

THOMSON REUTERS

LA LEY

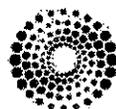


PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE VALPARAÍSO

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL X

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VALPARAÍSO, 2014

ÁLVARO VIDAL OLIVARES
GONZALO SEVERIN FUSTER
CLAUDIA MEJÍAS ALONZO
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL X

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014

© PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

2015 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 2510 5000 • www.legalpublishing.cl

I.S.B.N. obra completa 978 - 956 - 238 - 982 - 2

Registro de Propiedad Intelectual N° 255.939 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 712 - 3

1ª edición agosto 2015 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL Y LOS DAÑOS PURAMENTE PATRIMONIALES

Adrián Schopf Olea*

I. EL PROBLEMA ORIGINARIO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual tiene su origen en que en nuestra interacción con otros estamos expuestos a provocarnos recíprocamente daños. En circunstancias que el derecho de la responsabilidad extracontractual nos concede una acción para obtener la reparación de esos daños cumplidas determinadas condiciones, su función más básica consiste en la protección de los bienes o intereses cuya afectación es fuente de un daño indemnizable. En este aspecto protector de la responsabilidad extracontractual se expresa una diferencia fundamental con el derecho de contratos. Mientras éste permite crear riqueza canalizando los beneficios de la vida en comunidad, la responsabilidad extracontractual protege determinados bienes o intereses de la lesión de terceros, canalizando los costos de la vida en comunidad. De este modo, mientras el derecho de contratos favorece el desarrollo de los más variados intereses permitiendo el intercambio y la cooperación, la responsabilidad extracontractual protege determinados bienes o intereses de su lesión¹. Según se ha expresado en el ámbito comparado, el derecho de contratos produce, en tanto la responsabilidad extracontractual protege².

* Profesor de Derecho Civil Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile. Doctor en Derecho Universidad de Múnchen. Agradezco las agudas observaciones efectuadas por el profesor Juan Carlos Marín González a un manuscrito de este texto, de las que he obtenido un significativo provecho.

¹ MARKESINIS, Basil, DEAKIN, Simon, JOHNSTON, Angus, *Tort Law* (7ª edición, Oxford, Clarendon Press, 2013), pp. 16 y ss.

² WEIR, Tony, *Complex Liabilities*, en: TUNC, André (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, 1971-1981), vol. XI, cap. 12, N° 5; véase también KÖNDGEN,

Una vez que se reconoce que la función más elemental de la responsabilidad extracontractual reside en la protección de determinados bienes e intereses frente a la acción de terceros, surge la pregunta por el nivel o alcance de esa protección. La cuestión resulta problemática, ya que de la circunstancia que la función más elemental de la responsabilidad extracontractual sea la protección de determinados bienes e intereses, no se deriva que esa protección deba ser también lo más amplia posible. Lo anterior, por cuanto mientras más extensa sea la referida protección, más se ve también afectada la libertad de acción de todas las personas candidatas a resultar civilmente responsables. En verdad, mientras más se expanda la protección que otorga la responsabilidad extracontractual a la víctima, más se restringe correlativamente la libertad de acción de los candidatos a ser responsables, y viceversa. Por lo mismo, el problema originario de la responsabilidad extracontractual consiste en resolver o conciliar la tensión existente entre la necesidad de protección de determinados bienes o intereses por una parte, y la conservación de una amplia libertad de acción por la otra³. La tarea consiste en trazar y delimitar recíprocamente las esferas o ámbitos de acción dentro de los cuales cada individuo puede legítimamente desplegar su libertad y realizar sus propios fines, dibujando aquellas fronteras que, una vez traspasadas, dan lugar a una acción reparatoria del afectado. Al dibujarse esos límites, en definitiva, se fija el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual. La determinación de ese ámbito de protección y de las condiciones que justifican la concesión de una acción reparatoria supone definir también, su vez, las condiciones en que esa acción es denegada, debiendo el daño ser soportado por quien lo sufre⁴. En ese sentido, la responsabilidad extracontractual constituye el paradigma de la definición kantiana del Derecho, en cuanto éste es concebido como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad”⁵.

Johannes, “Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag”, en: LORENZ, Egon (ed.), *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karlsruhe, Karlsruhe Forum 1998, 1999), p. 10.

³ LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts* (13ª edición, München, C.H. Beck, 1994), t. II/2, p. 350; CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrecht”, en *Versicherungsrecht* (2005), p. 581; LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht, Besonderer Teil* (7ª edición, München, Verlag Franz Vahlen, 2012), N° 1168, p. 396.

⁴ KÖTZ, Hein, WAGNER, Gerhard, *Deliktsrecht* (12ª edición, München, Verlag Franz Vahlen, 2013), N° 57, p. 29. Véase también ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3ª edición, Tübingen, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-, 1996), p. 598.

⁵ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977-1798), p. 337. Al respecto, LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), p. 350.

II. LA CULPA COMO CRITERIO DE DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

En nuestro derecho, para los efectos de trazar el límite que fija el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual, se atiende esencialmente a un juicio negativo de valor de la conducta que provoca un daño: si la conducta admite ser calificada como dolosa o, más generalmente, como negligente, se configura la responsabilidad civil, fijándose de ese modo la frontera entre el daño que debe ser reparado por quien lo provoca y aquel que debe ser soportado por la víctima, aun cuando en su realización haya intervenido un tercero⁶. Atendido que la responsabilidad civil es esencialmente un derecho de accidentes, es la infracción de un deber general de cuidado el elemento que típicamente configura y justifica la responsabilidad extracontractual⁷. En este enfoque, todo el énfasis para configurar la responsabilidad es puesto esencialmente en la ilicitud de la conducta que provoca el daño, más que en la naturaleza o categoría del bien o interés cuya afectación es fuente de un daño en sentido jurídico. La ilicitud de la conducta, sea por culpa o dolo, constituye así el elemento determinante en la configuración del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual.

La culpa y el dolo como criterios de delimitación del daño indemnizable y aquel que no lo es se fundan en la libertad de acción y la responsabilidad correlativa como bases del ordenamiento de derecho privado: si por un defecto de la propia conducta se daña a otro, entonces, en razón de su condición de persona, quien ha provocado ese daño en ejercicio de su libertad de comportamiento, tiene el deber de hacerse cargo del mismo y asumir la responsabilidad por el perjuicio causado⁸.

Si bien el dolo y la culpa resultan esenciales en la atribución de responsabilidad civil, el juicio negativo de valor que implican el dolo y la culpa es sin embargo insuficiente para definir adecuadamente el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual. En realidad, ese ámbito de protección no está determinado solamente por el referido juicio negativo de valor, sino

⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005-1943) pp. 75 y ss. y 91 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 16, 27 y ss. y 75 y ss.; TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006-1941), pp. 23 y ss. y 139 y ss.

⁷ BARROS, cit. (n. 6), p. 75; ALESSANDRI, cit. (n. 6), p. 15.

⁸ LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), p. 351.

también por la naturaleza de los bienes o intereses cuya afectación es fuente de un daño en sentido jurídico.

En general, en el Derecho chileno se sigue un concepto sumamente amplio de daño basado en la lesión de un interés⁹. En concordancia con ese concepto, en principio, la lesión de todo bien o interés es constitutiva de un daño jurídicamente relevante, con la única condición que el interés afectado sea legítimo, lo que significa que el beneficio o provecho del cual se priva a la víctima debe ser lícito¹⁰. La doctrina contemporánea tiende a exigir también como condición adicional que la afectación sea significativa, con lo que se pretende excluir las molestias o incomodidades que las personas se causan recíprocamente como consecuencia propia y normal de la vida de comunidad¹¹. Cumplidas esas dos condiciones mínimas, el bien o interés es objeto de protección por la responsabilidad extracontractual, sin consideraciones adicionales. Sólo si el interés invocado no resulta legítimo o si la afectación no supera cierto umbral, no se configura un daño en sentido jurídico que pueda ser objeto de una reparación. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico los bienes o intereses que resultan relevantes para la responsabilidad extracontractual son usualmente definidos en términos amplios y sin mayor diferenciación: todo interés legítimo y relevante es un bien jurídico digno de ser cautelado por el derecho de la responsabilidad extracontractual¹².

La consecuencia más inmediata que se sigue de una definición no diferenciada de los bienes o intereses que son objeto de protección por la responsabilidad extracontractual, es que los deberes generales de cuidado cuya infracción configura la culpa se tienen en términos equivalentes respecto de todo tipo de interés, sin mayores distinciones respecto de su naturaleza y categoría: todos los intereses tienen una protección equivalente, sin mayor diferenciación. Esa circunstancia explica por qué a la hora de definirse el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho, en general, sólo

⁹ BARROS, cit. (n. 6), pp. 219 y ss.; ALESSANDRI, cit. (n. 6), pp. 153 y ss.; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2ª edición, Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2013), pp. 133 y 134; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 17 y ss.

¹⁰ ALESSANDRI, cit. (n. 6), p. 154; BARROS, cit. (n. 6), p. 222; CORRAL, cit. (n. 9), p. 134; DIEZ, cit. (n. 9), pp. 48 y 49; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 188 (1990), p. 137.

¹¹ BARROS, cit. (n. 6), pp. 226 y ss.; CORRAL, cit. (n. 9), pp. 140 y 141; DOMÍNGUEZ, cit. (n. 10), p. 128; DIEZ, cit. (n. 9), pp. 33 y ss.

¹² BARROS, cit. (n. 6), p. 220.

se recurra a la culpa y al dolo como criterios de delimitación del daño que debe ser reparado por quien lo provoca, y aquel que debe ser soportado por la víctima sin mayor referencia a los intereses. Si cumplidas ciertas condiciones todos los bienes o intereses tienen una protección equivalente, distinguir entre diferentes tipos de bienes o intereses no parece relevante para definir el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual. Una vez que con su comportamiento alguien lesiona los intereses de otro dando lugar a un daño en sentido jurídico, lo único decisivo es determinar si el referido comportamiento admite ser calificado de ilícito en razón de una infracción a un deber general de cuidado, siendo esa calificación la que traza el límite entre el derecho a la indemnización y la negación de ese mismo derecho.

III. LA DIFERENCIACIÓN DE BIENES O INTERESES

EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El reconocimiento de deberes generales de cuidado equivalentes para todo tipo de intereses y bienes, sin distinguir entre la naturaleza y categoría de estos, es sin embargo insuficiente, y se encuentra en contradicción con un análisis más detallado de la responsabilidad extracontractual, el que da cuenta que, en realidad, no todos los intereses tienen el mismo nivel de protección, sino que la protección es diferenciada según la naturaleza del bien o interés afectado.

La responsabilidad extracontractual se ha desarrollado preferentemente teniendo a la vista daños surgidos de la afectación de cierto tipo particular de bienes. En su origen y posterior desarrollo la responsabilidad extracontractual se ha ocupado típicamente de daños que tienen su fuente en lesiones a las personas y a la propiedad sobre cosas corporales¹³. Ambos tipos de lesiones pueden ser subsumidos bajo la categoría más general de una afectación física o material, que en definitiva es la fuente del daño, sea que éste sea calificado como un daño patrimonial o un daño moral.

¹³ Véase ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations* (Oxford, University Press, 1996) pp. 975 y ss. y 1022 y ss.; KASER, Max, *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (2ª edición, München, C. H. Beck, 1971), pp. 41 y ss. y 502 y ss.; KASER, Max, *Das römische Privatrecht II. Die nachklassischen Entwicklungen* (2ª edición, München, C. H. Beck, 1975), pp. 425 y ss.; IBBETSON, David, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (Oxford, University Press, 2006), pp. 57 y ss.; ZWEIFERT/KÖTZ, cit. (n. 4), pp. 598 y 599. Para un análisis de derecho comparado, véase WAGNER, Gerhard, "Comparative Tort Law", en: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, University Press, 2008), p. 1013.

La especie de bienes o intereses típicamente afectados por el referido tipo de lesiones —esto es, paradigmáticamente hablando, vida, integridad física y psíquica de la persona, libertad ambulatoria y propiedad—, constituye los más importantes y fundamentales bienes o intereses de las personas. En atención a esa consideración, estos bienes o intereses gozan de una amplia protección por el derecho de la responsabilidad extracontractual, lo que se expresa en que la afectación de esos bienes con infracción de un deber general de cuidado es fuente de una obligación reparatoria en favor de la víctima¹⁴. Una particularidad de esos bienes es que siempre dan lugar a una posición jurídica absoluta en favor de su titular, protegida en términos igualmente absolutos y generales frente a terceros¹⁵. Por lo mismo, respecto de esos bienes efectivamente existe un deber general de cuidado correlativo a la posición jurídica del titular, cuya infracción configura la responsabilidad civil, dando lugar a una acción de reparación y compensación tanto de los daños patrimoniales como morales que se siguen de la conducta ilícita que afecta esos bienes o intereses. En ese sentido, podría decirse que la protección de esos bienes —seguridad personal y propiedad— constituye el corazón o núcleo central de la responsabilidad extracontractual¹⁶.

La situación, sin embargo, es completamente diferente respecto de dos categorías o tipos de intereses, cuyo tratamiento más extenso es propio del Derecho contemporáneo, y cuya principal característica es su protección disminuida: se trata de los intereses puramente patrimoniales, por una parte, y la privacidad y la honra, por la otra¹⁷. Este texto se concentra en el tratamiento de los intereses y daños puramente patrimoniales en la responsabilidad extracontractual.

IV. LOS DAÑOS PURAMENTE PATRIMONIALES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Los daños puramente patrimoniales, también denominados puramente económicos o puramente financieros, son aquellos daños que una persona

¹⁴ Véase CANARIS, cit. (n. 3), p. 581; LOOSCHELDERS, cit. (n. 3), N° 1170, p. 397.

¹⁵ LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), p. 355.

¹⁶ WAGNER, cit. (n. 13), p. 1014, con referencia a DOBBS, Dan B., *The Law of Torts* (St. Paul, West Academic Publishing, 2000), p. 258.

¹⁷ En general, sobre la protección diferenciada en la responsabilidad extracontractual de bienes fundamentales por una parte, y daños puramente patrimoniales y derechos de la personalidad (privacidad y honra) por la otra, véase WAGNER, Gerhard, "Grundstrukturen des europäischen Deliktsrecht", en: ZIMMERMANN, Reinhard (ed.), *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrecht* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003), pp. 229 y ss.; WAGNER, cit. (n. 13), pp. 1012 y ss.

experimenta directamente en su patrimonio sin que medie una lesión a la integridad física y psíquica de la persona o a la propiedad sobre una cosa corporal¹⁸. Son típicamente daños puramente patrimoniales los que se siguen de información errónea que lleva a tomar una decisión de negocios equivocada, el derivado de la interferencia en un contrato ajeno que lleva a su incumplimiento por el deudor, la pérdida de clientela, utilidades o valor de una marca en razón de un acto de competencia desleal. Este tipo de daños son calificados como puros en razón de radicarse directa e inmediatamente en el patrimonio, sin la mediación de una lesión a la persona o propiedad¹⁹. De modo análogo a los daños que tienen por fuente lesiones a las cosas corporales o a la integridad física o psíquica de las personas, los daños puramente patrimoniales pueden también ser subsumidos bajo las categorías clásicas del daño emergente y el lucro cesante, según las circunstancias²⁰.

En general, los daños puramente patrimoniales se relacionan con el desarrollo de actividades económicas y comerciales en el marco del mercado. En la medida que esas actividades toman forma jurídica a través de relaciones contractuales, es usual que los daños puramente patrimoniales se vinculen con contratos incumplidos, frustrados o que no llegan a celebrarse. De hecho, el lugar propio de los intereses puramente patrimoniales es el derecho de contratos²¹. El contrato es por excelencia el instrumento por el cual se crean, promueven y protegen los intereses puramente económicos²². Por lo mismo, las principales hipótesis en que se plantea la pregunta por la reparación extracontractual de daños puramente patrimoniales se refieren típicamente a conflictos de terceros vinculados de uno u otro modo con relaciones contractuales. Desde una perspectiva funcional, en esas hipótesis la responsabilidad extracontractual opera

¹⁸ BARROS, cit. (n. 6), pp. 283 y 284; BANFI del Río, Cristián, "Reflexiones acerca del daño puramente patrimonial", en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (ed.) *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Thomson Reuters - LegalPublishing, 2012), p. 685; BUSSANI, Mauro, PALMER, Vernon Valentine, "The Notion of Pure Economic Loss and its Setting", en: BUSSANI, Mauro, PALMER, Vernon Valentine (eds.), *Pure Economic Loss in Europe* (Cambridge, University Press, 2010), pp. 5 y ss.; KOZIOL, Helmut, *Recovery for Economic Loss in the European Union*, en *Arizona Law Review* 48 (2006), pp. 872 y ss. MARKESINIS/DEAKIN/JOHNSTON, cit. (n. 1), pp. 140 y 141.

¹⁹ BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), p. 5; Wagner, cit. (n. 13), p. 1013.

²⁰ BANFI, cit. (n. 18), p. 685; BARROS, cit. (n. 6), pp. 283 y ss.

²¹ WAGNER, cit. (n. 17), pp. 231 y ss.; WAGNER, cit. (n. 13), p. 1016; KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 874 y 878 y ss.; KÖTZ/WAGNER, cit. (n. 4), N° 258, p. 106; KÖNDGEN, cit. (n. 2), p. 10.

²² KOZIOL, cit. (n. 18), p. 881, con referencia a VAN BOOM, Willem H., "Pure Economic Loss: A Comparative Perspective", en: VAN BOOM, Willem H., KOZIOL, Helmut, WITTING, Christian A., *Pure Economic Loss* (Wien/New York, Springer, 2004), p. 16.

como complemento del derecho de contratos²³. Por lo mismo, la materia suele situarse en las fronteras del derecho de contratos y la responsabilidad extracontractual, planteando un desafío a la comprensión más tradicional sobre las diferentes relaciones de esas dos áreas principales del derecho de obligaciones²⁴.

La pregunta que los daños puramente patrimoniales plantean a la responsabilidad extracontractual se refiere esencialmente a las condiciones de su reparación, lo que equivale a la pregunta si los intereses puramente patrimoniales están o no dentro de su ámbito de protección y cuál es el alcance de esa protección²⁵.

La tendencia generalizada tanto en el Derecho comparado como en la doctrina nacional que se ha ocupado de la cuestión es a excluir, a lo menos en principio, los daños puramente patrimoniales del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual, especialmente cuando estos son provocados por mero descuido, lo que significa que no existe un deber general de cuidado respecto de los intereses puramente económicos de otros. El principio es que la provocación de daños puramente patrimoniales no da lugar a responsabilidad extracontractual, salvo circunstancias excepcionales²⁶.

Si bien no existe un acuerdo generalizado respecto del fundamento para excluir o tratar diferenciadamente la reparación de los daños puramente patrimoniales, las razones más comunes para fundar esa exclusión son las siguientes²⁷:

²³ Véase LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), p. 448.

²⁴ BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), p. 15.

²⁵ KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 871 y 875. En general, sobre las diferentes preguntas que los daños puramente patrimoniales plantean al derecho de la responsabilidad extracontractual, BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), pp. 3 y ss.

²⁶ En el derecho nacional, véase BARROS, cit. (n. 6), pp. 283 y ss.; BANFI, cit. (n. 18), pp. 685, 687, 703. En el ámbito comparado pueden consultarse LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), pp. 356 y 447 y ss., para el derecho alemán; MARKESINIS/DEAKINI/JOHNSTON, cit. (n. 1), pp. 140 y ss., para el derecho inglés; ABRAHAM, Kenneth S., *The Forms and Functions of Tort Law* (4ª edición, New York, Thomson Reuters - Foundation Press, 2012), pp. 277 y ss., para el derecho estadounidense. Una revisión de los daños puramente patrimoniales a la luz del Derecho francés puede verse en LAPOYADE-DESCHAMPS, Christian, "La réparation du préjudice économique pur en droit français", en: BANAKAS, Efstathios K., *Civil Liability for Pure Economic Loss* (London, Kluwer Law International, 1996), pp. 89 y ss. Un análisis comparado que considera el Derecho alemán, inglés y francés, puede verse en WAGNER, cit. (n. 17), pp. 213 y ss., 229 y ss.

²⁷ Una exposición de las razones típicas para excluir o tratar diferenciadamente los daños puramente económicos en la responsabilidad extracontractual puede consultarse en BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), pp. 16 y ss; KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 875 y ss.; WAGNER, cit. (n. 17), pp. 229 y ss. Al respecto, véase también BANFI, cit. (n. 18), pp. 688 y ss.

1. Libre competencia como valor que subyace al Derecho privado

La exclusión y el tratamiento diferenciado de los daños puramente patrimoniales en la responsabilidad extracontractual se fundan, ante todo, en la noción de libre competencia. La libre competencia constituye una piedra angular del sistema económico que subyace al Derecho privado, al cual nuestro ordenamiento jurídico otorga un significado central, incluso en ámbitos que trascienden al puro intercambio de bienes y servicios²⁸. El Derecho privado se estructura sobre la autonomía privada, y el ejercicio de esa autonomía privada lleva necesariamente a la libre competencia²⁹.

El principio de la libre competencia resulta incompatible con una amplia protección de intereses puramente patrimoniales por la responsabilidad extracontractual, ya que un sistema organizado sobre la base de ese principio admite e incluso fomenta que unos realicen sus propios fines o avancen a costa de otros, sin que tengan que considerar o subordinar sus propios intereses económicos a los de sus competidores³⁰. En este sentido, quien desarrolla una actividad económica o lleva adelante cualquier tipo de negocios no tiene deber de cuidado alguno respecto de los intereses puramente patrimoniales de otro, no teniendo que considerar cómo éstos se verán afectados. Incluso la afectación intencional de un interés puramente patrimonial ajeno puede resultar legítima desde esta perspectiva. Así, quien desarrolla una política comercial agresiva con la finalidad de apropiarse de clientela o cuotas de mercado de un competidor, sabe que afecta los intereses puramente económicos o financieros de otro, pudiendo incluso tener la intención de hacerlo y sacarlo del mercado, sin que surja la obligación de reparar los perjuicios puramente patrimoniales provocados. La conducta se ajusta perfectamente a lo que es tenido por un comportamiento adecuado y legítimo en el marco del proceso competitivo³¹.

Lo anterior da cuenta de que en realidad no existe un deber general de cuidado respecto de intereses puramente patrimoniales ajenos, y que incluso la intencionalidad no resulta suficiente para configurar la responsabilidad ex-

²⁸ LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), pp. 356 y 357.

²⁹ MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, "Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht", en *Archiv für civilistische Praxis* 168 (1968), p. 235.

³⁰ FLEMING, John G., *An Introduction to The Law of Torts* (Oxford, Clarendon Press, 1985), p. 215; BARROS, cit. (n. 6), pp. 284 y 285.

³¹ FLEMING, cit. (n. 30), p. 216.

tracontractual en hipótesis como las referidas³². La provocación de perjuicios puramente económicos o financieros se funda en esas hipótesis en la libertad de competir entre aquellas personas que concurren en el mercado u otros ámbitos donde se otorga un lugar central al principio de libre competencia³³.

Parece claro que si existiera un deber general de cuidado respecto de los intereses puramente económicos de un competidor, y si tuvieran que indemnizarse los daños puramente patrimoniales causados en un proceso competitivo, la forma en que nos relacionamos y, especialmente, en que se desarrolla la actividad económica y comercial, sería completamente diferente. Por lo mismo, la estructuración del Derecho privado sobre la base del principio de la libre competencia constituye una razón sustantiva fundamental para asumir como premisa la exclusión de los daños puramente patrimoniales del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual³⁴.

2. Indeterminación de la responsabilidad civil extracontractual

La exclusión y el tratamiento diferenciado de los daños puramente patrimoniales se fundan también en la indeterminación y desconocida extensión que alcanzaría la responsabilidad civil extracontractual de reconocerse la reparación de esa especie de daños, sin ningún tipo de calificación especial³⁵. El caso más claro se refiere a la opinión o información inexacta proporcionada por un experto, por ejemplo, un auditor o alguna institución financiera, que acarrea daños puramente patrimoniales a terceros que toman una decisión de negocios fundados en esa opinión o información, sin que haya mediado contrato alguno entre quien emite la declaración y el tercero que toma una decisión de negocios confiando en la exactitud de la misma. En un conocido precedente del Derecho comparado, en que se proporcionó información inexacta, que luego se utilizó como base para el otorgamiento de un crédito que no pudo ser pagado, se argumentó que el experto no tenía cómo saber las transacciones específicas para las cuales su informe sería utilizado, de modo que éste podría haber servido de antecedente para un número indeterminado de negocios, por un monto

³² KÖTZ/WAGNER, cit. (n. 4), Nº 253, p. 105; FLEMING, cit. (n. 30), p. 216.

³³ BANFI, cit. (n. 18), p. 690.

³⁴ En igual sentido, BARROS, cit. (n. 6), pp. 284 y ss.; BANFI, cit. (n. 18), pp. 690 y 696; FLEMING, cit. (n. 30), pp. 215 y ss.; CANARIS, cit. (n. 3), p. 582 nota 26.

³⁵ KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 875 y ss.

indeterminado, y con un número igualmente indeterminado de personas. En la sentencia se sostuvo que, en esas circunstancias, la concesión de una acción reparatoria a terceros implicaba exponer al experto que había proporcionado la información a una responsabilidad "por un monto indeterminado, por un tiempo indeterminado, y para una clase de terceros indeterminados", sin que fuera posible medir los riesgos involucrados en el propio comportamiento³⁶. La cantidad de personas, así como la cantidad de transacciones o negocios que pueden llevarse a cabo sobre la base de confiar en la información u opinión proporcionada por un experto puede ser tan extensa, que la consecuencia de imponer responsabilidad civil frente a cualquier tercero que confía en esa información puede resultar por completo desproporcionada y ruinoso, a tal punto de constituir una carga que no puede ser razonablemente impuesta sobre quien emite la declaración³⁷. En el Derecho comparado se ha sostenido que, en una hipótesis como la descrita, la concesión de una acción indemnizatoria fundada en la responsabilidad extracontractual implicaría, además, "conferir al mundo en general un muy injustificado derecho a apropiarse para sus propósitos personales del beneficio del conocimiento experto o pericia profesional atribuida al autor de la declaración", sin pagar por ese conocimiento experto, y sin asumir riesgo alguno a su respecto, lo que no parece apropiado³⁸.

En definitiva, si cualquier opinión, consejo, declaración descuidada o noticia inexacta pudiese ser fuente de responsabilidad civil en razón de afectar los intereses puramente económicos de otro, la comunicación humana se vería profundamente afectada, entorpeciendo de modo significativo los flujos de información, así como nuestras más elementales formas de relación, las que se fundan en un intercambio fluido de opiniones, declaraciones e información en general³⁹.

La indeterminación y desconocida extensión de la responsabilidad extracontractual a la que da lugar una reparación indiscriminada de los daños puramente patrimoniales no se reduce solamente a la responsabilidad civil

³⁶ *Ultramares v. Touche Niven & Co.*, 174 N. E. 441 (N. Y. 1931), referido en EPSTEIN, Richard, *Torts* (New York, Aspen Law & Business, 1999), p. 570.

³⁷ Véase PROSSER, William, KEETON, W. Page et al., *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, (5ª edición, St. Paul, West Publishing Co., 1984), p. 747.

³⁸ *Caparo Industires Plc. v. Dickman* (1990) 2 A.C. 619, 621-622.

³⁹ Véase v. JHERING, Rudolf, *Culpa in contrahendo*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jherings-Jahrbücher)* 4. Band (1861), pp. 12 y 13; véase también LARENZ/ CANARIS, cit. (n. 3), p. 356; BARROS, cit. (n. 6), pp. 285 y 1030 y ss.

por información, declaraciones u opiniones descuidadas, sino que se extiende a toda especie de comportamiento humano. En la sociedad contemporánea la afectación de intereses puramente económicos de otros constituye una consecuencia inevitable del ejercicio de la libertad de comportamiento y el hecho de estar activo en el mundo. Los intereses puramente económicos de las diferentes personas se encuentran entrelazados de variadas formas, de modo que una prácticamente ilimitada cantidad de intereses se ve afectada de una igualmente ilimitada cantidad de maneras por el hecho de desplegar algún tipo de comportamiento⁴⁰. En esas circunstancias, resulta prácticamente imposible prever cómo los intereses puramente patrimoniales de otros pueden verse afectados por la propia conducta, con la consecuencia que la imposición de responsabilidad extracontractual por la provocación descuidada de daños puramente patrimoniales genera un riesgo de responsabilidad civil indeterminado y de una extensión desconocida e incommensurable. De hecho, una de las preguntas más fundamentales que los daños puramente patrimoniales plantean al Derecho privado se refiere a los límites hasta donde puede expandirse la responsabilidad extracontractual, sin imponer cargas excesivas y desproporcionadas a la libertad de comportamiento de las personas⁴¹. Por lo mismo, el argumento aquí expuesto resulta decisivo para asumir como principio la exclusión de los daños puramente patrimoniales del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual.

3. *Disolución del derecho de contratos*

Según se refirió, el lugar natural de los intereses puramente patrimoniales es el derecho de contratos. Un incumplimiento contractual provoca típicamente un daño puramente patrimonial, siendo ese perjuicio indemnizable en esa sede⁴². El contrato crea y canaliza la adquisición de la riqueza y de todo tipo de valores patrimoniales, siendo los daños puramente patrimoniales que se

⁴⁰ Véase BENSON, Peter, "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law", en: OWEN, David G., *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, University Press, 2001), pp. 431 y 443.

⁴¹ BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), pp. 3 y 16 y ss., donde el argumento es desarrollado desde la perspectiva de la avalancha de litigios a la que daría lugar la imposición de responsabilidad extracontractual por la provocación de daños puramente patrimoniales, sin ninguna consideración adicional. Sobre este argumento, usualmente identificado como "floodgates argument", véase también WAGNER, cit. (n. 17), pp. 230 y ss.; BANFI, cit. (n. 18), pp. 688 y ss.

⁴² WAGNER, cit. (n. 17), pp. 231 y ss. KÖTZ/WAGNER, cit. (n. 4), N° 258, p. 106.

siguen de su infracción por definición compensados por la responsabilidad contractual⁴³.

Si los daños puramente patrimoniales resultasen también siempre indemnizables en sede extracontractual, sin ningún tipo de calificación especial, todo incumplimiento contractual, siempre y sin excepción, daría lugar a una hipótesis de concurso de responsabilidades, tornándose en cierto sentido superflua la existencia de la responsabilidad contractual y todas sus particularidades.

La hipótesis que da lugar al problema del concurso de responsabilidades supone que un mismo hecho constitutivo de un incumplimiento contractual, es también un ilícito extracontractual, porque, prescindiendo del contrato, el hecho constituye una infracción a los deberes generales de cuidado que ocasiona un daño⁴⁴. Si efectivamente existiese un deber general de cuidado respecto de los intereses puramente patrimoniales de otro, la infracción culpable del contrato supondría también siempre y en todos los casos una infracción a ese deber general de cuidado, configurándose de este modo siempre una hipótesis de concurso de responsabilidades. La consecuencia es que la responsabilidad contractual y sus diferencias específicas con la responsabilidad extracontractual se tornarían superfluas. Según se ha sostenido, el derecho de contratos se ahogaría en la responsabilidad extracontractual⁴⁵.

Lo cierto, sin embargo, es que no toda infracción contractual genera una hipótesis de concurso, sino que ésta sólo surge cuando la infracción del contrato supone la lesión de la seguridad personal o de la propiedad, que son los bienes o intereses primariamente protegidos por la responsabilidad extracontractual. Ese es típicamente el caso de las negligencias médicas o de las infracciones a obligaciones contractuales de seguridad, que lesionan la vida o integridad física o psíquica de la persona. En esos casos, el incumplimiento contractual efectivamente supone también la infracción a un deber general de cuidado, ya que respecto de esos bienes, estos es, vida e integridad física y psíquica de la persona, efectivamente existe un deber general de cuidado cuya infracción es fuente de responsabilidad extracontractual. En verdad, en esos supuestos, deberes de cuidado típicamente extracontractuales referidos a la seguridad personal o a la propiedad, se condensan en obligaciones contractuales, de modo que

⁴³ KONDGEN, cit. (n. 2), p. 10; KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 878 y ss. y 881.

⁴⁴ BARROS, cit. (n. 6), p. 1057; ALESSANDRI, cit. (n. 6), p. 61; CORRAL, cit. (n. 9), p. 29.

⁴⁵ *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval Inc.*, 476 US 858, 866, referido en WAGNER, cit. (n. 17), p. 232.

su infracción constituye tanto un ilícito contractual como extracontractual⁴⁶. En los demás casos no existe un concurso de responsabilidades, precisamente por la inexistencia de un deber general de cuidado respecto de los intereses puramente patrimoniales ajenos.

El argumento da cuenta de que en realidad no existe un deber general de cuidado respecto de los intereses puramente patrimoniales de otros cuya infracción pueda fundar la responsabilidad civil extracontractual, sin ninguna calificación especial.

V. EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO Y LAS CONDICIONES DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS PURAMENTE PATRIMONIALES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Las consideraciones anteriores llevan a asumir como premisa la exclusión o lugar diferenciado de los daños puramente patrimoniales en la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, ello no implica asumir una completa exclusión de los intereses puramente patrimoniales del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual, sino que lleva a un tratamiento diferenciado, el que se expresa en una protección disminuida o menor nivel de protección, en comparación con los bienes o intereses más fundamentales de las personas (seguridad personal, propiedad)⁴⁷.

En efecto, la exclusión de los daños puramente patrimoniales del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual se asocia, en esencia, con la provocación negligente de daños puramente patrimoniales, lo que significa que, en principio, respecto de esta especie de intereses no existe un deber general de cuidado cuya infracción pueda desencadenar la responsabilidad extracontractual⁴⁸. En este aspecto se expresa la diferencia más fundamental y el menor nivel de protección de los intereses puramente patrimoniales en comparación con los bienes e intereses jurídicos más clásicos y fundamentales⁴⁹.

⁴⁶ Sobre este argumento, acotado a la hipótesis de provocación de un daño puramente patrimonial en razón de la interferencia en un contrato ajeno, SCHOPF OLEA, Adrián, "Responsabilidad civil por inducir el incumplimiento contractual ajeno", en: TURNER SAEZ, Susan, VARAS BRAUN, Juan Andrés (eds.) *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Editorial Thomson Reuters - LegalPublishing, 2014), pp. 682 y 683.

⁴⁷ WAGNER, cit. (n. 17), p. 239; KOZIOL, cit. (n. 18), p. 878.

⁴⁸ BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), p. 9.

⁴⁹ Véase CANARIS, cit. (n. 3), p. 581; LOOSCHELDERS, cit. (n. 3), Nº 1170, p. 397.

Al margen de esa consideración, la afectación de intereses puramente económicos y de ese modo la provocación de daños puramente patrimoniales puede configurar responsabilidad extracontractual si existen consideraciones especiales que lo justifican. En términos generales, esas consideraciones adicionales consisten en circunstancias especiales que permiten calificar la conducta como particularmente impropia o reprochable. Es lo que típicamente ocurre respecto de los ilícitos cometidos en el mercado de valores, el ilícito de interferencia en contratos ajenos, y las infracciones en el ámbito de la competencia desleal que dan lugar a responsabilidad civil. La especial reprochabilidad de la conducta es un elemento constitutivo de los ilícitos en los negocios, que constituye la típica hipótesis de provocación de un daño puramente patrimonial que configura la responsabilidad extracontractual de su autor. De este modo, existe responsabilidad extracontractual por la provocación de daños puramente patrimoniales si fraudulentamente se proporciona información falsa con la finalidad de determinar decisiones de inversión, si se interfiere un contrato ajeno con la sola finalidad de privar al acreedor de la prestación contractual, o si se obtienen clientela o cuotas de mercado en virtud de la apropiación de una marca ajena o actos de publicidad engañosa⁵⁰.

En este punto tiende a existir acuerdo en el Derecho comparado, donde la provocación de un daño puramente patrimonial unido a un comportamiento calificable como particularmente impropio, una práctica desleal o una infracción a las buenas costumbres, es fuente de responsabilidad civil extracontractual⁵¹.

En el Derecho nacional, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión llega también a un resultado análogo, concluyendo que la provocación de daños puramente patrimoniales exige típicamente dolo directo, abuso o culpa grave como condición de la responsabilidad civil extracontractual⁵². De este modo, también en nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza del bien o interés afectado puede resultar determinante en la definición del ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual, siendo diferenciado el nivel de protección y las condiciones de responsabilidad en función de la especie de bien o

⁵⁰ Cf. BARROS, cit. (n. 6), pp. 161 y ss.; KOZIOL, cit. (n. 18), pp. 881 y 885.

⁵¹ BUSSANI/PALMER, cit. (n. 18), p. 9; WAGNER, cit. (n. 17), pp. 213 y ss. y 229 y ss.; Véase además LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), pp. 447 y ss. y KÖTZ/WAGNER, cit. (n. 4), N^{os}. 250 y ss., pp. 104 y ss., para el Derecho alemán; MARKESINIS/DEAKIN/JOHNSTON, cit. (n. 1), pp. 470 y ss. y FLEMING, cit. (n. 30), pp. 215 y ss., para el Derecho inglés; EPSTEIN, cit. (n. 34), pp. 575 y ss., para el Derecho estadounidense.

⁵² BARROS, cit. (n. 6), pp. 161 y ss. y 283 y ss.; BANFI, cit. (n. 18), pp. 702 y 703.

interés afectado por el comportamiento del demandando. Sin embargo, esa diferenciación suele usualmente opacarse, al ser todas las dificultades relativas a la reparación de los daños puramente patrimoniales tratadas como supuestos en que no se satisfacen condiciones específicas de responsabilidad civil referidas a la culpa, a la causalidad o a la certidumbre del daño⁵³.

VI. EL ORDENAMIENTO CHILENO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL COMO SISTEMA ESTRUCTURADO SOBRE LA BASE DE DIFERENCIACIÓN DE BIENES E INTERESES

El derecho chileno de la responsabilidad extracontractual asume que la culpa o el dolo es el criterio fundamental para diferenciar el daño que debe ser reparado por quien lo provoca, de aquel que debe ser soportado por quien lo sufre, aun cuando en su realización haya intervenido el comportamiento de un tercero. Ese enfoque no presta mayor atención a la naturaleza del bien o interés cuya afectación es fuente del daño, para los efectos de realizar la referida diferenciación. De este modo, el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual es esencialmente definido en atención a un juicio negativo de valor de la conducta, que constituye el criterio que discrimina entre el daño que es fuente de una obligación indemnizatoria y aquel que no lo es. Por lo mismo, suele asumirse como premisa que todos los bienes o intereses tienen una protección equivalente, existiendo respecto de todos ellos los mismos deberes generales de cuidado. Sin embargo, un análisis más detallado da cuenta que también en nuestro derecho la responsabilidad extracontractual otorga una protección diferenciada a los diferentes bienes o intereses, en función de su categoría o naturaleza. En efecto, al tratarse con detención por la doctrina nacional los daños puramente patrimoniales, todos los que se han ocupado del asunto llegan a la misma conclusión: que su nivel de protección es diferenciado y menor. En principio, la provocación de un daño puramente patrimonial no da lugar a responsabilidad civil. En el ámbito extracontractual, sólo excepcionalmente la afectación de intereses puramente patrimoniales da lugar a una obligación indemnizatoria o reparatoria a favor del afectado, en esencia, cuando la conducta del demandado admite ser calificada como especialmente impropia. Si bien las razones para otorgar una protección diferenciada a los

⁵³ BARROS, cit. (n. 6), p. 286; BANFI, cit. (n. 18), p. 692. La situación es enteramente análoga en el Derecho francés, al respecto, véase ZWEIFERT/KÖTZ, cit. (n. 4), p. 631; WAGNER, cit. (n. 17), pp. 226 y ss.

intereses puramente patrimoniales son variadas, en términos generales puede sostenerse que al otorgamiento de un nivel de protección más intenso se opone el interés en conservar un adecuado ámbito de libertad de acción de todos los candidatos a resultar civilmente responsables, lo que ante todo se expresa en el principio de la libre competencia.

De modo análogo, lo mismo vale para la afectación de la privacidad y la honra, cuyo nivel de protección es también menos intenso, lo que encuentra su justificación más inmediata en los valores que subyacen a la libertad de expresión, opinión e información⁵⁴. En ambos casos al interés de la víctima de un mayor nivel de protección, se opone la necesidad de conservar ámbitos específicos de la libertad de comportamiento: típicamente libertad de competir en el caso de los intereses o daños puramente patrimoniales, y libertad de expresión, opinión e información en el caso de la privacidad y la honra. La restricción del nivel de protección por esas consideraciones se encuentra plenamente justificada si se atiende a lo que más arriba ha sido identificado como el problema originario del derecho de la responsabilidad extracontractual: resolver o conciliar adecuadamente la tensión existente entre la necesidad de protección de determinados bienes o intereses por una parte, y la conservación de una amplia libertad de acción por la otra. De este modo, exigencias específicas referidas a la mantención de una adecuada libertad de comportamiento constituyen las razones que tienen por efecto correr o disminuir el umbral o nivel de protección de los daños puramente patrimoniales y la privacidad y la honra.

En definitiva, si es correcto que el Derecho chileno otorga una protección diferenciada y disminuida a los intereses puramente patrimoniales, como lo afirma parte de nuestra más distinguida doctrina, entonces resulta forzoso concluir que el régimen chileno de responsabilidad extracontractual efectivamente es un sistema que otorga una protección diferenciada según la naturaleza de los bienes o intereses afectados: bienes jurídicos más fundamentales, por una parte (seguridad personal, propiedad); intereses puramente patrimoniales y privacidad y honra, por la otra.

Esa consideración se deja incorporar sin mayores dificultades en la regulación legal chilena de la responsabilidad extracontractual, la que por influencia del Derecho francés conocidamente se construye sobre la base de una cláusula

⁵⁴ Sobre la protección civil de la privacidad y la honra, BARROS, cit. (n. 6), pp. 541 y ss. y 576 y ss.; respecto de su protección diferenciada y esencialmente disminuida, WAGNER, cit. (n. 17), pp. 240 y ss.

general de responsabilidad (Código Civil, artículos 2314 y 2329 inciso 1º)⁵⁵. La principal ventaja de un régimen de responsabilidad extracontractual así configurado es su enorme flexibilidad y plasticidad, la que le permite hacerse cargo de una innumerable cantidad de hipótesis y circunstancias específicas. Su gran dificultad es su indeterminación y falta de precisión, lo que supone dejar una enorme cantidad de detalles y preguntas abiertas. Por lo mismo, en un sistema legal que se construye por referencia a una cláusula general, muchas de las dificultades que plantea la responsabilidad extracontractual deben ser resueltas por la jurisprudencia y la doctrina⁵⁶. En ese sentido, no es de extrañar que nuestro derecho de la responsabilidad extracontractual se haya desarrollado esencialmente por una práctica judicial y dogmática que ha devenido cada vez en más compleja, diferenciando entre circunstancias más específicas, y dando forma y contornos más precisos a hipótesis igualmente más específicas⁵⁷. Esa práctica puede ser entendida como el necesario proceso de concreción de la cláusula general de responsabilidad que rige nuestro ordenamiento, la que por su propia naturaleza no se hace cargo de una serie de particularidades que diferentes supuestos de hecho plantean al derecho de la responsabilidad extracontractual.

En el marco de la concreción de la cláusula general de responsabilidad contenida en los artículos 2314 y 2329 inciso 1º del Código Civil, resulta posible incorporar las consideraciones aquí efectuadas, redefiniendo, a lo menos en parte, el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual. Esa redefinición supone asumir que ese ámbito de protección está determinado por dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual está definido por el juicio negativo de valor de la conducta, el que resulta fundamental para marcar la frontera entre el daño que debe ser reparado por quien lo provoca, y aquel que debe ser asumido por la propia víctima. En segundo lugar, el referido ámbito de protección está además determinado por la naturaleza de los bienes o intereses protegidos por la responsabilidad extracontractual, estableciéndose un régimen diferenciado

⁵⁵ BARROS, cit. (n. 6), pp. 19 y 54. Sobre los diferentes modelos de regulación de la responsabilidad extracontractual, WAGNER, cit. (n. 17), pp. 199 y ss. Respecto de las cláusulas generales como técnica de regulación del comportamiento, ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken* (10ª edición, Stuttgart, Kolhammer, 2005), pp. 158 y ss.

⁵⁶ ZWEIGERT/KÖTZ, cit. (n. 4), p. 600; KÖTZ/WAGNER, cit. (n. 4), N° 18, p. 10.

⁵⁷ BARROS, cit. (n. 6), p. 34.

en función de la naturaleza del respectivo bien o interés⁵⁸. Esa diferenciación tiene a su vez por consecuencia una reinterpretación del fin de los deberes generales de cuidado, cuyo alcance no se extiende indiferenciadamente a todos los bienes o intereses cuya afectación puede ser fuente de un daño en sentido jurídico, sino que, por el contrario, se extiende sólo a los bienes o intereses que aquí se han identificado como fundamentales, excluyendo, a los menos en principio, los intereses puramente patrimoniales y la privacidad y la honra, cuyo protección es diferenciada y está sujeta a las condiciones especiales ya referidas. Lo anterior significa que nuestros deberes generales de cuidado no tienen realmente la generalidad que usualmente suele atribuírseles⁵⁹.

Esta construcción tiene la ventaja de integrar coherentemente algo ya presente en nuestro sistema legal, pero que usualmente no es explicitado ni puesto al descubierto, sino que, por el contrario, es opacado al ser tratado como un problema de culpa, causalidad o certidumbre del daño: que el sistema de responsabilidad civil extracontractual otorga un nivel de protección diferenciado, distinguiendo entre bienes o intereses fundamentales por una parte, e intereses puramente patrimoniales y privacidad y honra, por la otra.

⁵⁸ Véase LARENZ/CANARIS, cit. (n. 3), pp. 351 y ss. y 354 y ss.

⁵⁹ Véase WAGNER, cit. (n. 17), pp. 221 y 225 y ss.