

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La vigencia del principio *alterum non laedere* y la  
inexistencia de la antijuridicidad como  
presupuesto material de la responsabilidad civil**

**Hernán Felipe Escudero Álvarez**

**Jurisprudencia**

Trabajo de titulación presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado

**Javier Jaramillo Troya**  
Director

Quito, 11 de diciembre de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil"

Hernán Felipe Escudero Álvarez

Javier Jaramillo  
Director del Trabajo de Titulación

Luis Parraguez  
Lector del Trabajo de Titulación

David Toscano  
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each positioned over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A large, complex signature at the top right, likely corresponding to Hernán Felipe Escudero Álvarez. 2. A signature below it, corresponding to Javier Jaramillo. 3. A signature below that, corresponding to Luis Parraguez. 4. A signature at the bottom, corresponding to David Toscano. The signature for Farith Simon is not clearly visible as a distinct mark on the dotted line.

Quito, diciembre del 2019

Quito, 31 de octubre de 2018

Doctor  
Farith Simon Campaña  
**Decano del Colegio de Jurisprudencia**  
Universidad San Francisco de Quito  
Presente.-

Estimado señor Decano,

Me complace remitir el informe aprobando la tesina de Hernán Felipe Escudero Álvarez, intitulada "La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil".

A continuación, un reporte de mi evaluación como director.

#### 1. Importancia del tema planteado

El alumno analiza la noción de antijuridicidad en el régimen de responsabilidad extracontractual subjetiva bajo el Código Civil, contradice su existencia como presupuesto diferente a la culpabilidad. A su vez, se adentra en la noción del deber general de no dañar concordante con la máxima *alterum non laedere*.

La problemática planteada por el estudiante tiene relevancia desde un aspecto teórico especialmente por la falta de uniformidad de la jurisprudencia local en relación con la antijuridicidad y culpabilidad como presupuesto de responsabilidad extracontractual diferenciados; así como también, respecto de su contenido que tradicionalmente ha omitido referencia al deber general de no dañar.

Desde un punto de vista teórico, el alumno realiza un estudio profundo sobre los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, enfocando su análisis en la antijuridicidad y culpabilidad, así como la máxima *alterum non laedere* que incluye un estudio histórico y jurisprudencial muy detallado.

Sobre esta base, el estudiante confirma que el régimen de responsabilidad aquiliana no requiere la concurrencia de la antijuridicidad como un presupuesto junto con el daño, la culpa o el dolo y el nexo causal. Para ello, afinca su análisis en creaciones conceptuales, pero, sobre todo, despeja dudas en relación con las disposiciones del Código Civil que podrían parecer contrarias a su conclusión.

## 2. Trascendencia de la hipótesis

La hipótesis planteada por el alumno es que el régimen de responsabilidad aquiliana no requiere la concurrencia de la antijuridicidad como un presupuesto junto con el daño, la culpa o el dolo y el nexo causal.

Desde esta perspectiva, la hipótesis planteada es trascendente porque da respuesta a los problemas planteados y perfila de manera cuidadosa los límites fenomenológicos donde se desenvuelve.

## 3. Suficiencia de los materiales empleados

El alumno se refiere a un gran número de autoridades locales y extranjeras para sustentar sus afirmaciones y conclusiones. Especialmente, el alumno estudia de manera detallada las decisiones judiciales que apoyan su tesis de manera sólida. Adicionalmente, el estudiante realiza un análisis detallado de la normativa aplicable al problema jurídico.

Así, todas las autoridades citadas son i) actuales, ii) pertinentes, y, iii) adecuadas.

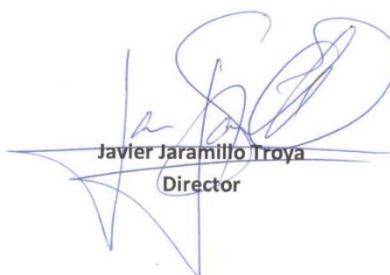
## 4. Contenido argumentativo

El trabajo de titulación está construido de una manera extremadamente lógica y cada parte está sustentada con argumentos y conclusiones coherentemente estructurados. Para efectos metodológicos el alumno advierte en la introducción y en cada capítulo, el alcance de su contenido, lo que beneficia al lector del trabajo de titulación.

## 5. Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, señor Decano, recomiendo que la presente tesina sea presentada para su defensa oral.

Atentamente,



Javier Jaramillo Troya  
Director

## Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: Hernán Felipe Escudero Álvarez

Código: 00123800

Cédula de Identidad: 1714552435

Lugar y fecha: Quito, 11 de diciembre de 2019

*A mis padres*

## RESUMEN

El presente trabajo plantea una revisión de la noción de antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual subjetiva. La mayor parte de la doctrina ha reconocido que la antijuridicidad es un presupuesto material que debe concurrir para que nazca la obligación indemnizatoria. En esa línea, la jurisprudencia ecuatoriana históricamente ha tendido a exigir que la conducta productora del daño infrinja una norma expresa del ordenamiento jurídico para cumplir con el requisito de antijuridicidad. Este trabajo busca sostener que el régimen de responsabilidad aquiliana no requiere la concurrencia de la antijuridicidad como un presupuesto junto con el daño, la culpa o el dolo y el nexo causal. En particular, se sostiene que los artículos 2214 y 2229 del Código Civil contienen una prohibición general de dañar a otros mediante una conducta dolosa o culpable y cuando no exista causa de justificación. Se argumenta además que la mencionada prohibición es concordante con la máxima *alterum non laedere*, que refleja el fin último de la responsabilidad extracontractual desde la *lex Aquilia* hasta el presente.

## ABSTRACT

This work revisits the concept of unlawfulness in tort law. Most of the authorities on the subject have recognized that unlawfulness is a concurrent requisite for the advent of the duty to repair damages. On that regard, Ecuadorian case law has historically tended to require that the damaging conduct had to fail to conform to an express law in order to comply with the unlawfulness requirement. This work seeks to sustain that tort law does not consider unlawfulness as a requirement in addition to damage, negligence or malice and causal link. Particularly, it is argued that articles 2214 and 2229 of the Civil Code contain a general prohibition of damaging others through a negligent or wrongful conduct and when no justification is provided. It is further reasoned that this prohibition is in line with the maxim *alterum non laedere*, which expresses the final objective of tort law since the *lex Aquilia* to the present.



## Índice

1. Introducción .....	1
2. Capítulo primero: Antecedentes históricos y doctrinarios de la antijuridicidad .....	2
2.1. Los presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual .....	3
2.1.1. La culpa o el dolo .....	3
2.1.2. El daño .....	4
2.1.3. El nexo de causalidad .....	7
2.1.4. Antecedentes de la noción de antijuridicidad en la responsabilidad civil .....	9
2.2. Breve repaso al <i>alterum non laedere</i> .....	11
2.3. El desarrollo doctrinario de la antijuridicidad .....	12
2.3.1. Desvalor del resultado en sentido propio .....	12
2.3.2. Desvalor del resultado en sentido impropio .....	13
2.3.3. La antijuridicidad en la culpa .....	16
2.3.4. Una teoría mixta .....	17
2.3.5. Consideración final sobre las respuestas doctrinarias .....	18
3. Capítulo segundo: el contenido de la antijuridicidad en la jurisprudencia nacional y comparada.....	18
3.1. Ecuador .....	19
3.2. España .....	24
3.3. Chile.....	27
4. Capítulo tercero: la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto concurrente de la responsabilidad extracontractual subjetiva .....	30
4.1. Consideración previa sobre el uso del término ilícito en el artículo 2184 y por qué debe entenderse como ausencia de causa de justificación .....	30
4.2. El artículo 2214 impone un deber de no dañar a otros mas no establece a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil .....	31
4.3. Las causas de justificación.....	33
4.4. ¿Si la antijuridicidad no es un presupuesto de la responsabilidad civil, cómo se distinguen los daños resarcibles de los no resarcibles? .....	36
5. Conclusiones .....	37
6. Fuentes consultadas.....	40

## 1. Introducción

La *lex talionis* nos enseña que desde hace aproximadamente 3800 años, la humanidad, a través del orden jurídico ha buscado impedir la transferencia gratuita del riesgo a terceros<sup>1</sup>. El Código de Hammurabi contenía el siguiente precepto que sancionaba la culpa del constructor: “Si un albañil hace una casa a un hombre y no consolida bien su obra y la casa que acaba de hacer se derrumba y mata al dueño de la casa, ese albañil será ejecutado<sup>2</sup>”. Desde la antigua Babilonia, el orden jurídico ha procurado evitar la existencia de asimetrías entre los miembros de la sociedad con respecto a la carga de las consecuencias dañosas de la actividad humana, de ahí se desprende *ab initio*, la existencia de un deber jurídico de no dañar a otros<sup>3</sup>. Este trabajo busca demostrar la vigencia plena del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico nacional como fundamento de la obligación de indemnizar los daños en la responsabilidad extracontractual subjetiva.

El nacimiento de la obligación indemnizatoria ha sido progresivamente condicionado a la concurrencia de ciertos presupuestos materiales. Estos requisitos han sido a su vez desarrollados a través de un ejercicio hermenéutico de los enunciados normativos que configuran el régimen realizado por parte de jueces y doctrinarios. Este trabajo se enfoca en uno de estos: la antijuridicidad de la conducta dañosa. En el Ecuador, el análisis de este presupuesto por parte de los tribunales ha sido en su mayoría de corte formalista, identificando la antijuridicidad de la conducta dañosa en la infracción de una norma positiva. Así, las cortes ecuatorianas tienden a no discutir sobre la existencia de causas de justificación de una conducta dañosa. Se limitan a observar si una determinada conducta ha contravenido una norma expresa en el ordenamiento.

En concreto, el presente trabajo tiene como objeto sustentar que la antijuridicidad del hecho dañoso no es en realidad un presupuesto de la responsabilidad civil. En otras palabras, el hecho generador de la obligación de indemnizar no requiere ser calificado como antijurídico para que nazca dicha obligación. Por el contrario, la infracción al deber jurídico de no dañar a otros (*alterum non laedere*) sin causa de justificación es en realidad el

---

<sup>1</sup> Taleb, N. *Skin in the game hidden asymmetries in daily live*. Penguin Random House. 2018. p. 31.

<sup>2</sup> Código de Hammurabi. Luarna Ediciones. Par. 229. p. 54.

<sup>3</sup> Taleb, N. *Skin in the game hidden asymmetries in daily live*. Op. Cit. p. 31

fundamento de la responsabilidad civil subjetiva. Por ende, este trabajo sugiere que el juzgador en vez de evaluar si una conducta es antijurídica en adición a los demás requisitos concurrentes de la responsabilidad civil, debe determinar si la conducta se subsume en una causa de justificación y por lo tanto se la deba excluir del universo de lo ilícito. Con este fin, el desarrollo del trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero, se analiza el proceso histórico y doctrinario de la inclusión de la antijuridicidad como un presupuesto material. Adicionalmente, se examinan las principales tesis que los doctrinarios han elaborado sobre el contenido del juicio de antijuridicidad. En el segundo capítulo, se estudian comparativamente las principales decisiones dictadas por los máximos tribunales del Ecuador en relación con la jurisprudencia de España y Chile. Los ordenamientos jurídicos de estos últimos contienen normas muy similares a las del régimen ecuatoriano que regulan la responsabilidad aquiliana, por lo que los precedentes analizados son útiles para arrojar luces sobre el tratamiento de la antijuridicidad. Finalmente, en el tercer capítulo, se realiza un ejercicio de interpretación en función de las reglas aplicables contenidas en el artículo 18 del Código Civil de los enunciados normativos que regulan la responsabilidad aquiliana. Luego de lo cual, se concluye que la antijuridicidad no es un requisito concurrente en la responsabilidad civil subjetiva exigido por las normas que integran el régimen, en particular los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

## **2. Capítulo primero: Antecedentes históricos y doctrinarios de la antijuridicidad**

En el presente capítulo, (i) se expondrá brevemente sobre los presupuestos materiales que la doctrina ha definido para la existencia de la responsabilidad extracontractual. (ii) A continuación, se presentarán los antecedentes históricos de la antijuridicidad en el contexto de la responsabilidad civil. (iii) Además, se realizará un recuento del desarrollo doctrinario sobre su contenido. De esta forma se pretende ubicar tanto histórica como doctrinariamente a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil extracontractual además de determinar qué relevancia jurídica se le atribuye al *alterum non laedere* por parte de la doctrina.

## 2.1. Los presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual

A continuación se presentarán brevemente los requisitos que la doctrina ha definido mayoritariamente como los necesarios para estar en presencia de la responsabilidad subjetiva. Estos son: (i) el elemento referente a la imputabilidad de la conducta dañosa, es decir, la culpa o el dolo, (ii) el daño, (iii) el nexo causal y finalmente, (iv) la antijuridicidad (objeto de discusión en este trabajo). Este último requisito se tratará más adelante en este capítulo.

### 2.1.1. La culpa o el dolo

Salvo en los casos de responsabilidad objetiva, la culpa es un elemento que debe verificarse en la conducta del agente dañoso. La culpa ha sido definida como la infracción a un modelo de conducta establecido con anterioridad al hecho<sup>4</sup>. En el régimen civil nacional, no se precisa con exactitud el estándar de conducta que gobierna en la responsabilidad extracontractual y como tal rige el concepto de descuido leve como lo manda el artículo 29 del Código Civil<sup>5</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, cabe observar que en el derecho romano, la culpa aquiliana tenía una concepción más amplia. Una fórmula de Ulpiano resumía la amplitud de la culpa en la responsabilidad civil: “*in lege aquilia et levissima culpa veniet*. En la *lex Aquilia* cualquier culpa, aún la levísima, es suficiente<sup>6</sup>”. Así, Mazeaud junto a Tunc, Capitant y Alcalá Zamora al definir la culpa sostienen: “[l]a culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño<sup>7</sup>”. En ese sentido, la culpa relevante jurídicamente no está vinculada a la concepción subjetiva que tiene una persona sobre lo justo o injusto de su actuación<sup>8</sup>. Son solo relevantes las circunstancias objetivas externas al agente al momento de evaluar su conducta como culposa<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis: Bogotá, 2009. p. 212.

<sup>5</sup> Código Civil. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. “Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve”.

<sup>6</sup> *Id.* p. 212.

<sup>7</sup> Mazeaud, H, Mazeaud, L, Tunc, A y Alcalá-Zamora, L. Tratado Teórico Práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961. P. 85. Citado en:

Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 213.

<sup>8</sup> Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 214

<sup>9</sup> *Ibíd.*

Arturo Alessandri realiza una comparación entre la culpa contractual y extracontractual<sup>10</sup>. En primer lugar, la responsabilidad extracontractual excluye la existencia de un nexo jurídico previo entre el acreedor y el deudor de la obligación de indemnizar<sup>11</sup>. La culpa contractual está sometida a graduación puesto que dependiendo del negocio jurídico puede ser leve, levísima o grave; la culpa extracontractual como se mencionó, no tiene graduación<sup>12</sup>. Mientras que la culpa contractual se presume en el hecho del incumplimiento del contrato, la culpa extracontractual no se presume como regla general<sup>13</sup>.

El dolo en cambio se refiere a la intencionalidad del daño por parte del agente, reflejando así un desprecio de este hacia el interés jurídicamente protegido<sup>14</sup>. La doctrina reconoce tres categorías distintas de dolo, el directo, el directo de segundo grado y el dolo eventual<sup>15</sup>. El dolo directo se refiere a la intención inmediata del agente dañoso de cometer el acto o la omisión que genera el daño<sup>16</sup>. El dolo directo de segundo grado se refiere a la aceptación de las consecuencias del acto dañoso por parte del agente<sup>17</sup>. El dolo eventual se refiere a la aceptación por parte del agente dañoso de la probabilidad del daño causado por su actuar<sup>18</sup>. Sin embargo, el dolo relevante en la responsabilidad civil extracontractual ha sido construido con tres componentes: (i) el autor del hecho debe haberse proyectado la consecuencia dañosa de su actuación, (ii) haber aprobado dicha consecuencia y (iii) estar en la posibilidad de adoptar una conducta distinta que evite el daño<sup>19</sup>.

### 2.1.2. El daño

La doctrina contemporánea acepta un concepto amplio de daño, donde cabe todo detrimento a un bien jurídicamente protegido. En consecuencia, no solo los bienes corporales

---

<sup>10</sup> Cfr. Alessandri, A. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Imprenta Universitaria, 1943. p. 123. Citado En: Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 218.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2010. Pp. 163- 166

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> *Ibíd.*

pueden sufrir un deterioro, los derechos y los bienes extrapatrimoniales como los derechos morales de autor también pueden ser objeto de detrimento, deterioro o destrucción<sup>20</sup>. En el pasado, la doctrina se enfocaba en distinguir el daño del perjuicio, siendo el primero el menoscabo que sufren las cosas y el segundo el detrimento en contra del dueño de la cosa<sup>21</sup>. Sin embargo, dicha distinción carece de sentido práctico por lo que en la actualidad se los considera sinónimos<sup>22</sup>. El concepto de daño no se agota en la lesión a un derecho o a los bienes sobre el cual se tiene un derecho. La tendencia actual se decanta por considerar como daño, la lesión a un interés cuando este no sea contrario al ordenamiento jurídico<sup>23</sup>. La destrucción o el detrimento de un beneficio sin que tenga como fuente un derecho también se considera un daño para efectos de la responsabilidad extracontractual. Para explicar este concepto, Velásquez Posada hace referencia a un caso donde una persona recibe ayuda financiera periódicamente por parte de un familiar y este muere a causa de un accidente perdiendo dicho beneficio<sup>24</sup>. En ese escenario existe un detrimento a un interés lícito<sup>25</sup>.

Para que el daño sea indemnizable debe cumplir una serie de requisitos expuestos a continuación. (i) Debe existir certidumbre en el daño. Este requisito se refiere a la necesidad de que exista certeza en la producción del daño, ya sea en el presente o en el futuro. Esto es en palabras de Zannoni que “el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético<sup>26</sup>.” Para Rodríguez Grez, el daño presente no exhibe mayores dificultades con respecto a su certidumbre; si existe evidencia del menoscabo a un interés legítimo entonces se trata de un daño cierto<sup>27</sup>. Sin embargo, para determinar la certidumbre del daño futuro, es necesario realizar un ejercicio de proyección del hecho dañoso. “Entendemos que es cierto el daño que, conforme a las leyes de la causalidad, sobrevendrá razonablemente en condiciones normales, a partir de su antecedente causal<sup>28</sup>”. En otras palabras, la certeza del

---

<sup>20</sup> *Id.* p. 257

<sup>21</sup> Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 230.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* pp. 258-259.

<sup>24</sup> Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 231.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Zannoni, E. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 234. Citado en Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 236.

<sup>27</sup> Rodríguez P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 265.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

daño futuro se determina por la predicción razonable de que un determinado hecho menoscabe un interés en el futuro.

(ii) El daño indemnizable debe afectar un interés legítimo. Como se mencionó anteriormente, para que nazca la obligación de reparar, debe existir la afectación a un interés protegido por el ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

(iii) El daño debe ser el resultado necesario y directo de un hecho. Este requisito implica que el daño debe necesariamente corresponder a un determinado hecho, siendo el productor de este el deudor de la obligación de indemnizar. Para Alessandri, el daño es directo cuando existe una relación de causa y efecto con el hecho que lo produce<sup>30</sup>. Por el contrario, el daño es indirecto cuando este se hubiera producido incluso sin el hecho imputable al agente dañoso<sup>31</sup>. Este requisito del daño indemnizable se sobrepone en cierta medida con la causalidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual que se analizará posteriormente<sup>32</sup>.

(iv) El daño debe ser causado por un tercero. Para que el daño sea reparable por simple lógica no puede ser causado por la propia víctima. Aunque se trata de una regla general, el ordenamiento jurídico prevé escenarios en los cuales preexiste un deber de vigilancia o de cuidado sobre un tercero y, en consecuencia, el daño infringido por la víctima si es reparable<sup>33</sup>. Por ejemplo, en los casos de la responsabilidad que existe por los hechos de personas al cuidado de otra como los menores de edad preexiste un deber de cuidado<sup>34</sup>. Rodríguez Grez además puntualiza que el hecho de que la víctima se exponga de manera imprudente al daño no es igual a que esta lo haya causado<sup>35</sup>.

(v) El daño no puede estar reparado. Este requisito atañe al principio del enriquecimiento injusto por el cual no es posible recibir doble indemnización por el mismo hecho dañoso<sup>36</sup>. Para Rodríguez Grez, lo anterior supone un principio de orden público

---

<sup>29</sup> *Id.* p.268.

<sup>30</sup> *Cfr.* Alessandri, A. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Imprenta Universitaria, 1943. P. 234. Citado en: Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op.Cit.* p. 270.

<sup>31</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op Cit.* p. 270.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> *Id.* p. 274.

<sup>34</sup> *Id.* p. 275.

<sup>35</sup> *Id.* p. 277.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

destinado a evitar el lucro justificado en la indemnización ya que el objeto de la reparación es eliminar las consecuencias desagradables del menoscabo a un interés legítimo<sup>37</sup>. Este principio se ve reflejado en el artículo 740 del Código de Comercio por el cual “[e]l asegurador que ha pagado una indemnización de seguro se subroga por ministerio de la ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos y acciones del asegurado contra terceros responsables del siniestro<sup>38</sup>.” Toda vez que el asegurador ha reparado el daño hasta el monto asegurado, por el hecho de no poder repararse el daño nuevamente, el asegurador se subroga *ipso iure* en la acción indemnizatoria<sup>39</sup>.

### 2.1.3. El nexo de causalidad

La causalidad es considerada como un presupuesto necesario de la responsabilidad subjetiva y se refiere al vínculo existente entre una conducta culposa o dolosa y la producción del daño cierto. En palabras de Rodríguez Grez, “[l]a relación de causalidad tiene por objeto precisar que el resultado nocivo no es más que una consecuencia directa y necesaria de un hecho (acción u omisión) imputable a una determinada persona<sup>40</sup>.” Sin embargo, dado que frecuentemente suelen intervenir una pluralidad de hechos en la producción del daño, al menos cinco teorías han sido desarrolladas por la doctrina para determinar cuál es el hecho relevante jurídicamente al evaluar la conexidad con el daño.

(i) La teoría de la equivalencia de condiciones. Esta teoría tiene su origen en el pensamiento del jurista alemán Von Buri que sostenía la necesidad de considerar a todos los hechos que asisten en la producción del daño por igual<sup>41</sup>. En síntesis, se le atribuye la responsabilidad de todas las causas del daño a la conducta del agente salvo que éstas puedan ser atribuibles a terceros, en ese caso, “el obligado a reparar los perjuicios tiene acción para repetir total o parcialmente contra sus autores<sup>42</sup>.”

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Código de Comercio. Artículo 740. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

<sup>39</sup> *Cfr.* Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* pp. 277-278.

<sup>40</sup> *Id.* p. 369.

<sup>41</sup> *Id.* p. 374.

<sup>42</sup> *Id.* p. 375.



(ii) La teoría de la causa próxima. Esta teoría sostiene que, en una cadena de sucesos, el último hecho debe ser la causa del daño<sup>43</sup>. En consecuencia, se trata de utilizar un criterio meramente cronológico sin analizar la efectividad o la relación real que existe entre el último suceso y la producción del daño<sup>44</sup>. Bajo esta teoría solo el productor del último suceso está obligado a reparar el daño<sup>45</sup>.

(iii) La teoría de la causa más eficaz. Según Birkmeyer, frente a varios hechos que intervienen en la producción del daño, se debe tomar en cuenta únicamente el suceso que haya sido el más eficaz en la producción del daño<sup>46</sup>. “(...) Si una persona proporciona fósforos a otra, y ésta causa un incendio, ambas son condiciones inexcusables para que se produzca el efecto; pero debe considerárselo causado por el hecho de quien provocó el fuego, por ser la condición más activa o eficaz del efecto<sup>47</sup>.”

(iv) La teoría de la causa eficiente. El propósito de esta teoría se encuentra en distinguir entre causa, condición y ocasión del daño. Mientras que la causa es aquella que provoca el resultado dañoso, la condición posibilita tal resultado y la ocasión la facilita. Realizando esa distinción, esta teoría indica que se le debe dar relevancia al hecho que de la forma más directa produce el daño<sup>48</sup>.

(v) La teoría de la causa adecuada. Esta teoría es atribuida a Von Kries y desarrollada en el siglo XIX<sup>49</sup>. Para esta, es insuficiente considerar como causa del daño al hecho que fue necesario para su producción<sup>50</sup>. Además de tratarse de un hecho *sine qua non* para el resultado dañoso, el resultado debe ser intrínseco al hecho y no fortuito<sup>51</sup>. De suerte que “(...) deben ser reparados los daños que un hombre razonable habría considerado como consecuencia natural o probable de una imprudencia o una negligencia<sup>52</sup>.” En ese caso, no se

---

<sup>43</sup> *Id.* p. 379.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Id.* p. 380.

<sup>47</sup> Alterini, A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1987 p. 148-149. Citado en: Rodríguez, P. *Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit.* p. 380.

<sup>48</sup> Rodríguez, P. *Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit.* p. 381.

<sup>49</sup> *Id.* p. 382.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Id.* p. 383.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

puede hablar de causalidad adecuada cuando existe una predisposición ajena al hecho dañoso sin la cual no se hubiera producido el daño<sup>53</sup>.

#### **2.1.4. Antecedentes de la noción de antijuridicidad en la responsabilidad civil**

En el derecho romano, se puede ya observar una preocupación por distinguir una categoría de daños que daban lugar a la acción resarcitoria. La *lex Aquilia* – promulgada en el siglo III a.C. exigía la producción de un daño con *injuria*<sup>54</sup>. Existe un amplio debate sobre el significado de este término, más allá de su sentido etimológico. Para García-Ripoll, la tesis imperante fue vincularla a la intencionalidad en la producción del daño y posteriormente a la negligencia<sup>55</sup>. En esto concuerda Paschalidis que identifica dos etapas en el derecho romano con respecto a la acepción del término *injuria*<sup>56</sup>. En la primera, que se expandió hasta el final del siglo I a.C., se identifica a la *iniuria* con el dolo o la intención positiva de dañar<sup>57</sup>. En la segunda, en cambio, se la relaciona con el concepto de culpa o con el de negligencia<sup>58</sup>. En ambas se niega la existencia de un juicio objetivo o formal de antijuridicidad; esto es, aisladamente considerado de la imputación del hecho en función de la culpa.

No es sino hasta el siglo XVII que, por influencia de los filósofos racionalistas, como Hugo Grocio y Samuel von Pufendorf que los juristas en su mayoría germánicos, vinculan a la *injuria* romana con la antijuridicidad objetiva; es decir, la violación de una norma de derecho<sup>59</sup>. La Ley General de los Estados Prusianos de 1794 expresa “el daño casual procedente de una conducta debe ser satisfecho sólo cuando la conducta misma contradice una ley prohibitiva; o cuando el que actúa se ha colocado mediante un comportamiento ilegal en las circunstancias que han motivado la conducta”<sup>60</sup>. La antijuridicidad como un elemento

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> García-Ripoll, M. La antijuridicidad como requisito de responsabilidad civil. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVI, 2013. p. 1507.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Paschalidis, P. *What Did Iniuria in the Lex Aquilia Actually Mean?* Revue Internationale des Droits de l'Antiquite, Vol. 55, 2008. pp. 322 – 363.

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> García-Ripoll, M. *La antijuridicidad como requisito de responsabilidad civil*. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVI, 2013. p. 15009.

<sup>60</sup> Ley General de los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht*) de 1794 citado en: García-Ripoll, M. *La antijuridicidad como requisito de responsabilidad civil*. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVI, 2013. p. 1514.

de la responsabilidad civil ha sido adoptada de forma expresa en los ordenamientos jurídicos civiles de Alemania, Italia, Portugal y los Países Bajos, mas no en los de Francia, España o Bélgica<sup>61</sup>.

Con respecto al régimen de la responsabilidad civil en las codificaciones basadas en el Código Civil chileno de 1856, Velásquez Posada apunta que Andrés Bello se basó en el régimen contenido tanto en las Siete Partidas de Don Alfonso X (“El sabio”) y en el Código Civil francés de 1804<sup>62</sup>. El segundo proyecto elaborado por Bello en 1853 hace énfasis particularmente, en el régimen francés contenido en los artículos 1382 al 1386 del Código napoleónico<sup>63</sup>. En ese sentido, el proyecto de Bello solo se diferencia con respecto al Código francés en cuanto a la responsabilidad solidaria del coautor en el delito o cuasidelito, la potestad del juez de modular la reparación, la responsabilidad del ebrio y el régimen de responsabilidad de los objetos<sup>64</sup>. En consecuencia, no se evidencia en el mismo la presencia explícita de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil. Como menciona Velásquez Posada, el Código Bello adopta el principio general de responsabilidad civil por culpa o dolo<sup>65</sup>.

Por su parte, en la tradición del *Common Law* no hay referencia a la existencia de la antijuridicidad como requisito para la indemnización del daño. El régimen de los *torts* se fundamenta principalmente en la protección de derechos subjetivos<sup>66</sup>. En ese sentido, a grandes rasgos, el hecho dañoso debe menoscabar el derecho ajeno para que el daño sea indemnizable<sup>67</sup>. La responsabilidad subjetiva en la tradición angloamericana contempla principalmente dos clases de hechos dañosos: (1) *negligence*, (2) *intentional torts*<sup>68</sup>. El primero es asimilable al cuasidelito mientras que el segundo lo es al delito civil en la tradición romano-continental. En el caso de *negligence*, se presupone la existencia de un deber de

---

<sup>61</sup> García-Ripoll, M. *La antijuridicidad como requisito de responsabilidad civil*. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXVI, 2013. p. 1505.

<sup>62</sup> Velásquez, O. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Temis: Bogotá, 2009. Pp. 184-186.

<sup>63</sup> *Ibid.* El artículo 1382 del *Code Civil Français* establece, “todo hecho del hombre que cause a otro daño, obliga a este por su culpa a repararlo.” Traducción libre. *Vid. Code Civil Français*. Obtenido de legifrance. Última versión de 1 de octubre de 2018.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Stuhmcke, A. *Essential tort law*. Cavendish Publishing Limited: Londres, 2001. pp 1- 5.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

cuidado *ex ante* entre el agente dañoso y la víctima; el daño fruto del quebrantamiento de dicho deber da lugar a la indemnización<sup>69</sup>. Las situaciones fácticas en las que existe un deber de cuidado son generalmente determinadas por la casuística y el desarrollo jurisprudencial<sup>70</sup>.

Por lo expuesto anteriormente, se puede aseverar que la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil es, a grandes rasgos, una creación fruto del ejercicio hermenéutico de la doctrina y de la jurisprudencia. Esto se vuelve patente al menos en los sistemas que no contienen una norma expresa; verbigracia, en la mayoría de ordenamientos del sistema romano continental, salvo el caso de aquellos que se desprenden de la influencia germánica.

## 2.2. Breve repaso al *alterum non laedere*

Como se discutirá posteriormente, una porción la doctrina y la jurisprudencia más reciente asocia la antijuridicidad a la infracción del deber de no dañar a otros o *alterum non laedere*. La primera mención del principio *alterum non laedere* se le atribuye al jurista Ulpiano como parte de los fundamentos del orden jurídico; “los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, atribuir a cada uno lo suyo<sup>71</sup>. Esta máxima fue posteriormente recogida en el Digesto y en el medievo en las Siete Partidas<sup>72</sup>.

Según departieron los sabios antiguos, justicia tanto quiero como cosa en que se encierran todos los derechos de cualquier naturaleza que sean. Y los mandamientos de la justicia y del derecho son tres: el primero es que el hombre viva honestamente en cuanto en sí, el segundo, que no haga mal ni daño a otro; el tercero, que dé su derecho a cada uno<sup>73</sup>.

Ostos sostiene que el *alterum non laedere*, inicialmente una regla del derecho romano se ha convertido en un principio vigente en los ordenamientos jurídicos actuales<sup>74</sup>. En el tercer capítulo se argumentará como el régimen de responsabilidad civil tiene como objetivo dar vigencia material a este principio, siendo la obligación de reparar una sanción por su quebrantamiento.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> Ostos, L. *Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual*. Revista de Derecho UNED, número 1, 2006. P. 494.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> Las siete partidas de Alfonso X el Sabio. Luarna Ediciones. Partida Tercera, Ley 3.

<sup>74</sup> Ostos, L. *Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual*. *Op. Cit.* p. 494-495.

### 2.3. El desarrollo doctrinario de la antijuridicidad

Semánticamente, el término antijuridicidad describe a la “condición de lo que es contrario al ordenamiento jurídico<sup>75</sup>.” A partir de esta definición, el debate doctrinario entorno a la antijuridicidad se centra en responder a la pregunta: ¿cómo se verifica el hecho antijurídico en la responsabilidad aquiliana? Esta discusión, que versa sobre el contenido del juicio de antijuridicidad suele partir del problema de la determinación de si este versa sobre la acción (u omisión) o sobre el resultado. Lacruz Berdejo propone la existencia de tres respuestas distintas a este problema: i) el desvalor del resultado en sentido propio, ii) el desvalor del resultado en sentido impropio y iii) el desvalor de la conducta<sup>76</sup>.

#### 2.3.1. Desvalor del resultado en sentido propio

La primera teoría se refiere a adoptar un significado de antijuridicidad objetiva; se trata, pues, de considerar el hecho independientemente de si su resultado es dañoso o no<sup>77</sup>. Así, la antijuridicidad objetiva o formal estaría dada por la violación de una norma protectora de un bien jurídico<sup>78</sup>. Zannoni defiende esta proposición al argumentar que puede existir una conducta antijurídica independientemente de que exista un resultado dañoso<sup>79</sup>. Como ejemplo en favor de dicha tesis, Zannoni menciona la posibilidad de que exista una conducta típica punible desde el derecho penal, pero que no haya generado daño resarcible<sup>80</sup>. Con relación a lo anterior, solo con respecto a la antijuridicidad entendida como el desvalor en sentido propio se la puede asimilar al concepto de ilicitud ya que se fundamenta en la violación de una norma en concreto.

---

<sup>75</sup> Diccionario del Español Jurídico. Real Academia Española. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/antijuridicidad>

<sup>76</sup> Lacruz Berdejo, J. et al. Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Editorial Dykinson: Madrid, 2013. pp. 441 – 444. El autor seminal de esta división es Fernando Pantaleón Prieto *vid.* Pantaleón, F. Comentario del Código Civil Tomo II. Ministerio de Justicia: Madrid, 1991.

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> Zannoni, E. El daño en la responsabilidad civil. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1982. pp. 2-3

<sup>80</sup> *Ibíd.*

Vinculado con esta acepción de antijuridicidad, algunos autores, como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, han desarrollado sobre el concepto de ilicitud atípica<sup>81</sup>. Para estos autores, la conducta ilícita es aquella que contraviene un mandato normativo<sup>82</sup>. Sin embargo, ciertas conductas que no contravienen un mandato pueden de todas formas ser catalogadas como ilícitas<sup>83</sup>. Atienza y Ruiz Manero argumentan la posibilidad de ampliar el universo de conductas ilícitas frente a lagunas normativas a través del método de la analogía *legis* y de la analogía *iuris*<sup>84</sup>. La analogía *legis* se refiere a la extensión de una regla prohibitiva a un supuesto de hecho distinto, pero similar al contenido en dicha norma<sup>85</sup>. La analogía *iuris*, en cambio, se refiere a la creación de una regla prohibitiva para el caso concreto, fruto de la ponderación de los principios aplicables a la situación de hecho<sup>86</sup>. En otras palabras, el balance de principios que son pertinentes al caso arroja como resultado una nueva regla prohibitiva, convirtiendo a la conducta en ilícita. Sin embargo, Atienza y Ruiz Manero proponen, además, que la ilicitud atípica puede estar presente, incluso, en supuestos de que exista una regla permisiva de la conducta<sup>87</sup>. En ese caso, al subsumir la conducta al supuesto de hecho de la norma permisiva, el resultado contraviene un principio, habiendo la necesidad de proceder como en el caso de la analogía *iuris*.

### 2.3.2. Desvalor del resultado en sentido impropio

La segunda tesis propuesta es la materia central de este estudio, la conducta es antijurídica cuando infringe un deber preexistente de no dañar sin que medie una causa de justificación. En apoyo de esta posición, Lacruz Berdejo –resumiendo el punto de vista de Pantaleón– señala:

(...) el presupuesto para que surja la acción en responsabilidad no es la lesión del derecho subjetivo, sino la simple causación del daño, [la] función de la responsabilidad extracontractual es, simplemente, distribuir entre dañante y dañado, con arreglo a criterios que se estiman socialmente justos, los efectos perjudiciales del evento dañoso<sup>88</sup>.

<sup>81</sup> Atienza, M y Ruiz, J. *Para una teoría general de los ilícitos atípicos*. Editorial Trotta, Madrid, 1999. Recuperado de Dialnet. pp. 43- 49.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> Lacruz Berdejo, J. et al. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Op Cit.* p. 442.

Como consecuencia de lo anterior, esta tesis niega la existencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. El autor antes citado concluye que el régimen de responsabilidad civil no exige que la conducta prohibida esté prevista en el ordenamiento jurídico<sup>89</sup>. Esto, a su vez, permite la existencia de una infinidad de infortunios que son resarcibles cuando estos generan un daño “(...) a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos (...)” salvo que el agente actúe en el ejercicio ordinario de un derecho o exista una causa de justificación<sup>90</sup>. Esto no quiere decir que se excluyan del juicio de antijuridicidad aquellos supuestos que se encuentran expresamente proscritos por una norma jurídica, la infracción del deber de no dañar abarca tanto las conductas típicas como atípicas. Sin embargo, este análisis de la antijuridicidad parte de la premisa de que es impracticable que el ordenamiento jurídico positivo conciba todos los supuestos de hecho dañosos. Esto es concordante con lo argumentado por Jaramillo, que manifiesta que el *alterum non laedere* no es únicamente un mandato de prevención del daño, sino también un mandato de la mitigación del daño por parte de la víctima<sup>91</sup>. Consecuentemente, el deber de no dañar se hace extensivo a la víctima con respecto a evitar acrecentar la magnitud del daño<sup>92</sup>.

El autor argentino Alberto Bueres también se suma a la tesis de la antijuridicidad como infracción a un deber preexistente de no dañar. Este tratadista menciona:

La antijuridicidad como concepto inicial supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos dimanantes del sistema, y hasta las reglas de orden natural. Más, en el aspecto que ahora nos ocupa, en tema de responsabilidad civil, la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, particularmente, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> *Cfr. Ibíd.*

<sup>91</sup> Jaramillo, C. Los deberes de evitar y mitigar el daño. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis: Bogotá. p. 567.

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> Bueres, A. Derecho de Daños. Primera Parte. El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta. Buenos Aires: Ediciones La Rocca. 1996. Pp. 149- 150. Citado En: Rodríguez, P. “Responsabilidad Extracontractual”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2010. P. 147.

En línea similar, Juan Larrea Holguín sostiene *ab initio*, que la obligación que nace de los delitos o cuasidelitos exige la concurrencia de un hecho ilícito que a su vez se verifica en “una acción u omisión que directamente contraría una norma positiva, expresa, del Derecho (...)”<sup>94</sup> Sin embargo – argumenta, este criterio formalista ha sido superado; “ahora se suele admitir que basta que se cause un perjuicio a otra persona para que haya obligación de reparar el daño ocasionado, salvo que existan motivos de no imputabilidad o que liberen de responsabilidad”<sup>95</sup>.

El fundamento iusnaturalista del *alterum non laedere* ha sido superado en la actualidad al argumentarse la existencia de un deber implícito dentro del ordenamiento jurídico. Desde el derecho natural, la existencia de un deber de no dañar se lo encontraba en un juicio axiológico de lo justo y de lo injusto<sup>96</sup>. Sin embargo, Cerutti ha elaborado sobre un fundamento positivista del *alterum non laedere* siguiendo la concepción kelseniana de lo ilícito como aquello que recibe una sanción<sup>97</sup>. Papayannis, siguiendo las pautas de esta autora, realiza este ejercicio sobre la regla contenida en el artículo 1902 del Código Civil español que establece “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”<sup>98</sup>. Si la sanción es el resultado de una conducta ilícita entonces el deber es la conducta que evita incurrir en el supuesto de la sanción. Aplicando esta lógica al artículo 1902, resulta que la sanción que consiste en reparar el daño viene dada por la conducta ilícita de dañar a otro; en consecuencia, el deber de no dañar es la conducta que impide la aplicación de la sanción<sup>99</sup>. De ahí se deriva la existencia de un deber de no dañar implícitamente establecido normativamente<sup>100</sup>.

Papayannis, sin embargo, elabora una crítica al fundamento normativo de un deber de no dañar expuesto anteriormente. Su crítica se basa en la concepción del derecho de daños

---

<sup>94</sup> Larrea, J. Enciclopedia jurídica ecuatoriana. Tomo V. Fundación latinoamericana Andrés Bello. 2005. p. 42.

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> Cerutti, M. Derecho de Daños: Análisis de algunos problemas conceptuales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Córdoba, 2011. p. 246.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> Papayannis, D. *La Práctica del Alterum non Laedere*. Isonomía Vol. 41, octubre 2014, pp. 19-68. Código Civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia BOE no. 206 de 25 de julio de 1889.

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> *Ibíd.*



como un sistema de precios, teniendo el agente dañoso una obligación alternativa *ex ante*, el abstenerse de dañar o el reparar el daño<sup>101</sup>. En ese sentido, la obligación de reparar – argumenta el autor– no se encaja en el concepto kelseniano de sanción por el cual se activa la amenaza de la coerción estatal para adecuar la conducta del sujeto a la norma<sup>102</sup>. En consecuencia, la amenaza de la coerción se activaría solamente en el supuesto de que exista daño sin indemnización. Como antítesis a lo expuesto, el autor acepta la inadecuación del régimen de responsabilidad civil a un sistema de precios, donde la relación de los sujetos que intervienen es de carácter impersonal. Concebir al derecho de daños de esa forma implica asumir que el sujeto que interviene en la producción del daño es un *homo economicus* desprovisto de toda valoración más allá de los efectos económicos de su actuación<sup>103</sup>. Esto es contrario al reproche que realiza la norma jurídica a una conducta dañosa, siendo la finalidad última de esta, la modificación de la conducta humana a través de la amenaza de la coacción: “quien incumple una norma debe una explicación y, en algunos casos, compensación o reparación”<sup>104</sup>. En otras palabras, la norma jurídica como técnica de regulación de la conducta busca la adecuación de la conducta humana de tal forma que se evite la activación de las consecuencias desagradables previstas como sanción.

### 2.3.3. La antijuridicidad en la culpa

Por el otro lado, la tercera tesis mencionada es aquella que determina que el juicio de desvalor de la conducta se da por ser esta dolosa o culpable. La vinculación de la culpa con la antijuridicidad es también el criterio que ha recogido los Principios europeos sobre responsabilidad civil. El artículo 1.101(1) de este cuerpo de *soft law* establece la regla general de que el daño imputable jurídicamente a una persona genera para esta la obligación de indemnizar<sup>105</sup>. Mientras que el artículo 4.101 establece la responsabilidad de las personas en función de la “violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”<sup>106</sup>. Este

---

<sup>101</sup> *Id.* p. 68.

<sup>102</sup> *Id.* p. 43

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. European Group on Tort Law. Revista de Derecho Privado, Vol. 9. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2005.

<sup>106</sup> *Ibid.*

modelo de conducta objetivo se lo explicita en el artículo 4.102 como el de “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate<sup>107</sup>.”

A esta tesis se suma García-Ripoll al manifestar que la antijuridicidad es el resultado de la infracción a un modelo de conducta, que a su vez tiene su origen en un juicio de ponderación entre la libertad de actuación del sujeto y el bien dañado<sup>108</sup>. En otras palabras, para este autor la libertad de actuación que ampara el ordenamiento se encuentra limitada por un estándar de conducta determinado<sup>109</sup>. “Cuando se dice que ha lugar a la responsabilidad porque el causante no se ha comportado cuidadosa, reflexivamente, etc., en el fondo estamos comparando la importancia del bien dañado y el grado de restricción o control de su libertad que hubiera debido prestar el dañante<sup>110</sup>”. Para García-Ripoll, el modelo de conducta que prevé el derecho privado es, en términos generales, el del buen padre de familia, es decir el de una persona cuidadosa y diligente en la administración de sus negocios<sup>111</sup>. Por consiguiente, se sostiene que la conducta culposa o dolosa es también antijurídica.

#### **2.3.4. Una teoría mixta**

El tratadista chileno Pablo Rodríguez Grez aboga por una teoría mixta sobre el contenido de la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual. Para Rodríguez, la antijuridicidad puede ser tanto de tipo formal como material para que haya lugar a la obligación de reparar<sup>112</sup>. La antijuridicidad formal se refiere a la contradicción entre un precepto normativo concreto y la conducta humana; al incurrir en la conducta prohibida se activa la sanción como norma secundaria<sup>113</sup>. En cambio, la antijuridicidad material se verifica en la contradicción entre la conducta humana y un valor amprado por el ordenamiento jurídico<sup>114</sup>. En esa línea, Rodríguez sostiene que la culpa, si bien es un presupuesto independiente de la responsabilidad extracontractual, funge además como elemento

---

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> García-Ripoll. *Ilicitud, culpa y estado de necesidad*. Madrid: Editorial Dykinson. 2006. P. 42.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Cfr. Id.* p. 43.

<sup>112</sup> Rodríguez, P. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: *Op. Cit.* pp. 129-150.

<sup>113</sup> *Id.* p. 140.

<sup>114</sup> *Ibid.*

indicativo de antijuridicidad material<sup>115</sup>. Así, para este autor, la presencia de culpabilidad convierte a conductas que son *ab initio* conformes a Derecho en antijurídicas. Rodríguez argumenta que:

El cuidado que toda persona debe poner en su comportamiento social (qué estará determinado por los estándares sociales prevaletes en ese momento) se extiende, naturalmente, al respeto que merecen aquellos bienes y valores consagrados en el ordenamiento normativo<sup>116</sup>.

Lo anterior no significa que para el mencionado autor se pueda negar la independencia existente entre la antijuridicidad y la culpabilidad como presupuestos distintos de la responsabilidad<sup>117</sup>. Es plausible que una conducta culposa o dolosa no sea antijurídica cuando la misma se encuentra autorizada por una norma permisiva o se ajusta a un valor amparado por el orden jurídico.

### **2.3.5. Consideración final sobre las respuestas doctrinarias**

La existencia de un presupuesto denominado antijuridicidad en la responsabilidad civil solo tiene sentido si definimos su contenido. De lo expuesto en párrafos anteriores se puede colegir que el contenido del juicio de antijuridicidad se encuentra todavía en formación, por el amplio debate doctrinario existente, ya sea que se lo considere de forma aislada o sobrepuesto a otros elementos de la responsabilidad civil extracontractual, como la culpa. En el tercer capítulo, se argumentará porqué se sostiene que la tesis vigente en el ordenamiento jurídico nacional es la de la antijuridicidad en sentido impropio; aquella que niega el carácter de esta como requisito concurrente de la obligación indemnizatoria, luego de estudiar los pronunciamientos judiciales sobre la materia, tanto nacionales como de derecho comparado.

## **3. Capítulo segundo: el contenido de la antijuridicidad en la jurisprudencia nacional y comparada**

En el presente capítulo, se pretende ubicar el debate doctrinario sobre el contenido de la antijuridicidad, tanto en el ordenamiento jurídico nacional como en el derecho comparado.

---

<sup>115</sup> *Id.* p. 141.

<sup>116</sup> *Id.* p. 135

<sup>117</sup> *Id.* p. 140

Para este fin, se analizarán, los fallos más relevantes que elaboran sobre el juicio de antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil subjetiva.

### 3.1. Ecuador

La jurisprudencia ecuatoriana tiende a no realizar un análisis exhaustivo del concepto de antijuridicidad en materia de responsabilidad civil. Como se evidencia a continuación, tanto en las sentencias dictadas por la antigua Corte Suprema como por la Corte Nacional de Justicia, la definición de antijuridicidad adoptada se encuadra en una de las tres tesis analizadas en el primer capítulo, sin embargo, en la mayoría de los casos, este ejercicio solo se lo realiza de manera enunciativa.

En 1983, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia de tercera instancia sobre los daños y perjuicios derivados de la muerte de una persona cerca de una construcción en curso. La persona había fallecido porque uno de los constructores dejó caer un martillo desde la construcción frente al Malecón de Salinas y la compañía que llevaba a cabo el proyecto no había implementado las mallas de seguridad con la finalidad de evitar que ocurran eventos de esa naturaleza<sup>118</sup>. La Sala estima que la negligencia exigida para configurarse el cuasidelito se verifica en la infracción de las ordenanzas municipales que exigían la colocación de mallas de seguridad<sup>119</sup>.

la muerte de Reina Álava Cedeño se produce a consecuencia del impacto sufrido por un martillo de carpintero que cayó sobre su cabeza, de manos del trabajador Armando Tomalá Ramos cuando éste laboraba en el décimo piso del edificio "El Mirador" que edifica Constructora Santos Cía. Ltda., en la ciudad de Salinas el día viernes 23 de julio de 1976, aproximadamente a las catorce horas, y por no haber levantado la empresa constructora el soportal peatonal previsto en las respectivas Ordenanzas Municipales<sup>120</sup>.

Por lo tanto, en esta sentencia, la Sala implícitamente vincula la antijuridicidad de la conducta a la existencia de culpa adoptando un criterio formalista-objetivo con respecto a esta. En otras palabras, la Corte estima que la infracción de una norma positiva como las ordenanzas municipales genera la culpa necesaria para configurarse el cuasidelito.

---

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil. Sentencia de 21 de enero de 1983. Gaceta Judicial 12, Serie 14, p. 399.

<sup>119</sup> *Ibíd.*

<sup>120</sup> *Ibíd.*

La sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema en el caso del Doctor Wagner Iván Viñán en contra de la Federación Médica Ecuatoriana, y otros, elaboró sobre los elementos concurrentes en la responsabilidad civil. El caso versa sobre la demanda por daño moral que propuso el Doctor Viñán, alegando que fue expulsado del Colegio Médico de Imbabura y que se le abrió un procedimiento administrativo con la finalidad de ser destituido de su cargo como médico del Hospital San Vicente de Paúl como represalia por las investigaciones emprendidas por él sobre irregularidades en la obtención de títulos de especialización<sup>121</sup>.

Según el resumen que realiza la Sala de la demanda propuesta, el actor fundamentó la ilicitud de las conductas dañosas principalmente en la vulneración de una serie de derechos constitucionales que incluyen, el derecho a presentar quejas, el derecho a la defensa y la garantía de prohibición de doble juzgamiento<sup>122</sup>. El análisis de la Sala sobre la ilicitud de la conducta parte de la determinación de los delitos y cuasidelitos como hechos que contravienen una norma legal o reglamentaria, distinguiéndose por la intención o la culpa. La Sala posteriormente puntualiza que el delito penal se encuentra tipificado en la norma penal mientras que el delito civil no. “Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la ley penal, es delito civil<sup>123</sup>”. La Sala, consistente con esta primera aproximación posteriormente menciona de forma expresa que “[p]ara que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurren los siguientes elementos a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias (...)”<sup>124</sup>. Es decir, la Corte Suprema en este fallo se suscribe a un criterio absolutamente formal y objetivo de antijuridicidad: la infracción de una norma positiva. Aplicando este criterio al caso concreto, la sala estima que la conducta de los demandados fue ilícita al violentar el procedimiento disciplinario contenido en el Reglamento de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana que a su vez impidió que el Doctor Viñán ejerza su derecho a la defensa<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 19 de marzo de 2003. Gaceta Judicial 12, Página 3730.

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> *Ibíd.*

<sup>125</sup> *Ibíd.*

Además, acepta la alegación que la retaliación sufrida menoscabó su derecho a dirigir quejas y denunciar actos de corrupción cumpliéndose con el requisito de ilicitud de la conducta que se estimaba dañosa<sup>126</sup>.

En otra sentencia dictada el 22 de junio de 2001, la primera Sala de lo Civil y Mercantil realiza un análisis similar de la ilicitud. En el caso de responsabilidad civil seguido por Libia Sari en contra de María Juana Merchán por lesiones, la Sala afronta la cuestión de la ilicitud comenzando por determinar sus modalidades<sup>127</sup>. En ese sentido, puntualiza las definiciones legales de delito y cuasidelito. Luego, la Sala establece que el universo de hechos ilícitos se divide en aquellos que se encuentran previstos en un tipo penal y aquellos que no. Sin embargo, en su *obiter dictum*, la Corte no puntualiza un método para identificar al hecho ilícito que no se encuentra previsto como delito en una norma penal.

En septiembre de 1993, la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema conoció en tercera instancia el caso de Ángel Gutiérrez y Marcia Vargas en contra de la Compañía Molinos Champion S.A.<sup>128</sup>. Los actores propusieron su demanda alegando que la construcción de un criadero porcino en el predio colindante al suyo impidió que desarrollen en este un establecimiento turístico por la contaminación ambiental producida<sup>129</sup>. Adicionalmente, se alegó que la contaminación generada por el criadero porcino destruyó el valor económico del predio de los demandantes. En este caso, la Corte no realizó un análisis abstracto de la antijuridicidad en la responsabilidad civil, simplemente se limitó a enunciar la norma correspondiente a los delitos y cuasidelitos civiles. En el caso concreto, la Corte determinó que la conducta de la demandada fue ilícita por (i) la violación del derecho constitucional a gozar de un ambiente libre de contaminación e (ii) infringir una serie de cuerpos normativos mencionados en abstracto como la Ley de Aguas, el Código de Salud y

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 4 de abril de 2001. Expediente de casación 151. Registro Oficial 353 del 22 de junio del 2001.

<sup>128</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Comercial. Sentencia, 29 de septiembre de 1993. Gaceta Judicial 16 Página 11.

<sup>129</sup> *Ibíd.*

la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental<sup>130</sup>. En esto último, la Corte no identifica una regla en concreto que haya sido inobservada por el demandado<sup>131</sup>.

Al vincular la antijuridicidad a la infracción de un derecho constitucional, se puede decir que el análisis de la Corte se asemeja a la doctrina de la ilicitud atípica; de un derecho constitucional se desprende una nueva regla prohibitiva subsumible a la conducta de los demandados.

El ya precitado enunciado “que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias<sup>132</sup>” se encuentra presente en el *obiter dicta* de otros fallos de casación de la antigua Corte Suprema. En un caso por daño moral iniciado por José Miguel Jiménez en contra de William Batallas como procurador común de los demandados, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil incorpora de manera textual dicha frase<sup>133</sup>. Sin embargo, no realiza ningún análisis posterior sobre su aplicabilidad al caso concreto. Lo mismo ocurre en otra sentencia posterior de daño moral dentro del caso Miguel Sastre en contra del Hotel Oro Verde S.A y otros, en el que la Tercera Sala de lo Civil vuelve a utilizar este enunciado de forma textual, sin aplicarlo a los hechos del caso<sup>134</sup>.

De forma más reciente, la Corte Nacional de Justicia se ha distanciado del criterio de antijuridicidad formal. En el juicio de responsabilidad extracontractual seguido por la compañía Generali S.A y otras en contra de EDEHSA S.A., la Corte incorpora en el *obiter dictum* la noción de la antijuridicidad anclada a la infracción del deber de no dañar<sup>135</sup>. El caso versa sobre la responsabilidad civil de la compañía demandada a causa de un incendio en una edificación construida por esta<sup>136</sup>. La demandante fue una compañía de seguros que se subrogó en los derechos de la víctima. La Sala argumenta que la antijuridicidad de la conducta que genera un daño resarcible “(...) no consiste solamente en la violación de norma que imponga una conducta, sino también en la contravención del principio *alterum non*

---

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 30 de marzo de 2006. Expediente de Casación 81. Registro Oficial 361 de 21 de septiembre de 2006.

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 7 de marzo de 2007. Expediente de Casación 59. Registro Oficial Suplemento 367 de 25 de junio de 2008.

<sup>135</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Sentencia 46-11 del 19 de enero de 2011.

<sup>136</sup> *Ibid.*

*laedere*<sup>137</sup>.” Para la Sala, sin embargo, la aplicabilidad de dicho principio viene dada por tratarse de “(...) un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se integra a él (...)”<sup>138</sup> Este fallo de casación incluso establece un estándar de conducta acorde al mencionado principio y es según el criterio de la Sala el comportarse “(...) respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para la convivencia social sea posible”<sup>139</sup>.” Más adelante insiste en que la responsabilidad aquiliana se fundamenta en una conducta que ha transgredido el deber genérico de “(...) abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás”<sup>140</sup>.” En definitiva, el citado fallo de casación amplía los horizontes de la antijuridicidad, no limitándose a aquellos supuestos de hecho de una norma prohibitiva en el ordenamiento jurídico.

A pesar de este cambio jurisprudencial, en 2012 la Sala de lo Civil y Mercantil volvió a adoptar el criterio de la antijuridicidad formal<sup>141</sup>. Dentro de un caso de daños y perjuicios por la elaboración de un escrito que el actor consideró como injurioso, la Sala reitera que la ilicitud civil no requiere estar tipificada en la norma penal; sostiene sin embargo que la conducta ilícita es aquella contraria a una norma positiva ya sea legal o reglamentaria<sup>142</sup>. En consecuencia, la Sala, sin más consideraciones, vuelve a adoptar un criterio formal-objetivo del juicio de antijuridicidad.

La jurisprudencia citada anteriormente en su mayoría adopta un criterio restringido de antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual. Reconoce la existencia de esta como un presupuesto independiente del daño y de la culpa. Al definir su contenido, la jurisprudencia se ha decantado por declarar como antijurídica aquella conducta que incurre en una prohibición legal o reglamentaria. Solo en dos de las sentencias citadas, la Corte amplía la definición de lo antijurídico al (i) vincularla con la vulneración a un bien protegido por el ordenamiento y (ii) a la infracción del deber de no dañar.

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> *Ibíd.*

<sup>141</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia 190-2012 del 25 de junio de 2012.

<sup>142</sup> *Ibíd.*



### 3.2. España

A diferencia de la ecuatoriana, la jurisprudencia española ha sido constante durante más de dos décadas en afirmar que la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual viene dada por la infracción a un deber genérico de no dañar. La *jurisprudence constante* española concuerda en que la falta de una norma prohibitiva de una conducta dañosa no es un óbice para calificar a esta como antijurídica. A continuación, se presentan algunos fallos dictados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español que evidencian esta línea jurisprudencial.

En 1993, el Tribunal Supremo conoció en casación sobre un caso de daños por la divulgación de muestras de productos y listado de los clientes por parte de un empleado de una compañía a su competencia<sup>143</sup>. El Tribunal, rechazando la argumentación realizada por el juez inferior, determinó que este hecho es ilícito *per se* sin la necesidad de comprobar la violación de un precepto normativo en concreto<sup>144</sup>. El tribunal concluye que la antijuridicidad civil no requiere de la infracción de una norma, y viene dada por el deber de no dañar a otros<sup>145</sup>. El Tribunal califica esta máxima como un principio, pero la argumentación explicada anteriormente se realiza en el contexto de la casual de casación relativa a la infracción del artículo 1902 del Código Civil<sup>146</sup>.

En 1995, El Tribunal conoció un caso de daños y perjuicios a un inmueble por la ejecución de obras realizadas por un Municipio<sup>147</sup>. Esta autoridad seccional alegó la inexistencia de hecho antijurídico por cuanto la ley le facultaba expresamente el ordenar la ejecución de obras incluso en contra de la voluntad del administrado<sup>148</sup>. Para resolver esta cuestión, el Tribunal en primer lugar, distinguió la antijuridicidad en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, siendo la primera siempre derivada de un hecho contrario al ordenamiento jurídico y en la segunda de la infracción del precepto *alterum non laedere*<sup>149</sup>. El Tribunal concluye que la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual “(...) no

---

<sup>143</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 569/1993 del 11 de febrero de 1993.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 6675/1995 del 26 de diciembre de 1995.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

precisa violación de un precepto concreto (...)” por lo que dicho requisito se verifica con la existencia de un daño imputable al agente<sup>150</sup>.

En 1997, en el contexto de un reclamo por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, el Tribunal volvió a reconocer la existencia de un deber implícito de no dañar a otros en el ordenamiento jurídico español<sup>151</sup>. La particularidad del raciocinio realizado por la Sala de lo Civil en este caso es que vinculó la infracción a este precepto con el deber de diligencia convirtiendo la línea divisoria entre culpa y antijuridicidad en imperceptible<sup>152</sup>. Para el Tribunal, el deber de diligencia en el caso concreto se traduce en un deber de vigilancia<sup>153</sup>. Concluye que, por tratarse la víctima de un menor de edad, las personas que estaban a su cargo se subsumieron en el deber de guarda de un padre, incurriendo así en culpa *in vigilando* y a su vez en una conducta antijurídica<sup>154</sup>.

En una sentencia posterior, el Tribunal Supremo halló el requisito de antijuridicidad en la omisión de una federación de fútbol de no recubrir una zanja la cual causó que un futbolista sea lesionado quedando 30 días inhabilitado para practicar el deporte<sup>155</sup>. Para alcanzar esa conclusión, la Sala de lo Civil argumentó que la responsabilidad aquiliana actual se encuentra influenciada por (i) el ritmo de vida acelerado de la sociedad y la considerable interrelación entre los sujetos que la componen y, (ii) la tendencia a cubrir la mayor cantidad de situaciones dañosas<sup>156</sup>. En ese contexto, para la Sala, la ilicitud o antijuridicidad de la conducta es un requisito impuesto por el artículo 1902 del Código Civil que sin embargo no equivale a un requisito de tipicidad de la conducta dañosa; “(...) no se puede ir más lejos del principio *alterum non laedere*<sup>157</sup>.” En consecuencia, a la luz de la sentencia, la omisión que generó la lesión del actor infringió el deber de no dañar siendo por tanto antijurídica.

En 1999, la Sala volvió a tratar la relación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. El Tribunal determinó que cuando la demanda se fundamente erróneamente

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 4347/1997 del 19 de junio de 1997.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> *Ibíd.*

<sup>155</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 8010/1997 del 29 de diciembre de 1997.

<sup>156</sup> *Cfr. Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*

en el régimen de la responsabilidad contractual y de la causa de pedir se evidencie que el régimen aplicable es la responsabilidad aquiliana, el juez puede aplicar este último en virtud del principio *iura novit curia*<sup>158</sup>. Esto es posible según la Sala debido a que en la responsabilidad aquiliana no se requiere invocar la existencia de un ilícito en concreto ya que “la posible existencia simple de un perjuicio sobre el cual se reclama (...)” es suficiente dado el deber de no dañar<sup>159</sup>.

En la década del 2000, el Tribunal Supremo reiteró que la antijuridicidad es un presupuesto independiente de los demás que configuran la responsabilidad civil extracontractual<sup>160</sup>. Siguiendo una redacción similar a las anteriores sentencias citadas, el Tribunal reiteró que la “antijuridicidad viene determinada simplemente por el principio de *alterum non laedere* (...)”<sup>161</sup> Este lenguaje se encuentra presente de manera más reciente en la jurisprudencia del Tribunal español. En 2010, la Sala, al enumerar los elementos que configuran la responsabilidad aquiliana determinó que la conducta debe ser “antijurídica por vulneración de una norma, aun la más genérica como la que se deriva del principio *alterum non laedere*, protectora del bien jurídico lesionado<sup>162</sup> (...)”

La jurisprudencia española también se ha referido al deber de no dañar como un principio implícito en el ordenamiento jurídico con relación a la interferencia culposa de terceros en una relación contractual<sup>163</sup>. Por lo tanto, la infracción a dicho deber es, a criterio de la Sala, fuente de la obligación indemnizatoria.

Un entendimiento inadecuado del principio de relatividad de los contratos como el mantenido en el recurso considera que los efectos jurídicos del contrato, en tanto que "*res inter alios acta*" [cosa realizada entre otros], se limitan a los derechos y obligaciones de las partes que lo concertaron, sin que generen deber de conducta alguno para los terceros, cuya conducta sería completamente libre respecto del contrato. Se produciría de este modo una separación absoluta entre la relación obligatoria y la esfera jurídica de los terceros. Frente a esta concepción, ya superada, hay que entender que los terceros tienen un deber de respeto del derecho de crédito ajeno que es una consecuencia del deber general de respeto de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas que integran la esfera jurídica de los demás, **y del más genérico aún de "*neminem laedere*" [no causar daño a nadie]**. De ahí que el tercero que viole dolosa o negligentemente un derecho ajeno, asume, por este solo hecho,

<sup>158</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 2368/1999 del 8 de abril de 1999.

<sup>159</sup> *Cfr. Ibíd.*

<sup>160</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 1936/2002 del 18 de marzo de 2002.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

<sup>162</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 2034/2010 del 25 de marzo de 2010.

<sup>163</sup> Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 497/2014 del 5 de febrero de 2014.

responsabilidad por los daños y perjuicios causados al titular del derecho, y asume la consiguiente obligación de resarcimiento, que en el caso de la actuación dolosa debe abarcar todas las consecuencias dañosas de su actuación<sup>164</sup> (énfasis añadido).

Los pronunciamientos citados anteriormente reflejan un consenso de la jurisprudencia española en dos aspectos. El primero, que la antijuridicidad es un elemento que debe acreditarse para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual. Segundo, que la infracción a un deber preexistente de no dañar genera el hecho antijurídico. Sin embargo, no queda terminada la discusión sobre la fuente normativa de dicho deber. En ciertas ocasiones, la jurisprudencia lo trata como un principio implícito en el régimen de la responsabilidad extracontractual. En otros casos, le ubica dentro de la norma contenida en el artículo 1902 del Código Civil español que expresa: “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado<sup>165</sup>.” Tampoco se pudo identificar el grado de independencia que la jurisprudencia española otorga a la antijuridicidad frente a la culpa como elemento autónomo. En ciertas ocasiones, se vincula la infracción del deber de no dañar a la discordancia ente la conducta del agente y un modelo de conducta calificada como diligente o cuidadosa.

### 3.3. Chile

La jurisprudencia chilena, en su mayoría, reconoce a la antijuridicidad como un elemento necesario para configurar la responsabilidad extracontractual pero no es constante al definir su contenido. Al analizar los requisitos de la responsabilidad extracontractual, la sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema del 26 de abril de 2009 se fundamenta sobre el artículo 2314 del Código chileno, norma idéntica a la contenida en el artículo 2214 del Código Civil nacional<sup>166</sup>. En ese contexto, la Sala opta por identificar al hecho antijurídico en la falta de diligencia en el obrar del agente, es decir, la vincula a la culpa<sup>167</sup>. Este análisis se da debido a que la parte demandada alegó la inexistencia de un hecho ilícito generador de responsabilidad extracontractual ya que contaba con todos los permisos administrativos para

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*

<sup>165</sup> Código Civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia. BOE no. 206 de 25 de julio de 1889.

<sup>166</sup> Corte Suprema de Chile. Cuarta Sala. Sentencia 1.934-2009 del 24 de abril de 2009.

<sup>167</sup> *Ibíd.*

realizar la actividad que produjo el daño<sup>168</sup>. La Corte Suprema concluyó que “(...) la alegación de ausencia de antijuridicidad resulta, a lo menos, irrelevante, sin perjuicio que entendida la culpa como infracción al deber de conducta, es sinónima de ilicitud<sup>169</sup>”. Además, agrega:

(...) no es dable admitir que la conducta no habría sido antijurídica, porque, no obstante que es cierto haber sido aprobado su proyecto por la autoridad competente, no es menos efectivo que la conducta observada fue ilícita o contraria a derecho, al no haberse empleado en la ejecución de las obras el adecuado celo para evitar el daño irrogado a terceros<sup>170</sup>.

En consecuencia, el criterio de la Sala en esta sentencia es que la demandada, aun ajustando su conducta a la normativa aplicable a la actividad realizada, incurrió en un hecho ilícito fruto de su falta de diligencia.

En sentencia del 11 de agosto de 2011, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile reitera el criterio expresado anteriormente<sup>171</sup>. Sobre la base del artículo 2314 del Código Civil chileno, la Corte identifica la necesidad de acreditar un hecho antijurídico en la responsabilidad extracontractual<sup>172</sup>. La Sala identifica dos circunstancias que deben concurrir para ello, (i) que la conducta sea productora de un daño y (ii) que infrinja un estándar de diligencia<sup>173</sup>. En síntesis, esta sentencia mantiene el mismo criterio de que la falta de diligencia o culpa en la conducta la vuelve a esta antijurídica, agregando además la necesidad de que esta sea productora de un daño.

Sin perjuicio de lo anterior, la Primera Sala de este alto tribunal, en sentencia del 23 de marzo de 2016 consideró al deber de no dañar a otros como un principio rector de la responsabilidad extracontractual, siendo su infracción un hecho ilícito que da lugar a la indemnización<sup>174</sup>. Sin excluir a la conducta culposa como antijurídica, la Sala manifiesta:

[a] su vez es preciso recordar que la responsabilidad extracontractual es aquella que proviene de un hecho ilícito perpetrado por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un deber contractual. **Luego, el deber de reparar surge de la**

---

<sup>168</sup> *Ibid*

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> Corte Suprema de Chile. Cuarta Sala. Sentencia 760-2009 del 11 de agosto de 2011.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 10.050-2015 del 23 de marzo de 2016.

**transgresión de un deber genérico de no dañar a otro, que es un principio general de todo ordenamiento jurídico**<sup>175</sup> (énfasis añadido).

En una sentencia posterior, la Primera Sala enumerando los presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual en función del ya mencionado artículo 2314 no contempla a la antijuridicidad<sup>176</sup>. En este caso, la Corte Suprema concluyó que el artículo 2314 del Código Civil exige la concurrencia de “la existencia de un hecho u omisión culpable, la existencia de daño o perjuicios en la víctima y la relación de causalidad entre la acción culposa y los daños que se reclaman<sup>177</sup>”. La omisión de la antijuridicidad como un presupuesto independiente parece indicar que la Corte chilena se adhiere, en esta ocasión, a la tesis de la inexistencia de la antijuridicidad como un presupuesto concurrente que deba ser verificado.

En la sentencia más reciente y relevante encontrada, la primera Sala sostiene que para la procedencia de la acción indemnizatoria se requiere la configuración de un “hecho voluntario, ilícito, imputable, que ha sido la causa de un daño a las personas<sup>178</sup>”. Posteriormente, realiza una distinción entre el hecho ilícito y la antijuridicidad. Para la Sala, el hecho ilícito generador de la obligación de indemnizar se enmarca en una conducta “antijurídica, culpable y dañosa<sup>179</sup>.” Es decir, para la Sala, la configuración de los elementos de la responsabilidad civil son a la vez los que identifican la existencia de un hecho ilícito, encontrándose la antijuridicidad inmersa en esta definición. Por el otro lado, la sentencia citada define al hecho antijurídico como la conducta “contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno<sup>180</sup>.” En otras palabras, lo que la Sala manifiesta es que la antijuridicidad es un elemento del hecho ilícito generador de responsabilidad civil y puede tratarse de una conducta formal o materialmente contraria al ordenamiento jurídico. Es formal cuando sea contraria a una norma y material cuando contradice el deber de respeto a un derecho ajeno<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 19.072-2017 del 8 de noviembre de 2017.

<sup>177</sup> *Ibíd.*

<sup>178</sup> Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 38.810-2017 del 18 de abril de 2018.

<sup>179</sup> *Ibíd.*

<sup>180</sup> *Ibíd.*

<sup>181</sup> *Cfr. Ibíd.*

#### **4. Capítulo tercero: la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto concurrente de la responsabilidad extracontractual subjetiva**

En los anteriores capítulos se discutieron los distintos acercamientos que ha realizado la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual. En el presente capítulo, se argumenta que el régimen nacional de la responsabilidad civil no contempla a la antijuridicidad como un requisito concurrente para que nazca la obligación de reparar. Con este objeto, se analiza el contenido de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil y cómo estos establecen el ilícito de dañar a otros sin causa de justificación, siendo la consecuencia de ello la obligación de indemnizar.

##### **4.1. Consideración previa sobre el uso del término ilícito en el artículo 2184 y por qué debe entenderse como ausencia de causa de justificación**

El régimen general de la responsabilidad civil se encuentra en su mayor parte regulado en el libro cuarto del Código Civil. El artículo 1453 contempla a los delitos y cuasidelitos como fuente de obligaciones. Dentro del título relativo a los cuasicontratos, el artículo 2184 define tanto al delito como al cuasidelito. De esta norma se extrae que el delito como fuente obligacional es un hecho voluntario ilícito producido con la intención de dañar, mientras que el cuasidelito es un hecho voluntario culpable sin la intención de dañar<sup>182</sup>. Aquí existe una evidente diferencia en ambas definiciones, mientras que la norma utiliza el término “ilícito” al definir el delito, por el otro lado emplea el término “culpable” en la definición del cuasidelito<sup>183</sup>. Más allá de esta distinción, si se acude al método literal de interpretación, esto es dando al término “su sentido natural y obvio,” ilícito significa contrario al ordenamiento jurídico<sup>184</sup>. En consecuencia, el delito civil definido en el artículo 2184 sería el hecho voluntario contrario al ordenamiento jurídico producido con la intención de dañar. Si se adopta esta definición, mal pudiera hablarse de la inexistencia de la antijuridicidad como

---

<sup>182</sup> *Cfr.* Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2184.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 18.

presupuesto de la responsabilidad civil, al menos en el caso del delito civil como fuente obligacional extracontractual.

Sin embargo, esta definición no es compatible con una interpretación sistemática del régimen. Los enunciados normativos no se encuentran aislados, por el contrario, están ubicados dentro de un conjunto de normas y es la labor del intérprete dotar de coherencia lógica a este sistema. Por ello, el artículo 18 del Código Civil autoriza acudir a otros enunciados en la ley “particularmente si versan sobre el mismo asunto,” para alcanzar una interpretación coherente con el resto del ordenamiento jurídico<sup>185</sup>. En ese sentido, el término ilícito en el artículo 2184 debe entenderse como la conducta carente de justificación, ya sea porque no se encuentra amparada en el ejercicio de un derecho o por carecer de una causa de justificación. Esto debido a que el primer enunciado del artículo 2229 del Código Civil prescribe: “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta<sup>186</sup>.” Bajo este enunciado, la regla general sería que toda conducta voluntaria culposa o dolosa que cause un daño genera la obligación de reparar; incorporando la frase “por regla general” indica que esta admite excepciones. Las excepciones recogidas por la doctrina son las que ya fueron enunciadas, el ejercicio de un derecho o la existencia de causas de justificación<sup>187</sup>. De esta forma, el artículo 2229 complementa la definición del artículo 2184, siendo los delitos y cuasidelitos la fuente obligacional en la responsabilidad civil.

#### **4.2. El artículo 2214 impone un deber de no dañar a otros mas no establece a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil**

El artículo 2214 del Código Civil prescribe: “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito<sup>188</sup>”. Como se evidenció en los anteriores capítulos, la doctrina y la jurisprudencia usualmente identifican al presupuesto antijuridicidad en la interpretación de esta norma, que se encuentra con sutiles diferencias en

---

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2229.

<sup>187</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p 153.

<sup>188</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2214.



la mayoría de ordenamientos de tradición civilista<sup>189</sup>. A nuestro criterio, esta norma impone un deber de abstención de dañar a otros, mas no atribuye el requisito de que la conducta sea antijurídica como presupuesto para el nacimiento de la obligación de indemnizar.

El enunciado contenido en el artículo 2214 puede catalogarse como un juicio. Bobbio define al juicio en el sentido lógico formal como una proposición que contiene un sujeto y predicado; en este caso, el sujeto es “el que ha cometido un delito o cuasidelito”, y el predicado “está obligado a la indemnización<sup>190</sup>.” Se trata naturalmente de una proposición prescriptiva por cuanto, su función es alterar el comportamiento humano a través de la imposición de una consecuencia<sup>191</sup>. Este enunciado siendo reformulado como una proposición imperativa sería: “debes reparar el daño imputable a tu malicia o negligencia”, redacción similar al primer párrafo del artículo 2229 estudiado previamente<sup>192</sup>.

Ahora bien, para Kelsen, el deber jurídico es lo opuesto a un hecho ilícito, por cuanto, la conducta que contraviene un deber jurídico activa una sanción prevista en la norma jurídica<sup>193</sup>. “Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción<sup>194</sup>”. Una sanción es en sentido estricto, la privación de un bien jurídico ya sea con la amenaza o el uso de la coerción estatal<sup>195</sup>.

El artículo 2214 contiene la descripción de una conducta, -cometer un delito o cuasidelito que genere un daño-, seguido por una consecuencia, -estar obligado a indemnizar. En su sentido usual, el término indemnización se refiere a la reparación económica del daño causado. Por lo mismo, el nacimiento de dicha obligación implica para el sujeto imputable la privación de un bien, incluso si es necesario a través de la ejecución forzosa. Por lo tanto, la obligación de indemnizar es una sanción en sentido estricto. En consecuencia, si la conducta ilícita es aquella que activa una sanción, el dañar a otro mediante malicia o negligencia (delito o cuasidelito), es un acto ilícito. Por el contrario, el abstenerse de dicha conducta es el cumplimiento del deber *alterum non laedere*.

---

<sup>189</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 131.

<sup>190</sup> Bobbio, N. Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2002. p. 42.

<sup>191</sup> *Id.* p. 44.

<sup>192</sup> *Id.* p. 43

<sup>193</sup> Kelsen. H. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 2009. p. 70.

<sup>194</sup> *Id.* p. 76.

<sup>195</sup> *Id.* p. 54.

En síntesis, para incurrir en el “ilícito” que acarrea la obligación de indemnizar, no se exige que la conducta sea contraria a una norma objetivamente establecida, basta que cause un daño y que sea realizada de forma maliciosa o culposa.

### 4.3. Las causas de justificación

Fue mencionado anteriormente que el ilícito de dañar a otros, contenido en los artículos 2214 y 2229 admite excepciones. Estas son las que la doctrina ha denominado causas de justificación, que impiden el nacimiento de la obligación de indemnizar como sanción y en consecuencia, excluyen la ilicitud o antijuridicidad de la conducta. Se trata de “(...) supuestos de hecho excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer, por ende, un juicio de desaprobación<sup>196</sup>.”

Dada la ausencia de una norma expresa en el régimen de responsabilidad civil, la doctrina no es pacífica en definir cuáles son las causas de justificación. Por el contrario, las causas de justificación en el derecho de daños del *common law* se encuentran firmemente establecidas. Estas son las llamadas defensas frente a los *intentional torts* e incluyen el consentimiento expreso o tácito de la víctima, legítima defensa de la propiedad o de la persona, recuperación por la fuerza de la propiedad y el estado de necesidad<sup>197</sup>. En cambio, en nuestro régimen no existe ese grado de certeza con respecto a las causas de justificación.

Para definir las causas de justificación del hecho antijurídico en la responsabilidad civil, se debe distinguir a estas de los eximentes o atenuantes de responsabilidad. Estos son, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero, mismos que están destinados a eliminar o debilitar el nexo causal entre la conducta de agente y el daño<sup>198</sup>. Si se logra acreditar uno de estos supuestos no se le puede imputar a la conducta del demandado el resultado dañoso. En cambio, en el caso de las causas de justificación, la conducta del agente es la causa del daño, pero su acreditación excluye su ilicitud.

Varios autores incluyendo, Tamayo Jaramillo, Rodríguez Grez y Velásquez Posada concuerdan que frente a la ausencia de una norma dentro del régimen de responsabilidad civil

---

<sup>196</sup> Mosset, J. Estudios sobre Responsabilidad por Daños. p. 38. Citado en: Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 150.

<sup>197</sup> Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 150.

<sup>198</sup> *Id.* p. 241.

que prescriba las causas de justificación, son aplicables las enumeradas dentro del régimen de la responsabilidad penal<sup>199</sup>. En esa línea, existen dos argumentos fundamentales que justifican la incorporación de una institución del derecho penal al régimen de la responsabilidad civil.

El primero es que el numeral séptimo del artículo 18 del Código Civil autoriza acudir a casos análogos previstos en otras leyes frente a la ausencia de norma aplicable<sup>200</sup>. Nos encontramos en presencia de una laguna normativa dentro del régimen de responsabilidad civil que puede ser subsanada acudiendo vía analogía al régimen de la responsabilidad penal. Para Guastini, hay dos escenarios que califican como laguna normativa, (i) cuando una conducta no se encuentra calificada por un enunciado normativo o (ii) cuando un supuesto de hecho no tiene asignado una consecuencia jurídica por parte de una norma<sup>201</sup>. En este caso, estamos frente a ambos supuestos de laguna normativa, por cuanto no existe una calificación ni una consecuencia jurídica en el régimen de responsabilidad civil a ciertas conductas que pueden ser razonablemente consideradas como excepciones al ilícito descrito en los artículos 2214 y 2229.

El segundo argumento se refiere a la necesidad de mantener la coherencia del sistema jurídico. Para Bobbio, el ordenamiento jurídico como sistema se refiere a la relación de coherencia que existe entre los enunciados normativos formando “una totalidad ordenada<sup>202</sup>”. Si en el derecho penal existen causas de justificación de una conducta típica que violenta un bien jurídico protegido, parece razonable concluir que pueden ser aplicables las mismas causas de justificación a conductas culposas o dolosas que dañan un derecho o un interés legítimo cubiertas por la responsabilidad civil. “No parece racional y lógico que se excuse a una persona por la destrucción y sacrificio de un valor superior (la vida por ejemplo) y se le responsabilice por el sacrificio de un valor de menor entidad (la propiedad)<sup>203</sup>”.

El Código Orgánico Integral Penal contempla cuatro supuestos de justificación de la antijuridicidad. Estos son, el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de

---

<sup>199</sup> Vid. Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. *Op. Cit.* p. 241.

<sup>200</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005. Artículo 18.

<sup>201</sup> Guastini, R. La Interpretación de las Normas Jurídicas. Quito: Cevallos editora jurídica. 2015. p. 67.

<sup>202</sup> Bobbio, N. Teoría General del Derecho. *Op. Cit.* p. 177.

<sup>203</sup> Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 152.

una orden legítima dictada por autoridad competente y el cumplimiento de un deber jurídico<sup>204</sup>.

El estado de necesidad se refiere a la ejecución de un hecho dañoso con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno siempre y cuando “(...) 1. [E]l derecho protegido esté en actual y real peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho<sup>205</sup>.” En materia de responsabilidad civil, el estado de necesidad es aplicable tomando en cuenta el principio del enriquecimiento injusto ya que al atentar contra un bien ajeno para salvaguardar otro se está “transfiriendo el perjuicio de su patrimonio al patrimonio ajeno<sup>206</sup>.” Por esta razón, queda excluida la antijuridicidad de la conducta dañosa pero subsiste la obligación de reparar en virtud de la prohibición de enriquecimiento injusto<sup>207</sup>.

La legítima defensa en cambio se refiere a la conducta dañosa producida con la finalidad de evitar la irrogación de un daño a un derecho propio o ajeno<sup>208</sup>. En materia penal, se establece como requisito la necesidad de que exista proporcionalidad entre el medio utilizado para impedir o resistir la agresión y el medio usado por quien agrede<sup>209</sup>. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil, este requisito no es necesario, en cambio, debe ser proporcional el daño causado al daño evitado o repelido<sup>210</sup>.

El cumplimiento de un deber jurídico o el ejercicio de un derecho también excluyen la antijuridicidad del daño. Recurriendo a lo ya antes dicho, el cumplimiento de un deber jurídico es lo contrario de un ilícito y como tal no es objeto de sanción. De igual manera, el ejercicio de un derecho no puede ser catalogado como ilícito por cuanto se trata de la materialización de una potestad reconocida por el ordenamiento jurídico. El ejercicio abusivo de un derecho es un supuesto de hecho distinto al ilícito generador de la obligación de

---

<sup>204</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 30.

<sup>205</sup> *Id.* Artículo 32.

<sup>206</sup> *Cfr.* Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 157.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 33.

<sup>209</sup> *Cfr.* Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. Cit.* p. 154.

<sup>210</sup> *Ibid.*

indemnizar previsto en los artículos 2214 y 2229 que implica rebasar los límites que el ordenamiento impone para su ejercicio<sup>211</sup>.

A manera de síntesis, el dañar a otros mediando culpa o negligencia sin causa de justificación es el hecho ilícito o antijurídico previsto en los ya estudiados enunciados normativos. Los supuestos que sirven de base para justificar dicha conducta y en consecuencia eliminar su ilicitud son en su mayoría extrapolados del régimen de responsabilidad penal dada la laguna normativa existente en el régimen de la responsabilidad civil. Esto indicia que, el hecho antijurídico en la responsabilidad civil no es un presupuesto material para que surja la obligación de indemnizar; en realidad, la obligación de indemnizar nace a consecuencia del violentar el deber de no dañar a otros tal como lo contemplan los preceptos normativos estudiados.

#### **4.4. ¿Si la antijuridicidad no es un presupuesto de la responsabilidad civil, cómo se distinguen los daños resarcibles de los no resarcibles?**

A lo anterior se puede agregar el escenario en el cual una conducta potencialmente dañosa pueda verse amparada por una norma especial del ordenamiento jurídico. En ese caso, se estima que incurrir en una conducta que se encuentra reconocida por una norma permisiva debe considerarse también como un supuesto de justificación. Lo contrario supondría sostener que frente a la ausencia de un presupuesto concurrente denominado hecho antijurídico en la responsabilidad civil, toda actividad que menoscabe el interés de otro interviniendo culpa o dolo, incluso siendo esta beneficiosa para la sociedad, sería potencialmente susceptible de resarcimiento<sup>212</sup>. A manera de ejemplo, puede ocurrir que el proveedor de un bien o servicio en el mercado gane un nuevo cliente a costa de la pérdida de otro proveedor en el mismo mercado generando una pérdida para este último. Asumiendo que en este escenario de competencia usual en el mercado, se verifica el daño cierto, no

---

<sup>211</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005. Artículo innumerado primero. Al respecto, Luis Parraguez sostiene que el abuso del derecho es una restricción al dominio y opera cuando el ejercicio del derecho es contrario a su finalidad económico-social generando un resultado dañoso. El perjuicio no debe menoscabar un derecho pues, en ese caso se trata de un escenario de colisión de derechos. *Vid.* Parraguez, L. El Régimen jurídico de los bienes. Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2016. p. 217-218.

<sup>212</sup> Papayannis, D. *La Practica del Alterum non Laedere. Op. Cit.* p. 24.

hipotético como presupuesto de la responsabilidad civil, esta cuestión se resuelve nuevamente por la noción del ordenamiento jurídico como un sistema coherente<sup>213</sup>.

El régimen de la responsabilidad civil no se encuentra aislado de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, por el contrario, estas se complementan entre sí. Ciertamente pueden existir actividades que menoscaben un interés legítimo ajeno, pero su ejercicio, al encontrarse expresamente amparado por el ordenamiento jurídico, no son susceptibles de activar la obligación de resarcir dicho menoscabo. En el ejemplo dado, la competencia en el mercado como actividad económica privada se encuentra protegida constitucionalmente, con los límites que normas especiales del ordenamiento, como el régimen del derecho de competencia imponen; si el menoscabo a un competidor por la pérdida de un potencial cliente se da dentro de esos límites, este no es resarcible<sup>214</sup>.

## 5. Conclusiones

Como se ha tratado en el presente trabajo, las respuestas que la doctrina ha dado a la cuestión de la antijuridicidad son muy diversas. Se encuentran primero aquellas tesis que aceptan la existencia del requisito de la antijuridicidad y la necesidad de su concurrencia con el daño, la culpa o el dolo y el nexo de causalidad para que nazca la obligación de indemnizar. Dentro de este grupo, se ve inmersa la teoría que, aunque reconoce la independencia del juicio de antijuridicidad frente a los demás requisitos, sostiene que la culpa o el dolo vuelven al hecho dañoso antijurídico. Por el otro lado, está aquella tesis que mantiene la necesidad de que juicio de antijuridicidad suponga evaluar si la conducta dañosa infringió una norma positiva del ordenamiento jurídico. En el segundo grupo, se ubica la teoría que niega la necesidad de que la antijuridicidad concorra como presupuesto para que nazca la obligación de reparar los daños. En virtud de esta tesis, basta la producción culposa o dolosa de un daño para que surja la obligación indemnizatoria. En el tercer grupo en cambio, se encuentra una respuesta mixta al problema de la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual. Esta tesis acepta tanto la noción de la antijuridicidad formal que se verifica en una conducta

---

<sup>213</sup> Vid. Bobbio, N. Teoría General del Derecho. *Op. Cit.* p. 177.

<sup>214</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Artículo 283.

contraria a una norma del ordenamiento y la antijuridicidad material que se produce en la conducta culposa o dolosa.

Por otro lado, las respuestas que ha dado la ex Corte Suprema como la Corte Nacional del Ecuador han sido en su mayoría adscritas a la noción de antijuridicidad formal con ciertas excepciones que se refieren al quebrantamiento del deber de no dañar a otros. En el caso de España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decanta casi totalmente por ubicar a la antijuridicidad en la conducta que quebranta el mencionado deber, sin que exista consenso sobre su independencia frente a la culpa o al dolo. Los pronunciamientos de la Corte Suprema chilena en cambio, tienden a aceptar la teoría mixta reconociendo que la antijuridicidad es un requisito concurrente que puede verificarse tanto en la conducta contraria a una norma expresa como en la falta de diligencia o la intención positiva de dañar.

En este trabajo se sustenta la tesis que sostiene la inexistencia de un requisito concurrente en la responsabilidad civil denominado antijuridicidad. Se considera que esta es la interpretación más coherente de los enunciados normativos que componen el régimen aquiliano, en particular los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Estas normas contienen la prohibición de irrogar perjuicios a otra persona mediante una conducta dolosa o culpable, incurrir en dicha prohibición sin justificación acarrea la obligación de indemnizar el daño causado. Adicionalmente, como se argumentó en el desarrollo de este trabajo, es jurídicamente viable que existan escenarios justificativos de esta conducta prohibida. Frente a la ausencia de normas en el Código Civil que regulen los escenarios en los cuales la conducta dañosa se justifica y por lo tanto queda extraída del mundo de lo antijurídico, la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite acudir a las causas de exclusión de la antijuridicidad previstas en el derecho penal. Esta es una posibilidad que no solo tiene sustento normativo, pero también ha sido contemplada anteriormente por la doctrina.

Por lo anterior, la consecuencia práctica de la tesis adoptada en este trabajo es que los tribunales nacionales excluyan de su análisis a la antijuridicidad como un requisito adicional al momento de evaluar si una persona ha incurrido en responsabilidad extracontractual subjetiva, peor aún, buscando el quebrantamiento de una norma expresa del ordenamiento jurídico. Los jueces deberían únicamente verificar la concurrencia de un conducta culposa o dolosa que, mediando un nexo de causalidad haya producido un daño con las exigencias

particulares de cada uno de estos requisitos que han sido brevemente analizadas en este trabajo. Finalmente, el juzgador, en el evento de que considere que se configura una conducta con la aptitud de generar la obligación de reparar el daño, debe analizar si existe alguna causa de justificación a dicha conducta. Si fuere el caso la obligación de indemnizar quedaría excluida con las limitaciones que han sido ya examinadas.



## 6. Fuentes consultadas

Alessandri, A. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno.

Imprenta Universitaria, 1943.

Alterini, A. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1987.

Atienza, M y Ruiz, J. *Para una teoría general de los ilícitos atípicos*. Editorial Trotta,

Madrid, 1999. Recuperado de Dialnet.

Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2002.

Bueres, A. *Derecho de Daños. Primera Parte. El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la*

*conducta*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca. 1996.

Cerutti, M. *Derecho de Daños: Análisis de algunos problemas conceptuales*. Academia

Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Córdoba, 2011.

*Code Civil Français*. Obtenido de legifrance. Última versión de 1 de octubre de 2018.

Código Civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia.

BOE no. 206 de 25 de julio de 1889.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Comercio. Artículo 740. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de

2019.

Código de Hammurabi. Luarna Ediciones.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República el Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia 190-2012 del 25 de junio

de 2012.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Sentencia 46-11 del 19 de enero de 2011.

Corte Suprema de Chile. Cuarta Sala. Sentencia 1.934-2009 del 24 de abril de 2009.

Corte Suprema de Chile. Cuarta Sala. Sentencia 760-2009 del 11 de agosto de 2011.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 10.050-2015 del 23 de marzo de 2016.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 19.072-2017 del 8 de noviembre de 2017.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. Sentencia 38.810-2017 del 18 de abril de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 19 de marzo de 2003. Gaceta Judicial 12, Página 3730.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 4 de abril de 2001. Expediente de casación 151. Registro Oficial 353 del 22 de junio del 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Comercial. Sentencia, 29 de septiembre de 1993. Gaceta Judicial 16. Página 11.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil. Sentencia de 21 de enero de 1983. Gaceta Judicial 12, Serie 14. Página 399.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 30 de marzo de 2006. Expediente de Casación 81. Registro Oficial 361 de 21 de septiembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia, 7 de marzo de 2007. Expediente de Casación 59. Registro Oficial Suplemento 367 de 25 de junio de 2008.

Diccionario del Español Jurídico. Real Academia Española. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/antijuridicidad>

- García-Ripoll, M. La antijuricidad como requisito de responsabilidad civil. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVI, 2013.
- García-Ripoll. Ilícitud, culpa y estado de necesidad. Madrid: Editorial Dykinson. 2006.
- Guastini, R. La Interpretación de las Normas Jurídicas. Quito: Cevallos editora jurídica. 2015.
- Jaramillo, C. Los deberes de evitar y mitigar el daño. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis: Bogotá.
- Kelsen. H. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 2009.
- Lacruz Berdejo, J. et al. Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Editorial Dykinson: Madrid, 2013.
- Larrea, J. Enciclopedia jurídica ecuatoriana. Tomo V. Fundación latinoamericana Andrés Bello. 2005.
- Las siete partidas de Alfonso X el Sabio. Luarna Ediciones. Partida Tercera, Ley 3.
- Ley General de los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht*) de 1794.
- Mazeaud, H, Mazeaud, L, Tunc, A y Alcalá-Zamora, L. Tratado Teórico Práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961.
- Mosset, J. Estudios sobre Responsabilidad por Daños.
- Ostos, L. *Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual*. Revista de Derecho UNED, número 1, 2006.
- Pantaleón, F. Comentario del Código Civil Tomo II. Ministerio de Justicia: Madrid, 1991.
- Papayannis, D. *La Práctica del Alterum non laedere*. Isonomía Vol. 41, octubre 2014.

Parraguez, L. El régimen jurídico de los bienes. Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2016. p. 217-218.

Paschalidis, P. *What Did Iniuria in the Lex Aquilia Actually Mean? Revue Internationale des Droits de l'Antiquite*, Vol. 55, 2008.

Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. European Group on Tort Law. Revista de Derecho Privado, Vol. 9. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2005.

Rodríguez, P. Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2010.

*Stuhmcke, A. Essential tort law. Cavendish Publishing Limited: Londres, 2001.*

Taleb, N. *Skin in the game hidden asymmetries in daily live. Penguin Random House.* 2018.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 1936/2002 del 18 de marzo de 2002.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 2034/2010 del 25 de marzo de 2010.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 2368/1999 del 8 de abril de 1999.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 4347/1997 del 19 de junio de 1997.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 497/2014 del 5 de febrero de 2014.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 569/1993 del 11 de febrero de 1993.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 6675/1995 del 26 de diciembre de 1995.

Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Sentencia 8010/1997 del 29 de diciembre de 1997.

Velásquez, O. Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis: Bogotá, 2009.

Zannoni, E. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.