideración al contexto y posibilidades de acción, y de subjetividad en consideración a la capacidad y libertad del agente.

Sin embargo, la existencia de un reproche no puede reflejar la idea de ilicitud de la conducta, como sostiene la doctrina mayoritaria en nuestro país. Para autores como BARROS “no hay razones prácticas ni sistemáticas para distinguir en materia civil la culpa de la antijuridicidad” (Barros, 2006: p. 96) “en el ámbito civil la culpa cubre los requisitos objetivos que debe cumplir el acto del demandado para que haya lugar a la responsabilidad (infracción a un deber de cuidado). Por eso, quien dice que un acto es culpable, dice también que es antijurídico, y viceversa” (Barros, 2006: p. 132), y por ello ubica el análisis de las causales de justificación en la culpabilidad. Continúa señalando que “en nuestro derecho el solo daño a un bien ajeno no es aun indicio de responsabilidad, a menos que de las circunstancias se pueda presumir la culpa, ... por consiguiente, tiene poco sentido práctico construir la culpa y la antijuridicidad como requisitos diferentes entre sí” (Barros, 2006: p. 132). Finalmente señala, fundado panorama alemán, que la culpa se refiere a la inobservancia del cuidado socialmente debido, mientras que la antijuridicidad se refiere a la lesión a un derecho subjetivo (Barros, 2006: p. 96).

En respuesta ello, DÍEZ-PICAZO señala que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos ... en nuestro ordenamiento jurídico no hay texto ni fórmula en lugar alguno que establezca la idea de que el daño indemnizable se limite a la lesión de derechos subjetivos y, menos todavía a la de los derechos subjetivos de carácter absoluto” (Díez-Picazo, 2011: p. 297). Acogemos esta explicación puesto que incluso en el derecho chileno no existe limitación alguna en materia de daños. Se trata de una mera construcción doctrinaria producto de la desnaturalización del fundamento último de la responsabilidad civil extracontractual: el daño.

Entender la culpabilidad como sinónimo de ilicitud, implica para nuestros planteamientos negar la autonomía de la antijuridicidad, sin embargo, esto no es posible puesto que “un concepto de la antijuridicidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, solo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad está embebido también en el juicio de la calificación de antijuridicidad” (Díez-Picazo, 2011: p. 304). La antijuridicidad propia de la responsabilidad extracontractual es aquella que se predica autónomamente respecto del desvalor de resultado. Por otra parte, la culpabilidad se centra en el análisis de la diligencia empleada en la conducta dañosa. Entonces, confundir o subsumir la culpabilidad y antijuridicidad, supone un error ya que, en primer lugar, se omite el contenido que a estos elementos ha dado el derecho penal, con la salvedad de adecuar sus aportes a los requerimientos del derecho civil; y, en segundo lugar, por no tener en consideración que la naturaleza misma de las relaciones extracontractuales dañosas:

- a. La inexistencia de una relación previa entre víctima y agente dañoso, implica que el análisis de culpabilidad deba necesariamente ser objetivo –consideración a la diligencia que un hombre medio emplea, sin considerar las condiciones personales del sujeto-. La antijuridicidad por su parte, es la contraposición de “algo” con el resto del ordenamiento jurídico. Ese “algo” corresponde al fundamento último de la responsabilidad: la causación de un daño ilícito, un daño no justificado por el derecho.
- b. El elemento central de la responsabilidad extracontractual es el daño, por tanto, predicar la ilicitud respecto de la conducta implica, no solo un despropósito en

consideración la cláusula general de responsabilidad por la que opta nuestro ordenamiento jurídico, sino que también desvía el análisis de la responsabilidad presentando como elemento central de la misma a la culpabilidad.

2. Fundamento de la responsabilidad extracontractual

Como ya explicamos, una conducta en el ámbito penal es ilícita por cuanto dicho comportamiento está especialmente detallado y trae aparejado una sanción. La idea del injusto penal no se desmorona por el mero hecho de no verificarse culpabilidad. Por tanto, es perfectamente viable que encontremos conductas ilícitas, pero no culpables –por lo que no habría delito-. Por otra parte, en el ámbito civil existe una finalidad de justicia correctiva, que da lugar a la responsabilidad, pero no existe una precisión en cuanto a las conductas dañosas que acarrearían tal responsabilidad. Por ello, una especial consideración a su fundamento y normas, darían cuenta de que estamos frente a un perjuicio patrimonial que alguien ha sufrido injustamente, y no necesariamente culpablemente. Con esto queremos decir, como ya hemos señalado *supra*, la responsabilidad extracontractual tiene un especial fundamento de reparación centrado, no en la conducta, sino que en los perjuicios que de ellas se siguen. Entonces, aun actuándose diligentemente, se justifica la existencia de responsabilidad por cuanto se puede tratar de hipótesis de responsabilidad objetiva, o bien, presunciones de culpa, sobre todo cuando estas últimas son de derecho y no simplemente legales.

Mientras que en el derecho penal la culpa es indispensable para la atribución del acto al imputado dada su finalidad retributiva, en el derecho civil se cumple un fin de reparación del daño, por lo que no es indispensable la atribución del acto al agente dañoso.

Finalmente, así como no debe haber confusión respecto a la culpabilidad y antijuridicidad, tampoco puede existir la respecto de las causales que operan para excluir a una u otra, como ya hemos señalado antes.

3. Modelo de culpabilidad

La comprensión de la culpabilidad fundada en ideas iusnaturalistas o voluntaristas, ha determinado que la valoración de las conductas se remita a una tarea jurisprudencial que solo

podremos conocer *a posteriori*. Aun cuando queramos fundar esta construcción en bases normativas buscando “...develar el contenido de una regla de derecho, aunque no esté positivada en la ley” (Barros, 2006: p. 96), dicha construcción deviene en inseguridad jurídica, aun mas cuando actualmente el análisis de la culpabilidad en la jurisprudencia es tratado de manera escueta y superficial. Por ello es que, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, la construcción del modelo de comportamiento debe de responder a criterios formalistas o normativos en consideración a la finalidad de nuestras normas de responsabilidad extracontractual.

V. Conclusiones

Según el análisis propuesto, podemos evidenciar que históricamente la antijuridicidad sí fue un elemento autónomo dentro de la responsabilidad civil. Desde la *lex Aquilia* se hizo expresa la exigencia de *damnum iniuria*, lo cual, lamentablemente, se fue perdiendo durante la época del derecho común, donde se elevó la “culpa” a un elemento central y suficiente para explicar la responsabilidad extracontractual. La pérdida de autonomía y relevancia de la antijuridicidad viene dada por un largo proceso histórico en que simplemente se omitió su estudio producto del énfasis que se daba al tratamiento de la culpabilidad.

En la actualidad, volvemos a recoger el concepto de *iniuria* no solo por una cuestión dogmática, sino que también práctica. La importancia que ha adquirido la responsabilidad civil en el último tiempo se refleja en la gran cantidad de procesos, el aumento del número de accidentes, la concentración de la población, complejidad de las relaciones sociales, el auge del seguro de responsabilidad civil, entre otras (Yuseff, 2000: p. 23 – 26). Todo ello se ha desencadenado producto de un cambio en la mentalidad del hombre: hoy en día, “...en vez de atribuir los daños a la mala fortuna, los hombres tienden a buscar un responsable” (Yuseff, 2000: p. 25). Por ello, una de las principales razones para el desarrollo del presente trabajo, viene dado porque el estatuto de responsabilidad extracontractual siempre puede estar presente en las complejas relaciones de sociedad.

Junto con este cambio de mentalidad, seguir sustentando la responsabilidad en miras a la culpabilidad deviene en un contrasentido. El reproche de culpabilidad sigue siendo una exigencia de la responsabilidad, pero el excesivo esmero en su tratamiento al punto de prescindir o incorporar en ella a la antijuridicidad, nos parece incompatible con la noción de Derecho de daños. Un análisis de la responsabilidad centrado en el perjuicio causado, y un moderado desentendimiento del elemento culpabilidad – limitando su análisis al reproche objetivo de la conducta, sin perjuicio de que aun en la actualidad es impreciso y falta de regulación - contribuirían a la construcción de un régimen de responsabilidad, que, sin ánimos de ser objetivado, comprendería un contenido sistemático de comprobación.

La complejidad del tema radica en que la doctrina tradicional no ha tenido en consideración el fundamento último de la responsabilidad extracontractual y normas generales que la consagran. Si bien el requisito de la antijuridicidad no se encuentra de manera expresa –al modo

alemán-, ya hemos demostrado que ella se hace presente de otras maneras, de modo que es imposible un análisis sistemático de la responsabilidad civil si no se separa el juicio de culpabilidad respecto de la conducta del agente, del desvalor del resultado en sede de antijuridicidad.

Con todo, la estructuración propuesta también nos conduce a una clara diferenciación entre las causales de justificación y causales de exculpación. Cada una de estas conlleva la exclusión de un específico elemento de la responsabilidad, que, a nuestro entender, bajo ningún paradigma caben ser confundidos por cuanto la justificación se predica de un resultado, y la exculpación responde a la conducta. La combinación de ambos es un error ya que la piedra angular de nuestros planteamientos hace sobresalir al daño antijurídico como el primer paso para la determinación de la responsabilidad civil de una persona.

Para terminar, no debemos olvidar que las bases normativas de esta problemática se encuentran en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, donde el requisito del daño es enunciado en ambas normas expresamente, a diferencia de la culpabilidad. Lo ilícito en las diversas hipótesis y cláusulas generales de responsabilidad que contiene el título XXXV no es el comportamiento en sí, sino que su resultado lesivo, ya que la obligación de reparación no puede predicarse de una conducta meramente “peligrosa”. Es indispensable la existencia de un daño porque no puede darse cabida a reparación producto de comportamientos culposos que no producen detrimento alguno.

Bibliografía

1. Alessandri, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: (título 35 del Libro IV del Código Civil)*, editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2. Barros, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, editorial Jurídica de Chile, Santiago.
3. Busto, José (1998): *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, editorial Tecnos, Madrid.
4. Corral, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, editorial Thomson Reuters, 2º edición, Santiago.
5. Díez-Picazo, Luís (2011): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. V, editorial Civitas, Navarra.
6. García-Ripoll, Martín (2013): “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, en *Estudios monográficos ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. IV.
7. Lacruz, José (2002): *Elementos de Derecho civil II Derecho de obligaciones*, Vol. 2, editorial Dykinson, 2da edición, Madrid.
8. López, Marcelo; Cesano, José (2010): *Antijuridicidad y causas de justificación*, Editorial B de F, Montevideo.
9. Rodríguez, Pablo (1999): *Responsabilidad Extracontractual*, editorial Jurídica de Chile, Santiago.
10. Roxin, Claus (2000): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid.
11. Yuseff, Gonzalo (2000): *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, editorial La Ley, Santiago.
12. Yzquierdo, Mariano (2017): *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General*, editorial Dykinson, 3ra edición, Madrid.