

DEFENSAS EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Alberto Pino Emhart

University of Oxford

Universidad Diego Portales

El reciente libro de James Goudkamp¹ es una interesante invitación a reflexionar acerca de las causales de justificación en la responsabilidad civil extracontractual. La obra es un “descendiente lejano” de la tesis doctoral del autor, reflejando un largo y extenso trabajo en el tema, el cual incluye la publicación de una serie de contribuciones a revistas académicas², y la organización de una conferencia que culminó con la publicación de una obra colectiva sobre defensas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual³, y otra por aparecer respecto al enriquecimiento injustificado.

James Goudkamp sostiene que el análisis propuesto en el libro pretende ser válido para cualquier sistema basado en el *Common Law*. No cabe duda que la obra es coherente con este propósito, al examinar y dar cuenta de fuentes legislativas y judiciales de una impresionante gama de jurisdicciones, incluyendo Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, Nueva Zelanda, Reino Unido y Sudáfrica. Sin perjuicio de que los sistemas

jurídicos continentales se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la obra, hay buenas razones para estudiar este texto desde una perspectiva continental. A mi juicio, la principal razón es la invitación que se plantea a pensar en el concepto mismo de defensa, reflexión que también resulta aplicable a sistemas ajenos al *Common Law*. La obra identifica cinco entendimientos del concepto de ‘defensa’ en el contexto de la responsabilidad extracontractual. Un primer entendimiento concibe las defensas como cualquier intento del demandado por contrarrestar la pretensión del demandante. En términos de nuestro sistema, la defensa sería equivalente a la noción de excepción perentoria, o, incluso, equivalente a la noción de excepción en sentido amplio, incluyendo las dilatorias. En un segundo sentido, el concepto de defensa se limita a aquellas afirmaciones del demandado que no persiguen refutar la existencia de un ilícito extracontractual, sino la concurrencia de algunas circunstancias especiales que lo eximen de responsabilidad. Estas defensas eran conocidas con el nombre de ‘confesión y anulación’ [*confession and avoidance*], aludiendo precisamente a la idea de que el demandado reconoce

¹ GOUDKAMP (2013), 223 pp.

² Véase, por ejemplo, GOUDKAMP (2010) y GOUDKAMP (2011).

³ DYSON, GOUDKAMP y WILMOT-SMITH (2015).

o confiesa la existencia de un ilícito, al mismo tiempo argumenta que debe eximirse por la concurrencia de una causal externa o independiente al ilícito de responsabilidad civil.

En un tercer sentido, el concepto de defensa se asocia a principios que restringen la acción indemnizatoria del demandante una vez que este ha logrado acreditar los demás elementos de la acción de responsabilidad civil. El caso paradigmático de esta defensa es la compensación de culpa [*contributory negligence*], contemplada entre nosotros en el art. 2330 del *Código Civil*. La tesis de James Goudkamp al respecto es interesante: la compensación de culpa tiene que ver con el remedio o la acción indemnizatoria del demandante, y no con los fundamentos de la acción de responsabilidad civil. En otras palabras, el demandado que invoca la regla de compensación de culpa solo persigue reducir la indemnización de perjuicios que obtendrá el demandante, sin contrarrestar los fundamentos de la acción. Relacionado con ello, el autor identifica un cuarto sentido del concepto de defensa con cualquier regla respecto a la cual la carga de la prueba corresponda al demandado. Así, la compensación de culpa sería una defensa en el sentido de que le corresponde probarla al demandado y no al demandante. Desde luego, para efectos de interponer una acción de responsabilidad extracontractual, el demandante no requiere probar que *no* se expuso imprudentemente al daño. Será el demandado quien debe probar la circunstancia que da lugar a la reducción del monto a indem-

nizar, del mismo modo que es carga del demandado acreditar cualquier otra circunstancia que lo exima de responsabilidad.

Por último, James Goudkamp sostiene que en un quinto entendimiento, el concepto de defensa configura un requisito adicional dentro de los elementos que el demandante debe acreditar para interponer una acción de responsabilidad extracontractual, en términos de probar la inexistencia de una defensa. Este entendimiento de la defensa puede encontrarse en el *Restatement (Second) of Torts* estadounidense, el cual incorpora como un quinto elemento dentro de la acción de responsabilidad civil por culpa, la inexistencia o inaplicabilidad de cualquier defensa⁴. Entre nosotros, se ha formulado este concepto de defensa al contemplar el requisito de antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual⁵. Sostiene que este uso del concepto es un tanto extraño, al menos para los sistemas del *Common Law*, puesto que no tiene sustento jurisprudencial. Para algunos, este rechazo es quizá infundadamente categórico⁶. Sin embargo, la crítica consiste en purificar de modo conceptual el término ‘defensas’ y acotarlo al segundo sentido. En consecuencia, James Goudkamp reserva la noción de defensa para aquellas reglas que permiten eximir de responsabilidad al demandado, a pesar de que

⁴ Restatement (Second) of Torts § 281.

⁵ “Para que haya responsabilidad es necesario que el daño provenga de un comportamiento objetivamente ilícito, contrario al ordenamiento, contrario a lo justo”. CORRAL TALCIANI (2013), p. 111.

⁶ RYAN (2014), p. 744.

concurren todos los demás elementos de la acción de responsabilidad civil. Adopta, en consecuencia, el segundo entendimiento del concepto de defensas. De manera tal que en forma novedosa y polémica, sostiene que la compensación de culpas no es una defensa.

Como se señaló, la tesis del libro persigue separar conceptualmente la existencia de defensas del ilícito de responsabilidad extracontractual. En otras palabras, se distingue entre aquellos requisitos y elementos necesarios para acreditar la existencia de un ilícito de responsabilidad civil extracontractual de la concurrencia de circunstancias que eximen de responsabilidad al demandado, no obstante concurren los demás requisitos del ilícito. El capítulo segundo del libro argumenta a favor de esta distinción, enumerando algunas ventajas procesales vinculadas con la carga de la prueba de mantener las defensas en un papel autónomo o independiente a los elementos o requisitos de los ilícitos de responsabilidad civil, como la eficiente administración de justicia o la justicia procesal. Pero señala que la distinción entre defensas y los elementos del ilícito no solo obedece a una razón instrumental de eficiencia procesal sino, también, a un significado moral más profundo. Por cierto, sostener que la distinción no es moralmente significativa no pareciera ser plausible. ¿Es acaso irrelevante el hecho de que el ilícito de *sexual battery* (contacto de carácter sexual no consentido) incluya la ausencia de consentimiento como requisito del ilícito civil o si el consentimiento de la

víctima es una causal de justificación? Ello pareciera revelar un significado más profundo del ilícito civil que una mera distinción de carácter instrumental basada en la distribución de cargas de la prueba.

El capítulo tercero del libro continúa purificando el concepto de defensas, distinguiéndolo de aquellas excepciones perentorias que persiguen negar la concurrencia de alguno de los elementos o requisitos del ilícito civil. Estas ‘negaciones’ [*denials*] frecuentemente se confunden con las defensas, pero deben mantenerse separadas. El autor clasifica las negaciones en cuanto a se refieren al acto, la culpa, la causalidad, el daño, o algún otro elemento. Dentro de estas categorías podemos encontrar una amplia gama de negaciones de responsabilidad, como el acto involuntario (que puede operar como negación del acto o la culpa), el error, la asunción voluntaria de riesgo (ambas como negaciones de la culpa), la fuerza mayor o caso fortuito, la ilegalidad (ambas como negaciones de la causalidad) y la verdad de la afirmación difamatoria (como negación del daño), entre otras. James Goudkamp reconoce que algunas de estas negaciones pueden ser formuladas en más de una de las categorías; sin embargo, lo importante es que estas negaciones no deben ser conceptualizadas como defensas.

En el capítulo cuarto se presenta la tesis fundamental del libro en relación con la taxonomía o clasificación de las defensas, planteando que las defensas se dividen en un primer nivel en defensas justificatorias y defensas basadas en política pública. Las

defensas basadas en política pública eximen de responsabilidad al demandado sin considerar si su conducta era justificable. Las defensas justificatorias (o causales de justificación) eximen de responsabilidad al demandado al estimarse que actuó de forma razonable al cometer el ilícito civil. Esta formulación de las defensas justificatorias no es unánime en la doctrina y literatura especializada. Se advierte aquí nuevamente su propósito de purificar la noción de defensas de los elementos o requisitos de la acción de responsabilidad extracontractual. La concepción sugerida por el libro plantea que las justificaciones no niegan el carácter de ilicitud que tiene la conducta del demandado, sino que persiguen eximirlo de responsabilidad civil a pesar de haber cometido el acto ilícito. Entre nosotros, Enrique Barros Bourie concibe las casuales de justificación como elementos que niegan la existencia de culpa por parte del demandado⁷, mientras que Hernán Corral Talciani sostiene que ellas niegan el carácter de antijuridicidad de la conducta⁸. En ambos casos, las causales de justificación controvertirían el carácter ilícito de la conducta⁹. En virtud de lo anterior, Enrique Barros y Hernán Corral consideran el consentimiento

de la víctima y aceptación de riesgos como una causal de justificación¹⁰, toda vez que el consentimiento de la víctima controvierte la ilicitud de la conducta. No obstante, como ya se advirtió, para el autor el consentimiento de la víctima es una negación (de la culpa o de la causalidad) y no una defensa propiamente tal (al menos en el sentido propuesto por este autor).

James Goudkamp se nutre de la literatura vinculada al Derecho Penal para argumentar esta concepción de las causales de justificación. El autor distingue entre dos posturas al respecto, una que denomina ‘convencional’ y otra denominada ‘radical’. La postura convencional plantea que si la conducta del demandado es justificada, esto es, si concurre alguna causal de justificación, el demandado no cometió ilícito civil alguno (el acto carece de ilicitud). Ello implicaría que todas las causales de justificación implican una negación. Por otra parte, la postura radical favorecida por el autor sostiene que la acción del demandado es justificada, pero ello no obsta a reconocer que ha cometido un ilícito civil. La crítica a la postura convencional se basa en dos argumentos de considerable peso teórico. En primer lugar, se sostiene que la postura tradicional conduce a la extraña conclusión de que los ilícitos en general no se pueden justificar, puesto que si se justifican no hay ilícito. La conclusión resulta contraintuitiva, ya que si hay algo que requiere justificación son precisamente los ilícitos¹¹. En segun-

⁷ BARROS BOURIE (2006), p. 132.

⁸ “El juicio objetivo de contrariedad de la conducta con específicos deberes de cuidado emanados de fuente legal o con principios y valores constitutivos del ordenamiento jurídico, es una exigencia autónoma e independiente de la culpabilidad: dolo o culpa, y del daño”. CORRAL TALCIANI (2013), pp. 111-112.

⁹ “En general, las causales de justificación tienen la función de *excluir la antijuridicidad del acto*”. BARROS BOURIE (2006), p. 132 (énfasis añadido).

¹⁰ BARROS BOURIE (2006), p. 137; CORRAL TALCIANI (2013), pp. 127-31.

¹¹ “Uno podría pensar que el hecho que una acción sea incorrecta genera una objeción

do lugar, la postura convencional no logra dar cuenta de las consecuencias normativas adversas que el acto justificado puede conllevar. Así, el hecho de que un acto pueda justificarse (por ejemplo, por actuar en legítima defensa) no obsta a que otras consecuencias normativas o morales diversas a la acción civil indemnizatoria sean precedentes (como pedir disculpas o lamentar lo ocurrido).

El capítulo cuarto combate la tesis según la cual la responsabilidad extracontractual, a diferencia del Derecho Penal, no admite causales de justificación. James Goudkamp asocia esta tesis a John Gardner¹². El célebre caso estadounidense *Vincent v Lake Erie Transportation Co.*¹³ es el principal argumento utilizado para sostener la tesis de John Gardner. En el caso, la embarcación *SS Reynolds* de propiedad del demandado, estaba amarrada al muelle de propiedad del demandante cuando ocurrió una tormenta inesperada. El capitán del barco decidió no dejar el muelle, pues si hubiera salido, la embarcación muy probablemente se hubiera destruido. La tormenta provocó que el *SS Reynolds* golpeará en reiteradas ocasiones el muelle, causándole daños materiales. El dueño del muelle demandó por responsabilidad por culpa y por el ilícito de *trespass* (interferencia con la propiedad ajena). La

Corte rechazó la acción de negligencia, pero aceptó la acción de *trespass*, obligando al demandado a indemnizar los perjuicios a pesar de que se trataba de una acción justificada por el principio del mal menor¹⁴. El caso pareciera demostrar que, a diferencia del Derecho Penal, el Derecho Civil es reticente a aceptar causales de justificación para eximir de la acción de responsabilidad. Sin embargo, James Goudkamp plantea que esta conclusión es apresurada. La decisión del caso es más acotada, y tiene que ver exclusivamente con sostener que la defensa de necesidad privada [*private necessity*] no es una defensa para el ilícito de *trespass*. Ello no demuestra que en el caso del ilícito de *trespass* puedan concurrir otras causales de justificación que eximan de responsabilidad al demandado (como la necesidad pública o la legítima defensa). Lo que demuestra el caso es que la responsabilidad extracontractual es selectiva en cuanto a determinar qué causales permiten eximir de responsabilidad al demandado y cuáles no tienen ese efecto respecto de un ilícito determinado.

El capítulo quinto del libro aplica la clasificación básica de las defensas propuesta en el capítulo cuarto (justificaciones y defensas basadas en política pública). Dentro de las justifi-

racional poderosa para su realización, y, por consiguiente, si algo necesita de justificación, el ilícito lo necesita". GARDNER (2012), p. 99. Este pasaje es citado por James Goudkamp en GOUDKAMP (2013), p. 79.

¹² GARDNER (2011).

¹³ 109 Minn. 456; 124 N.W. 221 (Corte Suprema de Minnesota, 1910).

¹⁴ La doctrina chilena reconoce el principio del mal menor como una limitación al carácter exclusivo del derecho de dominio. PEÑAILILLO ARÉVALO (2010), p. 61. No obstante, resulta interesante plantear la posibilidad de una acción de responsabilidad extracontractual para resarcir los perjuicios causados por el acto de salvaguardar el bien superior, como en el caso *Vincent*.

caciones, el autor las subdivide entre justificaciones privadas, en las cuales el demandado actúa razonablemente para la protección de intereses propios, y justificaciones públicas, en las cuales el demandado actúa de modo razonable para proteger los intereses de la sociedad o de una parte de ella. Entre las justificaciones privadas se encuentran, entre otras, la legítima defensa, la defensa de la propiedad (variante de la legítima defensa) y el consentimiento de la víctima (cuando el ilícito no exige la ausencia de consentimiento como requisito para su configuración). Entre las justificaciones públicas se encuentran, entre otras, la necesidad pública (cuando se realiza un acto necesario para la protección de un interés público ante un peligro inminente), la defensa de otra persona, el arresto civil y el ejercicio del periodismo responsable en la acción por difamación¹⁵. En cuanto a las defensas basadas en política pública, distingue entre defensas que se originan al momento en que se comete el ilícito, y aquellas que se originan con posterioridad a este. Dentro de las primeras encontramos los fueros e inmunidades, la defensa del comentario honesto en la acción difamatoria y la defensa de ilegalidad, entre otras, mientras que en las segundas encontramos la prescripción, la cosa juzgada, el abuso del proceso, la transacción y la oferta de enmiendas en la acción difamatoria.

¿Cuál es la importancia de todas estas clasificaciones? ¿Se trata tan solo de un ejercicio conceptual o tiene ello

¹⁵ Sobre esta defensa y sus cambios recientes en el Derecho inglés véase PINO EMHART (2014).

consecuencias prácticas? James Goudekamp sostiene que las clasificaciones tienen implicancias prácticas. Así, por ejemplo, la distinción entre las negaciones de un elemento del ilícito civil y las defensas permite explicar la razón por la cual la carga de la prueba reside en el demandante (en el caso de las negaciones) y en el demandado (en el caso de las defensas), misma regla que se entiende aplicable en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual¹⁶. Adicionalmente, señala que la vaguedad o falta de claridad en cuanto a los elementos o requisitos para configurar ilícitos civiles es criticable, toda vez que al menos en algún sentido la responsabilidad extracontractual opera como una sanción al demandado, y como tal la acción debiera estar tipificada de la forma más clara posible. Sin embargo, en el caso de las defensas, el sistema jurídico no otorga razones para actuar de una determinada manera. Por ejemplo, en el caso de la legítima defensa el Derecho no le otorga a las personas una razón para defenderse que ellos mismos no tenían anteriormente. En este sentido, es posible sostener que las defensas toleran una definición más vaga o de menor claridad que los elementos de los ilícitos de responsabilidad civil.

Los aspectos aquí mencionados son apenas algunos de los temas abordados en la obra objeto de este co-

¹⁶ “En circunstancias que las causales de justificación actúan como excepciones al juicio de ilicitud que tendría lugar a falta de tales excusas, corresponde probar los antecedentes de hecho en que se funda quien las alega, conforme a la regla general de la carga de la prueba en materia civil”. BARROS BOURIE (2006), p. 134. En el mismo sentido, véase CORRAL TALCIANI (2013), p. 131.

mentario. A mi juicio, el estudio de este libro es importante para un jurista continental por tres motivos principales. El primero de ellos tiene que ver con el interés en depurar y aclarar los conceptos jurídicos. En palabras de Peter Birks (que en alguna medida inspiran el trabajo de James Goudkamp),

“un concepto jurídico no puede ser entendido a cabalidad a menos que sea claramente diferenciado de otros cercanos en la materia”¹⁷.

En este ámbito, el concepto de defensas propuesto cumple con este propósito al diferenciar claramente las defensas de otras nociones como las negaciones de algún elemento del ilícito civil o la compensación de culpas que opera en el ámbito del remedio judicial que sea procedente.

En segundo lugar, el libro es una invitación a reflexionar acerca del papel de las causales de justificación tanto en el ámbito jurídico como moral. En este ámbito, la tesis del escrito desafía la postura tradicional o convencional, según la cual si la conducta del demandado es justificada carece de ilicitud. El libro se compromete con una postura distinta, planteando las causales de justificación como circunstancias que eximen de responsabilidad, pero sin desconocer el carácter ilícito de la conducta. Sin duda, esta tesis merece un examen cuidadoso de mayor envergadura. Pero esta concepción de las defensas presenta una forma novedosa de concebir la antijuridicidad

de la conducta del demandado para la doctrina chilena, que considera las causales de antijuridicidad en sede de culpabilidad o en sede de antijuridicidad, pero adhiriendo siempre a la postura convencional criticada por James Goudkamp.

Por último, la lectura del libro ilustra acerca de la relación o conexión entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad penal. En este sentido, la obra invita a reflexionar acerca del distinto papel que pueden tener las causales de justificación y las excusas en el ámbito civil y en el ámbito penal. Respecto a las causales de justificación, como vimos, el autor plantea que la responsabilidad extracontractual es selectiva en cuanto a determinar qué causales de justificación pueden ser invocadas para cada tipo de ilícito civil. Por otra parte, respecto al papel de las excusas, la conclusión es categórica: las excusas no cumplen papel alguno en la responsabilidad extracontractual. Se trata, en consecuencia, de una obra que debiera despertar interés no solo para estudiosos del Derecho Civil sino, también, para quienes estudian el Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BIRKS, Peter (1995). “The Concept of a Civil Wrong”, in David G OWEN (ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Leciones de Responsabilidad Extracontractual*.

¹⁷ BIRKS (1995), p. 33.

- tual*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DYSON, Andrew, James GOUDKAMP y Frederick WILMOT-SMITH (eds.) (2015). *Tort Law Defences*. Oxford: Hart Publishing.
- GARDNER, John (2011): "What is Tort Law for? Part 1. The Place of Corrective Justice". *Law and Philosophy*. Vol. 30. ciudad.
- GARDNER, John (2012). *Ofensas y Defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. (trad.) María Laura Manrique y José Milton Peralta. Madrid: Marcial Pons,
- GOUDKAMP, James (2010). "The defence of Joint Illegal Enterprise". *Melbourne University Law Review*, Vol. 34. Melbourne.
- GOUDKAMP, James (2011). "Insanity as a Tort Defence". *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31. Oxford.
- GOUDKAMP, James (2013). *Tort Law Defences*. Oxford: Hart Publishing.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2010): *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. 4ª ed. para estudiantes. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
- PINO EMHART, Alberto (2014). "Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés". *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 23. Santiago.
- RYAN, Desmond (2014). "Tort Law Defences' (book review). *Legal Studies*, Vol. 34. Berkeley, California