

María del Carmen Cerutti

---

# DERECHO DE DAÑOS

Análisis de algunos  
problemas conceptuales

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

2011

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LIV

**Cerutti, María del Carmen.**

Derecho de daños. : análisis de algunos problemas conceptuales . -  
1a ed. - Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba, 2011.

334 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-82-7

1. Derecho Civil. 2. Obligaciones. I. Título

**CDD 346**

Fecha de catalogación: 17/04/2012

*TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS*  
Copyright © 2010, Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba  
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)  
*Impreso en Argentina - Printed in Argentina*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES  
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Presidente*

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Vicepresidente*

JORGE DE LA RÚA  
*Secretario*

ARMANDO S. ANDRUET (h)  
*Tesorero*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS  
*Director de Publicaciones*

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba  
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929  
E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)  
Consulte novedades doctrinarias en la  
Página Web: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)  
REPÚBLICA ARGENTINA

**Presidentes Honorarios**

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

## RESOLUCIÓN N° 22/2011

Córdoba, 21 de septiembre de 2011

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 20 de septiembre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “*Dalmacio Vélez Sársfield*” Edición 2011.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas “*Derecho de daños (Análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. María del Carmen CERUTTI, aprobada por la Universidad Nacional de Córdoba; “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. María Pamela TENREYRO, aprobada por la Universidad Nacional de Tucumán; y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. Silvana Mabel GARCÍA, aprobada por la Universidad Nacional de Rosario.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas al derecho administrativo, el derecho civil, la filosofía del derecho, el derecho comercial y comparado. Las tesis han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho argentino, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que

permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por las tesis.

Que dicho premio brinda a su vez, una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de instituciones que no persegan fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

**Art. 1º.-** Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “*Dalmacio Vélez Sársfield*” Edición 2011 a las tesis doctorales “*Derecho de daños (Análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. María del Carmen CERUTTI; “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. María Pamela TENREYRO, y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. Silvana Mabel GARCÍA.

**Art. 2º.-** Establecer que las publicaciones de las tesis premiadas se efectuarán en forma prorrateada en razón de la disponibilidad presupuestaria.

**Art. 3º.-** Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

**Art. 4º.-** Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

*Jorge de la Rúa*  
*Académico Secretario*

*Juan Carlos Palmero*  
*Académico Presidente*

*A mis padres Juan B. Cerutti y Emilce M. Catalá,  
quienes me enseñaron que el saber  
es el único bien que permanece.*

*A Manuel, por su apoyo en la última etapa de este trabajo.*

*Al Dr. Carlos Ernst, por su paciencia y acompañarme  
en el proceso de investigación.*





## **1. Introducción al tema elegido**

En los últimos años, numerosos juristas ius-privatistas dedicaron su atención y sus estudios a la responsabilidad por daños. La multiplicidad de conductas causativas de daños generó -entre otros problemas- la preocupación de abogados, juristas y jueces, al advertir que las normas que prescriben bajo que circunstancias un daño debe ser indemnizado, resultan insuficientes para subsumir todos los casos posibles en los que se alega haber sufrido un daño.

Una de las primeras reacciones de los juristas fue revisar los conceptos que se utilizan para definir el daño y cada uno de los requisitos que, en su criterio, debieran configurarse para la indemnización.

Por eso, como primera aclaración y a efectos de aproximarme al tema propuesto, abordaré algunos problemas de tipo conceptual <sup>1</sup> relativos a la responsabilidad civil en general, pero con especial interés en la llamada “responsabilidad extracontractual”.

Si bien la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual se encuentra prácticamente superada en la doctrina y en los proyectos de reforma al Código Civil, dicha superación lo es en cuanto a las consecuencias, porque tiende a una reparación integral en ambos casos. Pero conceptualmente son distintas, porque su origen es distinto,

---

<sup>1</sup> Es sabido que toda ciencia para describir y explicar su objeto de estudio utiliza una serie de conceptos que constituyen su base teórica. El objeto del jurista es describir normas del sistema jurídico y elaborar conceptos a partir de lo que las normas expresan.

aunque en ambas se aluda a los mismos requisitos para que se configuren y el *alterum non laedere* se invoque, no sólo en la extracontractual, sino en la contractual, como fundamento para un pago acorde con los postulados convenidos por las partes de la relación. Sin embargo, considero que en algunas cuestiones el análisis es distinto. En la contractual, el no cumplimiento de lo pactado frustra un negocio, transgrede un deber concreto y preexistente, por lo que no resulta difícil determinar la conducta prohibida. Mientras que en la extracontractual, no se transgrede una conducta previamente acordada, sino un acto prohibido o algo más general, como es el deber genérico de no dañar. Esto genera una importante discusión acerca de uno de los elementos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad.

En otros términos, delimitar el significado del término responsabilidad puede tener más implicancias en la extracontractual que en la contractual. En esta última se atribuye responsabilidad a quien transgredió una conducta concreta previamente pactada, mientras que en la extracontractual se discute si la conducta debe estar expresamente prohibida por el sistema o si vulnerar el *alterum non laedere* es suficiente para que alguien sea jurídicamente responsable.

En relación con los daños causados, en la extracontractual podemos interrogarnos si todos los daños que se generan del *naeminem laedere* deben ser indemnizados y esto conduce al análisis del problema del daño injusto, lo jurídico y lo moral y la justificación del fundamento <sup>2</sup>. En la contractual, no se trata

---

<sup>2</sup> Realizada una consulta al Doctor Humberto Vázquez, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (se desempeñó como Profesor Titular de Derecho Romano), Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Director de Publicaciones de dicha Academia, me proporcionó generosa y gentilmente la siguiente información: el principio *naeminem laedere* significa exactamente: “No dañar a nadie” o “A nadie dañar”, o sea es un principio muy general; mientras que el *alterum non laedere* significa: “No dañar a otro”, o sea ya estamos pensando en una relación intersubjetiva. El origen de estos principios se encuentran en la filosofía estoica griega: el “no dañarás”, juntamente con el “vivir honestamente” y

de que los daños sean menores o se reparen sólo algunos, sino que al estar específicamente prevista la conducta prohibida, los daños que se deriven por realizar esa conducta -establecido el nexo causal- deben ser jurídicamente indemnizados y su fundamento radica en realizar lo prohibido, además de invocarse el *alterum non laedere*. Por lo tanto, aunque los presupuestos son comunes, por ser distinto el origen de los dos ámbitos de responsabilidad, también son distintos los problemas que se generan en el análisis de dichos presupuestos.

La responsabilidad civil constituye un efecto jurídico, una consecuencia jurídica de sus elementos o presupuestos, a saber: antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexo causal. Actualmente, dos de estos elementos no se discuten en cuanto a su existencia, me refiero al daño y al nexo causal; los distintos planteos pueden referirse al contenido del primero y a las maneras de establecer el segundo.

En cuanto al factor de atribución tampoco plantea dificultades como elemento necesario, debido al menú -cada vez más amplio- de factores objetivos que invoca la doctrina y que encuentran sustento legal. Antes de la reforma al Código Civil por la ley 17.711, aplicar el factor subjetivo era la regla y sólo por excepción se aplicaba el objetivo. Ahora, ambos funcionan

---

“dar a cada uno lo suyo”; conformaban principios morales, eminentemente éticos, como una suerte de religión. Se trasladan a Roma y aparecen en la Instituta cuando Justiniano recopila todas las obras de los jurisconsultos; el más jurídico de los tres es el de No dañar a otro. Con el correr del tiempo se va trasmutando y se pasa del No dañar a otro, al más general de No dañarás. Según autores que estudiaron el Derecho Romano, expresan que a veces se usa uno y a veces el otro. También me resultó interesante la información proporcionada por el Doctor Vázquez, respecto al origen del término *responder*: determinados contratos se formalizaban cuando las partes pronunciaban determinadas palabras. Una parte preguntaba a la otra: ¿*spondere?* (verbo), si el otro contestaba: *si spondio*, quedaba trabado o establecido el vínculo jurídico. Del verbo *spondere*, se deriva el término responsabilidad.

Agradezco también, al Profesor de Derecho Romano, Dr. Luis Felipe Aliaga Jofre, quien me proporcionó la primera información sobre la *TRIA NOMINA PRAECEPTA IURIS (SUNT): HONESTE VIVIRE, ALTERUM NON LAEDERE Y SUUM CUIQUE TRIBUERE*.

en paridad y según los casos se utiliza uno u otro. Pero la cuestión no es tan sencilla en lo que hace a la antijuridicidad, pues si se la considera elemento necesario, la dificultad radica en determinar cual es su contenido.

El concepto amplio de responsabilidad civil que se propugna en estos tiempos, puede ser consecuencia de dos (entre otras) razones importantes: 1) multiplicidad de fuentes causativas de daños y 2) un cambio de óptica: la mirada se detiene más en el que sufrió el daño, que en el dañador. De la preocupación por juzgar la conducta del agente se pasa a la preocupación por juzgar el daño, en sí mismo, en su ilicitud o injusticia <sup>3</sup>.

En la historia de la responsabilidad civil, es posible distinguir, por lo menos, tres concepciones sobre la misma <sup>4</sup>: 1) la clásica, adoptada por los juristas romanos, para quienes el daño significaba una ruptura del equilibrio entre las personas y su reparación, una vuelta a la justicia, 2) la moderna, desarrollada a través de los siglos XVII, XVIII y XIX, con base en la idea de culpa y 3) la actual, expuesta en los últimos cincuenta años, caracterizada por la atipicidad de los supuestos y variedad de los factores de atribución. Es interesante destacar, siguiendo a Mosset Iturraspe, que la concepción juzgada o denominada "tradicional", no es la clásica o romana, sino la "moderna".

Como un anticipo a mi punto de vista, advierto que la pareja integrada por víctima y responsable fue lo central en las etapas aludidas. La óptica se acentuó a veces sobre una, a veces sobre el otro. Si bien puede pensarse que las razones de cada cambio fueron las distintas fuentes generadoras de daños, es esta (causar daños) una condición necesaria pero no suficiente, porque detrás de cada época subyacen determinados principios jurídicos o morales y distintas concepciones de como organizar las relaciones interpersonales. Indu-

---

<sup>3</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE (director), Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (coordinadora), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 28.

<sup>4</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, "Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones", en AA.VV., *Responsabilidad por daños*, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pág. 27 y ss.

dablemente, distintos principios generan distintos conceptos de responsabilidad civil y también diversos problemas en el análisis de sus elementos. Por ello considero que lo que se explicita por responsabilidad civil extracontractual, es una consecuencia de lo que se encuentra a veces implícitamente en cada época acerca del concepto de daño.

No obstante, la razón que señalé, como necesaria aunque no suficiente, influyó notablemente en los cambios y quizás, de manera general, sea posible establecer algún paralelismo. Expresa Messina de Estrella Gutiérrez que <sup>5</sup> "... el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando". En cada etapa, la preocupación se centró en el fundamento, o sea, por qué se debían reparar los daños causados. En el período clásico, la ruptura del equilibrio entre las personas parece ser la razón invocada y es posible pensar que esa ruptura de equilibrio funcionaba como factor de atribución de tipo objetivo.

Cuando la responsabilidad civil se estructura en torno al principio de la culpa, que se plasma en el Código Civil francés y en los que lo toman como referente y se extiende hasta bien avanzado el siglo pasado, interesa más la conducta del responsable que el perjuicio del dañado. En esta época no deja de tener importancia la fuente generadora de daños, que prácticamente se agota en los daños causados por el hombre, sea por el hecho propio o por el de personas por quienes debe responder o las cosas que tiene bajo su guarda. En todos los casos, es posible imputar culpa -probada o presumida-.

La estructura básica de la responsabilidad civil, que desde la época del Código de Napoleón se mantuvo hasta mediados del siglo pasado, se organizó en torno al principio "no hay

---

<sup>5</sup> Graciela N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, "Función actual de la responsabilidad civil", en AA.VV., *Derecho de daños*, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1991, pág. 37.

responsabilidad sin culpa". Se apoyaba en los cuatro clásicos requisitos necesarios y suficientes: antijuridicidad o ilicitud (llamado elemento objetivo), dolo o culpa (llamado elemento subjetivo), nexo causal y por cierto la existencia de un daño. Digo necesarios porque a falta de alguno de ellos, no surgía la relación jurídica que genera la obligación de reparar los daños causados; sólo en supuestos de excepción contemplados por el derecho positivo se podía reparar sin antijuridicidad (tal el caso de la expropiación) o sin dolo o culpa (tal el supuesto contemplado por el legislador en la primera parte del art. 907 del Código Civil). Digo suficientes porque la configuración de los cuatro requisitos, sin más, hacía surgir el vínculo jurídico entre víctima y responsable. O sea los cuatro eran disyuntivamente necesarios, pero ninguno por sí sólo era suficiente, sino que los cuatro conjuntivamente eran suficientes.

Esta estructura, actualmente está en crisis como consecuencia de la multiplicidad de fuentes generadoras de daños. La nueva concepción del derecho de daños, perturba a la antijuridicidad –a tal punto que puede ser derrotada como presupuesto-, al elemento subjetivo, a los daños que se consideran indemnizables; en definitiva, cuál es y de donde se deriva el fundamento o la buena razón por la cual se debe responder. En esta nueva concepción, algunos autores ius privatistas ya no utilizan los términos responsabilidad civil para referirse a la indemnización de los daños, sino a Derecho de Daños por considerarlo más abarcativo. En este sentido, entienden Pizarro y Vallespinos que con estos términos -Derecho de Daños- se engloban todas las cuestiones vinculadas con la prevención, la reparación del daño y -eventualmente- con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso, mientras que los términos responsabilidad civil aluden a la obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento obligacional <sup>6</sup>. También

---

<sup>6</sup> Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, págs. 461-462.

Zavala de González entiende que responde el sujeto sobre quien recae la obligación de prevenir o de resarcir las consecuencias nocivas injustas que sufren o que pueden sufrir otras personas....<sup>7</sup>.

Con el industrialismo, la esfera de fuentes generadoras de daños se amplía: accidentes ocasionados por la circulación de automotores, aéreos, aumento de infortunios laborales, daños originados por cosas riesgosas o viciosas. Seguir con la idea de que “no hay responsabilidad sin culpa” implicaba que gran parte de los daños no se repararan. Un nuevo contexto social determina un cambio, el importante de la pareja comienza a ser el dañado, así, tímidamente y en un comienzo como excepción al principio reinante, la doctrina invoca factores objetivos de atribución; que luego se plasman en los códigos, caso de los arts. 907 y 1113 de nuestro Código Civil. En este sentido, el agregado al art. 907 amplía la posibilidad de disponer indemnización por daños causados por los hechos involuntarios, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. El agregado al art. 1113 establece un factor de atribución objetivo fundado en el riesgo, para los daños causados por cosas riesgosas o viciosas.

Actualmente, se transita una nueva etapa; las fuentes generadoras de daños ya no se agotan ni en el hombre, ni en las cosas, ahora también cuentan las llamadas actividades riesgosas -productos elaborados, contaminación ambiental, informática, actividades profesionales, biogenética, biotecnología, etc.-. Es posible que no resulte tan arriesgado pensar, que los juristas, para construir un concepto general de responsabilidad civil o que entienden que alguien sea responsable por daños inferidos a otros, lo hacen según la etapa histórica que transita la institución. En el Capítulo primero, se hace referencia a esta cuestión.

---

<sup>7</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, págs. 67-68.

**Aclaraciones previas:** Cada capítulo se divide en dos partes, no así el último que consiste en reflexiones sobre el daño injusto. En la primera se desarrolla el tema desde el punto de vista de la teoría general del derecho o campo filosófico y en la segunda desde el punto de vista de la dogmática *ius privatista*.

La presente investigación es de índole básicamente conceptual, por lo que no se utilizan fallos jurisprudenciales en el análisis, salvo en casos que sea absolutamente necesario. Si es de índole básicamente conceptual, se supone que debería exponerse en gran medida a la doctrina extranjera *ius privatista*, pero no es así y la razón es que elegí exponer sólo a la doctrina nacional más relevante, porque -en el conjunto- el tema gira en torno a dos o tres ejes centrales, que son muy puntuales y relativos al derecho argentino, más allá de la división en capítulos que se presentan como autosuficientes uno del otro. Si bien se utiliza bibliografía, tanto nacional como extranjera, para abordar el punto de vista de la teoría general del derecho y área filosófica.



## CAPÍTULO PRIMERO

### PROBLEMAS DE LENGUAJE

*“Es una de las desdichas del derecho  
que las ideas se enquistan en frases y  
después de ello, y durante largo tiempo,  
dejan de originar nuevos análisis”.*

Juez Holmes, en “Hyde c/ United States” (1911)

#### **Significado del término responsabilidad**

#### **¿Cuándo alguien es o debe ser considerado responsable?**

*Análisis descriptivo del uso del término responsabilidad por los teóricos del derecho y juristas ius privatistas*

En la formulación de conceptos, quien los elabora, siempre incluye determinadas propiedades que connotan al término que pretende definir. En este análisis la pretensión es indagar si las propiedades adjudicadas al término responsabilidad son reconocidas con algún criterio de identificación.

En el marco jurídico, el problema teórico de la responsabilidad civil constituye un macro problema y no puede ser analizado sin dividirlo en micros problemas. La responsabilidad civil constituye un efecto jurídico, una consecuencia jurídica de sus elementos o presupuestos, a saber: antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexos causal. Como ya adelanté en la Introducción el elemento daño constituye una base no discutible, porque la responsabilidad civil se configura a partir del daño y en la causación de éste concurren los siguien-

tes presupuestos: a) sujeto responsable, b) una acción u omisión causativa del daño, c) consecuencias dañosas de dicha acción u omisión, d) víctima, e) una norma que prescribe la obligación de reparar, cuyos fundamentos son razones objetivas o subjetivas. Si a ello le agregamos que es necesario establecer un nexo causal entre la acción u omisión causativa del daño y el daño causado, es posible pensar que el macro problema lo constituye el daño, y el análisis de cada uno de los presupuestos mencionados influirá y determinará el concepto de responsabilidad.

Históricamente los conceptos formulados y los fundamentos que le subyacen fueron variando, pero las distintas formulaciones se debieron a distintos análisis de los presupuestos del daño. El camino a recorrer, entonces, puede ser el inverso: partir del daño y sus presupuestos y llegar a la responsabilidad civil.

También se expresó en la Introducción que de los cuatro elementos que tradicionalmente configuran las propiedades connotativas de la responsabilidad civil, dos de ellos no se discuten en cuanto a su existencia, me refiero al daño y al nexo causal; los planteos pueden referirse al contenido del primero y a las maneras de establecer el segundo. Respecto de los otros dos, la cuestión no es tan sencilla en lo que hace a la antijuridicidad, pues si se la considera elemento necesario, la dificultad radica en el criterio a utilizar para determinar su contenido, lo que se tratará de despejar más adelante. En cuanto al factor de atribución, parece haberse afirmado como elemento necesario, debido al menú -cada vez más amplio- de factores objetivos que invoca la doctrina y que también tienen sustento legal.

Como consecuencia de lo expresado, considero que los distintos conceptos que se desarrollaron históricamente, no son *a priori*, sino *a posteriori* del análisis de cada uno de sus presupuestos. O sea, el concepto no conformaría una variable independiente de la cual se derivan consecuencias, sino que su elaboración dependerá del análisis mencionado.

Si bien es posible iniciar el recorrido por el camino del daño, tal vez por estructuras mentales demasiado arraigadas

y porque un camino u otro conduce al análisis de los mismos elementos, partiré de la pregunta que considero constituye el macro problema: ¿qué significa emitir un Enunciado de Responsabilidad? Las propiedades que connoten el término configurarán los micro problemas. Pero primero habrá que despejar cuestiones de lenguaje.

La palabra responsabilidad es ambigua y como la ambigüedad afecta a los términos, corresponde delimitar en que contexto se lo usa, porque según el mismo se designarán propiedades distintas. Así, en un contexto moral o religioso, donde se reprocha conducta a un sujeto libre -en el sentido de que obró con conocimiento o que poseía facultad para conocer- lo relevante no es el dañado, ni tampoco existe un monopolio u órgano exclusivo autorizado para aplicar una sanción. En este contexto, el significado intencional o la característica relevante o definitoria para conceptualizar el término responsabilidad consiste en realizar un juicio de reprochabilidad al agente, cuya sanción será social o moral.

La primera delimitación es que el término será analizado en un contexto jurídico, pero aquí también se presenta otro problema de lenguaje: la vaguedad. La vaguedad afecta a los conceptos y las primeras preguntas que se pueden formular son: ¿qué características relevantes se le pueden asignar a los términos responsabilidad civil para que frente a una situación concreta podamos predicar que un sujeto debe hacerse cargo de los daños causados? ¿Existe una zona central sólida que dadas determinadas situaciones, no dudamos de la aplicación del término definido y al que le hemos asignado determinadas propiedades? ¿Se nos presentarán situaciones en las cuales no podremos determinar si alguien es responsable, porque dudamos de la aplicación de los términos connotados de determinada manera, a una situación concreta?, o sea dudamos si en un caso podemos denotar el concepto y es cuando aparece la incertidumbre, la zona de penumbra en la aplicabilidad de ciertos conceptos, nos encontramos en la llamada textura abierta del lenguaje.

Advierto en los conceptos elaborados sobre responsabilidad, la atribución de características relevantes que parecen

no siempre coinciden, lo que intentaré demostrar es si los criterios de uso son distintos, o son los mismos pero se oculta algún juicio de valor que los presenta como distintos.

## **Criterios de uso del término responsabilidad**

Una aclaración previa: en esta primera aproximación al uso del término, sólo se alude a Responsabilidad en general, ello porque los teóricos del derecho que abordaré se refieren al significado del término responsabilidad, el que luego puede ser denotado en cualesquiera de los ámbitos al que se aplique.

Para abordar este problema semántico <sup>8</sup> en un contexto jurídico, descarto algunas búsquedas, con esto quiero decir que ante la pregunta: ¿qué significa que alguien sea responsable?, descarto la búsqueda de una esencia o naturaleza intrínseca que me permita encontrar una llave de acceso a todos los hechos que suponen consecuencias de las que un sujeto debe hacerse cargo.

El camino de encontrar una definición “clave”, que -a su vez- me permita encontrar la esencia, no considero que es el adecuado, porque tal esencia no existe, sino que fue decidida por quien formula la definición.

---

<sup>8</sup> Semántica como estudio del significado de las palabras. Adhiero a la postura sostenida por Genaro Carrió en *Notas sobre derecho y lenguaje*, pág. 91 y ss., de que todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos convencionales, lo que quiere decir que no hay ninguna relación necesaria entre las palabras y los objetos, circunstancias, hechos o sucesos a los cuales aquéllas se refieren. O sea que el “significado” de una palabra o expresión lingüística depende de una convención. Definir una palabra es hacer explícitas las reglas de uso de la misma, esto es, decir para qué sirve, y señalar cuáles son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales es “correcto” valerse de la expresión definida. Las palabras no tienen otro significado que el que se les *da* (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados “intrínsecos”, “verdaderos” o “reales”, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.

Lo expresado acarrea las siguientes consecuencias:

a) no hay un objeto llamado “responsabilidad” sobre el cual pueda encontrarse su esencia o naturaleza jurídica. Expresa Carrió: “Las afanosas pesquisas de los juristas por “descubrir” la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe”<sup>9</sup>.

b) si pueden los juristas “construir” un concepto, o sea, definir mediante una estipulación, en este caso, el término responsabilidad.

c) definir mediante una estipulación sólo tiene sentido si: c.1) el uso estipulado coincide con el uso de ese mismo término admitido por un cuerpo legal determinado y c.2) el uso estipulado pudiera servir de “fuente” para futuras reformas legales.

d) pero no dándose c.1 ni c.2, carece de sentido estipular significados para cualesquier término jurídico, porque no son de utilidad.

e) entonces, tiene más sentido y más provecho variar de método e iniciar la búsqueda por otro camino y hacer explícitas las reglas de uso del término, en este caso responsabilidad, señalar cuales son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales es “correcto” -según esas reglas de uso- valerse de la expresión definida (Carrió, Genaro, 1986, 92)

El primer tramo consistirá en realizar una recorrida acerca del uso que hacen los autores del término responsabilidad y averiguar cómo lo justifican, con el objetivo de indagar si hay uno o varios criterios de uso. Para realizar esta tarea descriptiva, elegí -con un criterio arbitrario, los que consideré personalmente más relevantes- autores que tratan el tema sobre responsabilidad en general, en el ámbito de la teoría general del derecho o filosofía del derecho y por otro lado a autores

---

<sup>9</sup> Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª edición aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 101.

ius-privatistas que trabajan concretamente la responsabilidad civil. Es por ello que el Capítulo se divide en dos partes.

Reitero la primera pregunta: ¿qué se quiere decir cuándo se emite un Enunciado de Responsabilidad, de ahora en adelante (ER)?

## Primera Parte

### 1. Significado del término responsabilidad desde la perspectiva de la teoría general del derecho

#### *1.1. El enunciado de responsabilidad según Garzón Valdés*

La primera distinción que realiza este autor es “entre ER puramente causales, es decir, aquellos que sólo hacen referencia a una relación de causa-efecto entre dos estados de cosas (por ejemplo cuando se dice que la sequía fue la responsable de la pérdida de la cosecha) y los ER personales en los que se supone la intervención de un agente humano (por ejemplo, cuando se dice que Pedro es responsable de la muerte de Juan)”<sup>10</sup>. Estos últimos constituyen motivo de análisis. Expresa Garzón Valdés que “Un enunciado de responsabilidad (ER) es un enunciado de imputación”.

Para Garzón Valdés los dos pilares básicos en los que se asienta un ER son: la posibilidad de establecer relaciones causales seguras y la suposición de que somos libres para fijar el curso de nuestras acciones y omisiones. De acuerdo a esto, se puede inferir que las características relevantes o requisitos para emitir un ER, que es a su vez de imputación, para este autor, son dos: **1) establecer una relación causal entre el acto (acción u omisión) del agente a quien se**

---

<sup>10</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, *El enunciado de responsabilidad*, en Doxa 19 (1996), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante-España, págs. 259-286.

***dirige el ER y el estado de cosas de que se trata y 2) un agente (moral) susceptible de ser reprochado por sus actos.*** Desde Aristóteles hasta la fecha -expresa Garzón Valdés- la voluntariedad de los actos parece constituir un presupuesto necesario para la formulación de un ER, de allí lo de agente moral. El autor distingue entre ER prospectivos (alguien tiene la responsabilidad de procurar que se de algún estado de cosas futuro) y ER retrospectivos (el agente es responsable de algún estado de cosas del pasado). En ambos se requieren las dos condiciones mencionadas.

Ahora bien, como expresa Garzón Valdés, establecer la relación causal y el concepto de autor presupone la existencia de un marco normativo y de acuerdo al marco normativo de que se trate, puede hablarse de ER morales, religiosos, jurídicos, políticos, deportivos, gastronómicos, etc. Otra consideración es que todo ER (refiriéndose sólo a los retrospectivos) crean una exigencia de respuesta por parte del imputado y la respuesta puede consistir en la aceptación o en la negación total o parcial del ER. La aceptación lo convierte en definitivo y acarrea la aplicación de una sanción cuya naturaleza dependerá del contexto normativo de que se trate, de allí que entre responsabilidad y castigo se da una relación conceptual o lógica: no puede hablarse de responsabilidad si ello no implica algún castigo. En el caso de la negación del ER dependerá de sus fundamentos y puede producirse la anulación o la reducción del ER.

Con estas consideraciones Garzón Valdés expresa el siguiente concepto de responsabilidad: ***“Responsabilidad designa una relación causal con implicaciones normativas”***. Llama a este concepto versión tipo de un ER retrospectivo condenatorio y a partir del cual realiza modificaciones que pueden expandir o reducir la responsabilidad. En cuanto a la primera puede producirse por aumentar el número de imputados (responsabilidad grupal) o por eliminar alguno de los elementos (condiciones) centrales del ER tipo, son los casos de ausencia de un agente moral (responsabilidad de organizaciones formales, lo que conduce a pensar en

un tipo de responsabilidad instrumental) y los casos de eliminación de la relación causal, en el sentido siguiente: no se trata de eliminar la relación entre el acto (acción u omisión) de alguien o hecho de la cosa y las consecuencias que se producen de ese acto u hecho; sino que la responsabilidad se atribuye a otro (la llamada responsabilidad indirecta)

En cuanto a la reducción o restricción, expresa que, en general, valen las siguientes estrategias: a) negar la existencia del estado de cosas imputado, b) no negar el estado de cosas, pero si su autoría, c) no negar ni a) ni b) pero aducir excusas, d) no negar ni a) ni b) pero alegar justificación. No es motivo de análisis aquí las situaciones planteadas, pero si retomo los dos pilares básicos sobre los que se asienta un ER: el de la posibilidad de establecer relaciones causales seguras y el de la suposición de que somos libres para fijar el curso de nuestras acciones y omisiones.

Expresa el autor, que cada uno de los pilares pueden ser seriamente cuestionados. Por el lado de la *relación causal*, se pueden adoptar posiciones escépticas por cuanto “no pueden existir argumentos demostrativos que prueben que aquellos casos de los que no hemos tenido experiencia son semejantes a aquéllos de los que hemos tenido experiencia. Sólo existe la probabilidad basada en la presunción de que existe semejanza...” (cita a Hume); o tener en cuenta las consideraciones de Von Wright respecto al problema de la inducción, en cuanto a la imposibilidad de su justificación (“... no podemos probar con certeza o hasta probabilidad que el sol aparecerá mañana”).

Esto conduce a pensar que la relación causal entre la acción u omisión y el estado de cosas resultante funciona como condición de un ER, pero su establecimiento puede no reunir la seguridad que se le exige.

El ataque al presupuesto de la *voluntariedad* de las acciones u omisiones proviene de dos tipos de argumentos: el de la suerte y el del determinismo.

El argumento de la suerte se expresa de la manera siguiente: 1) la suerte es un elemento en la producción de todo evento, 2) si esto es así, ningún evento está bajo el control de nadie, 3)



si esto es así, nadie es libre con respecto a ningún evento. Con cita de Zimmermann, Garzón Valdés refuta el argumento: mientras no hay ningún evento que esté bajo el control completo de alguien (en el sentido de que la producción de todo evento siempre depende en algún grado de factores que están fuera del control de cualquiera), muchos eventos están (o parecen estar) bajo el control de cualquiera al menos en una cierta medida, y en esta medida hay libertad con respecto a ese evento y así también responsabilidad. En cuanto al determinismo, se puede recurrir a Nino, quien expresa que una de las cuestiones filosóficas centrales que se han planteado en torno a la acción humana es: la de si los hombres tienen genuina libertad para actuar o si son sólo títeres de fuerzas que no controlan y que condicionan su comportamiento <sup>11</sup>. Nino analiza las distintas tesis deterministas y luego se ocupa de la posición denominada compatibilismo, o sea de la tesis que sostiene que aun cuando fuera verdadera la hipótesis determinista de que todos los hechos, incluyendo a las acciones humanas, están causados por eventos de algún tipo, esa hipótesis sería compatible con la existencia de libertad de actuar (Nino, Carlos, 1987, 103-104). La tesis de la compatibilidad generó discusiones y polémicas en el campo filosófico, entre ellas, qué concepto de libertad se pretende hacer compatible con el determinismo. Otro tipo de preguntas las plantea Strawson (citado por Garzón Valdés y por Nino), cuando describe un tipo de actitudes que tenemos en nuestra vida social frente a actos de los demás y que llama actitudes “reactivas” y que son un componente esencial de las relaciones interpersonales. Frente a algo bueno o malo se generan reacciones (resentimiento, indignación), pero frente a ciertas circunstancias las reacciones son reemplazadas por un “enfoque objetivo” (que el acto fue realizado por error, por un loco, etc.). Ahora bien, si la tesis del determinismo es verdadera, carecería de sentido las actitudes reactivas y su suspen-

---

<sup>11</sup> Carlos S. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, Colección Temas, 1987, Cap. X

sión en determinados casos; ya que todos los actos serían causados, determinados y las implicancias se extienden a numerosas situaciones. Los deterministas pueden propugnar la desaparición de los delitos, la práctica de responsabilizar a la gente moral y jurídicamente y extenderse a las prácticas que otorgan valor a la voluntad (contratos matrimonio); la extensión de las implicaciones prácticas del determinismo, nos presenta un tipo de vida social que es completamente inimaginable e ininteligible (Nino, Carlos, 1987, 107).

Además, observa Nino, que el determinismo es una tesis descriptiva y respetando el principio de Hume, de un enunciado de “ser” no se puede derivar un enunciado de “deber ser”. Así de un enunciado que exprese “toda volición o decisión (como todo acontecimiento) está causada por algún fenómeno que no es, en última instancia, una volición o decisión”, no se puede derivar otro que exprese: “una volición o decisión no debe ser considerada como antecedente suficiente para asignar consecuencias normativas tales como obligaciones o responsabilidades”.

Garzón Valdés, que también rechaza la tesis del determinismo, concluye que un ER requiere una doble presunción: la de la causalidad y la del indeterminismo. “Estas presunciones tenemos que aceptarlas dadas nuestras estructuras mentales y el papel que juegan en nuestras conductas los sentimientos morales. Posiblemente esta sea una actitud pragmática. Pero es una actitud pragmática fundamental para podernos conducir en sociedad siguiendo reglas cuya violación va acompañada de sanción”. “El pesimista total frente a la inducción, no podría realizar ningún movimiento y el pesimista determinista tendrá que negar la posibilidad de formular toda regla de conducta, porque niega la posibilidad de la libertad”. Concluye Garzón Valdés que “Nos movemos pues sobre un trasfondo de inseguridades e ignorancias que suplantamos con suposiciones y construcciones tales como la de causalidad y el libre albedrío que responden a nuestra necesidad de adoptar actitudes participativas”.

Tenemos, entonces, que para *Garzón Valdés*, **emitir un Enunciado de Responsabilidad significa emitir un enunciado de imputación a un agente moral susceptible de ser reprochado por sus actos y estableciendo una relación causal entre el acto del agente y el estado de cosas; el enunciado de responsabilidad es susceptible de ser ampliado o restringido y para formularlo es necesario presuponer libertad en el agente (rechazar el determinismo) y la relación de causalidad (aceptar la inducción)**. De lo expresado surge que la imputación no es separable de la responsabilidad y las propiedades relevantes para que surja esa imputación son dos: agente moral a quien se imputa y relación de causalidad. Si trasladamos este criterio de uso a la responsabilidad civil, el daño se presenta como otra de las propiedades relevantes para formular un enunciado de imputación.

### *1.2. Criterio de uso del término “responsabilidad” en Kelsen*

Para Kelsen los términos obligación jurídica, sanción y responsabilidad son conceptualmente diferentes.

Respecto a lo que Kelsen entiende por *obligación jurídica*, expresa: “Como el orden jurídico es un sistema social, la conducta a la que un individuo está jurídicamente obligado, es la conducta que, inmediata o mediatamente, debe cumplirse con respecto de otro individuo”. “Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pág. 129.

En este sentido, para Kelsen, el contenido de la conducta que constituye una obligación jurídica es el expresado en la norma jurídica: "Enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo... en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción" (Kelsen, Hans, 1979, 129). De esta manera establece una relación esencial o conceptual entre obligación jurídica y sanción.

Ahora bien, obligación jurídica, en la teoría kelseniana, ¿se identifica con deber? Si una conducta puede ser vista como el contenido de una obligación, en tanto una norma jurídica enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo como sanción, lo debido es el acto coactivo que funciona como sanción. La conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida y su opuesta es obligatoria. Pero la conducta opuesta no aparece en la norma primaria, conforme al planteo de Kelsen, por ej.: cuando el art. 1109 del Código Civil prescribe: "Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...". Esta es una norma primaria que menciona en su antecedente las condiciones (ejecutar un hecho con culpa o negligencia y ocasionar un daño) de la sanción prescripta en su consecuente (reparar el perjuicio); lo debido es la sanción si se dan las condiciones, pero los destinatarios de este deber serían los jueces. Expresa Nino que este deber sería más débil, porque no presupone que haya una sanción para la conducta opuesta a la debida (o sea normas que estipulen sanciones para los jueces que no sancionan)<sup>13</sup>. En el planteo de Kelsen, la conducta obligatoria se deriva de la norma secundaria; si el art. 1109 prescribe que "Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño, está obligado a la reparación del perjuicio...", la conducta opuesta, que se deriva de la norma secundaria, dirá: "Debe omitirse ejecutar hechos, con culpa o

---

<sup>13</sup> Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1988, págs. 193-194.

negligencia, que causen daños”<sup>14</sup>. O sea la conducta ordenada por la norma secundaria es el contenido de la *obligación jurídica de no dañar*, que se deriva de la norma primaria que enlaza a la conducta contraria (ejecutar hechos que causen daños) un acto coactivo como sanción y lo *debido* es ese acto coactivo, que consistiría en indemnizar los daños causados.

De acuerdo a lo expresado, tenemos: a) que un individuo se encuentra obligado a determinada conducta cuando una norma jurídica enlaza una sanción a la conducta opuesta, b) una relación esencial entre obligación jurídica y sanción, si bien la sanción no es en sí una obligación y c) una distinción entre obligación jurídica y deber, ya que la sanción es el acto coactivo constitutivo del deber jurídico<sup>15</sup>.

El concepto de *responsabilidad jurídica* para Kelsen, está esencialmente ligado al de obligación jurídica, si bien corresponde diferenciarlos por las siguientes razones: en una situación, llamada en el derecho privado responsabilidad directa, el individuo obligado puede suscitar o evitar la sanción con su conducta; pero en la llamada responsabilidad indirecta o por otro, el individuo responsable no puede, mediante su conducta ni suscitar ni evitar la sanción<sup>16</sup>. En el primer caso

---

<sup>14</sup> Esta norma secundaria surge de la norma primaria, que es el art. 1109. Se aclara esto porque es posible que puedan derivarse otras normas secundarias de normas primarias contenidas en el Código Civil, que proscriban realizar hechos que causen daños, aun sin culpa o negligencia; asimismo derivar la norma que prohíbe causar daños, *alterum non laedere*, como implícita en el sistema, tema este que será motivo de análisis en este trabajo.

<sup>15</sup> Lo relativo al “deber” en Kelsen, ha suscitado distintas apreciaciones en la teoría jurídica. Para Kelsen no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta. Si a la conducta de causar daños se le enlaza una sanción, lo debido es la sanción, pero al estar prevista la sanción, la conducta opuesta, o sea no causarlos constituye un deber jurídico, en un sentido fuerte (NINO, ob. cit., pág. 85).

<sup>16</sup> Corresponde aclarar que esta afirmación es correcta cuando se utiliza un factor objetivo de atribución, pero cuando se utilizan factores subjetivos (padres respecto de los daños causados por sus hijos menores), si bien es la conducta del menor la que causa el daño y suscita la posibilidad de aplicar sanción a los padres, éstos podrían haberla evitado (a la sanción) mediante una conducta adecuada de cuidado y vigilancia, que hubiera impedido la conducta del hijo.

el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos; pero en el segundo el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. En esta última situación, el individuo que es responsable por otro, no es el sujeto obligado a determinada conducta, sino que responde por la conducta de otro individuo. En este sentido, expresa Vernengo: “Las calidades de sujeto obligado y sujeto responsable no se confunden, puesto que el sujeto responsable, en rigor no ha dejado de cumplir con obligación alguna, ni es sancionado por un acto que hubiese cometido”. “Es necesario, pues, distinguir frecuentemente en derecho, la obligación de la responsabilidad. O, mejor dicho, el sujeto del deber jurídico, del sujeto responsable. No siempre quien está obligado a un acto será a la postre víctima de la sanción. Este último -el sujeto pasivo eventual de una sanción- es, en derecho, la persona responsable: aquella que sufre la consecuencia jurídica (la sanción) de un acto propio, o de un acto ajeno (del obligado)”<sup>17</sup>.

Kelsen realiza otra apreciación conceptual al referirse concretamente al ***deber de reparar el daño*** (Kelsen, Hans, 1979, 137), y distingue los conceptos de: obligación, responsabilidad y sanción con el fin de evitar confusiones entre los mismos; en este sentido el contenido de una *obligación jurídica* se determina por ordenar una determinada conducta, mientras que la *sanción* no es en si una obligación, sino el acto coactivo que la norma enlaza a la realización de la conducta opuesta a la ordenada y ese acto coactivo es lo debido, o sea constitutivo del *deber jurídico*. Expresa Kelsen que la *responsabilidad* (si bien está ligada a la obligación) no es una obligación jurídica, “sino la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido, o que un tercero cometiera y por el cual debe responder. Así, la obligación jurídica es no ocasionar con la propia conducta daños a terceros (obligación principal) y la no

---

<sup>17</sup> Roberto J. VERNENGO, *Curso de teoría general del derecho*, 2ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 214.

reparación del daño aparece como obligación accesoria, en el sentido de que “la no reparación” es condición de la sanción (del acto coactivo), eso significa que con la reparación del daño se evita la sanción. En este sentido, un individuo es responsable cuando, según el ordenamiento jurídico, se le deba aplicar una sanción, independientemente de que, de hecho, se le aplique. En la teoría kelseniana, el concepto de sanción aparece como un concepto básico primitivo, porque a partir de la sanción se derivan otros, como el de responsabilidad; pero si el orden jurídico no prescribe una sanción no se es responsable. En este sentido, también Vernengo expresa que “la responsabilidad jurídica imputada a un sujeto, no es una característica intrínseca del sujeto, sino una relación funcional que establecemos entre ciertos actos suyos y la eventual acción del órgano sancionador: X es jurídicamente responsable, si y sólo si X puede ser sancionado por un órgano, en mérito a ciertas acciones tuyas o de terceros” (Vernengo, Roberto, 1986, 213). Ya se hizo mención a que también Vernengo distingue entre sujeto obligado y sujeto responsable. Estas distinciones se realizan en el discurso jurídico, mientras que en el discurso moral es frecuente equiparar los términos “obligado” y “responsable” en la misma persona, es más, la responsabilidad moral va unida a la idea de que el sujeto es libre, de que siempre actuó con voluntad, lo que puede no darse en la llamada responsabilidad jurídica indirecta.

De lo expuesto surge que para Kelsen y también para Vernengo, la **sanción** se presenta como la propiedad relevante; **la responsabilidad aparece como la consecuencia de aplicar una sanción**. Nadie puede ser responsable si no es jurídicamente posible aplicar una sanción, sea por estar obligado a una conducta propia o por una conducta ajena. En este sentido, cuando el sujeto responsable no coincide con el sujeto obligado, en muchos casos se atribuye responsabilidad a individuos por conductas realizadas por otros individuos que carecen de discernimiento, tal el supuesto de actos ilícitos realizados por menores de 10 años (art. 921 C.Civil), cuyos responsables son los padres (art. 1114 C.Civil), si el

menor de 10 años es considerado jurídicamente inimputable, sus conductas no son contenido de obligación jurídica alguna. Entonces: ¿cuál es la razón para trasladar responsabilidad a los padres? y la responsabilidad de los padres ¿es directa o indirecta? Para Bustamante Alsina <sup>18</sup> es indirecta, porque el hecho que causa daño al tercero no es ejecutado por el padre, sino por el hijo, pero es personal de los padres porque supone culpa. Esto merece alguna reflexión, porque si bien el autor material del daño es el menor de 10 años, pero si su conducta no es contenido de obligación jurídica, cabe pensar que podría ser responsabilidad directa de los padres. Si es así la siguiente pregunta es si los sujetos responsables: padres, pueden mediante su conducta suscitar o evitar la sanción y cuál sería esa conducta?, es el cuidado y vigilancia que corresponda ejercer sobre el comportamiento de los menores, si los padres, mediante conductas de descuido y negligencia violan ese cuidado y vigilancia y el hijo causa daños, estarían suscitando una sanción. Lo que se sanciona no es la conducta del menor de 10 años, sino la violación de la obligación de los padres de cuidar y vigilar a sus hijos. El contenido de la obligación jurídica es la conducta de los padres y realizada la conducta prohibida contenida en el art. 1114 del Código Civil, se enlaza una sanción <sup>19</sup>.

La sanción es lo definatorio en la teoría kelseniana para atribuir responsabilidad y funciona separada de la obligación jurídica. Como expresa Vernengo: "... ocasionar un daño no constituye un delito, en sentido estricto, sino que puede ser visto como el antecedente de un deber jurídico accesorio: el deber de reparar el daño..." (Vernengo, Roberto, 1986, 222) Esta postura fue motivo de críticas, seña-

---

<sup>18</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 354.

<sup>19</sup> Otra interpretación que puede realizarse, es conforme al art. 907 del C.Civil, en tanto autoriza una responsabilidad directa del autor del hecho dañoso, fundado en razones de equidad, cuando se hubiere actuado de manera involuntaria, o sea con ausencia de discernimiento, o con intención o libertad viciada.



ladas por Vernengo, lo que no significa que sean compartidas, al contrario, rescata la ventaja de construir un sistema de categorías a partir de la noción primitiva de sanción. La razón de dichas críticas es que poner el acento en el acto coercitivo sancionatorio le quitó peso moral a las obligaciones jurídicas. Además, los civilistas se ocupan más de analizar las llamadas por Kelsen normas secundarias, o sea aquellas que contienen el acto obligatorio que configura el deber jurídico, deber que sólo existe si la norma primaria enlaza una sanción al acto opuesto al obligatorio, ej: no dañar (norma secundaria que se deriva o se obtiene de la norma primaria que establece una sanción a quien realiza la conducta opuesta). Y los deberes jurídicos pueden ser concebidos en general, “en derecho, cualquier acto -por su contenido o materia- puede ser concebido como un deber jurídico”... “mientras que los actos que son sanciones, aparecen como una clase bien definida de acciones sociales” (Vernengo, Roberto, 1986, 222-223) y esto, continua Vernengo, es una ventaja, a pesar de que pueda resultar inconveniente la elección del término sanción como término primitivo. La ventaja consiste en que los deberes jurídicos pueden ser concebidos en términos generales, mientras que construir una categoría de cuando se es responsable y hacerlo a partir de la sanción, logra definir con más precisión cuando un individuo es responsable.

### *1.3. Incursionando en Hohfeld*<sup>20</sup>

La obra de W.N. Hohfeld “Conceptos jurídicos fundamentales”, escrita en 1913, es un ensayo de jurisprudencia analítica que da cuenta del uso que hacen los juristas y jueces de distintos términos y expresiones.

---

<sup>20</sup> W.N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción: Genaro Carrió, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1995.

Apunta Genaro Carrió en la Nota Preliminar al ensayo algunas cuestiones que vale la pena recordar: Hohfeld sólo se propuso elucidar el significado de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas; pero no se propuso establecer como funcionan esos conceptos en un área determinada del orden jurídico -por ej.: en el derecho civil- ya que esta es tarea de los juristas dogmáticos; tampoco que factores sociales condicionan su uso, porque es problema que concierne a los sociólogos; ni tampoco sobre la conveniencia o razones de justicia que justifiquen que se otorguen derechos, potestades, privilegios, inmunidades, etc., esto es problema para los legisladores, los políticos, los filósofos políticos o del derecho. Es por ello que se trata de un ensayo analítico.

Elucidar el uso de términos y expresiones, es un problema básico de la Teoría General del Derecho; pero también los juristas dogmáticos incurren en esta tarea. En general los teóricos generales del derecho elucidan el significado y los juristas dogmáticos los usan.

Hohfeld trabaja el uso de expresiones básicas para el orden jurídico, no se ocupa de las expresiones propias de cada disciplina. Con el propósito -expresa Carrió en la Nota Preliminar- de poner orden en el aparente desorden terminológico, la teoría general del derecho utilizó, en general, dos técnicas: 1) reducir los conceptos, redefinir las expresiones “derecho subjetivo” y “deber jurídico” asignándoles un significado unívoco y decidir que todas las demás expresiones son reducibles a las expresiones mencionadas; esta técnica es la seguida por Kelsen. Pero tiene una desventaja: que a pesar de lograr construir un aparato conceptual coherente y económico, puede apartarse del uso que hacen los jueces y juristas de las expresiones mencionadas. 2) la otra vía parece ser la desarrollada por Hohfeld, esto es: tomar el lenguaje de los juristas y jueces como punto de partida y a partir de ello reconstruir y precisar su uso. Trabaja sobre la base de fallos, tal es así que el título completo de su obra es “Los conceptos jurídicos fundamentales tal como son aplicados en el razonamiento judicial”.

Hohfeld aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales y los agrupa en dos tablas: una de correlativos y otra de opuestos y va desentrañando sus significados y como fueron usados en los fallos, da cuenta de cómo se usan expresiones como sinónimos cuando en realidad no lo son porque les asigna significados distintos. Expresa Nino que: “Un aspecto interesante del desarrollo de Hohfeld consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus *opuestos jurídicos* (o sea los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota), y por sus *correlativos jurídicos* (es decir los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene un derecho, en los distintos sentidos expuestos” (Nino, Carlos, 1988, 207-208). O sea que opuesto hace referencia a la situación en que se encuentra la misma persona, mientras que correlativo a la situación de una persona en relación a otra.

Hohfeld considera que reducir todas las relaciones jurídicas a las categorías de “derechos” (subjetivos) y “deberes” y utilizar como sinónimos de una u otra, expresiones como potestad, privilegio, inmunidad, sujeción, incompetencia, no-derecho; origina confusión y usos inadecuados. Asimismo considera que el sinónimo más adecuado de derecho (subjetivo) es el término pretensión.

La tabla de *correlativos jurídicos* se integra con las categorías:

derecho (subjetivo) o pretensión - deber;  
 privilegio - no-derecho;  
 potestad - sujeción;  
 inmunidad - incompetencia.

La de *opuestos*, por las categorías:

derecho(subjetivo) o pretensión - no-derecho;  
 privilegio - deber;  
 potestad - incompetencia;  
 inmunidad - sujeción.

El ensayo consiste en exhibir cómo son las relaciones jurídicas entre correlativos y opuestos; muestra cómo no es lo mismo decir que en una relación jurídica, X tiene un derecho, o privilegio, o potestad o inmunidad, sino que son términos con significados distintos, luego ejemplifica con fallos judiciales, mostrando casos donde se los usa como sinónimos y casos donde se les asigna significado distinto. Esto significa, por ej.: que en una relación jurídica donde X tiene un derecho (subjetivo) e Y un deber, no es igual a una relación jurídica donde X tiene un privilegio e Y un no-derecho.

La idea a desarrollar ahora consiste en averiguar si en la relación jurídica entre X e Y, entablada en virtud de los daños que Y le ha causado a X; si este último tiene un derecho o un privilegio -o ambas cosas- respecto de Y.

Para Hohfeld, un derecho es una pretensión, significa que otro debe o no debe hacer algo, por ej.: no interferir en el desarrollo de la vida y uso y goce de los bienes -deber de abstención- o indemnizar los daños -deber de hacer-. O sea que un derecho es una pretensión concreta de una persona a otra. En cambio un privilegio es facultad para hacer, o sea tener un privilegio no significa que otras personas deben hacer o no hacer algo para que se goce del privilegio, sino que no tienen derecho a impedir que se goce del privilegio, es como decir: "ese es su privilegio", que significa: "Ud. no tiene ningún deber de abstenerse", por ello el privilegio es la negación de un deber por parte de quien lo goza y un no-derecho de los demás.

En general, al emitir un enunciado de responsabilidad (ER) emitimos un enunciado de imputación y lo asociamos rápidamente con un deber (en la responsabilidad civil, el deber de reparar el daño) y el correlativo (en la tabla de Hohfeld) de un deber, es el derecho (subjetivo) de otro. ¿Podría afirmarse que quien ha causado un daño tiene el deber de repararlo, porque el dañado tiene el derecho (subjetivo) a que se lo repare? Trataré de averiguarlo: por empezar para Hohfeld, derecho (subjetivo) en sentido estricto no es lo mismo que tener un privilegio, una potestad o una inmunidad, aunque

se advierta que son usados como sinónimos para referirse a distintas situaciones. ¿En cuál expresión usualmente se piensa como **correlativo** de un “derecho” (subjetivo)? No cabe duda que en “deber”.

“Un deber jurídico o una obligación jurídica es aquello que uno debe o no debe hacer. “Deber” y “derecho” (subjetivo) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho, se viola un deber” <sup>21</sup>.

Entonces, ¿puede inferirse que si X tiene el derecho a no ser dañado, la situación correlativa es que Y tiene frente a X el deber de abstenerse de dañarlo? creo que si, pero para afirmar que de ese deber de abstención, si se lo vulnera (o sea realiza la conducta opuesta) surge una imputación de responsabilidad, o sea el deber de reparar, hace falta algo más. Vernengo expresa que el deber típico tiene dos gradas: el deber jurídico de no dañar y el deber jurídico accesorio de reparar el daño (Vernengo, Roberto, 1986, 222) Para que surja la pretensión jurídica es necesario el deber jurídico accesorio.

Hasta aquí tenemos: que el **sinónimo** más adecuado de derecho (subjetivo) es el término pretensión y como **correlativo** el término deber. Por lo tanto un sujeto X tiene el derecho o la pretensión a no ser dañado, porque otro sujeto Y tiene el deber de abstenerse de dañarlo (deber jurídico de no dañar) y si lo hace surge el deber jurídico accesorio de reparar el daño. Es posible pensar que esta construcción es similar a la desarrollada luego por Kelsen, si bien Kelsen pone el acento en la sanción: lo debido es el acto coactivo que impone la sanción.

Ahora bien, respecto del término privilegio su **correlativo** es no-derecho y su **opuesto** deber. Quien goza de un privilegio se encuentra en una situación de no tener deber para con otro, y el otro se encuentra en una situación de no-dere-

---

<sup>21</sup> Caso Lake Shore & M.S.R.Co c/ Kurtz (1894), citado por Hohfeld, pág. 49.

cho respecto de quien goza del privilegio. Un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro (Hohfeld). ¿Qué diferencia se puede encontrar entre un derecho (subjeto) y un privilegio?

Ser titular de un derecho (subjeto) es encontrarse en una situación de poder realizar una pretensión concreta a otro; mientras que gozar de un privilegio significa que se tiene una libertad y el contenido de ese privilegio es la negación del deber de abstenerse, o sea el contenido del privilegio es opuesto a la negación del deber. Pero también es de advertir que se tiene no sólo el privilegio de gozar, sino también el deber de hacerlo, y en este sentido el privilegio es compatible con este tipo de deber, porque este tipo de deber (no su negación) tiene el mismo contenido que el privilegio.

En este sentido: a) X tiene el derecho o pretensión a no ser dañado por Y y en caso de sufrir daños, tiene el derecho o pretensión a que se reparen los daños causados, por lo tanto Y tiene el deber de abstenerse de dañar y si causa daños tiene el deber de repararlos (derecho o pretensión y deber como correlativos).

b) a su vez si X no tuviera el derecho o pretensión a que se le reparen los daños, estaría en una situación de no-derecho, no tiene la pretensión de reclamarlos, por ej.: que opere una causa de justificación o se trate de daños que debe soportar (derecho o pretensión y no-derecho como opuestos).

c) por otro lado X tiene el privilegio (la libertad) de desarrollar su vida y usar y gozar de sus bienes, tiene tanto el privilegio como el deber de hacerlo: no tiene el deber de abstenerse (privilegio como opuesto a deber).

d) a su vez si X tiene el privilegio (la libertad) de desarrollar su vida y usar y gozar de sus bienes, Y no tiene derecho a que X no lo haga (privilegio como correlativo de no-derecho).

Es posible formularse la pregunta si la situación “privilegio” y “no-derecho” entre X e Y, crea una relación jurídica igual a la que surge de la situación “derecho” y “deber” entre X e Y. Esta última aparece como no discutible: hay una pretensión concreta frente a una persona, o un deber concreto de las per-

sonas (abstenerse de dañar, aunque esa abstención no constituya una obligación jurídica en sentido estricto, porque el deber de abstención, el no hacer, no implica el sacrificio de un derecho propio), pero causado el daño e individualizada la persona que lo causó, surge la pretensión concreta de la víctima y el deber consiste en la obligación jurídica de indemnizarlo. Puede decirse que en esta situación se trata de una Prohibición de dañar. Mientras que en la situación “privilegio” y “no-derecho” se trata de una Permisi3n, “un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensi3n de otro” (Hohfeld, W.N. 1995, 81), tener X la libertad, no tiene deber de abstenerse de gozar de esa libertad respecto de Y, que no tiene derecho a impedir ese goce. Sostiene Hohfeld que de la “mera existencia de tales libertades no se sigue que los terceros est3n sometidos a un deber de no interferir” (Hohfeld, W.N. 1995, 57), s3lo se trata de un no-derecho <sup>22</sup>.

Admite Hohfeld que si bien el sin3nimo m3s pr3ximo de “privilegio” jur3dico parece ser libertad jur3dica, la palabra libertad es usada en un sentido amplio, como libertad f3sica o personal, como libertad pol3tica general, o sea de forma distinta a lo que es una relaci3n jur3dica concreta entre dos individuos determinados. Privilegio se la usa en un sentido m3s preciso, como franquicia, acto privilegiado, transacci3n privilegiada, privilegios especiales, etc. y siempre parece conotar la negaci3n de un deber en la persona que lo goza.

Las conclusiones a las que arriba, luego de mostrar los sentidos de los correlativos y opuestos de los t3rminos trabajados, son las siguientes:

---

<sup>22</sup> Podr3a formularse la siguiente pregunta: el no-derecho ¿no se convierte en un deber de abstenci3n? O dicho de otra manera: ¿es reducible un no-derecho a un deber? Un uso correcto de los t3rminos indica que no. Es distinto tener un deber de abstenci3n a no tener derecho. Respecto a la situaci3n “privilegio” y “no-derecho” entre X e Y, expresa en la nota a p. 64, que as3 como las reglas de derecho prohíben, tambi3n permiten, por lo tanto decir que el orden jur3dico permite un acto dado a X en sus relaciones con Y, importa predicar una relaci3n jur3dica tan grande como decir que el derecho proh3be un cierto acto a X en sus relaciones con Y.

a) que al término derecho (subjetivo) se le adjudica un significado estricto.

b) ese significado se obtiene incursionando en el uso del término, tanto en la doctrina, como en los fallos judiciales. En este sentido, la pista nos lleva a que cada vez que se afirma que X tiene un *derecho*, aparece el “deber” de otro como su correlativo, o el “no-derecho” como su opuesto.

c) lo afirmado en b) sugiere que el sentido de uso del término derecho subjetivo, debe limitarse sólo a situaciones donde aparezca el deber; esto porque suele utilizarse de manera indiscriminada y lleva a confusiones utilizar el término derecho subjetivo para situaciones donde lo que se tiene es un privilegio o libertad jurídica.

d) en la situación “derecho subjetivo - deber”, se establece una relación jurídica en la cual el derecho *prohíbe* un cierto acto a Y en sus relaciones con X.

e) traspoladas las conclusiones anteriores al uso del término *responsabilidad civil*, tenemos que:

e.1.) si surge del derecho objetivo una obligación de reparar los daños causados, entonces existe un deber que puede ser analizado en dos grados: como un deber de abstención en general (no hacer) y como un deber concreto e individualizado de indemnizar el daño causado (obligación).

e.2.) si existe ese deber, entonces el otro tiene un derecho subjetivo a una pretensión concreta, la de excluir al que pretenda dañarlo y la de reclamar judicialmente los daños.

e.3.) en la situación jurídica entablada en un grado general como el deber de abstención, el operador deóntico es una Prohibición (Ph) y en la relación jurídica en el grado concreto del deber de indemnizar el operador deóntico es Obligatorio (O). Respecto a cuáles daños causados deben ser indemnizados, es otra cuestión que no es tratada aquí.

f) corresponde deslindar el uso del término derecho subjetivo, del término privilegio, porque connotan situaciones distintas.



g) el uso del término privilegio connota una situación de libertad, en la cual quien la goza no tiene el deber de abstenerse de ese gozo y los otros no tienen derecho a impedir ese goce.

h) en la situación “privilegio - no-derecho”, se establece una relación jurídica en la cual el derecho permite un cierto acto a X en sus relaciones con Y y este último no tiene derecho a impedirlos.

i) no existe por parte de Y un deber de abstención, sino que no tiene derecho a impedir el goce del privilegio.

j) en el caso que se impida el goce de un privilegio lo que se infringió es un permiso concedido y no una prohibición.

k) trasladando las conclusiones sobre el sentido adjudicado al término privilegio y relacionadas con el término responsabilidad, tenemos que:

k.1) si el uso tradicional y ampliamente aceptado en doctrina y fallos judiciales es que la responsabilidad civil deviene de un deber de abstenerse de dañar y de otro deber, el de indemnizar los daños; entonces lo que se tiene es un *derecho* a no ser dañado, a excluir a quien no cumple el deber de abstención y a una pretensión concreta a reclamar los daños causados. Si bien también tiene un *privilegio* de goce, el otro implicado en la relación no tiene deber alguno, sino que no tiene derecho a impedir el goce y si lo infringe el reclamo no será porque infringió un deber, sino porque perturbó una *permisión*.

k.2) es bastante frecuente que en la teoría jurídica y en fallos judiciales, se aluda a conflicto de derechos que son igualmente considerados por las normas jurídicas. Es posible que en muchas situaciones el conflicto sea de derechos, pero conviene tener presente un uso correcto de los términos, porque a veces no se trata de un conflicto entre dos sujetos que alegan tener derechos, sino que uno puede tener un derecho y el otro un privilegio, en este caso no hay conflicto entre una pretensión y un privilegio; porque en la medida que uno tenga derecho, el otro carece de privilegio y en la medida que uno tenga privilegio, el otro carece de derecho; la relación

jurídica es distinta en cada caso. Estas situaciones son frecuentes entre los considerados derechos fundamentales.

Dos acotaciones más: 1) La postura de Hohfeld al delimitar el uso del término derecho subjetivo para situaciones en las cuales el otro término de la relación es el deber; se advierte luego en Kelsen al sostener que alguien sólo puede invocar un derecho cuando otro tiene un deber. 2) Nada impediría analizar que un individuo tiene el privilegio, la libertad de desarrollar su vida y usar y gozar de sus bienes sin ser dañado y los otros no tener derecho a impedirlo. Pero ese análisis se apartaría del uso consensuado en doctrina y fallos judiciales de que dañar connota haber infringido un deber y de acuerdo a lo desarrollado, deber-derecho son correlativos. En la dogmática *ius privatista* el término responsabilidad civil se connota como haber infringido un deber.

#### *1.4. Hart y el contenido de las normas jurídicas*

En la obra *El concepto de derecho*<sup>23</sup>, Hart examina el modelo simple que consiste en considerar al sistema jurídico de un país como órdenes coercitivas u órdenes generales respaldadas por amenazas. Una de las objeciones que hace Hart a este modelo simple es en cuanto al contenido de las normas jurídicas, en este sentido expresa que no todas las normas jurídicas ordenan hacer o no hacer algo, así hay normas que imponen deberes y otras que otorgan potestades. En este sentido y relativo a lo que ahora interesa, considera que existe una fuerte analogía entre las normas del derecho penal y las que regulan la responsabilidad civil extracontractual, con las órdenes generales respaldadas por amenazas del modelo simple. La razón es que las normas jurídicas que imponen deberes cumplen la función de establecer y definir ciertos tipos

---

<sup>23</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, 2ª ed., traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esas normas se aplican. Expresa: "... las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, cuyo objetivo primordial es resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la conducta de otros. También aquí se dice que las reglas que determinan qué tipos de conducta constituyen ilícitos civiles que dan lugar a acciones judiciales, imponen a las personas, con prescindencia de sus deseos, "deberes (u obligaciones") de abstenerse de tal conducta. A ese comportamiento se lo denomina "violación de un deber" y a la indemnización u otros remedios jurídicos "sanción" (Hart, H.L.A., 1977, Cap. II, 35).

Hart considera que en las normas que imponen deberes (reglas del derecho penal y las de responsabilidad civil extracontractual) es posible identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. Mientras que las reglas que otorgan potestades (realizar testamentos, contraer matrimonio, celebrar contratos), no están dirigidas a desalentar conductas, sino que acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos y establecen ciertas condiciones y procedimientos para que tales actos produzcan efectos jurídicos.

Conforme a lo expresado, para Hart, ordenar la indemnización de los daños causados es una sanción, porque quien causó daños violó el deber de abstenerse de esa conducta, la sanción busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de dañar, realizada la conducta, se aplica la sanción, con prescindencia de los deseos de quien la causó.

Arriesgo las siguientes apreciaciones de los autores consultados: 1. Para Garzón Valdés, emitir un ER, es emitir un enunciado de imputación con implicaciones normativas. Para que surja esa imputación es necesario un agente moral a quien se imputa y relación de causalidad. 2. Para Kelsen, la responsabilidad se construye a partir de la noción primaria de sanción. Sólo es responsable un individuo a quien es posible aplicar una sanción. 3. Hohfeld delimita el uso de ocho conceptos

jurídicos fundamentales y cuales son sus correlativos y opuestos. Ubicando el término responsabilidad y según el uso en doctrina y fallos judiciales, aparece como más adecuado pensar que la responsabilidad surge cuando se infringió una prohibición en una relación entre un sujeto que tiene el derecho a no ser dañado y la pretensión a reclamar los daños a otro sujeto que tiene el deber de abstenerse de dañar y de indemnizar para el caso que los cause. 4. También para Hart ordenar la indemnización de los daños causados es una sanción, por las razones ya expresadas.

En los autores consultados, ¿se advierten distintos criterios de uso del término responsabilidad? Considero que coinciden en lo siguiente: la responsabilidad surge jurídicamente cuando tiene implicancias normativas, o sea cuando existen normas en el sistema que enlazan la conducta con la consecuencia jurídica de reparar (en lo civil, los daños). Kelsen es más reduccionista, en el sentido que considera a la sanción como un concepto básico primitivo y a partir de ella deduce otros, como la responsabilidad. Pero se advierte que la característica relevante para estos autores es la consecuencia normativa, más allá de cómo describe cada uno al antecedente, o sea que requisitos o que conductas se deben vulnerar u omitir para que se enlace la consecuencia. Si esto es así, puede calificarse a la responsabilidad como un concepto que se construye *a posteriori*: un individuo sólo es responsable cuando jurídicamente es posible enlazar una consecuencia normativa a determinados actos, acciones u omisiones cometidas. La consecuencia normativa consiste en una sanción, por lo que ésta configura la propiedad relevante, cuando es posible aplicar una sanción se está en la “oportunidad”, “circunstancia adecuada” de usar la palabra “responsabilidad”. La idea de sugerir que se trata de un concepto construido *“a posteriori”*, es porque se elabora o se extrae a partir de lo establecido en las normas jurídicas. La responsabilidad no está unida a la conducta, no es algo ínsito a ella, sino es la posibilidad de ser sancionado. En el campo civil, causado el daño, existe la posibilidad de ser sancionado de acuerdo a las normas del sistema, lo que no significa

que efectivamente se sancione, habrá que averiguar si se dieron las condiciones.

Si esto es así, resulta oportuno averiguar que tipo de condición es la sanción en un enunciado de responsabilidad: ¿necesaria o suficiente? Expresa Ernst <sup>24</sup>: “Una condición tiene carácter necesario cuando se establece que “sólo si ella se da, entonces se da el antecedente”. El consecuente es condición necesaria del antecedente. También Copi dice: Una condición *necesaria* para que se produzca un acontecimiento determinado es una circunstancia en cuya ausencia aquél no puede producirse <sup>25</sup>. ¿Por qué el consecuente es condición necesaria? Porque si no se da el consecuente, no podría darse el antecedente.

Si emitimos el siguiente enunciado: “Si hay alguien responsable (antecedente), entonces tiene que haber alguien sancionado (consecuente)”, o “sólo si hay sanción alguien puede ser considerado responsable”, la sanción opera como condición necesaria para que alguien sea responsable, en su ausencia no se da el antecedente. O sea si se da la sanción (consecuente), se admite que alguien sea responsable (antecedente). La sanción es condición necesaria de que haya alguien sancionado como responsable, y es necesaria porque si no hay sanción, puedo afirmar que entonces no hay alguien responsable

Por otro lado: “Una condición tiene carácter suficiente cuando se establece que “siempre que ella se de, entonces se dará su consecuente” (Ernst, Carlos, 1994, 179-180). También Copi: Una condición *suficiente* para la producción de un acontecimiento es una circunstancia en cuya presencia el acontecimiento debe ocurrir (Copi, Irving, 1986, 418). En el mismo enunciado anterior, el antecedente (que alguien sea sancionado como responsable) es condición suficiente de la sanción, porque lo único que necesito saber para afirmar que haya sanción es que alguien sea responsable. La rela-

---

<sup>24</sup> Carlos ERNST, *Los derechos implícitos*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1994, págs. 179-180.

<sup>25</sup> Irving M. COPI, *Introducción a la lógica*, 29ª ed., Buenos Aires, Eudeba Manuales, 1986, pág. 417.

ción entre una y otra es inversa: Si la sanción (consecuente) es condición necesaria para que alguien deba ser considerado responsable, entonces que alguien deba ser considerado responsable (antecedente) es condición suficiente para inferir el consecuente (sanción).

Entonces, en un enunciado de responsabilidad, la sanción (consecuente) opera como condición necesaria de que alguien sea sindicado como responsable (antecedente), porque si no hay sanción no se puede afirmar que alguien sea responsable. Y el antecedente (que alguien sea sindicado como responsable) es condición suficiente para que opere la sanción. Ahora la sanción (consecuente), no es, ni puede ser condición suficiente para que se de el antecedente, porque para llegar a la sanción pueden exigirse otras condiciones, por ej.: que el daño causado por el sindicado como responsable no sea justificado.

## Segunda Parte

### 2. Criterio de uso en la dogmática “ius privatista”

En este punto consideraré el análisis del término en cuestión, en autores de la doctrina nacional que resultan, a mi criterio, los más relevantes.

Como ya se adelantó en la Introducción, en estos tiempos se propugna un concepto amplio de responsabilidad civil y que puede ser consecuencia de dos (entre otras) razones importantes: 1) multiplicidad de fuentes causativas de daños y 2) un cambio de óptica: la mirada se detiene más en el que sufrió el daño, que en el dañador. De la preocupación por juzgar la conducta del agente se pasa a la preocupación por juzgar el daño, en sí mismo, en su ilicitud o injusticia <sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE (director), Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (coordinadora), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág.

También se mencionaron las concepciones jurídicas sobre la responsabilidad civil a lo largo de la historia, y anticipé que lo central lo configura la pareja integrada por víctima y responsable. La óptica se acentuó a veces sobre una, a veces sobre el otro. Si el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando (Messina de Estrella Gutiérrez, ya citada), considero que lo que se explicita por responsabilidad civil extracontractual, es una consecuencia de lo que se encuentra a veces implícitamente en cada época acerca del concepto de daño.

Así, *Mosset Iturraspe*<sup>27</sup> expresa que “la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador.....”. “El *naeminen laedere*, no dañarás, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo; quien daña a otro le priva de lo que es suyo...”. Para este autor, una definición descriptiva, como el mismo lo expresa, puede formularse de la siguiente manera: “No hay responsabilidad sin una conducta del autor o agente, contraria al ordenamiento jurídico, atribuible con base en un factor objetivo o subjetivo, que origina un daño que se haya en relación de causalidad adecuada”. “La reacción del ordenamiento jurídico consiste en una sanción...” (Mosset Iturraspe, Jorge, 1992, 22).

Por su parte, para *Bustamante Alsina*<sup>28</sup> responder significa dar cada uno cuenta de sus actos, alude al deber de responder del acto lesivo cumpliendo la sanción que le viene impuesta consecuentemente. Considera que “no debe confundirse deber jurídico con responsabilidad: en el primer caso

---

<sup>27</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE (director), Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (coordinadora). *Responsabilidad civil*. Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág.

<sup>28</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., págs. 67-68.

(deber) el sujeto está constreñido a ajustar su conducta a la específica regulación normativa que le impone una sanción para el caso de violarla; en el segundo caso (responsabilidad) el sujeto está sometido a la sanción prevista por haber violado el deber impuesto en la norma”.

*López Olaciregui*, realiza un análisis de gran aporte para la dogmática <sup>29</sup> porque proporciona un criterio para adjudicar los daños, para ello tiene en cuenta las construcciones realizadas por la teoría jurídica y lo dispuesto en la legislación civil. Logra así, despejar la ilicitud de la conducta que genera daño y ello le permite dar cuenta de todos los supuestos en los cuales “el daño civil presupone que una fuerza “A” haya destruido o deteriorado un bien del sujeto “B” (López Olaciregui, José M., 1999, 167). Para el autor citado el responder-sanción es sólo un capítulo de una materia más amplia, la del responder-distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ilícitos o no. Expresa que hay normas que sancionan y normas que distribuyen.

Construir una teoría de responder por daños como resultado de una acción o conducta, cuya base es un responder-distribución, permite explicar -como lo expresa el autor- (López Olaciregui, José M., 1999, 166) las distintas respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico frente al daño. Así, la pregunta de ¿quién debe cargar con los daños civiles? Encuentra tres respuestas: los convierte en indemnización y los carga quien los causó; o los soporta la propia víctima o los reparte entre ambos. Esto conforma el régimen de distribución de los daños.

*Alterini* <sup>30</sup> expresa que la reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción. Considera que la palabra responsabilidad puede

---

<sup>29</sup> José María LÓPEZ OLACIREGUI, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año 1, N° 1, enero-febrero de 1999, págs. 165-178.

<sup>30</sup> Atilio ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª ed. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, caps. I y II.



tener dos sentidos: uno amplio que incluye tanto la conducta debida como la sanción por violarla y uno estricto que se circunscribe a la reparación, no incluyendo la etapa de la conducta debida. Expresa que el sentido limitado del término responsabilidad -y que es común a todos los incumplimientos, cualquiera sea la génesis del deber violado- se acerca a la sanción hasta fundirse con ella. Asimismo, aclara este autor que utiliza el término **reparar** para significar el deber de cumplir una prestación a favor del damnificado y que la reparación incluye los supuestos en los que se alude a reposición, restitución e indemnización en dinero. Considera más adecuado usar el término reparar que el término responder, porque este último -en sentido estricto- no comprendería el deber de reparar con prescindencia de la imputabilidad moral de la conducta; mientras que el término reparar comprende también los supuestos normativos que admiten la reparación sin que concurra culpabilidad (Alterini, Atilio, 1992, 171-173).

*Pizarro y Vallespinos*<sup>31</sup> dan cuenta del origen etimológico de la palabra responsabilidad y consideran que la responsabilidad civil es **la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro**. Entienden por obligación, la relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene un derecho subjetivo a exigir del deudor una determinada prestación, orientada a satisfacer un interés lícito y ante el incumplimiento a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés. El objeto de la obligación es la conducta del deudor para satisfacer el interés del acreedor (Pizarro-Vallespinos, 1999, 478).

Por su parte, *Padilla*<sup>32</sup> determina el concepto de responsable como el sujeto sobre quien se formula el juicio normativo del “debe ser B”. En cuanto al nacimiento o momento de la calidad de responsable, considera que “una vez completado

---

<sup>31</sup> Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, págs. 448-449.

<sup>32</sup> René A. PADILLA, *Sistema de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, Cap. IV.

el circuito de relaciones responsabilizantes, el derecho, luego de imputar el Daño (relación daño-responsable) y de atribuir la Acción (relación acción-responsable) formula el juicio normativo haciendo nacer la obligación, es decir, determinando responsabilidad (Padilla, René, 1997, 77).

El autor citado realiza un análisis del llamado “proceso de selección del responsable” y considera que existen dos planos en que se mueve el sujeto responsable: *uno interior*, en el cual se ven únicamente los medios y recursos empleados por el ordenamiento para la determinación del sujeto, por lo que en esa instancia lo llama imputado o atribuido y *otro exterior* que es el juicio normativo del deber resarcir o indemnizar. En el otro extremo de la relación se ubica el damnificado. Afirma que en el plano interno no hay aún deudor ni acreedor, ya que no existe obligación jurídica todavía, sólo media un proceso de determinación del juicio atributivo de responsabilidad, el vínculo jurídico recién sobrevendrá luego del juicio normativo, que se obtiene una vez completado el supuesto relacional básico.

*Zavala de González*<sup>33</sup> comprende como materia del derecho de daños a la responsabilidad resarcitoria o preventiva ante daños injustos producidos o previsibles, entendiendo que se evolucionó desde un derecho de las víctimas a que se indemnicen sus perjuicios, hacia un derecho a no ser víctima (Zavala de González, Matilde, 1999, 37).

Expresa la autora que responder implica asumir las consecuencias nocivas injustas que sufren o que pueden sufrir otras personas, con motivo de una actividad que actual o potencialmente lesiona sus intereses. Responde el sujeto sobre quien recae la obligación de prevenir o de resarcir esas consecuencias y que debe suministrar alguna respuesta jurídica con motivo del peligro o del daño ajeno (Zavala de González, Matilde, 1999, 67-68).

---

<sup>33</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

*Orgaz* expresa -al referirse a las sanciones- que “la sanción más frecuente y más diferenciada que acompaña al acto ilícito en las leyes civiles, es la de obligar a su autor al *resarcimiento* del daño causado”. Con cita del art. 1067, considera que lo que se quiere significar es “que no habrá acto ilícito “punible”, para los efectos de la responsabilidad civil del agente, sin daño causado. Esto importa hacer del daño un elemento, no del acto ilícito en sí mismo, ni siquiera de la punibilidad en general, sino sólo de esta punibilidad específica que tiene en vista particularmente el Código: la responsabilidad civil <sup>34</sup>.

Es posible formular las siguientes tesis de relevancia: a) el daño causado es condición necesaria para emitir un enunciado de responsabilidad, b) causar daños es violar un deber jurídico, o no ajustar el comportamiento al patrón de conducta previsto en la norma, c) la sanción es la consecuencia prevista en la norma y consiste en la obligación de resarcir el daño causado.

Ahora se ha introducido en el análisis el elemento “daño”, que configura la responsabilidad civil, por lo que es razonable que el daño causado, sea condición necesaria. Se advierte, que también en la dogmática la sanción cumple una función relevante: es la consecuencia prevista en la norma y consiste en la obligación de resarcir. La sanción opera también como condición necesaria en el sentido que es indispensable que se dé -que sea susceptible de ser sancionado- para pensar que alguien es responsable. De allí, que López Olaciregui exprese que hay situaciones en las cuales no se dan las condiciones para sancionar, por eso alude al responder-distribución. La sanción es condición necesaria, pero no suficiente.

Pero la dogmática pone el acento en el daño y el ojo en la víctima. Causado el daño, la atención se centra en haber violado un deber que parece surgir de una norma implícita <sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> Alfredo ORGAZ, *La ilicitud (extracontractual)*, Buenos Aires-Córdoba, Lerner, 1974, págs. 21-22.

<sup>35</sup> Se analizará lo relativo a la norma implícita en el Capítulo III.

prohibido causar daños a otro. El *naenemen laedere* es considerado el punto de partida en el análisis del derecho de daños, seguido por una relación de causalidad adecuada, establecidos estos dos presupuestos, todo indica que corresponde la sanción. La antijuridicidad y el factor de atribución -sea subjetivo u objetivo- son presupuestos que funcionan en segundo orden, porque el propósito es garantizar al individuo una indemnización por lo daños sufridos, aun cuando provenga de conductas lícitas, si esto es así, la antijuridicidad ya no sería condición necesaria, ni suficiente; podría ser derrotado este presupuesto <sup>36</sup>. En cuanto al factor de atribución, si bien se lo sostiene como presupuesto necesario, también es cierto que ya no hay prelación, sino paridad entre los factores subjetivos y objetivos. La discusión entre los juristas, en algunos supuestos, radica en cuál de los factores usar, y en ciertas ocasiones cuál de los objetivos, porque de ello dependerán los eximentes <sup>37</sup>.

El punto de partida vuelve a ser el **daño**, que -acreditado en alguna de sus clases: patrimonial o moral- conjuntamente con una **relación de causalidad adecuada y algún factor de atribución** son condiciones suficientes para que opere la sanción. Es posible que ya no pueda afirmarse que los cuatro clásicos presupuestos sean disyuntivamente necesarios: daño, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad adecuada, pero que ninguno por sí solo sea suficiente, sino que los cuatro eran conjuntamente suficientes (daño y antijuridicidad y factor de atribución y relación de causalidad adecuada), o sea configurados los cuatro para que, sin más, surgiera la obligación de resarcir. Si se prescinde de la antijuridicidad en algunos supuestos, ya no operaría como condición necesaria para formular un concepto general de

---

<sup>36</sup> Si bien se trata de sostener a la antijuridicidad como presupuesto necesario de la responsabilidad civil. Me referiré a esta cuestión en los próximos capítulos.

<sup>37</sup> Cuando las normas del Código Civil, prescriben los eximentes, de allí se infiere cuál es el factor de atribución.

responsabilidad civil. Respecto al factor de atribución, si es posible sostenerlo como condición necesaria, pero ya no hay necesidad de forzar la interpretación de las normas para invocar una razón que justifique el uso del factor de atribución que se considera adecuado. Como ya se expresó, las reformas a determinados artículos del Código Civil, permiten que funcionen en paridad los factores subjetivos y objetivos.

Si bien el eje de la responsabilidad civil siempre giró en torno al daño, lo que se ha propiciado en los debates jurídicos de las dos o quizás tres últimas décadas, es que todo daño injustamente sufrido debe ser indemnizado. Para ello se apea al *alterum laedere*, al *naenem laedere*, se sostiene entender a la antijuridicidad en sentido objetivo, como violar el deber genérico de no causar daño a otro <sup>38</sup>, si a ello se agrega que invocar un factor de atribución ya no genera mayores inconvenientes -salvo la discusión, en algunos casos, de si es de uno u otro tipo e incluso decidido si es de un tipo, por ej.: objetivo, cual de ellos- es posible pensar que los juristas para construir un concepto general de responsabilidad civil o qué entienden que alguien sea responsable por daños inferidos a otros, lo hace a partir del daño, ***el concepto se construye a partir del daño y no de la sanción.***

Si el daño consiste en una lesión o menoscabo a otra persona o a sus bienes y subyace un deber genérico de no causar daño a otro, la consecuencia es que violado el deber, es susceptible de ser sancionado. Por lo que si el daño causado se haya en relación de causalidad adecuada con el hecho y se atribuye alguna razón subjetiva u objetiva, deviene aplicar la obligación de resarcir a quien resulte responsable.

Invocar como criterio para determinar que causar daños a terceros es una conducta antijurídica, porque se violó el deber general impuesto de no dañar a otro, es: o introducir una nueva norma en el sistema, porque ya no se utiliza el art.

---

<sup>38</sup> Lo que genera algunos problemas de índole conceptual, que serán tratados en el próximo capítulo.

1066 del Código Civil (antijuridicidad formal), o cambiar el orden de los criterios para reconocer normas que se aplican en la resolución de conflictos. Admítase o no, pero la manera de trabajar el sistema jurídico ha cambiado <sup>39</sup>.

No cabe duda que el criterio de uso del término responsabilidad en la dogmática ius privatista está ligado al daño y no puede ser de otra manera, porque éste es el presupuesto que la caracteriza: No puede surgir responsabilidad civil sin daño causado. Pero el concepto del cual se parte para explicar el objeto de estudio ha variado. ***El fundamento que subyace para caracterizar a la responsabilidad civil de manera distinta es un juicio de valor.*** De aquel concepto que se elaboraba a partir de lo dispuesto en los arts. 1066 y 1067, que exigen una antijuridicidad de tipo formal y reproche de conducta al agente, se pasa a otro que se construye a partir de que todo daño merece ser reparado. Si bien los agregados a los arts. 907 y 1113 y reforma al 1117 permiten avanzar sobre el principio de que no hay responsabilidad sin culpa establecido en el artículo 1067, considero que el giro tiene que ver con un juicio de valor a favor de la víctima. Este cambio no se produce por gustos o preferencias de los juristas, sino por necesidad de dar respuesta a nuevas situaciones sociales que, de mantenerse la antijuridicidad formal y el reproche de conducta al agente como pilares básicos para atribuir responsabilidad, dejaban a las víctimas, en gran variedad de supuestos de daños causados, sin posibilidad de ordenar su reparación. Se operó un cambio de paradigma, y como todo cambio debe explicar y justificar mejor que el anterior para sostenerlo.

Pero introducir un juicio de valor a favor de la víctima, requiere justificación, no sólo emotiva, sino también norma-

---

<sup>39</sup> Los juristas que se ocupan del tema de daños, infieren del art. 1109 del Código Civil o del art. 19 de la Constitución Nacional, el principio del *alterum laedere*. O sea el criterio ya no es reconocer al art. 1066, sino a otras normas para resolver la contienda. Lo relativo a estas cuestiones y a derivar normas implícitas se tratará en el Cap. III.

tiva. El nuevo concepto, o se deriva de alguna norma, o pasa a ocupar el lugar de la norma. De los conceptos se extraen conclusiones, entonces, si no se respaldan en alguna norma, lo que se deriva es distinto a las consecuencias previstas en la norma. En la nueva concepción sobre responsabilidad civil, si bien la sanción es relevante y opera como condición necesaria para atribuir responsabilidad a alguien, se llega a ella por una vía más rápida. Esta nueva concepción se presenta como un enunciado bifronte: por un lado como construido *a priori*: todo daño debe ser reparado (adhesión al principio de no dañar) y por otro lado *a posteriori*: para lograr que todo daño sea reparado, habrá que cambiar el criterio de identificación de las normas, o sea encontrar o derivar nuevas normas en el sistema que apoyen el concepto que se propugna. Si esto último no se logra, el concepto deja de ser descriptivo, en el sentido que denota determinadas propiedades reconocidas con algún criterio de identificación, para pasar a ser normativo, en el sentido de predicar que es debido reconocer ciertos estándares, ocuparía el lugar de la norma y como consecuencia todo lo que se deriva de un concepto normativo, no son conclusiones que se extraen de las normas, sino las que el jurista quiere o desee. A veces, un concepto normativo es presentado de tal manera, que apelando a lo “que el legislador quiso decir” o “al espíritu de la ley”, aparece como descriptivo del sistema, cuando en realidad es prescriptivo bajo el ropaje de una explicación de normas del sistema.

No es motivo de la presente investigación tratar lo relativo a las funciones de la dogmática, que es la que hace ciencia del derecho; pero si viene al caso expresar que una de sus funciones es determinar que normas tiene efectivamente vigencia <sup>40</sup> en cierto ámbito, tarea que puede realizarse analizando las decisiones judiciales que muestran que muchas normas consideradas válidas (por ej., el art. 1066 del Código Civil) no son objeto

---

<sup>40</sup> Entendida como aquellas normas que reúnen los requisitos de criterios de identificación para pertenecer al sistema.

de reconocimiento por parte de los órganos de aplicación, mientras que si lo son otras pautas que tienen una aceptación generalizada. En este sentido expresa Nino: “Sobre todo se prestaría atención a los criterios, casi siempre dad judicial y desarrollados frente a la necesidad de resolver la múltiple variedad de casos particulares que se plantea a los jueces, sin que todos ellos puedan ser previstos por normas generales preconstituidas” (Nino, Carlos, 1988, 343). En lo que ahora es motivo de análisis, fue tarea de la dogmática reconocer alguna norma perteneciente al sistema y considerarla como criterio superior al establecido en los artículos 1066 y 1067 del Código Civil, para poder sostener con respaldo normativo, el concepto de que causar daños significa violar el deber de “no dañar” y salvo que operen determinadas causas de justificación, asumir las consecuencias de los daños causados. De esta manera se llega al artículo 19 de la Constitución Nacional, se le asigna significado y se convierte el principio rector que recepta el *alterum non laedere*<sup>41</sup>. En la causa Santa Coloma<sup>42</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce que el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional.

**Conclusión general de este capítulo:** En razón de las consideraciones precedentes, relativas a la postura en autores que investigan sobre responsabilidad civil, concluyo en lo siguiente<sup>43</sup>: a) la sanción opera como condición *necesaria* para emitir un enunciado de responsabilidad y b) si bien es necesaria la sanción, para llegar a ella, debió darse el antecedente y respecto de éste, las condiciones necesarias son: daño, relación de causalidad, factor de atribución (disyuntivamente necesarias),

---

<sup>41</sup> Así lo expresa Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ en ob. cit., p. 35. También invocan como principio rector al *alterum non laedere*, MOSSET ITURRASPE, en ob. cit., pág. 62 y PIZARRO-VALLESPINOS en ob. cit., pág. 466.

<sup>42</sup> J.A., 1986-IV-624, también en E.D., 1987, t.120-649, con nota de Guillermo A. BORDA.

<sup>43</sup> Por ahora son conclusiones aproximadas, en razón de ser motivo de análisis más adelante lo relativo a la antijuridicidad.



pero ninguna por sí sola suficiente, sino conjuntamente suficientes: daño y relación de causalidad y factor de atribución.

Respecto a los criterios de uso del término responsabilidad, considero que la ***sanción es una propiedad relevante***<sup>44</sup> para emitir un enunciado de responsabilidad, tanto en los autores consultados en el ámbito de la teoría general del derecho, como en los ius privatistas. Para estos últimos también lo es el ***daño***, ya que sin él no se configura la institución. Esto significa que no habría distintos criterios, pero es razonable pensar que la diferencia radica en la construcción del concepto y ello se debe a que si bien la sanción es relevante en razón de que se ha violado un deber jurídico, la dogmática civilista encuentra ese deber como derivado del artículo 19 de la Constitución Nacional y para ello considero que introducen un juicio de valor a favor de la víctima y lo justifican a partir del principio *alterum non laedere*, que se sustentaría en la norma mencionada, en razón que ya no pueden hacerlo en los artículos del Código Civil. Es por ello que, la idea de dicha construcción se presenta como un enunciado bifronte. La cuestión es demostrar cómo y de qué manera se produce la derivación o implicación del *alterum non laedere*, tomando como base al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Es posible que no sea arriesgado decir que: “El derecho es una especie de reconstrucción de los juristas”. En este sentido: “El derecho argentino es el derecho presentado de la mejor manera posible por los juristas”.

---

<sup>44</sup> Considero importante aclarar que el concepto de sanción no es unívoco. Ya se expresó que para Kelsen la sanción es el acto coactivo debido, cuando se realiza la conducta contraria a la jurídicamente obligada. En este sentido la sanción aparece ligada a la antijuridicidad. Es por ello que algunos juristas, y a los efectos de despegar la sanción de la antijuridicidad, prefieren usar el término “función resarcitoria” del derecho de daños, en vez de “sanción resarcitoria” (PIZARRO-VALLESPINOS, ob. cit., t. 2, pág. 464). Ahora bien, también puede entenderse que “sanción, como acto coactivo por haber causado un daño, consiste en la privación de un bien”, en este sentido quien es condenado a reparar daños, sufre la privación o algún perjuicio económico; aun cuando no se asocie o ligue la sanción a la antijuridicidad, tal los casos que el daño proviene de una conducta lícita y lo mismo se ordene su reparación.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA ACCIÓN Y LA ABSTENCIÓN CAUSATIVA DEL DAÑO

*“Una acción jurídicamente permitida, no puede ser al mismo tiempo prohibida por el derecho”*  
Alfredo Orgaz, en *La ilicitud (extracontractual)*, 1974.

*“El destinatario de las normas no puede cumplir distintos mandatos al mismo tiempo”*  
Georg Henrik von Wright, en *Norma y acción*, 1970.

El objetivo en este capítulo es abordar lo relativo a la acción y la omisión como causativas de daños. Mi interés en tratar este tema se debe a que entre los autores ius privatistas, algunos consideran que la autoría es también un elemento para configurar la responsabilidad civil; tampoco hay acuerdos, aunque si tal vez mayoría, en precisar cuando un acto de un agente es una acción. También se advierte que el concepto de acción en el ámbito de la dogmática es distinto al que se elabora en el ámbito filosófico y lógico. Indudablemente que si se trabaja con conceptos diferentes, serán distintos los casos que se incluyen o excluyen como acción de un agente y a su turno esto repercute en incluir o excluir supuestos de la obligación de indemnizar los daños causados. Asimismo, la cuestión de los actos voluntarios y actos involuntarios y su categorización como lícitos o ilícitos, suscita problemas de integración, debido a la redacción de ciertos artículos del Código Civil, que no resultan claros y que requieren interpretación por parte de los juristas, en su tarea de presentar el sistema de una manera coherente, pero no siempre arri-

ban a las mismas conclusiones. Lo relativo al acto ilícito, por cierto que incide en la antijuridicidad.

La pretensión de abordar lo relativo a la acción desde un campo distinto, esto es, el lógico y filosófico, y luego trabajar el pensamiento de la dogmática, se debe a una inquietud personal de abreviar conocimiento en otras áreas y poder dar cuenta si las distancias entre ambos ámbitos son realmente como en principio se presentan, o si puede haber puntos de coincidencia. En los estudios sobre el derecho, en este caso una cuestión puntual como la acción, no debe cercenarse ninguna disciplina que aporte herramientas para su mejor conocimiento, es por ello que no dejaré de lado el valioso aporte de la lógica en cuanto a la acción se refiere. Más aún, parece que la distancia entre ambos estudios (los de la dogmática y el lógico-filosófico) no se debe a una cuestión exclusiva de interpretar las normas del Código Civil, sino a una cuestión sobre el concepto de acción.

Previo al desarrollo, conviene recordar que los estudios relativos a la acción se desarrollaron fundamentalmente en la dogmática penal y en las últimas décadas del siglo pasado tuvo su tratamiento en la filosofía del derecho, a través de la lógica deóntica<sup>45</sup>. Expresa González Lagier que: «El concepto de acción no es sólo relevante para el Derecho penal. En el ámbito del Derecho civil, por ejemplo, ocupa un lugar central en la teoría de los actos y hechos jurídicos; y otro tanto se puede decir de la teoría de los actos administrativos del Derecho administrativo. Podría pensarse que la importancia de este concepto para el Derecho es tanta como la del concepto de norma, que por el contrario si ha sido objeto de bastante atención por parte de los filósofos del Derecho»<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> A partir de la publicación del libro *Norma y acción. Una investigación lógica* de Georg H. VON WRIGHT, en 1963, se producen estudios sobre esta problemática por parte de filósofos y teóricos generales del derecho.

<sup>46</sup> Daniel GONZÁLEZ LAGIER, "Diez tesis sobre la acción humana", en *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 10, México, Fontamara, 1999, pág. 146.

También Guibourg se pronuncia al decir: «En la medida en que los sistemas normativos constituyen esquemas de interpretación de conductas y procuran casi siempre operar como motivos para la realización de conductas deseadas y para la abstención de las indeseadas, la acción se convierte en el objetivo perseguido y la descripción de la acción parece como una materia prima indispensable para la integración de las normas»<sup>47</sup>.

El problema de la acción no tuvo mucho desarrollo en la doctrina civilista y en parte se justifica. Expresa Bueres que «... en la responsabilidad por daños se responde por actos ajenos (art. 1113, parág. 1º), por actos involuntarios (art. 907, parág. 2º), por actos lícitos, etc. El daño ocupa, pues,... el primerísimo plano, y el objetivo de la susodicha responsabilidad está orientado a enjugarlo, a mitigarlo»<sup>48</sup>. De todos modos, este autor no le resta importancia a esta cuestión y entiende «que acción es una conducta humana, voluntaria o involuntaria (arts. 897, 900, 913 y concs.), comisiva u omisiva, atribuible al sujeto y productora de un cierto resultado».

Por lo expresado en los dos primeros párrafos precedentes, la temática se desarrollará de la siguiente manera: a) desde un punto de vista lógico, b) desde el punto de vista de la dogmática ius privatista y c) formular tesis a modo de conclusión de este capítulo.

---

<sup>47</sup> Ricardo A. GUIBOURG, *El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 33.

<sup>48</sup> Alberto J. BUERES, "El daño injusto y la ilicitud de la conducta", Cap. VII, en *Derecho de daños*. Primera Parte, Buenos Aires, La Rocca, 1991, págs. 147-148.

## Primera Parte: Algunas cuestiones lógicas

### 1. Temas que suscitan interés

#### 1.1. Acción

#### 1.2. Abstenciones

#### 1.3. Relaciones lógicas entre actos y abstenciones elementales.

#### 1.4. El análisis de las normas

La razón para incursionar en cuestiones lógicas es, como lo expresé en otra oportunidad <sup>49</sup>, porque una manera de reconstruir la tarea de la dogmática jurídica es partir de la base de que existen distintos problemas a tratar y que por lo tanto requieren distintos métodos para resolverlos. Un problema es de carácter empírico y consiste en identificar las normas que integran un sistema jurídico. Otro problema es de carácter lógico que normalmente se lo llama sistematización y consiste en presentar el sistema de manera coherente y extraer las consecuencias lógicas del mismo. Por último, un tercer tipo de problemas son axiológicos, o sea de carácter valorativo y se refieren a la labor crítica que se realiza del sistema y la propuesta de mejorar el derecho positivo. El jurista dogmático realiza las tres tareas, o sea trabaja los tres problemas, pero en rigor cuando se ocupa del problema axiológico su labor no puede considerarse científica <sup>50</sup>. Cabe agregar que una tarea se reconoce como científica cuando sus proposiciones constituyen un sistema coherente de enunciados, perfecta-

---

<sup>49</sup> María del Carmen CERUTTI, *Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía*, Capítulo: "Introducción al conocimiento jurídico", ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: Materiales de Estudio, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2005, t. 3, pág. 212.

<sup>50</sup> Depende de la concepción de ciencia que tenga el investigador; de todos modos considero que el aspecto valorativo corresponde que lo separe de los otros dos. Desde una concepción que exige neutralidad en las investigaciones científicas, el jurista debe separar cuando analiza los problemas empíricos y los lógicos y aclarar cuando realiza valoraciones. Estas tareas se conocen como de *lege lata* y de *lege ferenda*.

mente comunicables intersubjetivamente sin peligros de malentendidos <sup>51</sup>. En esta primera parte tratar cuestiones lógicas es, a mi entender, necesario para aproximarme a la llamada autoría, que algunos autores ius privatistas incluyen como elemento para configurar la responsabilidad civil y básicamente para tratar el elemento antijuridicidad.

### *1.1. Acción*

Expresa González Lagier que no existe un único concepto de acción, sino una pluralidad de significados de esta palabra que, aunque parecen relacionados entre sí, no pueden reconducirse a un concepto más genérico. Así, hablamos de acciones humanas, de acciones de los animales (por ej.: la acción de las cigüeñas es buena para la agricultura), de acciones de objetos inanimados (la acción del viento erosiona las montañas), de actos reflejos, de acciones mentales, de «acción» como posibilidad de plantear una pretensión ante los tribunales, de «acción» como algo que ha ocurrido en un momento y en un lugar determinado (asesinato de César en manos de Bruto) o como un tipo o clase de acciones (cuando hablamos del asesinato como una acción prohibida) (González Lagier, Daniel, 1999, 146-147).

El autor citado, considera que debe escoger uno de todos los sentidos, pero más que decidirse por uno, se refiere a acciones que reúnan los siguientes requisitos: 1) acciones localizadas espacial y temporalmente, 2) se predicen exclusivamente de seres humanos, 3) son externas, o sea incluyen un movimiento corporal (lo que excluye a las acciones mentales), 4) son positivas, producen un cambio por medio de tales movimientos corporales (lo que excluye a las omisiones) y 5) son voluntarias, existe conexión entre la intención de produ-

---

<sup>51</sup> Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, Ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pág. 180.

cir un cambio y el movimiento corporal que se realiza (lo que excluye los actos reflejos).

Señala González Lagier que la relevancia del concepto de acción humana, no sólo lo es para el Derecho Penal, sino para el Derecho en general y también para el Derecho Civil. En cuanto al Derecho en general, básicamente encontramos dos tipos de normas: las que establecen que una conducta está prohibida, o es obligatoria, o está permitida, que suelen llamarse normas regulativas; y aquellas normas que establecen qué acciones deben realizarse para alcanzar cierto resultado normativo: contraer matrimonio, realizar un testamento válido, etc., que suelen llamarse reglas o normas que confieren poderes. También en el campo del Derecho Civil el concepto de acción ocupa un lugar central en la teoría de los hechos y actos jurídicos.

En este orden de ideas, sabemos que en los hechos se trata de acontecimientos que tienen trascendencia en el derecho por haber sido previstos en la norma como relevantes para producir consecuencias jurídicas (art. 896, Código Civil), o sea el principio de imputación. Ahora bien, se puede tratar de acontecimientos naturales, que no son acciones, sino sucesos; o humanos, en los cuales adquiere importancia el concepto de acción. También nos encontramos con acciones en los actos ilícitos, que producen un resultado normativo (la obligación de indemnizar los daños causados), sea que el agente obró con intención o no de producirlos.

En lo que sigue, se tratará lo relativo a la acción tomando como base a la obra de von Wright, el pensamiento de González Lagier, de Nino y de Harts. La referencia a Hart es indirecta, se realiza tomando las citas de González Lagier y de Nino.

### *Von Wright*

Considero razonable -en primer lugar y a modo de introducción- mencionar algunas ideas básicas formuladas por von Wright. En este sentido, expresa: «... que la lógica formal...,



es esencialmente la lógica de un mundo estático». «El simbolismo de la lógica proposicional era inadecuado para simbolizar los varios modos de acción», por lo que «la Lógica de la Acción resultó ser un requisito necesario de la Lógica de las Normas o Lógica Deóntica» y «Un requisito necesario de la Lógica de la Acción es, por tanto, una Lógica de Cambio»<sup>52</sup>. Es así que el autor estudia a la lógica deóntica desde un punto de vista diferente y no como una extensión de la lógica modal.

Como el objetivo de este apartado es saber cuando nos encontramos ante una acción que causa daño, partiré de nociones básicas, siguiendo al autor citado, tales como: *Proposición, Ocasión, Suceso, Acto humano*.

Una *Proposición* puede cubrir una serie de entidades diferentes, se expresan o son el significado o sentido de una sentencia<sup>53</sup>, por ej.: Juan dañó a Pedro. Von Wright distingue entre *proposiciones individuales y genéricas*, que no necesariamente se corresponden con la distinción de la lógica tradicional entre proposiciones singulares o particulares por un lado y proposiciones universales o generales por el otro. La sentencia «Juan dañó a Pedro» es una proposición particular, pero genérica; porque lo que decide si una proposición es genérica o individual, no es la presencia de individuos lógicos (en el caso Juan y Pedro y por eso es particular) sino la presencia o no de algún universal y en el caso y tal como está expresada la proposición, el universal no se da, porque Pedro puede ser dañado en otra ocasión por otra persona o también por Juan. Para que se configure una proposición particular e individual, hace falta introducir la noción de *Ocasión*, que a su vez se relaciona con las nociones de espacio y tiempo<sup>54</sup>. Sólo en «esa ocasión» la proposición particular tiene un solo

---

<sup>52</sup> Georg H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, traducción por Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, Prefacio, págs. 16-17

<sup>53</sup> El uso del término sentencia, no hace referencia, en esta oportunidad, a lo que llamamos sentencia judicial, sino a emitir una expresión sobre algo.

<sup>54</sup> Von Wright considera que conviene mejor llamarlas localizaciones espacio-temporales, ob. cit., pág. 42.

valor veritativo determinado, es o verdadera o es falsa. Sólo si emitimos la sentencia «Juan dañó a Pedro el día..... en el lugar.....», podemos decir que es individual y particular y también adjudicarle su carácter de verdadera o falsa. Ahora si decimos: «Juan mató a Pedro» se trata de una proposición particular y también individual, por la naturaleza lógica del concepto universal de ser muerto. Dice von Wright: Una persona puede ser muerta sólo una vez, en una ocasión. O sea debe distinguirse la relación de universal a individuo lógico (Juan mató a Pedro) de la relación de proposición genérica a proposición individual (Juan dañó a Pedro -genérica- y Juan dañó a Pedro el día....., en el lugar.....-individual-).

Para introducir la noción de *suceso*, puede decirse que a toda proposición verdadera le corresponde un hecho en el mundo, y hay varios tipos de hechos: *estados de cosas* (por ej.: estos fueron los daños producidos), *proceso* (por ej.: se está dañando el honor de alguien mediante publicaciones diarias, es un continuar, es dinámico) y *suceso* (por ej. Juan daño a Pedro, es un hecho que acontece, es un tener lugar, es estático) (Von Wright, G.H., 1970, 44-45). Los sucesos se relacionan con otros hechos que se llaman estados de cosas, la relación es en razón de la ocasión. Podemos hablar de un estado de cosas en la ocasión anterior al suceso y estado de cosas en la ocasión posterior. Se ha producido una transformación del primer estado al segundo. También los tres tipos de hechos que se mencionaron, pueden distinguirse en genérico e individuales. Suceso significa la transición de un estado de cosas en una ocasión determinada a un estado de cosas (no necesariamente diferente) en la ocasión siguiente. Si se especifica la ocasión, el suceso es un suceso individual, si la ocasión no se especifica, el suceso es genérico (Von Wright, G.H., 1970, 47). Si expresamos T: ocasión en que alguien es dañado y p: estado de cosas, se puede decir lo siguiente: pT -p, que significa : estado de cosas inicial que es distinto al estado de cosas final, luego de haberse producido el daño. El mundo en que no fue dañado y el mundo distinto luego del daño y es excluyente: en el estado inicial tiene la característica p y en el estado final o la retiene o no la tiene.

La noción de *acto humano* está relacionada con la noción de suceso, es decir, de un cambio en el mundo. La naturaleza de esta relación es que un acto no es un cambio en el mundo, pero muchos actos pueden describirse apropiadamente como el provocar o efectuar (a voluntad) un cambio. Actuar es, en cierto sentido, intervenir en el curso de la naturaleza (Von Wright, G.H., 1970, 53). Al acto genérico de dañar corresponde el cambio genérico de que cosas o personas son dañadas. Al acto individual de dañar, corresponde el suceso individual de los daños producidos a Pedro en su persona o bienes. Ahora, un acto requiere un agente. Un suceso individual es el tener lugar o suceder en una ocasión específica. *Un acto individual es la realización de un acto genérico (dañar) en una ocasión específica por un agente específico.* La ocasión constituye una *oportunidad* para el acontecer de un determinado suceso genérico o para la realización de un acto, siempre que la ocasión tenga alguna característica genérica que haga al acontecer de *este* suceso o la realización de *este* acto posible en esa ocasión. Por ej.: sólo en una ocasión en que la persona o los bienes tengan alguna característica genérica (contacto con el dañador) hay una oportunidad para dañar. Se introdujo la noción de agente y en este sentido expresa von Wright que la acción humana es ejecutada por agentes empíricos, aunque no todos los agentes de los actos humanos son individuos humanos, por ej.: los actos que se imputan a las personas jurídicas, si bien la acción de estos agentes impersonales es también «acción humana» en cierto sentido de la palabra <sup>55</sup>.

La ejecución de un acto requiere de una acción y a cada acto corresponde un cambio o un suceso en el mundo. Entre acto y cambio se da un *nexo intrínseco o lógico*: el acto de efectuar tal cambio. El acto de dañar es, lógicamente, el acto de

---

<sup>55</sup> Von Wright distingue entre agentes empíricos que son contingentes y perecederos y agentes super-empíricos (ente eterno). A los primeros los divide en personales, que pueden ser individuales o colectivos e impersonales.

cambiar o transformar un mundo en el que una persona o sus bienes están sanos, en un mundo en el que están dañados y el cambio que corresponde a ese acto es el *resultado*. Y el nexo entre acto y resultado es intrínseco, pero la relación entre acto y sus consecuencias es *extrínseco* (causal), depende de la presencia o ausencia de ciertas características<sup>56</sup>. En el ámbito de la responsabilidad civil, el hecho y que de él se produce un resultado (daño), ambos forman parte del supuesto de hecho; constituyen una unidad inescindible, por eso la relación es intrínseca o lógica, no se puede describir el resultado (daño) con independencia del hecho que lo produjo. Ahora, la consecuencia de ese resultado consiste en la obligación de indemnizar el daño<sup>57</sup> y para determinar qué tipo de daños y establecer su cuantía, es necesario apelar a una «relación» entre el hecho y su resultado, o sea acreditar un nexo de causalidad adecuada, lo que determinará hasta donde llega la consecuencia indemnizatoria y aquí la relación es extrínseca o causal, o sea se pueden describir la consecuencia (indemnizar) con independencia del acto. Podemos decir entonces, que el acto de dañar exige lógicamente que el daño se produzca (resultado), pero una cuestión diferente son las consecuencias que se derivan y cuáles deben indemnizarse, (por ej.: perder el empleo), por eso: el acto dañar exige lógicamente que el daño se produzca y puede conducir causalmente a que el dañado pierda el empleo. O sea el acto de dañar y perder el empleo son lógicamente distintos, debido a la naturaleza de sus resultados. Pero hay un sentido en el que los dos actos (dañar y perder el empleo) parecen iguales y es que la *actividad* involucrada en los dos actos puede ser idéntica: determinados movimientos del agente (el que causa el daño). Se puede distinguir entre

---

<sup>56</sup> Esta relación es para trabajar las consecuencias que se derivan del daño, que no es motivo de análisis en esta investigación.

<sup>57</sup> Conforme el razonamiento de Orgaz, en Alfredo ORGAZ, *La ilicitud (extracontractual)*, 1ª reimpresión, Buenos Aires-Córdoba, Lerner, 1974, 1974, pág. 34.

acto y actividad (Von Wright, G. 1970, 58): matar es ejecutar un acto, fumar es estar ocupado en una actividad. El acto está relacionado con suceso (acto de dañar, se relaciona con el suceso de producir el daño y de cambiar de un estado de cosas a otro), mientras que la actividad está relacionada con los procesos. El acto está relacionado internamente con el resultado, la actividad no está relacionada internamente con los cambios y los estados de cosas, pero si puede estar relacionada externa o causalmente con cambio y estados que son consecuencia de la ejecución de la actividad: la actividad de fumar puede dejar humo.

Las distinciones efectuadas hasta ahora son entre: proposición (referida a acto) individual y genérico, entre resultado y consecuencia y entre acto y actividad.

Todo acto produce un *cambio*. Un acto elemental es aquel cuyo resultado es un cambio elemental y la correspondencia entre acto elemental y cambio elemental es biunívoca. Los tipos de actos elementales son cuatro (4): conservar, destruir, hacer o suprimir. Se puede expresar el acto y los cambios con las siguientes letras: d: actuar, p: estados de cosas (por ej.: persona y bienes), T: ocasión. Me interesa en esta oportunidad, dos tipos de cambios, como resultados de dos tipos de actos: destruir y hacer.

1) *Destruir p.* pTp, p es (por ej.: persona o bienes que no están dañados) y permanece a no ser que mediante una acción se lo destruya, entonces tenemos: d(pT-p), p de destruye, la condición para destruir p es que no cambie por si mismo (por causa natural), sino mediante la acción de un agente. El resultado de la acción es el cambio de pT-p (p desaparece).

2) *Hacer p.* -pT-p (p no es ni sucede a menos que se produzca mediante una acción, entonces tenemos: d(-pTp); persona y bienes no son dañados, a menos que una acción se lo cause. El resultado de la acción es que p sucede: -pTp.

Los otros dos tipos de actos aluden a: 3) *Conservar p.* El mundo descrito por p se da inicialmente y cambiaría a su estado contradictorio, a menos que el cambio se impida me-

dian­te una acción, (acción para impedir un daño) que lo conserva. Se describe como  $d(pTp)$ . 4) *Suprimir p*: Un estado de cosas no es, pero sucede, a menos que se lo suprima mediante una acción. Se describe como

$d(-pT-p)$ , acción que suprima un daño.

Con referencia a los daños causados, resulta de interés resaltar las siguientes cuestiones:

1. Una *proposición* de tipo individual y universal, tal el caso de Juan mató a Pedro; como una proposición individual y particular, tal el caso de Juan dañó a Pedro (en su persona o bienes) el día.....en el lugar.....

2. Estas proposiciones hacen referencias a hechos en el mundo y pueden ser *sucesos*, que son hechos que acontecen en una *ocasión* determinada, o sea un suceso individual y que producen un cambio en un *estado de cosas*. Los daños también pueden producirse mediante un *proceso*, un continuar dañando, tal el caso de dañar derechos personalísimos a la misma persona, mediante publicaciones periodísticas en distintos días.

3. Todo suceso individual o proceso que cause daños, se relaciona con la noción de acto humano; tal como se expresó: «Un acto individual (que puede tratarse de una proposición individual y universal o proposición individual y particular) es la realización de un acto genérico (dañar mediante un suceso en una ocasión específica, o mediante un proceso) que cambia un estado de cosas, por un agente específico».

4. Es de destacar que entre el *acto* que provoca un daño y el *cambio* que se produce en el estado de cosas el nexo es *intrínseco* o *lógico*, como se señaló: «El acto de dañar es, lógicamente, el acto de cambiar o transformar un mundo en el que una persona o sus bienes están sanos, en un mundo en el que están dañados». O sea se produce un *resultado*.

5. El resultado genera consecuencias, pero la relación entre el acto que provoca daños y sus consecuencias es *extrínseco* (causal), ya no es lógico, dependerá de la presencia o ausencia de ciertas características: que se acredite la presencia de un

nexo causal adecuado, o presencia (o ausencia) de eximentes estipulados en disposiciones legales<sup>58</sup>.

6. Los actos elementales que producen cambios elementales son 4 (cuatro): destruir, hacer, conservar o suprimir. Se hizo especial referencia a los dos primeros.

De lo expuesto y de acuerdo al autor ahora mentado, se puede concluir que hay *acción* cuando: (i) quien ejecuta un acto humano provoca un cambio en un estado de cosas que pasan, luego de la acción, a otro estado, por ej.: pasan a estar dañadas, (ii) quien realiza el acto (autor) debe actuar con voluntad. En este sentido von Wright parece inclinarse por una postura subjetivista, si se tiene en cuenta lo que expresa al decir: «muchos actos pueden describirse apropiadamente como el provocar o efectuar (a voluntad) un cambio» (Von Wright, G. 1970, 53).

Esto excluiría como acciones del agente a quienes realicen actos reflejos y a aquellas acciones que no expresen la voluntad del agente, como los casos de causar daños pero actuando el agente bajo una violencia física (por ej.: alguien empuja al agente y éste cae y daña a otra persona o cosas). Por lo tanto si la voluntad es requerida para expresar que quien mediante un acto humano realizó una acción que provocó un cambio en un estado de cosas (por ej.: causó daños), cuando falta la voluntad, puede interpretarse que: o no se considera acción al acto realizado por ese agente, o se trató de una acción involuntaria. Ahora si se considera que no hubo acción, tampoco hubo autoría y si se considera que se trata de una acción involuntaria, habría autoría, pero correspondería analizar si ese autor es el responsable del cambio que provo-

---

<sup>58</sup> Conviene recordar que Brebbia considera que la relación de causalidad es un vínculo externo entre el acto y sus consecuencias, mientras que el término imputación importa una vinculación subjetiva entre el acto voluntario y su autor; en Roberto H. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. I, comentario al art. 897, págs. 51-52.

có mediante su acción involuntaria <sup>59</sup>. Pero dependerá de si autoría y acción se usan como sinónimos o si son separables. En la segunda parte me detengo sobre ello. La idea en este apartado es averiguar cuando se considera que hay acción, lo que luego conduce a la autoría y decidir en la segunda parte de este capítulo, si la autoría es o no un elemento necesario para configurar la responsabilidad por daños.

### 1.2. Abstenciones

Generalmente la dogmática ius privatista usa el término «omisión» para expresar que es la abstención en el actuar.

Expresa Nino que: «La caracterización del concepto de omisión es sumamente obscura, como se advierte por el hecho de que estemos tentados tanto a ver a la omisión como una *negación* de la acción, como a considerarla una *especie o modalidad* de la acción» <sup>60</sup>.

Así Mackie <sup>61</sup> expresa que una omisión es un aspecto negativo de un acto concreto y positivo, mientras que para von Wright las abstenciones son los correlatos de los actos <sup>62</sup>, afirma que las omisiones pueden ser individualizadas y tratadas como individuos lógicos y la primera pregunta que se impone es responder: ¿qué es abstenerse de hacer algo?

---

<sup>50</sup> En la doctrina civilista se sostienen las dos posturas, para algunos autores hay casos donde consideran que no hay autoría (vis absoluta o actos realizados en estados de hipnotismo), y otros donde existe autoría pero con voluntad viciada. Mientras que para otros autores la sola presencia humana en el acto lleva siempre a la autoría, pero con supuestos donde se excluye la imputabilidad o la culpabilidad. En la segunda parte de este capítulo se analizarán estas posturas.

<sup>60</sup> Carlos S. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1987, pág. 95.

<sup>61</sup> Citado por NINO en ob. cit., pág. 95.

<sup>62</sup> Los actos y las abstenciones son dos modos de acción VON WRIGHT, ob. cit. pág. 66.



Expresa von Wright (Von Wright, G. 1970 62-66) que abstenerse no es simplemente un no hacer, por ej. si alguien o algo no está dañado, abstenerse no es simplemente no hacer daño a ese alguien o algo. Tampoco el abstenerse puede ser definido simplemente como no hacer cambios. Si bien las abstenciones tienen que ver con el actuar (la acción), y el cambio, no es suficiente; von Wright introduce la capacidad y propone la siguiente definición: «Un agente, en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo si, *puede hacer* esa cosa, pero de hecho *no la hace*». Esta es una noción débil de abstenerse, en un sentido más fuerte puede decirse que: «Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar en la ocasión en cuestión»; y más fuerte aún: «Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión». Puede incluso, sentir la inclinación o tentación de hacer la acción que escoge no hacer. El concepto más estrecho de omisión de von Wright es cuando la caracteriza en el hecho de que se esperase que el agente realizara una acción o que tuviera alguna razón para hacerlo, como ser un cierto deber; cuestión esta que siempre fue debatida en la dogmática penal al caracterizar a las omisiones en razón de la acción esperada o la acción debida. La posición de von Wright, tanto en lo que respecta a la acción como a la omisión, fue motivo para ubicarlo en una postura subjetiva: depende de la conducta que se podía ejecutar, o se debía ejecutar (o sea parece que la voluntad es también necesaria para caracterizar a las abstenciones).

También -siguiendo al autor mentado- en las abstenciones tenemos cuatro (4) actos elementales: abstenerse de hacer, abstenerse de destruir, abstenerse de conservar y abstenerse de suprimir y se asocian a la idea de cambio pasivo, mientras que en los actos se asocian a la idea de cambio activo. Veamos los casos, como ejemplo utilizaré el caso de abstenerse de prestar auxilio y de abstenerse de ligar una arteria en la sala de operaciones. La abstención se simboliza con la letra f, el resto sigue igual (o sea p: estado de cosas, T: ocasión).

1. *Abstenerse de hacer*: Se abstiene de cambiar un estado de cosas, que por si mismo no cambia, o sea ***se abstiene de cambiar un mundo -p a un mundo p***. P no es ni sucede a menos que se produzca -pT-p y se deja que p permanezca ausente. f(-pTp), significa que uno se abstiene de cambiar un mundo -p a un mundo p. Por ejemplo: abstenerse de prestar auxilio, que sólo es posible si alguien lo necesita y no puede auxiliarse a si mismo. Pero el resultado de la acción de abstención es que p permanece ausente: -pT-p, o sea el auxilio no se prestó.

2. *Abstenerse de destruir*: ***Se abstiene de destruir un estado de cosas descrito por p***, que no cambia por si mismo, en una determinada ocasión. pTp: p es y permanece a no ser que se destruya, mediante la acción de abstención se deja que p se mantenga (no se destruye, deshace, aniquila).

f (pT-p), significa que uno se abstiene de destruir el estado de cosas descrito por p. El resultado de la acción de abstención es que p permanece, o sea pTp. Por ejemplo: si un médico se abstiene de destruir el estado del paciente a quien no le ligó una arteria, permanece en el mismo estado y la consecuencia es el daño que puede sufrir y provocar la muerte.

3. *Abstenerse de conservar*: ***Se abstiene de conservar el mundo o estado de cosas descrito por p***, el estado de cosas cambiará, a no ser que se lo conserve o impida el cambio mediante una acción. f(pTp) significa que se abstiene de conservar o de impedir el cambio, por lo tanto p desaparece: pT-p. Por ejemplo: si se abstiene de prestar auxilio, no se conserva o no se impide el cambio de p a -p.

4. *Abstenerse de suprimir*: ***Se abstiene de suprimir el estado de cosas descrito por p***, que cambiará, a menos que mediante una acción se lo suprima. f(-pT-p) significa que se abstiene de suprimir y como se abstiene p sucede: -pTp. Por ejemplo: El médico que se abstiene de suprimir el estado en que se encuentra el paciente al cual no le ligó una arteria, p sucede.

Se advertirá que la correspondencia entre estados y abstenciones no es uno a uno, sino de uno a dos. Por ejemplo: el

estado de cosas descripto por p puede ser el resultado de abstenerse de hacer o de abstenerse de conservar, por un lado y por otro lado puede ser el resultado de abstenerse de destruir o de abstenerse de suprimir. El resultado de la acción de abstención es que determinados cambios no tienen lugar, tal son los casos de abstenerse de hacer o abstenerse de destruir. Mientras que en los casos de abstenerse de conservar o abstenerse de suprimir, los cambios tienen lugar.

Si retomamos nuevamente las distinciones efectuadas entre: acto individual y genérico, entre resultado y consecuencias y entre acto y actividad, si además los actos y las abstenciones son dos modos de acción; podemos ahora preguntarnos lo siguiente: ¿Cuándo decimos de un agente que puede hacer -o abstenerse de hacer- algo determinado? (von Wright, G., 1970, 66-71). Aquí von Wright introduce la noción de habilidad y como criterio para determinar que un hombre puede hacer un determinado acto es que en la mayoría de las ocasiones de hacerlo lo conseguirá, o se abstendrá de hacerlo y los requisitos son: 1) Que en una determinada ocasión un cierto estado de cosas suceda como consecuencia de cierta actividad de mi parte (por ej. determinados movimientos corporales), o se abstiene de que suceda, 2) es el éxito de determinados esfuerzos, o el no-éxito por abstenerse de determinados esfuerzos, 3) no se necesita ni «saber como», ni una razonable garantía de éxito -o no éxito- con anterioridad al intento. La habilidad así entendida -como poder hacer o abstenerse de hacer, en la mayoría de las ocasiones- es independiente de las ocasiones de actuar, y se refiere a actos genéricos. Puede hacerse la distinción cuando el poder hacer se refiere a actos individuales, en estos el poder hacer se entiende como un poder hacer de logro y es siempre relativo a una ocasión de actuar.

Si entendemos el poder hacer como habilidad, ésta lleva consigo la capacidad de intentar hacer. Si puedo hacer, también puedo intentar. Y sólo se puede intentar hacer cosas o abstenerse de hacerlas, de las cuales se tiene una idea de cómo hacerlas; no puede intentarse lo que no es humanamente posible o que no se adquirió la habilidad para hacer. Si

bien, hace notar von Wright que para poder hacer una cosa el agente sabe como hacerla, que ha aprendido y a veces que adquirió la técnica necesaria, mientras que para abstenerse sólo necesita saber como hacer la cosa en cuestión, pero no requiere de aprender nada más. De acuerdo a esto, se considera autor de una abstención quien puede hacer -está dentro de sus posibilidades- una acción, y se abstiene, y si puede hacer y tiene en cuenta que está dentro de sus posibilidades, la voluntad tiene que ver en estos cálculos. En el ámbito de la responsabilidad por daños, para que una abstención genere responsabilidad, también parece que el acto omitido debe ser con voluntad para que se considere al agente de la abstención autor de la misma. Si es así, entonces la autoría se presenta como un elemento necesario en las abstenciones. Si los actos y las abstenciones son dos modos de acción, entonces de lo que se trata es de averiguar si la autoría (tanto en los actos como en las abstenciones) es un elemento necesario para atribuir responsabilidad.

Ahora: 1. ¿Es lo mismo hacer que intentar hacer algo? y 2. Intentar hacer algo y fallar ¿significa que se ha abstenido de realizar el acto? Para responder conviene precisar si intentar hacer algo es un acto o una actividad<sup>63</sup>. «Aunque hacer no implica intentar hacer, parecería que la habilidad de hacer lleva consigo capacidad de intentar hacer. Si *puedo hacer*, también *puedo intentar*». Pero la respuesta a la segunda pregunta -intentar hacer y fallar- depende de la noción de abstención. Si sólo se puede abstener de hacer lo que se puede hacer, en una ocasión determinada, el intento de hacerla y fallar, es una abstención, no se abstiene de intentar, pero si de hacer algo que está dentro de la habilidad del agente conseguir, porque hacer y abstenerse son dos modos de acción conjuntamente exhaustivos: «Si se puede hacer una cosa de-

---

<sup>63</sup> G.H. VON WRIGHT, ob. cit., p 68. Explica que cuando se intenta hacer algo es *contingente* que el intento conduzca a un resultado, porque intentar se aproxima más a actividad que a acto, mientras que del actuar es *necesario* que resulte un cambio.

terminada, en una ocasión en que hay oportunidad de hacerla, o la hará o se abstiene». En este sentido, abstenerse no comprende «abstenerse de intentar», o sea lo intenta pero falla, por lo tanto no lo hizo y como son exhaustivos sólo hay dos posibilidades: hacer o abstenerse.

### *1.3. Relaciones lógicas entre actos y abstenciones elementales*<sup>64</sup>

1. *Son mutuamente excluyentes.* Uno y el mismo agente no puede hacer y dejar de hacer la misma cosa en la misma ocasión. Por ej. el mismo agente no puede causar un daño y no causarlo en la misma ocasión. Pero sí considero que aparece otro conflicto que tiene relación con la antijuridicidad: el mismo agente puede causar un daño que estaría justificado por un actuar lícito (o sea, permitido por el sistema) y al mismo tiempo vulnerar el principio general de no dañar (o sea, prohibido por el sistema). O realiza la conducta permitida o se abstiene de la prohibida, pero no las dos al mismo tiempo. Lo que si puede el mismo agente es hacer algo en una determinada ocasión y dejar de hacer lo mismo en otra ocasión diferente. Ahora, corresponde delimitar donde y cuál es el conflicto. Decir que son mutuamente excluyentes se refiere a un problema fáctico: no se puede al mismo tiempo y en la misma ocasión hacer y no hacer. Una cuestión distinta es si el agente decide hacer o decide no hacer y cualquiera sea su decisión, el conflicto se presenta a nivel normativo; como expresa Orgaz: «Una acción jurídicamente permitida, no puede ser al mismo tiempo prohibida por el derecho». El problema aquí es con la antijuridicidad, si hace lo permitido su conducta es lícita, pero si al mismo tiempo esa misma conducta es prohibida, su conducta es ilícita y antijurídica, entonces la antijuridicidad: ¿es un elemento necesario o contingente para configurar responsabilidad por los daños causados?

---

<sup>64</sup> G.H. VON WRIGHT, ob. cit., págs. 73-75.

2. Los actos con relación a un estado de cosas son mutuamente excluyentes, un estado de cosas dado y su estado contradictorio no pueden darse en la misma ocasión. Por ej.  $d(pT-p)$  y  $d(-pTp)$ , no se puede en la misma ocasión que algo desaparezca:  $d(pT-p)$  o que algo suceda:  $d(-pTp)$ .

3. También las abstenciones son mutuamente excluyentes. Ningún agente puede en la misma ocasión, abstenerse de hacer y abstenerse de destruir, o de abstenerse de conservar y abstenerse de suprimir.

Ahora, son también los actos y abstenciones elementales *conjuntivamente exhaustivas*? Lo son, con la condición de que el agente pueda provocar y suprimir y destruir y conservar un estado de cosas dado ocurrirá necesariamente que, en una ocasión dada, provoque o se abstenga de provocar, suprima o se abstenga de suprimir, destruya o se abstenga de destruir, conserve o se abstenga de conservar dicho estado de cosas.

#### 1.4. *El análisis de las normas* <sup>65</sup>

Von Wright distingue seis componentes o partes de las normas, que son prescripciones: 1) carácter, 2) contenido, 3) condición de aplicación, 4) autoridad, 5) sujeto, 6) ocasión. También la promulgación y la sanción pertenecen a toda prescripción, pero sin ser componentes de la misma.

El carácter, el contenido y la condición de aplicación constituyen el núcleo normativo, que es una estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otros tipos de normas.

##### *Análisis de los componentes o partes de las normas.*

1) *Carácter*: depende si la norma se da para que algo *deba* (O, obligación, mandato u orden), *pueda* (P, permisión) o *tena que no* (Ph, prohibición) *ser hecho*. El que algo deba ser

---

<sup>65</sup> G.H. VON WRIGHT, ob. cit., Cap. V.

hecho es interdefinible con Ph: si es O hacer algo, está Ph no hacerlo. Lo discutible es si Permitido resulta equivalente o es interdefinible con no prohibido. Actualmente se admite la interdefinibilidad entre todos los caracteres (O, Ph, y P). En cuanto a a los Permisos y las Prohibiciones la misma es: Permitido equivale a no Prohibido ( $P = -Ph$ ) y a la inversa Prohibido equivale a no Permitido ( $Ph = -P$ ) y en lo que respecta a las abstenciones Permitido abstenerse equivale a no Prohibido abstenerse ( $P- = -Ph-$ ) y Prohibido abstenerse equivale a no Permitido abstenerse ( $Ph- = -P-$ )

Debe tenerse en cuenta que la negación anterior al carácter, niega el carácter, o sea niega lo O, Ph, o P; mientras que la negación después del carácter lo que niega es el contenido de la norma. Si decimos no Prohibido (-Ph) fumar significa que no hay norma que prohíba fumar, se niega el carácter de prohibido; en cambio si decimos Prohibido no fumar (Ph-), significa que si hay una norma que prohíbe abstenerse de fumar, o lo que es lo mismo se vuelve obligatorio fumar. La negación del contenido de la norma la transforma en una norma de abstención (prohibido abstenerse de fumar)

2) *Contenido*: es aquello que debe, puede o tiene que no hacerse; es la cosa prescripta (mandada, permitida, prohibida). Pueden dividirse en dos grupos de normas: concernientes a la acción (actos y abstenciones) y normas concernientes a la actividad<sup>66</sup>. Si su contenido consiste en un acto (d) o una abstención (f), se las puede dividir en positivas y negativas y también puede darse el caso de algunas de contenido mixto.

3) *Condición de aplicación*: es aquello que tiene que darse para que exista oportunidad de hacerlo -o abstenerse de hacerlo- que es el contenido de una norma dada. Por ej.: p describe un estado de cosas (persona o bienes que no están dañados)

---

<sup>66</sup> En algunos casos las normas prescripciones concernientes a la actividad pueden traducirse en normas concernientes a la acción, por ej. si una norma prescribe: se prohíbe fumar (que es una actividad), si estamos fumando, la norma ordena el acto de cesar de fumar y si no lo estamos, prohíbe el acto de empezar a fumar.

que permanece en una ocasión y no cambia por sí, salvo mediante una acción. La norma puede ordenar o permitir el cambio, u ordenar o permitir abstenerse de cambiar. Las condiciones de aplicación pueden ser categóricas o hipotéticas. Una norma es categórica cuando su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista la oportunidad de hacer (o abstenerse) aquello que constituye su contenido y esa condición de aplicación viene dada por su contenido. Por ej.: una norma que ordena no dañar (o tener que no: Ph), se sobreentiende que se aplica a una situación en que un estado de cosas no está dañado. Una norma es hipotética cuando su condición de aplicación no se deriva de su contenido, sino que hay que formular dicha condición. Por ej.: una norma que permite causar daños, sólo si se da alguna causa de justificación, la que debe estar expresamente formulada.

4) *Autoridad*: es el agente que produce la prescripción (norma). La autoridad ordena, permite o prohíbe a determinados sujetos hacer determinadas cosas en determinadas ocasiones. La prescripción que produce la autoridad puede llamarse *acción normativa*. Se llaman prescripciones positivas a las que emanan de un agente empírico <sup>67</sup>, sea personal o impersonal <sup>68</sup>.

5) *Sujeto*: a quienes la prescripción se dirige, a quienes se les manda, permite o prohíbe por la autoridad hacer y/o abstenerse de ciertas cosas. La prescripción es *particular* cuando se dirige a un individuo humano específico y *general* cuando se dirige a todos los hombres sin restricción o a todos los hombres que respondan a una determinada descripción. Las leyes del estado son tipo de prescripciones generales que se dirigen

---

<sup>67</sup> Hay prescripciones que se suponen tienen como autoridad y emanan de un agente super empírico (normas teónomas).

<sup>68</sup> Son impersonales las leyes del Estado, el estatuto de una Sociedad. La autoridad de una norma impersonal, está relacionada con el concepto de cargo, por el cual se confiere a su titular la potestad para emitir regulaciones para otros.



a sujetos que responden a una determinada descripción. Y si se trata de sujetos a quienes se les prohíbe dañar a otros sujetos, no puede evitarse la pregunta sobre el principio general que establece no dañar a otro, el *alterum non laedere* ¿será una prescripción dirigida a todos los hombres sin restricción? Los principios se aplican o conciernen a todos los hombres sin restricción y esta generalidad puede considerarse una característica de los principios morales, pero la duda surge en lo siguiente: si el principio general de no dañar es moral y a la vez es una prescripción que se aplica a todos los hombres sin restricción, ¿quién dicta la prescripción?, ¿quién es la autoridad moral? ¿qué naturaleza tiene la acción normativa, o sea la prescripción producida por la autoridad? ¿cómo se establece el nexo entre la autoridad normativa y el sujeto de la norma?<sup>69</sup>.

6) *Ocasión*: hace referencia a la localización (lugar o lapso de tiempo) en el cual a los sujetos de la norma, la autoridad normativa le manda, permite o prohíbe que realice el contenido normativo. Si el contenido normativo sólo puede realizarse (acto o abstención) en *una* ocasión específica, o un *número finito* de ocasiones específicas, se llama ocasión *particular*, en relación a la ocasión. Por ej.: los daños que se pueden causar en las ocasiones específicas en que opera alguna causa de justificación expresamente formulada en la norma. Si el contenido normativo puede realizarse (acto o abstención) en un *número ilimitado* de ocasiones, se llama *general*, en relación a la ocasión. Por ej. la prohibición de dañar personas o bienes, es una abstención que debe cumplirse en todos los números ilimitados de ocasiones<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Estas cuestiones serán motivo de análisis en el Capítulo III.

<sup>70</sup> Una cuestión que no se debatirá aquí, pero que en su momento generó disputas, es si las leyes del Estado para ser consideradas reglas (normas), deben ser generales en relación al sujeto o en relación a la ocasión para cumplir, por parte del sujeto, el contenido normativo.

En lo que se refiere a carácter, contenido y condición de aplicación se retomará en el capítulo siguiente

## 2. El pensamiento de González Lagier

En el trabajo citado, el autor plantea una serie de paradojas respecto de la acción y si bien su análisis es filosófico y con referencia a la dogmática penal, considero que algunas cuestiones planteadas ayudarán para despejar la noción de acción en los ilícitos civiles.

Da cuenta de las más importantes teorías de la acción que se elaboraron y como cada grupo de teorías utiliza un concepto distinto de acción, así tenemos: teorías naturalistas, teorías subjetivistas y teorías sociales.

Para las *teorías naturalistas* las acciones son exclusivamente movimientos corporales<sup>71</sup> y nos encontramos ante una acción, siempre que un cambio en el mundo haya sido producido por una voluntad (independiente del contenido de la misma); de acuerdo a esto, toda acción se compone de una fase interna: deseo o volición y una fase externa: cambio que se produce en el mundo.

Según González Lagier, las teorías naturalistas resultan insuficientes porque: a) impiden que las acciones sean objeto de valoraciones y en los sistemas jurídicos -y también en los morales- subyace una valoración de ciertas acciones, o sea no se trata de una mera identificación entre acción y movimientos corporales. Por ej.: hay acciones que si bien se ejecutan mediante movimientos corporales, el sistema no las reprocha, mientras que a otras si. Cuando el art. 1109 del Código Civil prescribe que: «Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la repa-

---

<sup>71</sup> Representada por Davidson y da lugar en la dogmática penal a la teoría causal de la acción, citado por GONZÁLEZ LAGIER, en ob. cit., págs. 153-155.

ración del perjuicio. ...», hace referencia a hechos -a ciertos movimientos corporales realizados por un agente- y subyace una valoración (de tipo subjetivo: culpa o negligencia) por la cual el sistema los reprocha y obliga a la reparación de los daños. Podemos ir más lejos, hay movimientos corporales que causan daños, pero que el sistema no los reprocha: los daños causados por un actuar justificado por el sistema<sup>72</sup>. b) también resultan insuficientes para determinar el concepto de intención (que como factor subjetivo de atribución, adquiere relevancia en la responsabilidad civil). Para Davidson, citado por González Lagier, una misma acción puede ser intencional bajo una descripción, pero no bajo otra; por ej.: Juan causa un daño a Pedro en una noche oscura, sin advertir que era su hermano. Esto puede describirse que fue intencional bajo la descripción de «Juan dañó a alguien que pasaba», pero como no intencional bajo la descripción de «Juan dañó a su hermano», y como bien señala González Lagier, la distinción entre acciones intencionales y acciones no intencionales, es algo más y no depende sólo de la descripción que hagamos (González Lagier, Daniel, 1999, 155). Por último, si las teorías naturalistas afirman que todos los cambios que proceden de la voluntad de un agente son acciones, es desmesurada; y si proporciona criterios para limitar las cadenas causales, deja de ser una teoría naturalista de la acción para disolverse en una teoría final o en una teoría social de la acción.

Otro grupo de teorías enfocan a la acción desde una perspectiva *subjetiva* y fue desarrollada por von Wright. La teoría de la acción de von Wright ya fue explicitada en el punto anterior, sólo se recuerda ahora que para este autor una acción consiste en producir un cambio en el mundo y la diferen-

---

<sup>72</sup> Si causar daños mediante acciones que resultan justificadas en el sistema, significa que no hay reproche, no sólo la ausencia de un reproche subjetivo a la conducta, sino que la acción no sería antijurídica. Pero si por alguna otra valoración o razón, se considera que el daño debe ser indemnizado, la antijuridicidad se torna vulnerable o derrotable como presupuesto para configurar la responsabilidad civil.

cia que establece entre resultado y consecuencia. En razón de esta diferencia es que González Lagier entiende que la teoría de von Wright es de corte subjetivo. En efecto, para este autor (González Lagier, Daniel, 1999, 156), el punto central de la teoría de von Wright y lo que hace que adopte una perspectiva subjetiva es que la distinción entre resultado y consecuencia es relativa a la intención del agente. Por ej.: si la intención del agente es querer abrir la ventana, el resultado es que la ventana se ha abierto, y la consecuencia es que la temperatura ha bajado (o subido, según el caso); pero si la intención del agente es querer que la temperatura baje, el resultado es que la temperatura ha bajado y que la ventana se haya abierto es un requisito causal. O sea que para saber que acción ha realizado un agente hay que interpretar su acción teniendo en cuenta cuál era su intención, vale decir desde la perspectiva del agente (por eso subjetiva). En el derecho penal este enfoque permitió desarrollar la teoría finalista de la acción. Según González Lagier, esta perspectiva permite valorar las acciones, pero al considerar sólo el punto de vista del agente, sólo se puede dar cuenta de las acciones intencionales y -como bien lo señala- «hay ocasiones en que valoramos las consecuencias no intencionales de las acciones y decimos que constituyen cosas que los agentes han hecho, esto es, hablamos de acciones no intencionales, o que van más allá de la intención del agente» (González Lagier, Daniel, 1999, 157). En el ámbito de la responsabilidad civil, valorar que tipo de acción cometió el agente según su intención, puede ser aplicada cuando se imputa responsabilidad utilizando factores subjetivos de atribución, por ej.: si el obrar del agente fue negligente, no puso la debida atención y omitió las diligencias que su actuar exigía (culpa) y provoca daños físicos a otro agente y que producen su muerte, la acción que cometió el agente sería lesión a la integridad física (resultado) y la muerte sería una consecuencia de esa acción. Este punto de vista, podría tenerse en cuenta si resultan de aplicación los arts. 1069, 2º apartado y 1109, 2º apartado. Pero cuando se atribuye responsabilidad en razón de factores objetivos de atribución, lo que se valora son las consecuencias del actuar del

agente y no su intención, por lo cual definir, no la acción en sí, sino que tipo de acción se realizó, según la intención del agente no resulta útil.

Por último, la acción puede definirse desde un punto de vista *social*, que en su momento fue sostenido por Hart <sup>73</sup>. El punto de partida de Hart es que «... el análisis filosófico del concepto de acción humana ha sido inadecuado y confuso, debido, al menos en parte, a que las oraciones de la forma «El lo hizo» han sido consideradas tradicionalmente como primariamente descriptivas, cuando su principal función es la que propongo llamar adscriptiva: ésta consiste, literalmente, en la adscripción de responsabilidad por acciones, así como la principal función de las oraciones con la forma «Esto es suyo» es adscribir un derecho de propiedad». Expresa González Lagier que: Las atribuciones de responsabilidad que se realizan a través de la referencia a las acciones dependen de ciertas reglas (no necesariamente jurídicas, sino también morales o sociales) que establecen cuáles son las condiciones para atribuir responsabilidad y cuáles son las «defensas» frente a esa atribución. Por ello, el concepto de acción es considerado por Hart como un concepto social que, como otros conceptos, como el de propiedad, depende lógicamente de reglas de conducta generalmente aceptadas (González Lagier, Daniel, 1999, 158). Esta noción, en principio, parece resultar adecuada para adscribir responsabilidad en el ámbito civil, ya que de acuerdo a determinadas reglas del sistema se imputa o atribuye la obligación de reparar los daños, sea en virtud de un factor subjetivo u objetivo de atribución. Pero el problema de la perspectiva social, como lo señala González Lagier, es que los únicos criterios válidos para interpretar las acciones, son los constituidos por las reglas sociales y con ello se desatiende a las acciones intencionales, o sea se deja de lado el elemento subjetivo o interno de intención; la misma sería inferida a

---

<sup>73</sup> En un artículo publicado en 1949, titulado "The Adscription of Responsibility and Rights". Citado por GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pág. 157.

partir del comportamiento, de la observación externa de la conducta del agente. Para el autor mentado (González Lagier) el sentido externo u objetivo de intención es secundario respecto del interno o subjetivo, expresa que el concepto externo u objetivo de intención sólo tiene sentido si existe una intención interna y sólo es válido en la medida en que aspira a reflejar esa intención interna (González Lagier, Daniel, 1999, 160). Conforme a esta línea de argumentación, el concepto externo u objetivo de acción podría presentar dificultades cuando se imputa responsabilidad en razón de un factor subjetivo de atribución.

De acuerdo a lo expresado, cada grupo de teorías tendrían problemas para expresar ciertos aspectos de la acción: las naturalistas, para valorarlas; las subjetivistas para dar cuenta de las acciones no intencionales y las sociales para dar cuenta de las acciones intencionales. Estas dificultades, también se advierten -como ya se expresó- en el ámbito de la responsabilidad civil.

Frente a las dificultades mencionadas, la propuesta de González Lagier es construir un esquema general de los casos centrales de acciones y no distinguir sólo aspectos de la acción. Para ello busca cuales son los elementos que se encuentran presentes en un buen número de acciones y destaca los siguientes (González Lagier, Daniel, 1999, 165-172): **1. *Secuencia de movimientos corporales:*** No hay acción sin movimientos corporales. Esto significa, al menos, dos cosas: desde el punto de vista del observador, lo único que vemos cuando un agente actúa es una secuencia de movimientos de su cuerpo, que interpretamos de una u otra forma, y desde el punto de vista del agente los movimientos corporales son el único medio que tiene para generar acciones. Ahora si queremos excluir los actos reflejos, que también se manifiestan mediante movimientos corporales, del esquema general de los casos centrales de acciones, debemos exigir que tales movimientos sean voluntarios; o sea que se realicen con una determinada intención, sea cual fuese ésta. O sea exige una conexión entre voluntariedad e intención.

**2. Cambio en el mundo:** La cantidad de movimientos corporales que forman parte de una acción son todos aquellos que operan como condición suficiente para producir un cambio en el mundo. Ahora esto merece alguna explicación, que se relaciona con lo que se entienda por «cambio». En primer lugar todas las acciones se relacionan conceptualmente con un cambio en el mundo, la relación es conceptual porque la acción se define a partir del cambio.

Para González Lagier uno de los requisitos -en el sentido que toma el término acción- es que se predica exclusivamente de seres humanos, o sea se refiere a sucesos humanos, a movimientos corporales que producen un cambio en el mundo, pero considera que hay que dar cuenta de una conocida distinción entre dos tipos de acciones: naturales e institucionales, por lo que los cambios también pueden ser naturales o institucionales. Los cambios naturales se producen con independencia de la existencia de reglas (muerte, movimiento sísmico, pedrea), mientras que los segundos dependen de la existencia de reglas (matrimonio).

Ahora bien, debemos tener presente que los cambios naturales pueden generar consecuencias jurídicas, si la existencia de reglas así lo determina. O sea que tenemos: acciones naturales que generan cambios naturales, y pueden generar consecuencias jurídicas, ej.: una cosecha resulta dañada por la caída de piedra, pero está asegurada; la acción no depende de la existencia de reglas, pero la existencia de reglas atribuye consecuencias jurídicas a esa acción. Y por otro lado acciones que para generar una consecuencia jurídica, dependen de la existencia de reglas y si bien el autor ahora mentado las llama institucionales, son producidas por un acto humano que mediante algún movimiento corporal o pronunciar determinadas palabras pueden generar un cambio institucional si así lo dispone una regla, ej.: el matrimonio (se pasa del estado de soltero a casado) o cuando mediante determinados gestos, palabras o movimientos se causa daño moral o patrimonial a una persona o a sus bienes, y la existencia de reglas genera la obligación de indemnizar.

**3. Vínculo o relación entre los movimientos corporales y el cambio en el mundo:** Este vínculo es la relación causal, que cuando se trata de acciones naturales el vínculo se establece entre el hecho y el cambio en el mundo. Cuando el cambio es institucional (matrimonio) la relación o vínculo es convencional o normativo y también en el ámbito de la responsabilidad civil la relación es convencional o normativa, porque existe una regla que prescribe que si se da una relación causal entre ciertos hechos (que pueden ser movimientos corporales) y el cambio que producen (debe haber causado daños), genera la obligación de repararlos.

**4. La intención:** Con relación a este elemento, González Lagier realiza una distinción y establece las relaciones entre las acciones voluntarias y las acciones intencionales. Para ello analiza y distingue entre acto-básico, acto-resultado y acto-consecuencia y encuentra tres sentidos distintos de «voluntariedad» (entendida como algo distinto de «intencionalidad»). Expresa: «Un acto-básico voluntario es aquél que tiene su origen en una volición, un acto-resultado voluntario es aquél que ha sido realizado libremente (sin coacción), habiendo cursos de acción alternativos (incluyendo la omisión); y un acto-consecuencia voluntario es aquél que es consecuencia de un acto intencional, pero no es él mismo intencional» (González Lagier, Daniel, 1999, 170).

Pero esta distinción no nos resulta muy útil en el ámbito de la responsabilidad civil, debido a que la intención no es separable de la voluntad, sino un elemento de la misma, junto con el discernimiento y la libertad, así lo prescribe el art. 897 del Código Civil: «Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.» Mediante interpretación a contrario, se juzgan involuntarios los hechos ejecutados sin discernimiento, o sin intención, o sin libertad; la dogmática civilista distingue qué resulta excluido cuando falta alguno de estos presupuestos, lo que será motivo de tratamiento en la segunda parte de este capítulo. Si considero oportuno recordar que si resultan excluidos algunos de estos tres elementos los hechos ejecu-



tados no producen por si obligación alguna (art. 900 Código Civil). Pero puede atribuirse responsabilidad en virtud de un factor objetivo de atribución, prescribe el art. 907: «Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.» Asimismo recordar que la intención resulta útil para valorar si el ilícito civil se realizó con dolo o culpa y en su caso, puede el juez aplicar los arts. 1109 y 1069 (segundos apartados) <sup>74</sup>.

**5. Interpretación o significado de las acciones:** Es el proceso de búsqueda de su significado que permite subsumirlas en una u otra clase de acción. Si la interpretación la hacemos desde el punto de vista del agente, se tratará de averiguar cual fue su intención y conforme a ello clasificarla. En cambio si nos ubicamos desde el punto de vista de un tercero, la interpretación se realiza de acuerdo a determinadas reglas y pautas, el interés se concentra más en las consecuencias del actuar que en la intención del agente. En el ámbito de la responsabilidad civil, encontrar el significado o interpretar la acción, parece depender del factor de atribución que se utilice, si es subjetivo el punto de vista es el del agente y si es objetivo el punto de vista se concentra en la víctima y en encontrar razones que justifiquen ordenar la indemnización de los daños causados y no tener que soportar la víctima las consecuencias dañosas de acciones no intencionales.

---

<sup>74</sup> En ambos casos, sea para ejercer la acción de reintegro por uno de los coautores contra el o los otros partícipes (agregado al 1109), como la facultad concedida al Juez para atenuar la indemnización (agregado al 1069) se exige que el actuar del (o los) autores del daño, no haya sido doloso.

### 3. El pensamiento de Carlos S. Nino <sup>75</sup>

La pretensión de Nino, así lo expresa en las palabras iniciales de la obra citada, es ir un poco más allá del análisis del lenguaje ordinario y abordar una reconstrucción conceptual para intentar esclarecer cuestiones filosóficas de diversa índole. Es así que en el Capítulo I, plantea que la materia de la acción no conforma una disciplina autónoma, sino una especie de patio común a diversos departamentos filosóficos. En la teoría de la acción se deben enfrentar problemas ontológicos, tiene relevancia en la filosofía de la ciencia, en la teoría del conocimiento, se conecta con la filosofía del lenguaje y es central en diferentes ramas de la filosofía práctica -la ética, la filosofía del derecho y la filosofía política-. En el ámbito de la responsabilidad expresa:... siendo la teoría de la responsabilidad uno de los núcleos centrales de las diferentes áreas de la filosofía práctica, ellas deben encarar irremediamente la vieja cuestión de en que medida la adscripción de responsabilidad presupone un cierto tipo de libertad para actuar y hasta qué punto ese grado de libertad es compatible con la naturaleza del hombre y la estructura del mundo» (Nino, Carlos, 1987, 13).

Trabaja la problemática de la acción identificando algunas preguntas básicas que, a su vez, incluyen varias subpreguntas. De todas ellas, se analizarán con más detenimiento las que aporten y arrojen luz en el ámbito de la responsabilidad civil. Las preguntas básicas son: 1. Cuándo hay acción. Algunas de las subpreguntas son: a) relación entre acción y movimiento corporal, b) distinguir la acción de otros comportamientos, como los actos reflejos, c) concepto de voluntariedad. 2. Identificación de que tipo de acción el individuo realizó. 3. Individualización de acciones. 4. Modalidad de acciones. Se plantea aquí cuándo una acción es intencional y la cuestión de la acción omisiva. 5. Causalidad de la acción: se relaciona con las consecuencias de

---

<sup>75</sup> Carlos S. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

la acción. 6. Libertad para actuar vis a vis. 7. Razones para actuar. 8. Valoración de las acciones.

De las preguntas básicas mi interés radica, conforme al proyecto de esta investigación, en cuándo hay acción y las subpreguntas que surgen; o sea lo relativo a acción intencional y las omisiones. En cuanto a la libertad, en el Capítulo IV se hará referencia a «libertad y responsabilidad».

### *Cuándo hay acción*

Me interesa en este punto, tener presente lo que expresa Nino en el sentido de: «... la idea sería entonces que cuando hablamos de acciones físicas comisivas nos referimos siempre a movimientos corporales, aunque a veces los identifiquemos no por sus características morfológicas sino por sus efectos, las circunstancias del contexto en que se desarrollan, las reglas que satisfacen, los motivos e intención con que se llevan a cabo, etc...»<sup>76</sup>. Aquí el punto que considero central y del cual es posible extraer alguna conclusión para confrontar con la dogmática ius privatista, es la relación entre acción y movimientos corporales y cuando una acción puede entenderse voluntaria. Es por ello que desarrollaré en este apartado lo que Nino llama:

### *La voluntariedad de las acciones*<sup>77</sup>

Resulta interesante destacar en este punto que la concepción de las acciones que exige que ellas resulten de movimientos del cuerpo, no rechaza la idea de que hay tres tipos

---

<sup>76</sup> Carlos S. NINO, ob. cit., pág. 26. Lo que trata Nino es de establecer cuáles fenómenos constituyen ingredientes necesarios de toda acción y si bien la identificación de acciones con movimientos corporales recibió objeciones, incluso de los linguistas, por la ambigüedad de la expresión movimientos corporales, parece que una concepción de las acciones exige que resulten de movimientos del cuerpo.

<sup>77</sup> Carlos S. NINO, ob. cit., Capítulo III.

de fenómenos asociados con la acción humana y son: a) movimientos corporales del agente, b) eventos psicológicos, como ser voliciones o intentos, que causan tales movimientos corporales, c) cambios en el mundo diferentes a los movimientos corporales y que están causados por tales movimientos. Pero debe proporcionarse algún criterio o característica para distinguir los movimientos corporales involuntarios de los voluntarios o de las acciones voluntarias.

Da cuenta Nino de la ambigüedad de los adjetivos «voluntario» e «involuntario», según el contexto en que se los use, así, voluntario puede significar: a) que la acción a la que se aplica no es obligatoria de acuerdo a preceptos jurídicos, morales, etc., por ej.: de acuerdo a este sentido, pagar un impuesto no es un acto voluntario, b) que la acción de que se trata fue realizada con agrado o espontáneamente o con buena voluntad, por ej.: donar sangre para un familiar, c) que la acción sea intencional, por ej.: sólo quería encender un cigarrillo, mi acción de alertar al enemigo prendiendo un fósforo fue involuntaria. O sea realizó una acción con una intención determinada, pero produjo -además- otro efecto no querido por el agente, que puede considerarse involuntario, d) que «voluntario» sirve para distinguir a las acciones o movimientos que resultan de ellas, de movimientos que no sólo no son intencionales, sino que ni siquiera son acciones (caso de movimientos reflejos).

En esta relación entre movimientos corporales y voluntad, Hart, citado por Nino, distingue casos de involuntariedad consciente y casos de involuntariedad inconsciente. Entre los primeros se ubican los casos: cuando una persona es forzada por otra (ej.: una persona es empujada contra una vidriera), cuando el movimiento corporal es debido a una enfermedad y casos en que se producen contracciones musculares reflejas. Entre los segundos, se ubican los movimientos realizados durante el sueño, o estados de inconsciencia debido a causas como embriaguez, epilepsia. Ahora este criterio para establecer la involuntariedad consciente de la inconsciente puede resultar dudoso en otras situaciones como por ej.: casos de trastorno y disminución de la capacidad mental.

Ahora el criterio que subyace para determinar los casos de involuntariedad, encontró dos explicaciones: una en la doctrina tradicional <sup>78</sup> y consiste en sostener que una acción es voluntaria cuando los movimientos corporales que la constituyen están causados por un fenómeno mental que se suele denominar «acto de voluntad» o «volición». Para sus sostenedores una acción es un comportamiento corporal producido por el dominio de la voluntad sobre el cuerpo.

La otra explicación para calificar a una conducta como involuntaria, surge a raíz de una crítica a la concepción tradicional y se la conoce como concepción antivolicionista <sup>79</sup>, para quienes los fenómenos mentales no se los puede tratar como si fueran fenómenos análogos a los físicos pero de índole inmaterial, sino que responden a criterios de significado radicalmente diferentes a los que se refieren a fenómenos como el movimiento de una mano. Para esta concepción la calificación de una conducta como involuntaria no depende de una supuesta quiebra de la conexión causal entre el comportamiento y la volición, sino que -dicha calificación- se establece con referencia a las aptitudes y oportunidades del sujeto. O sea si se produce un quiebre de la volición y el comportamiento corporal, no necesariamente la conducta es involuntaria; sino que sería involuntaria cuando el sujeto con referencia a sus aptitudes y oportunidades no sabía como actuar correctamente o que fue víctima de hechos de coerción; mientras que sería voluntaria si el sujeto sabía como actuar correctamente, que se le enseñó a hacerlo, que comúnmente lo hacía. Desde esta concepción, una de las objeciones que hace Ryle a la doctrina tradicional <sup>80</sup> es que de las voliciones,

---

<sup>78</sup> Articulada por Descartes, introducida al mundo jurídico por John Austin y en el área del delito por Ernst Belling, citados por NINO en ob. cit., pág. 37.

<sup>79</sup> Postura de WITTEGESTEIN, ANSCOMBE y RYLE, citados por NINO, ob. cit., pág. 37.

<sup>80</sup> Citado por NINO, en ob. cit., pág. 38.

no puede decirse que fueron fuertes o débiles, rápidas o lentas, dificultosas o fáciles; el lenguaje común carece de términos para referirse a ellas; tampoco se pueden llegar a conocer directamente las voliciones de otros, por eso toda valoración o explicación de las mismas se basa en meras conjeturas. Otra objeción a la doctrina tradicional<sup>81</sup> que si bien no se relaciona directamente con el objetivo de esta investigación, pero si en general para el razonamiento de la dogmática ius privatista, es la siguiente: la causa de cierto evento (por ej.: la causa que produce un daño) debe poder ser descripta con independencia del evento (o sea la causa que produce un daño debe poder ser descripta con independencia del daño), si eso no es posible entonces la relación entre la causa y el evento sería lógica y no causal.

La idea es la siguiente: para la doctrina tradicional una acción es voluntaria cuando los movimientos corporales que la constituyen están causados por un acto de voluntad; o sea el movimiento corporal no puede describirse independientemente de la volición, y si ese movimiento corporal produce cierto evento, la relación entre ese evento y la volición que le sirvió de causa es lógica. Mientras que para la concepción antivolicionista, el evento debe poder ser descripto con independencia de la volición que le sirvió de causa, la relación entre el evento y la volición es causal. Ahora, cuando en la responsabilidad por daños se alude a la relación de causalidad, la pregunta sería: ¿se estará pensando en una relación lógica o en una relación causal entre la «volición» y el daño producido? Si nos dejamos llevar por la expresión «relación de causalidad», parece que la relación es causal; o sea que debe poder ser descripto el efecto, el evento (daño) con independencia de la volición. Como en la presente investigación, la relación de causalidad no es motivo de análisis, no se indaga sobre el pensamiento de los juristas ius privatistas en esta cuestión, la que adquiere relevancia cuando se utilizan factores subjetivos de atribución.

---

<sup>81</sup> Formulada por MELDEN, citado por NINO en ob. cit., pág. 38.

Otra objeción a la doctrina tradicional proviene de Hart<sup>82</sup>, quien también sostiene que esta doctrina no cubre el caso de las omisiones: «Cuando alguien queda de pronto paralizado y, a causa de ello, omite realizar algo que debe hacer, no podemos explicar la deficiencia sabiendo que hay movimientos corporales que no fueron causados por la voluntad del agente; y, si modificamos el criterio para estipular que una omisión es involuntaria cuando la falta de movimientos corporales no fue causada por un deseo de no realizarlos, tendríamos la consecuencia desagradable de que sólo las omisiones deliberadas serían voluntarias (con lo que el ámbito de la responsabilidad se restringiría considerablemente)». O sea si describimos que una omisión es voluntaria con el criterio que «se omitió porque hubo un deseo voluntario de omitir», todas las demás omisiones pasan a ser involuntarias y esto reduciría el campo de aplicación de la responsabilidad.

Frente a estas objeciones, se pregunta Nino, cuál sería un criterio alternativo y defendible para distinguir la acción voluntaria de los movimientos corporales y de la falta de tales movimientos (omisiones). La concepción antivolicionista también fue objetada, sobre todo por el intento de explicar las acciones voluntarias en términos de aptitudes y ausencia de ciertas circunstancias como la violencia. Por ej.: porqué en vez de ausencia de violencia, no se podría aludir a otras circunstancias como ausencia de influencia propagandística? Sólo porque la primera genera ciertos movimientos, y no así la segunda?. Esto generó una revisión de sus presupuestos por parte de los antivolicionistas y a su vez un retorno del volicionismo con nuevos criterios. Así Mackie<sup>83</sup> considera que para que una acción comisiva sea voluntaria es suficiente con que incorporen algún movimiento que es apropiado para satisfacer un deseo que lo genera causalmente. En relación a las omisiones sugiere un concepto de voluntariedad más dé-

---

<sup>82</sup> Citado por NINO, en ob. cit., pág. 39.

<sup>83</sup> Citado por NINO, en ob. cit., pág. 43.

bil y negativo, según el cual las omisiones son voluntarias cuando la falta de ejecución del acto omitido fue causada por la ausencia de un deseo suficientemente fuerte.

Los criterios para determinar cuándo una acción y cuándo una omisión son voluntarias o involuntarias, se siguen discutiendo en las áreas filosóficas.

Otro aspecto que consideré relevante es el relativo a la «intencionalidad de la acción» y la diferencia que parece puede establecerse entre voluntad e intención, cuestión que resulta bastante extraña a la dogmática *ius privatista*, ya que la intención en uno de los elementos internos de la voluntad conforme a lo prescripto en el art. 897 del Código Civil, ya transcripto; por lo que aparece como poco útil presentar diferencias entre ambas. De todos modos, quizás el intento no resulte infructuoso.

### *Intención y voluntad*

Si bien se alude a distintos enunciados que se refieren a acciones intencionales, la atención se centra en los que se refieren a enunciados que predicen la intención de una acción, por ej.: Pedro golpeó a Juan intencionalmente. Determinar la intencionalidad de una acción es relevante para calificar la conducta del agente y su tipificación jurídica, que puede ser a título de dolo o culpa.

Ahora bien, algunos autores en el ámbito filosófico<sup>84</sup>, establecen diferencias entre intencionalidad y voluntad, que radica en lo siguiente: la *voluntariedad es una propiedad subjetiva de las acciones*, en el sentido que indica una condición necesaria de toda acción; ya se indicaron las dos concepciones en pugna para determinar cuando una acción es voluntaria, y como varían los criterios, según si la voluntariedad o no

---

<sup>84</sup> Entre ellos NINO, ob. cit., pág. 69.



de la acción puede ser descrita de manera independiente de los movimientos corporales y el evento o efecto que tales movimientos producen.

Mientras que la *intención es sensible a la descripción de la acción que se toma en cuenta*: una misma acción puede ser intencional bajo una descripción, pero no bajo otra; por ej.: Juan en una noche oscura golpea a otro hombre (le causa daños), sin advertir que era su hermano. La pregunta: ¿causó Juan daños intencionales a su hermano? Si describimos la situación mediante el enunciado: «Juan golpeó a su hermano en una noche oscura y le causó daños», es intencional, pero si la describimos mediante el enunciado: «Juan golpeó a su hermano en una noche oscura, sin advertir que era su hermano, y le causó daños», no sería intencional los daños causados a su hermano. La acción fue voluntaria, pero no intencional respecto del daño causado a su hermano; si bien fue voluntaria y también intencional respecto de causar daños en general. Si bien esta distinción puede y lo es, más relevante en el derecho penal, en la indemnización de los daños podría tener influencia en el momento de determinar la indemnización, que según el caso, el juez puede aplicar el agregado al art. 1069 o el agregado al art. 1109. Es posible que también para los casos en que determinadas consecuencias sólo se deben indemnizar si los daños se causaron con dolo<sup>85</sup>, o en lo daños tarifados como los accidentes aeronáuticos, en los cuales si se prueba el dolo se puede exigir, un monto indemnizatorio mayor que el establecido en la tarificación.

Sobre esta base, en el sentido que una acción puede ser intencional mediante una descripción, pero no intencional bajo otra descripción; el concepto de acción también se conecta con las creencias y los deseos del agente. Nino, luego de analizar la

---

<sup>85</sup> El art. 521 prescribe que: “Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del art. 505”. La doctrina discute si el término malicioso debe entenderse como doloso.

relación entre la intencionalidad de una acción y las creencias y deseos del agente, que proponen Goldman y Davidson, formula una estructura de cómo sería un razonamiento práctico que racionaliza una acción intencional y sugiere una caracterización de cuando una acción es intencional.

Una estructura de un razonamiento práctico puede ejemplificarse con estos enunciados (Nino, Carlos, 1987, 73-74):

- a) Matar a Pedro es deseable.
- b) Hacer que alguien ingiera veneno es un medio generalmente adecuado para provocar su muerte.
- c) Suministrar veneno a Pedro es deseable.
- d) Poner arsénico en el café que alguien beberá es un medio adecuado para hacer que él ingiera veneno.
- e) Poner arsénico en el café que Pedro beberá es deseable.
- f) Sirvo a Pedro esta taza de café con arsénico; él la beberá. Esta es una acción de servirle a Pedro una taza de café con arsénico.
- g) Esta es una acción *prima facie* deseable.
- h) Esta es una acción que no tiene probablemente propiedades que la hagan más indeseable *prima facie* de lo que es deseable *prima facie*.
- i) Esta es una acción concluyentemente deseable.

Tomando como base esta estructura de razonamiento, Nino sugiere una caracterización de cuando una acción es intencional, así expresa: «Una acción es intencional bajo cierta descripción cuando (i) todas las creencias y pro-actitudes del agente que forman parte relevante de una explicación causal de tal acción bajo esa descripción, consisten en la adhesión a ciertos enunciados que constituyen todas las premisas no superfluas de una inferencia práctica, que concluye válidamente en un enunciado que el agente endosa con su acción efectivamente ejecutada y que predica la deseabilidad concluyente de esta acción identificada demostrativamente; (ii) la descripción de la acción que se toma en cuenta para predicar intencionalidad debe figurar en una premisa no superflua de la inferencia que predique la deseabilidad de la ac-

ción, o en un enunciado del mismo tipo que esté implicado lógicamente por tal premisa; (iii) los enunciados que establecen que ciertas propiedades de la acción que el agente cree con certeza que ella posee, contribuyen a que la acción tenga también las propiedades que la hacen deseable, deben ser enunciados verdaderos; (iv) la premisa fáctica que predica de la acción identificada demostrativamente que tiene con certeza ciertas propiedades debe ser verdadera o implicar lógicamente un enunciado verdadero.

## **Conclusiones**

En esta primera parte, la pretensión fue desarrollar cuestiones relativas a la acción, la abstención, los permisos y la voluntariedad. A partir de ello formular algunas conclusiones. Por lo tanto las afirmaciones siguientes se emiten teniendo en cuenta los autores trabajados, los puntos en los que se encontró coincidencia y se señalan las diferencias. Por último, me corresponden las tesis que formularé respecto a la autoría y la acción, en la Segunda Parte de este Capítulo

En relación a esta primera parte, formulo las siguientes conclusiones:

### **1. Relativas a la acción**

1.1. Toda acción produce un cambio en un estado de cosas.

1.2. Las acciones que producen cambios pueden ser de dos tipos: naturales o institucionales (González Lagier). Los cambios que se producen por acciones naturales, se generan con independencia de reglas (muerte, movimiento sísmico, caída de pedrea), por mi parte, agrego que la existencia de reglas puede atribuir consecuencias jurídicas a los cambios producidos por acciones naturales.

Los cambios que se producen por acciones institucionales dependen siempre de la existencia de reglas (matrimonio). Por mi parte, agrego que este tipo de acciones requieren de ciertos hechos, como pronunciar determinadas palabras o realizar algún movimiento corporal.

1.3. La acción realizada se expresa mediante una *proposición*, que en general siempre es particular, pero puede ser individual o genérica, según si se hace o no referencia a la *ocasión* en que la acción se realizó (Von Wright).

1.4. Con referencia a las acciones que se producen mediante movimientos corporales (las llamaré humanas), es necesaria la noción de acto humano y agente específico (Von Wright). *Un acto individual es la realización de un acto genérico (por ej.: dañar) en una ocasión específica por un agente específico.*

1.5. La relación o el nexo entre el *acto*, que requiere de una acción, y el *cambio* que se produce en el estado de cosas es *intrínseco o lógico*. O sea mediante la acción se produce un resultado, que es el cambio en el estado de cosas: el acto de dañar exige lógicamente que el daño se produzca (resultado). La relación es intrínseca o lógica porque no se puede describir el resultado con independencia del acto. Pero la relación o el nexo entre el *resultado* y las *consecuencias* que éste genera, es *extrínseca o causal*, o sea el resultado es un cambio en un estado de cosas; ese cambio puede generar consecuencias de distintos tipos y la relación es extrínseca o causal porque es posible describir esas consecuencias con independencia del acto que las generó. En el ámbito de la responsabilidad civil, se puede formular de la siguiente manera: el hecho y que de él se produce un resultado (daño), ambos forman parte del supuesto de hecho; constituyen una unidad inescindible, por eso la relación es intrínseca o lógica, no se puede describir el resultado (daño) con independencia del hecho que lo produjo. Ahora, la consecuencia de ese resultado consiste en la obligación de indemnizar el daño y para determinar qué tipo de daños y establecer su cuantía, es necesario apelar a una «relación» entre el hecho y su resultado, o sea acreditar un nexo

de causalidad adecuada, lo que determinará hasta donde llega la consecuencia indemnizatoria y aquí la relación es extrínseca o causal, o sea se puede describir la consecuencia (indemnizar) con independencia del hecho, o sea, puede separarse: por un lado hecho y resultado (nexo intrínseco) que conforman el supuesto de hecho y por otro lado hecho y consecuencia (nexo extrínseco), que consiste en la obligación de indemnizar y no necesariamente del hecho y su resultado surge la obligación de indemnizar todas las consecuencias, sino sólo aquellas que acrediten una relación adecuada de causalidad, conforme a las normas del Código Civil.

1.6. Los actos elementales que producen cambios elementales en un estado de cosas, que por sí solo no cambia, sino que necesitan de una acción, son cuatro: destruir, hacer, conservar o suprimir.

## **2. Respecto a la voluntad y la acción**

2.1. Las acciones son exclusivamente movimientos corporales y nos encontramos ante una acción, siempre que un cambio en el mundo haya sido producido por una voluntad (independiente del contenido de la misma). Toda acción se compone de una fase interna: deseo o volición y una fase externa: cambio que se produce en el mundo. (teorías naturalistas) Se objeta a esta teoría que impide valorar las acciones.

2.2. Para saber qué acción ha realizado un agente hay que interpretar su acción teniendo en cuenta cuál era su intención (perspectiva subjetivista, que se adjudica a von Wright). Se objeta que sólo se puede dar cuenta de las acciones intencionales.

2.3. El concepto de acción es un concepto social que depende de reglas de conducta generalmente aceptadas, que permiten adscribir responsabilidad por determinadas acciones (teoría de la acción desde el punto de vista social, soste-

nida por Hart). Se le objeta que al considerar sólo el punto de vista social, se desatiende a las acciones intencionales.

2.4. Para establecer diferencia entre acciones voluntarias y acciones intencionales, se puede recurrir a distintos sentidos de la expresión «acción voluntaria» (postura de González Lagier), entendida como algo distinto a la intencionalidad. Así, la voluntariedad puede ser entendida en un acto-básico como que el origen del acto es una volición; en cuanto al acto-resultado como que el acto se realizó sin coacción y en cuanto al acto-consecuencia como que el acto voluntario es, a su vez, consecuencia de un acto intencional. Según esta postura, entiendo que el acto puede distinguirse entre básico, resultado y consecuencia y todos son voluntarios en algún sentido, pero en las consecuencias del acto, puede darse que sea voluntario y además intencional o no intencional, tal el caso de prender un fósforo para encender un cigarrillo (voluntario) pero con ese acto, además, se arroja el fósforo y arde un campo (se producen daños) y esa no era su intención.

2.5. La diferencia entre intencionalidad y voluntad radica en lo siguiente: la *voluntariedad es una propiedad subjetiva de las acciones*, en el sentido que indica una condición necesaria de toda acción. Mientras que la *intención es sensible a la descripción de la acción que se toma en cuenta*: una misma acción puede ser intencional bajo una descripción, pero no bajo otra (Postura de Nino).

Formulo la siguiente conclusión: *Para que se configure una acción se requiere: (i) que un agente empírico realice movimientos corporales, (ii) que dichos movimientos produzcan un cambio en un estado de cosas, (iii) que el agente actúe con voluntad, entendida como una propiedad subjetiva de las acciones, sea en el sentido de que el origen del acto es una volición, o que el acto se realizó sin coacción, (iv) la acción voluntaria, puede ser intencional bajo cierta descripción, pero no intencional bajo otra descripción.*

### 3. Relativas a las abstenciones

3.1. Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión (Von Wright)

3.2. La abstención es un modo de la acción y también produce cambios elementales, que son: abstenerse de hacer, abstenerse de destruir, abstenerse de conservar y abstenerse de suprimir; los que se asocian a la idea de cambio pasivo (Von Wright). Para otros la abstención es una negación de la acción.

3.3. Hacer y abstenerse son dos modos de acción conjuntamente exhaustivos. Por lo tanto intentar hacer y fallar es una abstención, el abstenerse no comprende «abstenerse de intentar». (von Wright)

Formulo la siguiente conclusión: *Para que se configure una abstención se requiere: (i) que el agente no realice la acción que sabe que puede ejecutar en una ocasión determinada, (ii) que en su elección de no hacer la acción en cuestión, decida con voluntad, (iii) los actos y las abstenciones son mutuamente excluyentes, no hay una tercera posibilidad, o hace o se abstiene, por lo tanto el intento de hacer y fallar, se considera una abstención.*

### 4. Respecto a los componentes de las normas

4.1. Pueden distinguirse seis componentes o partes de normas, que son prescripciones: a) carácter, b) contenido, c) condición de aplicación, d) autoridad, e) sujeto, f) ocasión. Los tres primeros constituyen el núcleo normativo (Von Wright).

4.2. El carácter de la norma depende si se da para que algo deba hacerse u omitirse (O) obligación, mandato u orden; pueda hacerse u omitirse (P) permisión o tenga que no hacerse u omitirse (Ph) prohibición ser hecho. El contenido es aquello que debe, puede o tiene que no hacerse; es la cosa

prescripta (mandada, permitida, prohibida). La condición de aplicación es aquello que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello -o abstenerse de hacerlo- que es el contenido de una norma dada. La autoridad es el agente que produce la prescripción (norma) que ordena, permite o prohíbe a determinados sujetos hacer determinadas cosas en determinadas ocasiones. Sujeto son aquellos a quienes la prescripción se dirige, a quienes se les manda, permite o prohíbe por la autoridad hacer y/o abstenerse de ciertas cosas. La ocasión hace referencia a la localización (lugar o lapso de tiempo) en el cual a los sujetos de la norma, la autoridad normativa le manda, permite o prohíbe que realice el contenido normativo.

4.3. Las normas que tienen el carácter de «debe» y las que tienen el carácter de «tiene que no», o sea los mandatos y las prohibiciones, son interdefinibles: lo que debe hacerse es lo que no tiene que dejar de hacer y viceversa, lo que debe dejarse de hacer es lo que tiene que no hacerse (Von Wright). Debe abstenerse de dañar es lo mismo que decir que tiene prohibido dañar. También decir que debe reparar los daños es idéntico a decir que no puede dejar de repararlos. Las normas que prescriben mandatos o prohibiciones son normas-obligación.

4.4. Las normas que prescriben permisos se las llama normas permisivas. Respecto a si las prescripciones permisivas son interdefinibles con las prescripciones que imponen mandatos y prohibiciones o tienen un status independiente, depende de cómo se considere a los permisos. En este sentido von Wright divide a los permisos en fuertes y débiles. Un acto está permitido en sentido fuerte, sino está prohibido, pero ha sido sometido a norma, o sea es un carácter de las normas, en este caso es interdefinible con las prohibición: decir que un acto está permitido por una norma es lo mismo que decir que ese acto no está prohibido, lo que no tiene que dejar de hacerse, es porque está permitido hacer. Un acto está permitido en sentido débil, cuando no es un carácter de la norma, o sea no es una prescripción permisiva, son actos



que no fueron considerados por la autoridad normativa, es el caso de decir «todo lo que no está prohibido está permitido» y en este sentido el permiso no es interdefinible con la prohibición, porque son dos situaciones distintas, en una ambos fueron considerados por la autoridad normativa, mientras que en la segunda no.

Por su parte Alchourrón y Bulygin consideran que las normas mediante enunciados prescriptivos establecen si una conducta está permitida, obligatoria o prohibida y mediante proposiciones descriptivas se puede informar si la conducta está permitida o prohibida en sentido fuerte, o si la conducta está permitida o prohibida en sentido débil. Es así que una permisión fuerte es cuando se infiere del sistema que una norma que permite  $p$  en el caso  $q$  y una prohibición fuerte es cuando se infiere del sistema una norma que prohíbe  $p$  en el caso  $q$ . Mientras que un permiso se considera débil cuando en el caso, no se encuentra entre las consecuencias del sistema una norma que prohíba  $p$  en el caso  $q$ .

Formulo la siguiente conclusión: *Las normas tienen como carácter que mediante enunciados prescriptivos establecen si algo debe (O), obligación, mandato u orden; pueda (P) permisión o tenga que no (Ph) prohibición ser hecho. Las normas que tienen el carácter de «debe» y las que tienen el carácter de «tiene que no», o sea los mandatos y las prohibiciones, son interdefinibles. En cuanto a las normas permisivas, un permiso se considera fuerte cuando se infiere del sistema una norma que permite un acto determinado, en este sentido ese acto no está prohibido. El permiso es débil cuando no se encuentra entre las consecuencias del sistema una norma que prohíba un acto. Por lo tanto, si se infiere del sistema una norma que permite dañar en determinadas ocasiones y a su vez se infiere otra norma que prohíbe dañar en cualquier ocasión, se puede decir que: o el sistema es contradictorio, o el sistema establece una regla y también establece excepciones a esa regla.*

## **Segunda Parte: Punto de vista de la dogmática**

Ya expresé el objetivo de este capítulo y realizado el análisis de algunas cuestiones lógicas relativas a la acción y abstenciones, corresponde ahora dedicar esta parte a la dogmática civilista.

### **1. Temas que suscitan interés**

#### *1.1. Acción. Autoría e imputación*

#### *1.2. Cuestiones a debatir. Aplicación del artículo 907 del Código Civil*

#### *1.3. Abstención. Omisión*

#### *1.1. Acción. Autoría e imputación*

Retomando la conclusión formulada en lo relativo a la acción, que transcribo: *Para que se configure una acción se requiere: (i) que un agente empírico realice movimientos corporales, (ii) que dichos movimientos produzcan un cambio en un estado de cosas, (iii) que el agente actúe con voluntad, entendida como una propiedad subjetiva de las acciones, sea en el sentido de que el origen del acto es una volición, o que el acto se realizó sin coacción, (iv) la acción voluntaria, puede ser intencional bajo cierta descripción, pero no intencional bajo otra descripción; se deriva como necesario que la acción requiere: de un autor que actuando con voluntad, realice movimientos corporales que produzcan un cambio en el mundo. Y si se entiende a la voluntad como una propiedad subjetiva de la acción, sea que el origen del acto es una volición, o que el acto se realizó sin coacción; el análisis deviene en considerar si la autoría es un presupuesto de la responsabilidad civil, o queda absorbida por la imputación, si autoría y acción deben entenderse como sinónimos, si la acción queda subsumida en la antijuridicidad y en qué casos se aplica o se excluye el artículo 907 del Código Civil.*

Respecto a la construcción del concepto de acción, vale recordar que: «La elucidación del concepto de acción es para los juristas una tarea intrasistemática dirigida a construir su propio esquema conceptual, de modo de cumplir los objetivos que se propone respecto del orden jurídico vigente» y también: «... el problema de determinar cuándo se está frente a una acción... supone referirse a diferentes candidatos que se han propuesto como propiedades definitorias. En primer lugar la «voluntariedad» que ha recibido interpretaciones minimalistas, como mero control de los movimientos corporales, o maximalistas, por ejemplo, requiriendo intención del resultado que la descripción tomada en cuenta hace relevante o acudiendo a un elemento normativo como la adscripción de responsabilidad. En segundo lugar, los movimientos corporales, lo que supone habérselas con el problema de las omisiones. Por último, la exigencia de estados de cosas independientes a los movimientos corporales, como puede ser el requerir un resultado conectado causalmente con ellos»<sup>86</sup>.

En la dogmática *ius privatista*, tanto en la responsabilidad directa o por el hecho propio, como en la indirecta o por el hecho ajeno, se discute cuando hay acción, para algunos la interpretación es minimalista y habrá acción cuando el movimiento corporal refleje un mínimo de la personalidad del autor aunque el acto sea involuntario, para otros se requerirá que la acción se configura cuando el acto es voluntario. Conviene aclarar que es en la responsabilidad directa donde coincide autor y responsable y la imputación es -en general- de tipo subjetiva donde más se aprecian algunas diferencias o distintos puntos de vista entre los autores.

El desarrollo se aborda a partir del pensamiento general y clásico en la doctrina civilista, cuyos autores son citados en la oportunidad que así lo requiera, para la cual los elementos que configuran la responsabilidad civil son: a) Antijuridicidad,

---

<sup>86</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, Norberto E. SPOLANSKY, Carlos S. NINO, María E. URQUIJO, *Lenguaje y acción humana*, Buenos Aires, Monografías, Ad-Hoc, 2007, págs. 10 y 20

b) Factor de atribución: imputación subjetiva u objetiva, según el caso, c) Daño, d) Relación de causalidad; y de la postura de uno de los más prestigiosos juristas en Derecho Civil, me refiero a Jorge Mosset Iturraspe, quien sostiene: «Una definición descriptiva de la responsabilidad civil requiere, por una parte, atenerse a lo que es la regla -dejando para más adelante las hipótesis de excepción- y por otra parte, hacer mención de los presupuestos de esa responsabilidad: a) Autoría; b) Antijuridicidad; c) Imputación; d) Daño; e) Relación de causalidad<sup>87</sup>. En cada postura se expresan los eximientes de los supuestos aludidos.

Una primera apreciación que formulo es que el agente que realiza movimientos corporales que produzcan un cambio en un estado de cosas, tiene que ver con la autoría; mientras que si además actuó con voluntad tiene que ver con la acción. En este sentido autoría y acción son conceptualmente distintos, si bien no advierto que la doctrina distinga entre ambos.

Como punto de partida tengo presente lo prescripto en el art. 897 del Código Civil: «Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad». De lo que se infiere *a contrario sensu*, que los hechos realizados por un agente que carezca de alguno de estos elementos se reputan «involuntarios». Si bien, parte de la doctrina (entre ellos Orgaz) considera que en el caso de falta de discernimiento el hecho es involuntario (excluye la voluntad); mientras que la ausencia de intención o libertad, no excluye la voluntad, pero si la vician. O sea, distinguen entre hechos involuntarios (falta de discernimiento) y hechos voluntarios, pero con voluntad viciada (falta de intención o de libertad). Para otro sector de la doctrina, los hechos son involuntarios cuando falta cualquiera de los tres elementos que configuran el aspecto interno de la voluntad<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, en *Responsabilidad civil/9*, ya citado, pág. 22.

<sup>88</sup> Juan Carlos PALMERO, *El daño involuntario. Indemnización de equidad*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

Algunas preguntas surgen a primera vista y parece que todo lo relativo a la voluntad y la acción es confuso. En la conclusión formulada se expresa que para configurar acción se exige que el agente realice un movimiento corporal actuando con voluntad, entendida ésta como una propiedad subjetiva de la acción. Ahora ¿cuál es el contenido de esa voluntad? Habrá que entenderla como un mero control del movimiento corporal o se requiere intención del resultado. A esto se suman dos cuestiones: a) que hay quienes distinguen entre voluntad e intención, como lo hace Nino y cuyo pensamiento se desarrolló en la primera parte de este capítulo y b) que para el Código Civil, la intención es un elemento de la voluntad, la integra y los actos se juzgan voluntarios cuando la intención (junto con los otros elementos) está presente y la dogmática tiene que trabajar partiendo de las normas, o sea, en principio, no puede separar voluntad por un lado e intención por el otro. Lo que sí hace es definir que se entiende por intención y en este sentido no la identifican con el resultado de una acción, sino con la reflexión, en el sentido de entender el acto de que se trata. Es por eso que siguiendo la normativa del Código y como se expresó en el párrafo anterior, hay autores que ante la falta de cualquiera de los elementos de la voluntad interna, consideran que los actos son involuntarios, para otros faltando la intención son voluntarios pero con voluntad viciada. Se podrían formular dos preguntas distintas: por un lado, qué contenido le adjudicamos a la voluntad para configurar una acción y ya se dijo que las respuestas difieren y por el otro que contenido le adjudica a la voluntad el legislador civil y esta última encuentra respuesta en las disposiciones del Código Civil y son discernimiento, intención y libertad. De todos modos, la dogmática civilista también se formula la primera pregunta y es así, conforme se desarrollará más adelante, que para un sector mayoritario habrá acción aun cuando es acto sea involuntario conforme a lo dispuesto por el Código Civil. O sea también se formula la pregunta a nivel conceptual.

*Imputabilidad y autoría:* Significa que la acción u omisión pueda ser atribuida a una persona, aun en los casos en que la responsabilidad se traslade a otra.

La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad. Expresa Orgaz: «Desde el punto de vista del sujeto (o subjetiva), la doctrina de la responsabilidad por acto ilícito requiere, por tanto, dos indagaciones sucesivas: 1) si el agente, en el momento de realizar el acto, era o no imputable, esto es, capaz de discernimiento; 2) en caso afirmativo, y sólo en él, si el agente obró efectivamente con culpa (dolo o culpa propiamente dicha), es decir, con intención y libertad...». «La acción formalmente ilícita de un sujeto inimputable no es para nuestra ley -ni, en general, para la doctrina clásica- sólo una acción «inculpable», sino, más radicalmente, no es una «acción» en si misma, sino un mero «hecho» equiparable a los de la naturaleza<sup>89</sup>. También expresa que la imputabilidad es «la aptitud, condicionada por la salud y la madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento», la imputabilidad es «capacidad de culpabilidad», esto es, de cometer actos ilícitos y comprometer su propia responsabilidad (Orgaz, Alfredo, 1981, 34).

O sea y conforme al pensamiento de Orgaz en los supuestos de *sujetos inimputables* los hechos que realicen y que produzcan un cambio en el mundo (un daño), *ese hecho no puede considerarse una acción* porque el agente no actuó con voluntad, entendida como una propiedad subjetiva de la acción en el sentido de que el origen del acto no es una volición.

Se consideran inimputables a los sujetos que carecen de discernimiento, y respecto del discernimiento, entendido como «la aptitud, condicionada por la salud y la madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento» (Orgaz, Alfredo, 1981,

---

<sup>89</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Lerner, 1981, págs. 17-18

84, citando a Mayer); o «El discernimiento es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias»<sup>90</sup>; el art. 921 del Código Civil determina cuando los actos serán reputados hechos sin discernimiento: «Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón». Conforme a este artículo, la edad y la salud mental son los criterios para determinar cuando se obró con discernimiento o sin el. El discernimiento no tiene vicios, sino causas obstativas, ante la ausencia de una de ellas, sea edad o salud mental, jurídicamente al agente se lo considera inimputable, y al acto involuntario. Y si falta la voluntad, ¿habrá acción? Conforme a la conclusión con la que se inicia esta segunda parte no habría acción, el origen del acto no sería una volición. ¿Pero habría un control del movimiento corporal aun cuando el Código categorice al acto como involuntario? La doctrina civilista mayoritariamente considera que hay acción, porque se da un mínimo de participación subjetiva del autor aun cuando el acto, conforme a las normas del Código sea considerado involuntario. (se desarrolla más adelante el pensamiento de los autores) Ahora supongamos que se asuma la postura que en el caso de los hechos realizados por inimputables, no se considera que los mismos configuren acción porque falta uno de los requisitos de la voluntad, la pregunta que se puede formular es: ¿el agente (inimputable) es autor del hecho?, ¿para ser considerado autor de un hecho que provoca un cambio en el mundo, es necesario que ese hecho sea una acción voluntaria?, o ¿puede ser considerado autor, aun cuando al hecho no se lo considere acción por faltar la voluntad?, ¿qué significa ser autor de un hecho? Tener algún contacto físico, en el sentido de realizar

---

<sup>90</sup> Santos CUFENTES, *Elementos de derecho civil. Parte General*. 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 259

algún movimiento para provocar el cambio (daño), aun cuando no se considere que ese movimiento sea una acción del agente, ¿es suficiente para considerarlo autor? Adelanto opinión en el sentido siguiente: considero que son separables los significados de autoría y acción. Por un lado entiendo que la autoría tiene que ver con la realización por el agente de movimientos corporales sin coacción física y que provocan un cambio en un estado de cosas (en este caso un daño); mientras que la acción tiene que ver con la voluntariedad o con un mínimo de participación subjetiva para realizar dichos movimientos. Si acepto esta distinción, en el caso de los inimputables (falta de discernimiento), que causan daños, habría autoría, pero puede configurar o no acción, según la postura que se adopte.

*Intención y autoría:* Conforme al art. 897 del Código Civil, para que el hecho se juzgue voluntario, se requiere que además del discernimiento se actúe con «intención». Se entiende por intención «el *discernir en acto*, por oposición al discernimiento, que es el *discernir en potencia...* en el lenguaje común cuando se dice «intención», se entiende esta palabra en el sentido de designio, propósito determinante de la acción; en el lenguaje filosófico, se habla de intención para significar la causa final; aquí, en el Código Civil, inspirado en Freitas, la intención no es ni una ni otra cosa, la intención es lo que el Código General para los Estados Prusianos llama «reflexión», vale decir, la conciencia plena y cabal del acto de que se trata, el conocimiento concreto del estado de las cosas»<sup>91</sup>. Otro: «*La intención* no debe identificarse aquí con el propósito, sino con el sentido de entender el acto de que se trata. Es, por

---

<sup>91</sup> José A. BUTELER CÁCERES, *Manual de derecho civil. Parte general*, 3ª ed. actualizada, Córdoba, Advocatus, págs. 206-207. Es de advertir como el autor distingue el significado distinto del término intención, en el lenguaje filosófico y el sentido que le adjudica el legislador civil. Esto será de utilidad teniendo en cuenta lo que se expresó sobre voluntad e intención en la primera parte de este capítulo.



tanto, *el ejercicio correcto de la facultad genérica de comprender* (discernimiento) *en una hipótesis determinada*» (Cifuentes, Santos, 1995, 258). El discernimiento, como aptitud general para conocer, es presupuesto de la intención; por lo que no puede darse que un sujeto tenga intención y carezca de discernimiento. La falta de discernimiento supone la ausencia de voluntad: mientras que el acto realizado con discernimiento se presume intencional, salvo que se pruebe lo contrario, o sea que la intención fue viciada mediante error o dolo. De allí que se hable que en los casos de intención viciada, el acto no sería involuntario o con ausencia de voluntad, sino con voluntad viciada; si bien, como ya se expresó, *a contrario sensu* del art. 897, siempre serían involuntarios, cualquiera sea el elemento que se encuentre ausente, postura que comparte Palmero, como ya se expresó.

Ahora bien, todo lo relativo a los elementos de la voluntad, su ausencia y sus vicios, se desarrolla in extenso en el campo de los actos voluntarios y cuyo paradigma es el acto jurídico; sólo interesa aquí si un hecho que causó daño obrando el agente con discernimiento, pero sin intención, es considerado autor del hecho y si ese hecho configuró una acción. En primer lugar, se considera que si el sujeto es imputable, la segunda cuestión es averiguar si además es también culpable, entendida en sentido de culpabilidad (*lato sensu*) como «una conducta espiritual del agente, desaprobada por la ley» (Orgaz, Alfredo, 1981, 62, citando a V. Tuhr) y puede distinguirse en dos formas o especies: el dolo y la culpa propiamente dicha (sentido estricto). Las causas que operan como vicios de la intención y que impiden que surja la obligación de reparar -mediante una imputación subjetiva- son llamadas causas de inculpabilidad y conforme Orgaz, sólo puede hablarse de ellas, a propósito de: a) un acto ilícito; b) un autor imputable; c) un daño causado por aquel acto; d) ese autor imputable que, sin embargo, ha obrado sin conocer ni poder conocer la ilicitud de su acción o con libertad para dirigir sus acciones (Orgaz, Alfredo, 1981, 73-74). El primer caso es el supuesto de error y el segundo el de fuerza e intimidación (coacción), las mismas pueden ser invocadas y demostradas por aquel

agente a quien se le imputa culpa en sentido estricto, nunca dolo. En cada caso se deben reunir los requisitos establecidos en el Código para que libere de responsabilidad imputando un factor subjetivo.

Así el error debe ser de hecho, esencial y demostrar que se tuvo razón para errar. Por ejemplo: Se está filmando una escena de una película en la vía pública, dos actores se agraden; un transeúnte que pasa cree y logra probar que tuvo buenas razones para creer que la agresión es real. Para separarlos embiste y causa daños a uno de los actores. La otra situación es el supuesto del error provocado -llamada dolo como vicio de la voluntad-, y para que sea excusable es preciso que el dolo reúna los requisitos del art. 932; por ejemplo: hacer creer a una persona que será atacada y ante la aparición del supuesto atacante, le dispara<sup>92</sup>; o la maniobra dolosa puede realizarse a espaldas del agente, que modifican el estado de cosas anterior con que éste podía contar, por ejemplo: el cambio malicioso del remedio que la enfermera debía hacer ingerir o inyectar al enfermo<sup>93</sup>. En estos supuestos de causar daño por error o error provocado, se dice que hay autoría y que los hechos no son involuntarios (para Orgaz, por ejemplo) pues, aunque viciada, la voluntad existe. Pero, los hechos realizados con voluntad viciada ¿configuran una acción del agente? Si tenemos en cuenta los requisitos expuestos al iniciar esta segunda parte para que se configure una acción, la respuesta es afirmativa, porque: el agente realiza movimientos corporales que producen un cambio en un estado de cosas (daño) y actúa con voluntad, entendida como una propiedad subjetiva de la acción, en el sentido que el origen del acto fue una volición, si bien dicha volición se encuentra viciada, pero el agente creía que no lo estaba, actúa conforme a una volición supuestamente sana, luego deberá demostrar que sus razones y creencias no fueron verdaderas y si logra probarlo, opera

---

<sup>92</sup> Tomado de *Responsabilidad civil /9*, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 190.

<sup>93</sup> Tomado de Alfredo ORGAZ, ob. cit., pág. 81

como causa para excluir la responsabilidad imputando un factor subjetivo de atribución. Ahora, para quienes consideran que la falta de intención configura un acto involuntario, para un sector de la dogmática habría acción, porque hubo participación subjetiva, aun cuando sea involuntario y para otro sector no. Personalmente y como separo autoría de acción considero que cuando mediante movimientos corporales realizados por el agente sin coacción, se produce un cambio (daño), pero se obró sin intención, sea por error o error provocado; el agente es considerado autor del hecho. Si ese hecho configurara una acción dependerá del contenido que se adjudique a la voluntad: si mero control del movimiento corporal, si un mínimo de participación subjetiva, o si obrar con intención dirigida a un resultado. Para algunos dogmáticos civilistas, aun cuando al hecho se lo considere involuntario, habrá acción porque hubo participación subjetiva, para otros es hecho es voluntario, pero con voluntad viciada, también habría acción, por las razones expuestas: se actúa conforme a una volición supuestamente sana.

Teniendo en cuenta que en el ámbito filosófico se distingue entre voluntad e intención, corresponde ahora decir algo sobre ello. Como ya se expresó para el legislador civil, la intención es un elemento de la voluntad, no algo distinto, sino que la integra, junto con el discernimiento y la libertad (art. 897), y conforme lo expresa la doctrina general, (Buteler entre ellos, ya citado), la intención se refiere a la «reflexión»: conciencia plena y cabal del acto de que se trata, el conocimiento concreto del estado de las cosas. Expresa también Buteler que en el lenguaje filosófico se habla de intención para significar la causa final. Ahora me limitaré a la diferencia señalada en la primera parte de este capítulo, esto es, entender que la intención es sensible a la descripción de la acción que se toma en cuenta y que una misma acción puede ser intencional bajo una descripción, pero no bajo otra y es posible que en este sentido se relacione con la causa final de la acción, más que con la reflexión previa a la realización de la acción. O sea que se trataría de puntos de vista distintos: para el Código Civil intención significa reflexión previa a la

acción, mientras que en algunos ámbitos filosóficos la *intención* se conecta con la descripción de la acción, no como algo subjetivo de la acción, para esta corriente la *voluntad* es la propiedad subjetiva de la acción. Para el Código Civil actuar con voluntad significa poder conocer en general (discernimiento), conocer en particular sobre el hecho que se realiza (intención) y actuar libre de coacción (libertad); mientras que para la postura filosófica señalada, actuar con voluntad significa que el origen del acto es una volición y que se haya realizado sin coacción, mientras que la intención se relaciona con la descripción de la acción.

Pero es de tener en cuenta lo que sostiene Nino respecto a la conexión entre la acción y las creencias y deseos del agente, que influyen en la descripción de la acción como intencional o no. Si ahora conecto este pensamiento con la intención según el sentido de la doctrina *ius privatista*, es posible que las diferencias se minimicen. Veamos: Si un agente causa daño por error, su acción puede ser descrita como no intencional, pero su creencia y deseo tampoco fue causar daño. El origen de su acción fue una volición, pero para predicar su intencionalidad, se deben tener en cuenta las propiedades de esa acción, que el agente cree con certeza que ella posee y que contribuyen a que la hagan deseable, y esas propiedades no son verdaderas. Lo que quiero significar es que no se hasta que punto es posible separar en el origen de la acción, por un lado la volición y por el otro la descripción de la acción como intencional o no intencional, considero que en el origen, también forma parte de esa volición, los deseos y creencias que conllevan a realizarla. Ahora, si lo que se quiere es distinguir entre lo que se refiere al origen del acto y su propiedad subjetiva, de su descripción, entonces si son distintos, apuntan a ideas conceptuales distintas; la primera prescribe que la voluntad es una propiedad subjetiva de la acción y que debe estar presente en el origen del acto; mientras que la segunda es descriptiva, en el sentido que según las creencias y deseos del agente describirá a una acción como intencional o no.

*Libertad y autoría:* Conforme al art. 897 del Código Civil, para que el hecho se juzgue voluntario, se requiere que además del discernimiento y la intención, se actúe con «libertad». La *libertad es la facultad de elección entre varias determinaciones*; por ejemplo, elegir ésta o aquella cosa; ese o aquel color; actuar o no actuar (Cifuentes. Santos, 1995, 260). Se distinguen dos aspectos, diferencia que surge de dos artículos del Código Civil: 1. La fuerza física irresistible o vis absoluta, al respecto expresa el art. 936: «Habrà falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible». 2. La intimidación, coacción moral o vis compulsiva; prescribe el 937: «Habrà intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona,, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos».

En el supuesto de la fuerza física irresistible, la doctrina considera que no hay autoría, porque el agente se convierte en un mero instrumento de otro, que no puede hablarse estrictamente de acción u obrar humano, que el acto no sólo no es voluntario, sino que es antivoluntario<sup>94</sup>. En este caso no habría autoría, ni tampoco puede llamarse acción al hecho realizado por el agente, porque el movimiento corporal no lo realiza por propio impulso. Por ejemplo: el agente que es empujado por otro, mediante una fuerza que no puede resistir y al caer causa daño. Ahora si no hay autoría ni acción, se lo considera un acto ilícito? Teniendo en cuenta la nota de Vélez Sársfield al art. 900 del C.Civil, no sería considerado un acto, sino un acontecimiento fortuito.

En el supuesto de la coacción moral, en cambio se considera que el acto se realizó con voluntad viciada (para un sector de la doctrina), para otros es involuntario (art. 897, *a contrario sensu*). Por ejemplo: Una amenaza seria, que produce un temor

---

<sup>94</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI - Carlos PARRELLADA, en *Responsabilidad civil/9*, ob. cit., Cap. X, pág. 191. José A. BUTELER, ob. cit., págs. 207-208. Alfredo ORGAZ, ob. cit., pág. 90.

fundado, de secuestro de un hijo si no extrae un dinero de la caja fuerte de la empresa donde el agente trabaja y que conoce la combinación. Para la doctrina general habría autoría y acción. Pero conforme a los requisitos establecidos al iniciar esta segunda parte, para que se configure acción, no podría sostenerse que un hecho que cause daño, realizado bajo coacción, se considere una acción del agente. Recordemos que se exige una volición, sea en el origen del acto, o que el acto se realizó sin coacción. Además en este supuesto, el agente sabe que actúa bajo coacción -sea física o moral-, o sea, no actúa por una razón que cree verdadera. Volvemos a lo mismo, dependerá del contenido que se adjudique a la voluntad.

Por lo expuesto hasta ahora sostengo: a) casos de daños causados por inimputables: hay autoría. Habrá acción o no, según el contenido que se adjudique a la voluntad, b) casos de daños causados sin intención: hay autoría. Habrá acción o no, según el contenido que se adjudique a la voluntad, c) casos de daños causados sin libertad. Si es por fuerza física irresistible: no hay autoría, ni acción. Si es por intimidación: hay autoría. Habrá acción o no, según el contenido que se le adjudique a la voluntad. Luego de desarrollar la postura de los autores y de una breve incursión en la dogmática penal, asumiré mi propia postura respecto a la acción adjudicando contenido a la voluntad y en consecuencia se decidirá si en los casos planteados se configura acción.

Un pensamiento que resultó de mi interés, no sólo por de quien procede, sino por plantear cuál es -a su criterio- el verdadero supuesto comprendido en el art. 936 del C.Civil, es el de Orgaz, quien «distingue en el caso de fuerza o violencia física, el supuesto de que el violentado ha sido un mero instrumento material para la causación del daño, del caso en que ha obrado con voluntad psíquica, pero sin libertad. El primero (vis absoluta) se caracteriza porque la persona es mero elemento pasivo de fuerza, humana o natural, que produce el daño: por ejemplo, la persona que es objeto de un empujón por otra, y destroza una vidriera; o que es arrastrada por una gran tormenta y cae, lesionando o matando a alguien que está próximo. En estos casos, el agente inmediato

del perjuicio no es sólo y propiamente «inculpable», sino, más radicalmente, no es «autor siquiera material de él: es sólo un «proyectil» humano y el daño deberá imputarse al factor, humano o natural, que lo produjo. El segundo supuesto es el de la fuerza física que se emplea contra una persona que, ante aquélla, cede conscientemente y acepta realizar el acto ilícito que, de otro modo, no habría realizado (*vis compulsiva*): golpes o torturas físicas, encierros prolongados, etc., son ejemplos de fuerza física en que la víctima cede por temor o miedo de que la violencia se prolongue. A diferencia del caso anterior, en que el agente careció de mínima voluntad, en éste existe voluntad, pero no libre» (Orgaz, Alfredo, 1981, 89-90)

Ahora, el artículo 936 ¿a cuál de los dos supuestos se refiere? Según Orgaz al segundo supuesto de violencia física (*vis compulsiva*), no al primero (*vis absoluta*), que está fuera del tema de la intimidación y del de la inculpabilidad<sup>95</sup>. Para Orgaz, excluyendo el caso de *vis absoluta*, que es extraño como

---

<sup>95</sup> Orgaz argumenta su postura, teniendo en cuenta el proyecto de Freitas, fuente del Código, que distingue en los arts. 488 y 489 los dos supuestos: “Habrà *fuerza*, cuando alguien hubiere inmediatamente empleado contra el agente un constreñimiento corporal, por el cual lo reduzca a instrumento pasivo del acto”; art. 489: “La *intimidación* puede resultar, o de un constreñimiento corporal, o de amenazas. Habrà *intimidación por constreñimiento corporal*, cuando alguien hubiere obligado al agente a practicar el acto, ya sea por medio de cualquier ofensa física en su persona y malos tratamientos, o por medio de privación de su libertad en cárcel privada o prisión pública por persona que no tuviera autorización para detenerlo”. Expresa Orgaz que el art. 936 de nuestro Código está redactado de manera genérica y sintética, pero ha de interpretarse -más allá de toda indagación de lo que habría “querido” Vélez Sársfield- como que se refiere al segundo supuesto de violencia física (*vis compulsiva*), no al primero (*vis absoluta*), que está fuera del tema de la intimidación y del de la inculpabilidad. Para la exención de responsabilidad del agente en este último caso, bastan los arts. 900 y 907 (nota págs. 90-91). O sea que, según surge de esta postura, los hechos de fuerza física irresistible, cuando el agente se convierte en mero instrumento de otro, no estarían contemplado en el art. 936 del Código y cuando suceden, el agente queda eximido de responder invocando el art. 900, ya que se trata de hechos donde está totalmente ausente la voluntad y no generan obligación alguna, a su vez el art. 907 se refiere a la autoría, que no se da en los supuestos de fuerza física irresistible.

causal de inculpabilidad, las dos formas por las cuales se puede intimidar a una persona y constreñirla a realizar una acción o una omisión ilícitas, son: 1) por el empleo de la fuerza o violencia física (golpes, encerramiento) y que según el 936, debe ser irresistible para que funcione como eximente de culpabilidad, y 2) por medio de amenazas, esto es, coacción moral en determinadas condiciones, establecidas en los arts. 937 y 938 del Código Civil. En estos casos, es de aplicación el art. 907 del Código Civil.

Las distintas posturas en doctrina se deben, en general, o radican, en lo siguiente: cuando el intérprete adjudica significado a términos utilizados por el legislador, le atribuye determinadas propiedades relevantes a dichos términos. Si no coinciden en las mismas propiedades, los conceptos que elaboran son distintos, de allí que, algunos incluirán o excluirán casos que otros excluyen o incluyen. Pero en cuanto a la fuerza física irresistible, todos coinciden en que el agente es un mero instrumento de otro, por lo tanto ni siquiera es autor material del hecho que causa el daño, la diferencia es que para Orgaz este supuesto no está incluido en el art. 936, entiende que pueden plantearse tres supuestos de violencia: 1) ausencia total de voluntad (mero instrumento de otro), 2) empleo de fuerza física, que debe ser irresistible (voluntad viciada) y 3) por medio de amenazas. (también voluntad viciada). Considera que el legislador, más allá de lo que habría querido decir, en la redacción del 936, se refiere al segundo supuesto, ya que el primero es extraño a la culpabilidad. Mientras que para otros autores, cuyo pensamiento en particular será motivo de tratamiento a continuación, se comprende en el art. 936 el primer supuesto. Esta diferencia incide en la aplicación del art. 907, 2ª Parte.

### *1.2. Cuestiones a debatir*

Luego de estas breves consideraciones sobre imputabilidad, intención y libertad y su relación con la autoría, advierto



algunos puntos que se debaten en la dogmática ius privatista y que a la postre influyen sobre la aplicación del art. 907 del Código Civil.

Los puntos en discusión en la dogmática ius privatista son: a) Si los actos involuntarios pueden ser también ilícitos o antijurídicos. b) Si en los actos involuntarios puede predicarse que hubo acción (y autoría) del agente que lo realizó.

Asimismo, corresponde investigar si la noción de acción (y autoría), es semejante o diferente a la que se construye en el ámbito lógico-filosófico.

En primer lugar y respecto a lo señalado en a y b, el marco de referencia lo constituye disposiciones del Código Civil y el punto de apoyo, las notas a las mismas. Sabido es que el codificador argentino en el Libro II, Sección II, sistematiza los hechos jurídicos estableciendo principios generales<sup>96</sup>.

La primera clasificación de los hechos jurídicos es entre hechos humanos y hechos naturales<sup>97</sup>. En atención a los humanos -que además son los que ahora interesan- el art. 897 prescribe: «Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios: los hechos se juzgan voluntarios, sin son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.» El art.

---

<sup>96</sup> Expresa en la nota a la Sección Segunda que: “En esta sección se verán generalizados los más importantes principios del derecho, cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos...Las disposiciones susceptibles de una aplicación común, que en todos los códigos han sido particularizadas a los contratos y testamentos, son las que ahora en su carácter propio, se han reunido en esta sección”.

<sup>97</sup> Expresa en la nota al artículo 896: “No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos.... Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos o actos externos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores o destructores de derechos, pues que hay numerosos e importantes derechos que se adquieren o se pierden, sólo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones u omisiones voluntarias o involuntarias, que llamamos *hechos externos* y que podían llamarse hechos *accidentales*, o hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc.”.

898 prescribe: «Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos las acciones no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos». El art. 900 prescribe: «Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por si obligación alguna». En la nota a este último artículo, el codificador expresa: «El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito», con cita de Maynz.

En cuanto al uso de los términos, el legislador alude a hechos para referirse a los «acontecimientos» que generan consecuencias jurídicas (art. 896), sigue usando el vocablo hechos para los humanos, a partir del art. 921 utiliza el vocablo actos. No se advierte que les asigne un significado distinto, si bien el término acto la doctrina lo reserva, para referirse a los actos jurídicos y a los actos lícitos o ilícitos. Mosset Iturraspe considera que los vocablos «hechos» y «actos» son usados como sinónimos (art. 921 y ss.)<sup>98</sup>. En esta investigación cuando se aluda a hechos o actos serán entendidos como sinónimos.

De la lectura de los artículos transcriptos se advierte que: a) los hechos voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos (art. 898), b) al parecer los involuntarios no se categorizan como lícitos o ilícitos, c) se reputan involuntarios cuando se encuentra ausente cualquiera de los elementos internos de la voluntad (art. 900). Para el caso de faltar la voluntad, el hecho no es considerado un acto para el derecho, sino un acontecimiento fortuito (nota al art. 900, es de observar que

---

<sup>98</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, Parte general, reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 46.

en la nota el codificador se refiere a falta de discernimiento y de libertad, omite la intención)<sup>99</sup>.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1070 y 921, ya no parece ser tan claro si los actos involuntarios no pueden categorizarse como ilícitos. Prescribe el art. 1070: «No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos...». Pregunta: Entonces ¿podrá inferirse que hay actos ilícitos involuntarios? Quizás entender o inferir que puede haber actos ilícitos involuntarios, sea una interpretación forzada y hacer decir al legislador lo que ni siquiera pensó, es posible que lo único que quiso expresar es que los actos ilícitos de los dementes practicados en lúcidos intervalos se consideran voluntarios, nada más, y si es así esto no autoriza a pensar que -en el sistema del Código- pueda categorizarse a los actos involuntarios como lícitos o ilícitos. Y prescribe el art. 921: «Los actos serán reputados hechos sin

---

<sup>99</sup> Lo expresado surge de un análisis literal -por llamarlo así-, sin agregar, ni quitar absolutamente nada a lo dispuesto en los artículos y nota citada. Cuando el intérprete armoniza y extrae conclusiones a partir de lo dispuesto en las normas, pero agrega o quita lo que considera razonable para lograr tal armonización, puede invocar lo que el legislador quiso decir, el espíritu de la ley, la fuente que tomó para dictar esa disposición, etc.; debe quedar claro que todo ello es correcto para presentar el sistema o la institución que se estudia de manera coherente. Pero también debe quedar claro que, en algunos casos, lo que agrega o quita es porque parte de una postura subjetiva y desea llegar a una conclusión determinada, y para arribar a ella agrega o quita algo a lo expresado por el legislador. En tanto y en cuanto el intérprete exprese que ya no está en un análisis meramente descriptivo, sino prescribiendo como debe entenderse lo que analiza, nada corresponde objetar. En muchas ocasiones, las distintas maneras de presentar una cuestión que no es clara o no surge con claridad de las normas lo que quiso expresar el legislador, las disputas entre los juristas por arribar a distintas conclusiones, es porque cada uno piensa en que su postura es la más adecuada para explicar la situación dudosa y para sostenerla realiza una interpretación buscando argumentos que la avalen, tal el caso: el legislador quiso decir esto, o, no pudo pensar aquello a pesar que así lo expresó en la norma. A veces sólo se trata de seudo disputas, por desacuerdos verbales. Lo que no debe el intérprete olvidar -y también corresponde que lo tenga presente en esta investigación-, es cuando pasa, en el análisis, de un plano descriptivo a uno prescriptivo.

discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.» Aquí se presenta una zona de penumbra o de duda, en efecto: la expresión «acto ilícito» ¿comprende a los practicados por menores de diez años y a los actos de los dementes que no fueren practicados en intervalos lúcidos y los practicados por lo que, por cualquier accidente, están sin uso de razón?, o la expresión actos ilícitos se refiere sólo a los practicados por menores de diez años? y respecto de los dementes se reservó sólo el término acto. Lo que si es comprensivo para todos es la ausencia de un elemento de la voluntad, esto es, el discernimiento, que es considerado un elemento para reputar voluntario el acto (art. 897 C.Civil), y si el discernimiento está ausente en un menor de diez años, el acto es involuntario, por lo que a tenor de una lectura literal de esa parte del art. 921, tenemos actos ilícitos de menores de diez años, (o sea ilícitos involuntarios). A su vez el art. 1066 dice que: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito....», o sea reitera que lo ilícito está ligado a la voluntariedad del acto.

De acuerdo a las lecturas de los artículos citados, parece que todo concluye en considerar que sólo los actos voluntarios pueden ser categorizados como lícitos o ilícitos.

Ahora es función de la dogmática armonizar las normas que presenten algún margen de duda y preguntarse si sólo los actos voluntarios pueden ser ilícitos. Porque es de tener en cuenta que una cosa es la licitud o ilicitud del acto y otra es actuar con voluntad, pero también es razonable la pregunta sobre la necesidad de comprender (discernimiento) el acto, o sea si la licitud o ilicitud va ligada a esa comprensión.

Reitero nuevamente y con más precisión que: ***Entiendo que el debate radica en dos situaciones relativas a la voluntad: 1) determinar si el concepto de acción se construye, o si es necesario que para configurar la acción, concurra la voluntad (con sus tres elementos: discerni-***

***miento, intención y libertad) como requisito ineludible, y 2) si los actos ilícitos sólo se predicen de los actos voluntarios.***

Respecto de lo primero, si la respuesta es afirmativa, indudablemente, se excluye del concepto de acción a todos los actos involuntarios, sin distinción<sup>100</sup>. Si además la respuesta también es afirmativa para la segunda cuestión, los actos involuntarios, sin distinción, no pueden ser considerados ilícitos, ni tampoco lícitos. (la licitud o ilicitud no se predica de ellos). Más allá de cual fue el pensamiento de Vélez Sársfield respecto de la acción, lo que surge con claridad es que el hecho es involuntario cuando falta alguno de los elementos de la voluntad y la obligación de indemnizar sólo procede si se da lo previsto en la primera parte del art. 907, o por razones de equidad (agregado a dicho artículo).

*Pensamiento de los autores:*

*Jorge Mosset Iturraspe:* Para este prestigioso jurista, que además motivó mi interés para abordar lo relativo a la acción y la autoría, la responsabilidad civil requiere de los siguientes presupuestos: a) autoría; b) antijuridicidad; c) imputación; d) daño; e) relación de causalidad<sup>101</sup>.

Considera que la acción es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil y la define citando a Antolisei como: Acción para el derecho no es cualquier comportamiento humano, «sino sólo la conducta del hombre ma-

---

<sup>100</sup> Si acción y autoría se usan como sinónimos, entonces en todos los actos (o hechos) que se encuentre ausente el discernimiento, o la intención, o la libertad; son involuntarios y la conducta realizada no sería considerada acción, ni el agente autor. Si no se usan como sinónimos, faltaría autoría y acción en el caso de la vis absoluta, en todos los demás supuestos habría autoría, pero no serían considerados una acción del agente.

<sup>101</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, en *Responsabilidad civil/9*, ya citado, pág. 22.

nifestada a través de un hecho exterior»<sup>102</sup>. Trata a la acción despojándola de la antijuridicidad, de la causalidad y del daño; es por ello que la considera un elemento de la responsabilidad, o sea no la subsume con ninguno de los otros elementos. Es así que entiende que para poder hablar de conducta o comportamiento humano es necesario que el acto pueda considerarse «propio» del autor, por reflejar la personalidad humana del sujeto y citando a Antolisei expresa que la acción consta de dos elementos esenciales, que son: 1) Uno interior o psíquico, que consiste en una actitud de la personalidad humana, sea de la zona lúcida de la conciencia, sea del vasto campo que yace bajo esa zona -subconsciente o inconsciente-, y 2) otro exterior o físico, constituido por la externación o manifestación exterior de tal actitud. La presencia del factor psíquico es fundamental para dar al movimiento corporal un significado respecto a la personalidad del autor («suitas» en la doctrina italiana y «mismidad» en la española)<sup>103</sup>.

En cuanto a la acción y la voluntad, que es la cuestión que ahora interesa, el autor mentado da cuenta de las consecuencias que se derivan del Código Civil, en cuanto a la clasificación de los hechos en voluntarios e involuntarios<sup>104</sup> y son<sup>105</sup>: a) los hechos involuntarios no son lícitos ni ilícitos, puesto que sólo los voluntarios admiten el distingo (art. 898), b) los hechos involuntarios no producen obligación alguna, sin distinguir entre los involuntarios que no tienen ningún significado o valor sintomático respecto a la constitución psíquica del individuo y, los que expresan y reflejan la personalidad del sujeto, c) todos los hechos ilícitos, por ser voluntarios, deben haber sido «ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897, segunda parte)

---

<sup>102</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, págs. 41-42

<sup>103</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, pág. 45.

<sup>104</sup> Que coinciden con lo expuesto cuando realicé el análisis de los arts. 897, 898 y 900.

<sup>105</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, págs. 46-47.

Considera que si el legislador clasificó a los hechos humanos en voluntarios e involuntarios (art. 897) la estimación del «hecho involuntario» como «acontecimiento fortuito»<sup>106</sup> contradice la clasificación.

De acuerdo al concepto de acción en el pensamiento de Mosset Iturraspe, la respuesta a la primera pregunta de las cuestiones debatidas es negativa. Sostiene: hay actos considerados involuntarios, por ser realizados sin discernimiento o sin intención o sin libertad; pero puede calificarse de acción (y autor) a la conducta del agente que lo realizó. Es por ello que Mosset Iturraspe prefiere hablar de «autoría» como primer presupuesto de la responsabilidad civil, -marginándola de la voluntad-<sup>107</sup>. O sea primero corresponde averiguar si el agente fue autor del hecho que produjo el daño, luego se averiguará sobre la imputación de dicho agente.

Respecto de la autoría, y siguiendo hallazgos de la psicología, expresa que hay actos que aun siendo involuntarios reflejan la personalidad del sujeto, por lo que puede considerarse que esa conducta configura una acción y al agente autor de la misma<sup>108</sup>. Clasifica a los actos involuntarios en: a) actos reflejos; b) actos instintivos y c) actos habituales. Los primeros (*actos reflejos*) son respuestas del sistema nervioso a excitaciones externas (por ej.: movimientos de algunos músculos), a los que agrega: los movimientos que se verifican en determinadas condiciones patológicas (por ej.: los realizados por un enfermo con fiebre muy alta), o los motivados por una «fuerza irresistible» (art. 936 C.Civil). En estos actos no se expresa de ninguna manera el carácter y tendencias del autor, no tienen ninguna significación o valor sintomático respecto de la constitución psíquica del individuo, no pueden calificarse como acción, y en rigor, no puede considerarse al agente que los realizó, como autor, porque no son hechos su-

---

<sup>106</sup> Surge de la nota al art. 900.

<sup>107</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, pág. 49.

<sup>108</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, págs. 49-51.

yos y no acarrea responsabilidad alguna por las consecuencias dañosas (no sería de aplicación el art. 907 a estos supuestos). En cuanto a los *actos instintivos*, que son determinados por impulsos internos (por ej.: tomarse de una tabla para no ahogarse) y los *habituales*, que siendo originariamente voluntarios se hacen automáticos, se mecanizan con la repetición (por ej.: movimientos de la dactilógrafa), pese a desarrollarse fuera de la zona lúcida de la conciencia, tienen valor sintomático respecto a la personalidad humana, evidencian las tendencias congénitas y adquiridas del autor, expresan y reflejan la personalidad del agente; su conducta debe considerarse acción y al agente autor. Incluye en estos segundos grupos de actos a los realizados por el demente y el menor de diez años.

Antes de continuar, me parece oportuno formular algunas hipótesis, respecto de la postura de Mosset Iturraspe.

a) La voluntad no es determinante para configurar la acción y considerar al agente autor del hecho que produjo el daño.

b) Hay actos que aun siendo involuntarios, por faltar alguno de los elementos que conforman la voluntad (discernimiento o intención o libertad), reflejan la personalidad del agente, por lo que su conducta configuró una acción y al agente se lo considera autor.

c) Si la autoría es un presupuesto de la responsabilidad civil; no es responsable de las consecuencias dañosas, el agente que realizó un acto que no configuró acción, ni se lo considera autor de dicho acto.

d) Se deriva de lo anterior que el art. 907 del C.Civil no es de aplicación en los supuestos que no hay autoría (caso de fuerza irresistible, art. 936 del C.Civil).

En cuanto a las causas que excluyen la autoría, expresa que: «Hay autoría cuando el hecho refleja, en alguna medida, la personalidad del autor, posee «suitas» o mismidad. Ocurre con el hecho del menor o del demente; con el obrar del ebrio y del drogadicto. No hay autoría cuando se obra como instrumento de un tercero, sea obedeciendo a la fuerza ejercida por éste, *vis absoluta*, o a los dictados de su voluntad, hipótesis



que plantea el hipnotismo, o cuando se trata de una mera actividad refleja, instintiva u orgánica, de una reacción puramente fisiológica, etcétera»<sup>109</sup>. Respecto del eximente del hecho extraño: hecho de la naturaleza, caso fortuito, hecho de un tercero por el cual no se debe responder o hecho de la propia víctima; el autor mentado considera que son dos los presupuestos de la responsabilidad que se afectan, esto es: falta el requisito de la autoría y falta la relación de causalidad<sup>110</sup>. Para Mosset Iturraspe, el art. 907 es de aplicación en todos aquellos casos en lo que se parte de reconocimiento de la autoría; puede tratarse de actos involuntarios por falta de discernimiento, de intención o de libertad.

En cuanto a lo segundo, o sea si los actos ilícitos sólo se predicen de los actos voluntarios, antes de dar cuenta de la postura de Mosset Iturraspe, realizo algunas consideraciones. Esta es una pregunta que nos lleva, a su vez, a preguntarnos que se entiende por acto ilícito, que está ligado con la antijuridicidad.. La construcción del concepto de antijuridicidad depende del criterio con el cual se valora cuando una conducta es contraria a derecho. En el sistema del Código, ya se aludió a los artículos 898 («Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos...») y 1066: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto». De la lectura de este artículo se derivan dos cosas: 1) que el acto es ilícito cuando es volunta-

---

<sup>109</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, t. IV, Las eximentes, págs. 23-24. Aquí el autor se plantea situaciones en las que se causa daño bajo los efectos de hipnotismo, epilepsia y sonambulismo, analizando cuando considera que es de aplicación el art. 907 del Código Civil.

<sup>110</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, en *Responsabilidad civil/9*, ya citado, pág. 124. Para la corriente doctrinaria que no considera a la autoría como presupuesto de la responsabilidad civil, los hechos mencionados excluyen la relación de causalidad.

rio y 2) que el criterio para valorar cuando una conducta es contraria a derecho es *formal*, lo que se llama la tipicidad de los actos considerados ilícitos civiles, a semejanza de la tipicidad en materia penal. Además para que ese ilícito sea punible, debe haber causado daño, y ser imputable a sus agentes por dolo, culpa o negligencia (art. 1067). O sea, el legislador separa la ilicitud de la culpabilidad; es razonable pensar que Vélez Sársfield se inclinó por una ilicitud (antijuridicidad) formal. Asimismo, separa la antijuridicidad del daño y de la culpa (art. 1067), desde este punto de vista podría argumentarse que se inclina por una antijuridicidad de tipo formal y objetiva<sup>111</sup>, que se atiende exclusivamente a la acción contraria a derecho, con independencia de la culpabilidad del agente, la que será analizada como otro elemento de la responsabilidad, pero necesario, ya que además del acto contrario a disposiciones legales (formal), debe haber causado daño y ser imputable al agente por dolo, culpa o negligencia (art. 1067), lo que unido a la relación de causalidad operan como condiciones necesarias y suficientes. Pero cuando falta la imputabilidad o culpabilidad, aun cuando el acto este prohibido, Vélez lo considera involuntario y según ya se expresó, los actos involuntarios, no son ni lícitos, ni ilícitos y sólo procedía la indemnización en los términos del art. 907, 1ª parte. O sea una antijuridicidad formal, pero lo ilícito teñido por lo subjetivo, aun cuando el legislador separó antijuridicidad de culpabilidad, presupuestos distintos, pero los dos necesarios. Vale recordar el principio que subyacía en la época de sanción del Código: «No hay responsabilidad sin culpa», de allí la exigencia de que el acto ilícito, además

---

<sup>111</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, t. I, págs. 60-64. Considera que el legislador pareció inclinarse por el tipo de antijuridicidad formal y que marca un distingo entre “antijuridicidad” y “culpabilidad”, si bien expresa en la misma obra, T. IV, pág. 15 que: “Para Vélez-artículo 898- sólo los actos voluntarios son lícitos o ilícitos. El Codificador parte de la ilicitud subjetiva, de la que pudo ser conocida por el agente, con base en una voluntad sana”.

de antijurídico, fuere un acto voluntario, para poder imputar dolo, culpa o negligencia. Pero que el legislador los haya distinguido como dos presupuestos distintos fue de suma importancia, porque permitió, por un lado, a la doctrina avanzar sobre nuevos criterios para valorar cuando una conducta es contraria a derecho o antijurídica y por otro lado permitió a la legislación incorporar con la reforma de 1969, nuevos factores distintos a la culpabilidad, para atribuir responsabilidad. Hasta no es desacertado pensar que aun cuando el art. 1066 mantenga un criterio de antijuridicidad formal y se lo use en la resolución de casos concretos, comprobada ésta, el factor de imputación puede ser: o reprochar conducta (culpabilidad), o alguna otra razón fundada en la equidad, riesgo, garantía, etc.

Mosset Iturraspe si bien da cuenta de las consecuencias que se derivan de los artículos del Código Civil, adopta un criterio de antijuridicidad objetivo, como la contradicción entre el hecho y la norma, y admite que los «actos involuntarios», en la medida que reflejen la personalidad de su autor, que son comportamiento humano y no hechos puramente fortuitos, pueden transgredir el Derecho<sup>112</sup>. Por lo tanto la respuesta a la segunda pregunta, para Mosset Iturraspe es negativa.

*Alberto J. Bueres:* Antes de referirme a las cuestiones puntuales señaladas por este jurista, resulta esclarecedor su pensamiento en lo que hace al motivo o al interés, por parte de los juristas, de incursionar en el estudio de la acción. Expresa Bueres: «Hasta hace no muchos años, la antijuridicidad se mencionaba como un presupuesto de la

---

<sup>112</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, t. I, pág. 64, expresa en la nota que en los actos reflejos o fisiológicos, no se puede hablar siquiera de “acción”, de allí que esté descartada la posibilidad de su antijuridicidad.

responsabilidad y no se consideraba la acción que soporta esa antijuridicidad, esa ilicitud objetiva. Hoy, los autores han avizorado la preponderancia que tiene la acción con miras a que su estudio se efectúe por separado del resto de los presupuestos de la responsabilidad. La doctrina tradicional argentina entendió que Vélez Sársfield ligó la acción a la voluntad. Siguiendo un deshilvanado pensamiento del Codificador puesto en la nota al art. 900, con una cita de Mainz y del Código de Prusia, Alfredo Orgaz, por ejemplo, dice que el acto realizado por un insensato, por un sujeto sin discernimiento o sin libertad... es un «no acto», es un suceso fortuito. Esta nota, que indudablemente no tiene valor obligatorio, ha sido contradicha por el propio Codificador en el art. 897 en cuanto distingue los hechos humanos o actos según que sean voluntarios o involuntarios. Luego en el acto involuntario hay autoría; y no cabe hablar de un suceso fortuito». Expresa que algunos autores clásicos (cita a Brebbia) apuntalan un concepto de acción voluntarista coincidente con el que rige en la filosofía. Para Bueres «La acción es conducta humana voluntaria o involuntaria productora de un cierto resultado. Esa conducta se trasunta, como una emanación de la personalidad..., no quedan comprendidos dentro del concepto de acción los actos instintivos y los actos habituales y condiciones patológicas o mórbidas... y la fuerza física, la vis absoluta del art. 936. Señala que hay situaciones grises, situaciones límites que no están todavía perfectamente encasilladas dentro o fuera del concepto de acción o autoría: el sonambulismo, el sueño, la hipnosis, la sugestión, la epilepsia,...»<sup>113</sup>. Por cierto que incluir o excluir casos dentro del concepto de acción, repercute en aplicar o no el art. 907. a esos casos.

---

<sup>113</sup> Alberto J. BUERES, "La antijuridicidad", en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, director: Carlos G. Vallespinos, Córdoba, Advocatus, 1997, págs. 38-40.

Luego de este pensamiento, me referiré a consideraciones puntuales que realiza Bueres en otra obra y me detengo en las siguientes: a) Los hechos humanos se llaman *actos*. Porque suponen *autoría, acción*, lo cual quiere decir comportamiento humano, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad, y a condición de que ese comportamiento refleje la personalidad del sujeto<sup>114</sup>. b) Los hechos humanos o actos se subdividen en voluntarios e involuntarios (art. 897). La ausencia de cualquiera de las condiciones internas apareja la involuntariedad del acto, razón por la cual la conjunción copulativa «y» insertada en el art. 900 debería ser reemplazada por la disyuntiva «o» («Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención o -en vez de y- libertad...») (Bueres, Alberto, 1986, 32-33). c) El Codificador, en el art. 898, escinde los *actos voluntarios* en *lícitos e ilícitos*, destacando que los primeros, son las acciones *voluntarias* no prohibidas por la ley,... a *contrario sensu* lo ilícito sería lo que la ley prohíbe. Pero...Vélez Sársfield no parece haberse preocupado por esa ilicitudes genéricas -o actos ilícitos en sentido amplio-, debido a que al tratar el asunto de los actos ilícitos (título VIII, sección II, libro II), lo refiere a los actos que aparejan responsabilidad civil (arts. 1066, 1067, 1068, etc.). O sea, al que denominamos acto ilícito *sensu stricto* (Bueres, Alberto, 1986, 37-38). d) En cuanto a si sólo pueden ser ilícitos los actos voluntarios a tenor de lo dispuesto en los arts. 898, 1066, 900 y su nota; Bueres entiende que: «Si, en efecto, el acto involuntario por carencia de discernimiento es un suceso fortuito, ello contradeciría la clasificación de hechos humanos sentada por el art. 897, que involucra en su seno los actos voluntarios, y los involuntarios

---

<sup>114</sup> Alberto J. BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 31. Da cuenta de que esta opinión no es uniforme, ya que algunos autores reservan la palabra acto para los hechos voluntarios, mientras que el hecho humano involuntario (art. 900) es igual o casi igual al hecho natural.

del art. 900, sin excepciones <sup>115</sup>. O sea que también los actos ilícitos pueden ser involuntarios. Volveré sobre ello en párrafo subsiguiente.

Los distintos criterios para determinar cuando hay acción y autoría, son expuestos por Bueres, para luego fijar su propia postura. Así, para algunos la autoría requiere una depuración de raigambre subjetiva, dado que atañe a la indagación de la *voluntariedad* del acto. Solamente en caso de que éste sea *voluntario* habrá autoría; mientras que la causalidad apunta al contacto material entre el hecho y el perjuicio (cita a Brebbia). Para otros, acción es el obrar humano en su más amplia acepción, y la noción comprende desde la manifestación más inconsciente o refleja o instintiva hasta la más pura lucidez; por lo que admiten que la *vis absoluta* no excluye autoría y se enmarcan también en el art. 907 los actos reflejos (En esta línea de pensamiento cita a Boffi Boggero y Gherzi, para este último el elemento vital en la reparación es la conducta (acción) supuesta como un hecho humano «desnudo» de toda calificación jurídica) (Bueres, Alberto, 1986, 41).

Para Bueres, acción es conducta humana voluntaria o involuntaria, que posee *mismidad o atribuibilidad* en relación con el sujeto...O sea la acción se trasunta como una emanación de la persona. En el mismo sentido, Santos Briz (cita-

---

<sup>115</sup> Alberto J. BUERES, en *El acto ilícito*, ya citado, pág. 39. Expone el pensamiento de autores que realizan otra interpretación. En este sentido, cita a Llambías, Salvat-López Olaciregui y Acuña Anzorena; para quienes en el primario sistema del Código Civil sólo era acto ilícito el *voluntario*, con arreglo a los dispuesto por los arts. 897, 898, 900 y 1066. También Orgaz entiende que el acto obrado sin discernimiento es un suceso fortuito, es un *no acto* del sujeto (falta autoría, agrega Bueres). En la emergencia, actos obrados sin discernimiento (Orgaz), la voluntad queda *excluida*. En vez de ello, la ausencia de intención o libertad *no excluirían* la voluntad, pues según Orgaz la voluntad -existente- estaría viciada. Acota Bueres que en estos casos habría acción. Considera además, que si bien para algunos autores la acción no se nutre con el acto involuntario del sujeto, cree que aun así no habría un suceso fortuito, sino un acto del hombre, si bien desde esa postura -que el rechaza- no se lo calificaría de acción, por cuanto no produce obligación alguna (art. 900).

do por Bueres) dice que la acción (o autoría) abarca los actos voluntarios e involuntarios, en la medida en que la conducta sea controlable o en que existan posibilidades de control. Para este autor, (Santos Briz) el concepto jurídico de acción involucra, además del acto puramente voluntario, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad.

De lo expuesto y teniendo en cuenta las preguntas formuladas anteriormente, para el autor ahora mentado, las respuestas son negativas en ambos casos. En efecto, un acto de un agente configura acción y el agente es considerado autor, no sólo cuando concurre la voluntad (con sus tres elementos), sino también cuando aun siendo involuntario, la conducta del agente puede serle atribuida, en razón de ser una emanación de su persona, o sea que refleje su mismidad, que pudo ser controlada.

En cuanto a si los actos ilícitos sólo se predicán de los actos voluntarios, también Bueres considera que no y entiende que aun en el propio sistema del Código (sin las reformas ulteriores) el acto involuntario podía ser ilícito, y asimismo, que junto a la culpa existieron otros criterios legales de imputación objetivos<sup>116</sup>. Conceptualiza al acto ilícito como: «El acto ilícito es la acción causativa de un daño, antijurídica, y adjudicable a un sujeto a base de un criterio legal de imputación subjetivo u objetivo» (Bueres, *El acto ilícito*, 1986, p. 62),

---

<sup>116</sup> Alberto J. BUERES, *El acto ilícito*, ya citado, págs. 46-47. Argumenta su postura interpretando que cuando el art. 1067 alude al delito o cuasidelito -como elementos subjetivos del acto ilícito-, se refiere a la responsabilidad o reparabilidad del daño (o sea que al agente se le pueda imputar dolo o culpa); pero ello no significa que el acto involuntario no pueda ser ilícito. Asimismo, cuando el codificador prescribe en el art. 1076 (2ª parte) que el demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren, sólo afirma eso, por lo que entiende que la ilicitud de un acto involuntario puede existir al margen de que no medie *punibilidad* o resarcimiento.

o «... el acto ilícito es una acción, comportamiento, autoría, naturalmente voluntario, involuntario, causante de un daño, antijurídico y adjudicable a un sujeto sobre la base de un factor de atribución subjetivo, culpa o dolo u objetivo, riesgo, garantía, equidad, abuso del derecho, etcétera» (Bueres, *La antijuridicidad*, 1997).

*Matilde Zavala de González*: Con la agudeza y claridad que la caracteriza en el análisis de cuestiones jurídicas, Zavala de González expresa: «*Sólo las acciones humanas pueden calificarse como lícitas o ilícitas*». Asimismo para que un hecho humano pueda calificarse como antijurídico se requiere una acción; es decir, que el agente pueda reputarse como *autor material* del proceder que despliega<sup>117</sup>. Si bien no considera a la acción como un presupuesto para que opere el deber de resarcir los daños (ver nota) en los casos en que el hecho lesivo consista en una conducta humana, su punto de vista respecto a cuando se configura una acción es el siguiente: En su cabal significación «acto» es el hecho cumplido por el hombre voluntariamente, presidido por la comprensión de su sentido y gobernado de manera inteligente; no un mero proceso causal, cita la nota de Vélez Sársfield al art. 900<sup>118</sup>. Pero esta

---

<sup>117</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños 4 Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, págs. 324-325. Si bien la autora, no considera que la acción sea un presupuesto para la reparación por daños, en todo caso es un elemento de los hechos ilícitos, pero éstos constituyen sólo una de las fuentes posibles de responsabilidad. La noción de acción la refiere en una noción más amplia, la de *hecho lesivo* y que puede consistir en una conducta humana o en un acontecimiento de la naturaleza. Existiendo el hecho lesivo, su examen queda subsumido en el daño y en la relación causal y a través de ésta se indaga la autoría de aquél. Por ello, considera que carece de fin práctico encuadrar a la acción humana o al hecho lesivo como requisito autónomo. Págs. 76-77

<sup>118</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 325. La nota de Vélez Sársfield al art. 900. citando a Maynz, dice: "El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito".



noción es la requerida en la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpabilidad, donde se exige una voluntad madura, sana y no afectada por causas accidentales de privación del discernimiento. Sin embargo, expresa, en la antijuridicidad (agrego: o sea considerar cuando un acto es contrario a derecho), disminuye radicalmente el grado de voluntad requerido para la comprobación de la existencia del acto y *«es suficiente un mínimo de participación subjetiva, en cuya virtud pueda decirse que el hecho ha sido «conducido» por el agente por impulso propio; es decir, obrando como sujeto y no como objeto»*<sup>119</sup>.

O sea que se habría configurado la acción, aun cuando jurídicamente se lo considere inimputable. De esto infiero que la respuesta a la primera pregunta, para la autora mentada, es negativa, o sea para que se configure una acción contraria a derecho (antijurídica) no es necesario que el agente haya obrado con una voluntad sana y madura, comprensiva de los tres elementos. En cambio, si excluye como acción los casos en los cuales el agente obró como mero instrumento de otro. (se infiere del ejemplo que cito en la nota y que pertenece a la autora).

En cuanto a la imputabilidad la autora defiende la acepción de entenderla como: la sola *aptitud para incurrir en dolo o en culpa*, por considerarla técnicamente ajustada y que permite distinguir los dos elementos del comportamiento volunta-

---

<sup>119</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 325-326. Ilustra con el siguiente ejemplo: Cuando un niño de ocho años causa un daño bajo la dirección impresa por él mismo (tira una piedra que rompe una ventana), el perjuicio es atribuible a su propio gobierno sicofísico, aunque su voluntad sea inmadura. Existe entonces una acción antijurídica a pesar de emanar de un inimputable, y puede generar responsabilidad para el agente (art. 907, párr. 2º, C.Civil) y para sus padres o tutores (arts. 908 y 1114). En cambio, si el niño causa el daño bajo el impulso de una fuerza física irresistible (rompe la ventana con su cuerpo porque lo empuja otra persona), el único acto computable es el del tercero y sólo éste debe responder, pues el desplazamiento del primero ha sido en carácter de mero instrumento.

rio: la imputabilidad y la culpabilidad. La imputabilidad es una noción genérica, que trasunta la *posibilidad* de ejecutar actos voluntarios (Zavala de González, Matilde, 1999, 360). En los casos que se excluye la imputabilidad (minoridad, enfermedad mental y privación accidental de la razón), el agente puede ser condenado al pago de una indemnización equitativa (art. 907, párr. 2º, C.Civil). En tanto, la culpabilidad se configura en *particular*, a propósito de un hecho específico (Zavala de González, Matilde, 1999, 361 y 363). En los casos que excluyen la culpabilidad, para el caso del error (que afecta el aspecto cognoscitivo y elimina la intención) de hecho, esencial y excusable; es de aplicación el art. 907, párr. 2º, C.Civil, si concurren las pautas económicas que éste enuncia (Zavala de González, Matilde, 1999, 385). En cuanto a la *intimidación*, que afecta el aspecto *volitivo* y elimina la libertad, porque genera miedo o violencia moral que afecta la espontaneidad del dañador. el acto es voluntario, pero viciado por el temor. Es el caso previsto en el art. 937, C.Civil. Diferencia la intimidación de la *fuerza física irresistible*, art. 936, en cuya hipótesis el sujeto no obra como tal sino como instrumento material de otro. Entre los principales supuestos de aplicación del factor equidad, menciona entre otros: El daño involuntario (art. 907, párr 2º, C.Civil) (Zavala de González, Matilde, 1999, 385 y 405).

Respecto a si los actos ilícitos sólo se predicán de los actos voluntarios, plantea la autora en un artículo<sup>120</sup> las dos posturas doctrinarias. En este sentido, hay autores que consideran que la ilicitud presupone voluntariedad y culpabilidad; se enrolan en esta tesitura Moisset de Espanés, Llambías y Bustamante Alsina. Por otro lado, hay quienes sostienen que la ilicitud tiene un sentido objetivo, postura por la que se inclina la autora cuando afirma en el artículo citado: «La ilicitud es un concepto objetivo, que se establece en base a la contradicción entre la conducta de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado

---

<sup>120</sup> Matilde M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la ilicitud", en J.A., 1981-IV-732-742.

integralmente, con prescindencia de la imputabilidad y culpabilidad del agente». Algunos de los argumentos que esgrime se basan en artículos del Código Civil. Así expresa que el art. 1066 establece que el acto sea prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, aunque el autor sea inimputable o haya obrado diligentemente, factores indiferentes a la determinación de la ilicitud, aunque no de la responsabilidad. También del art. 1067 se infiere que para que haya acto ilícito *punible* se requiere que al agente se le pueda imputar dolo, culpa o negligencia; por lo que la «punibilidad» requiere además de la ilicitud, la culpabilidad y no, en cambio, que la ilicitud suponga o se integre con la culpabilidad. Expresa también la autora que: «La ilicitud es un presupuesto de la responsabilidad lógicamente previo a la determinación de la culpabilidad».

*Carlos A. Calvo Costa*: Su respuesta a la primera pregunta formulada también es negativa. En este sentido expresa que el acto, es el hecho efectuado por el hombre, y supone autoría, acción, lo cual hace referencia a un comportamiento humano, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad del agente, y a condición de que ese comportamiento refleje la personalidad del sujeto, es decir que sea atribuible al mismo, y que -además- produzca un cierto resultado<sup>121</sup>. Continúa el autor, que para establecer la existencia de una conducta, bastará demostrar un mínimo de participación subjetiva del agente, de modo que éste haya obrado como tal y no como un cuerpo inerte. Es decir, la noción de autoría de la acción dañosa exige que el acto proceda del causante, de su mismidad, condición a la que los italianos llaman *suitas*<sup>122</sup>. En cambio para Brebbia la

---

<sup>121</sup> Carlos A. CALVO COSTA, *Daño resarcible*, Responsabilidad civil/24, Alberto J. Bueres dirección, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, págs. 104-105

<sup>122</sup> Carlos A. CALVO COSTA, nota a pág. 105, citando a Agoglia "... debe existir un nexo íntimo entre el movimiento exterior y la íntima personalidad del sujeto, de donde el coeficiente psíquico de la acción no finca en la voluntariedad del acto, sino en la atribuibilidad del acto al sujeto.

autoría existe en la medida que el acto sea voluntario en los términos de los art. 897 y 913 del Código Civil. También para Orgaz, quien expresa que el acto obrado sin discernimiento es un suceso fortuito, un no acto del sujeto (que Bueres entiende como falta de autoría), apoyando su afirmación en la nota al art. 900 del Código Civil <sup>123</sup>.

Para el autor glosado, basta que se demuestre un coeficiente psíquico aunque sea mínimo, indicativo de la participación subjetiva del agente, para que el movimiento corporal pueda considerarse emanación de su personalidad <sup>124</sup>.

Santos Briz <sup>125</sup> define a la acción como todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir, concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho. Destaca un «concepto jurídico de acción, que es distinto que el filosófico. En sentido filosófico, puede aquí hablarse ciertamente de una forma previa o preliminar del obrar, pues lo que indica la acción en el sentido de su concepto filosófico es la realización de la voluntad en virtud de una actividad dirigida a un fin. Por el hecho de ir dirigida al objetivo propuesto por la voluntad se diferencia, en efecto, la situación humana del ciego acontecer causal. Sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que por ello han de considerarse controlables por él... Objetivamente imputable a la voluntad humana es también aquella conducta, porque se dio en definitiva la posibilidad de un control de la conciencia».

Conforme a este pensamiento, sólo no quedarían incluidos en el concepto de acción, los actos en los cuales el agente: o actúa como un mero instrumento de otro (es empujado y

---

<sup>123</sup> BREBBIA y ORGAZ, citados por CALVO COSTA, en ob. cit., pág. 105

<sup>124</sup> En igual sentido, MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, pág. 11. También ZAVALA DE GONZÁLEZ, en ob. cit., págs. 325-326.

<sup>125</sup> Citado por CALVO COSTA, en ob. cit., pág. 106, ver nota 10, pág. 107.

causa daño), ni los cometidos por actos reflejos (movimientos de un enfermo con fiebre muy alta y causa daño) o por alguien que responde a la voluntad de otro (actúa hipnotizado, siempre que no se haya sometido voluntariamente)

Si bien la autoría humana debe estar siempre presente a la hora de analizar el resarcimiento de un daño, Calvo Costa estima que la acción humana, no constituiría un elemento necesario de la responsabilidad civil, ni se la debe exigir como presupuesto autónomo de la misma, toda vez que se la considera subsumida en la antijuridicidad (Calvo Costa, Carlos, 2005, 108).

Respecto a si los actos ilícitos sólo se predicán de los actos voluntarios, Calvo Costa considera que no, porque concibe a la antijuridicidad en un sentido material, o sea como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad; por lo tanto la ilicitud de un acto involuntario puede existir al margen de que no medie obligación de resarcir el perjuicio y de que el sujeto que lo ha realizado no sea punible a tenor de las normas del Código Civil (Calvo Costa, Carlos, 2005, 490-491).

*Atilio Aníbal Alterini:* En relación a si los actos ilícitos sólo se predicán de los actos voluntarios, considera que no, o sea que de los actos involuntarios también puede predicarse su ilicitud. Para ello distingue entre ilicitud objetiva (o antinormatividad), de la subjetividad del agente. La ilicitud objetiva importa la existencia de un acto disconforme con el Derecho... Se trata de una observación previa y primera del acto, que no penetra aún en la subjetividad del agente y, por ello, permite calificar también como objetivamente ilícitas ciertas conductas involuntarias <sup>126</sup>. Acorde con esto, distingue las causas de justificación como excluyentes de la antinormatividad, de las causas de inimputa-

---

<sup>126</sup> Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª ed. reimp., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, págs. 66-67

bilidad y expresa en una abundante nota que: «Estoy convencido que el acto involuntario puede ser antinormativo (cita a Freitas)... La circunstancia de que el art. 1066 del C.Civil establezca que ningún acto *voluntario* tendrá carácter de ilícito si no hubiera prohibición normativa, se explica porque los actos voluntarios son los únicos que tienen interés a los fines de la responsabilidad civil (art. 900), en tanto el art. 1067 requiere el daño y la culpabilidad para que el acto sea punible, lo que no obsta a que sea objetivamente ilícito y no punible, de no concurrir dichos extremos» (Alterini, Atilio, 1992, nota 112, 76-77).

Para *Kemelmajer de Carlucci y Parrellada*<sup>127</sup>, obsta a la libertad el vicio de violencia (arts. 936 y 937). Expresan que se distingue entre la vis absoluta y la vis relativa. Que en la primera no hay autoría, pues el agente del acto no es sino un mero instrumento en manos de otro o de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Consideran que en esos supuestos no corresponde hablar de autor, pues no son «hechos suyos» y que quien actúa en virtud de una fuerza irresistible no está obligado ni siquiera, a los términos del art. 907, pues esta norma hace referencia expresa al *autor* del hecho y, en los casos de vis absoluta no puede hablarse estrictamente de acción u obrar humano.

*Pizarro y Vallespinos* también consideran que: «No se requiere para que exista acción la presencia de voluntariedad del agente: basta con que refleje su personalidad. Quedan, por ende, comprendidos dentro del concepto de acción los denominados actos

---

<sup>127</sup> En *Responsabilidad civil/9*, ya citado, Capítulo X, pág. 191. Ilustran con los siguientes ejemplos: “Si una persona es empujada por otra por una fuerza que no puede resistir y causa un daño a otro, no es autor del mismo y, en consecuencia, nada debe reparar. En cambio, si a una persona a la que se le ha secuestrado el hijo, se la extorsiona obligándola a que declare en un juicio contra un imputado inocente, quien es condenado en razón de sus dichos, debe indemnizarlo si las circunstancias imponen como equitativa tal reparación”. El primer caso sería un supuesto del art. 936 y el segundo del art. 937.

habituales e instintivos. Por el contrario, están al margen del mismo los actos reflejos, los que emanan de estados de inconsciencia total o los que derivan de una fuerza irresistible»... «Se trata de un concepto (el de antijuridicidad) *netamente objetivo*, que deriva de la contrariedad de la acción con el derecho, por lo tanto, es *independiente de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente*. De allí que la conducta de un menor de diez años o de un demente pueda ser antijurídica (arg. art. 921, *in fine*, C.Civil). Una cosa es que medie antijuridicidad en el obrar de un inimputable y otra, diferente, que éste deba responder civilmente por las consecuencias dañosas.» Asimismo, comparten la postura y los argumentos de Bueres, en cuanto a que los actos involuntarios también pueden categorizarse como ilícitos <sup>128</sup>.

*Carlos A. Ghersi*, en una postura distinta expresa que <sup>129</sup>: «La *autoría* implica que el hecho pueda serle atribuido a un sujeto por efecto de una comprobación de tipo fáctica». Es de tener en cuenta esta concepción, porque entonces la autoría sólo se excluye cuando no se da esa vinculación de tipo fáctica entre el sujeto y el cambio que se produce en el mundo, si es así sólo la excluyen los hechos extraños, en los cuales el sujeto a quien se pretende atribuir el hecho, no tuvo ninguna vinculación con la consecuencia de ese hecho, o sea con el daño causado.

En cuanto a los casos de vis absoluta, Ghersi <sup>130</sup> expresa que: «La libertad física, esto es, el sujeto pierde posibilidad de ejecución pues sus órganos no responden ante una fuerza irresistible (art. 936)» y continúa que frente a la vis absoluta existen dos posiciones: para una de ellas, la causa que obsta a la libertad impide la existencia misma del hecho humano...

---

<sup>128</sup> Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, págs. 480-481.

<sup>129</sup> Carlos A. GHERSI, en *Responsabilidad civil/9*, ya citado, Capítulo V.

<sup>130</sup> Carlos A. GHERSI, *Responsabilidad civil/9*, ya citado, Capítulo II, págs. 50-51.

el hecho realizado con violencia física de tipo absoluta no es un hecho humano; no hay autoría... ni siquiera da lugar a las indemnizaciones de equidad del art. 907. Para la otra postura, hay hecho humano, pero inimputable a los efectos de la responsabilidad civil y por lo tanto, como hecho humano involuntario, es de aplicación el art. 907, si se dan los supuestos fijados por esta norma. Para este autor, responsabilizar a una persona por el hecho propio, debe haber determinado su actuar y actuado libremente; o sea, debe haber actuado con discernimiento y comprensión; según se haya actuado o no de ese modo, el ordenamiento jurídico calificará su acción y determinará las consecuencias; es el juez quien reconstruirá el hecho y luego lo encuadrará jurídicamente y para ello hará un juicio *valorativo* que se desenvuelve en dos planos: el *fáctico* y el *jurídico*. El primero tiene que ver con la *autoría*, que algunos denominan *atribución fáctica* y el segundo con la *imputación*, que algunos denominan *imputación jurídica strictu sensu*. La autoría implica que el hecho pueda serle atribuido a un sujeto por efecto de una comprobación de tipo fáctica. Sostiene que la sola presencia humana conlleva indefectiblemente a la autoría y que el análisis del nexo psíquico, en cualquiera de sus gradaciones, nos lleva a la imputabilidad y nos saca de la autoría<sup>131</sup>. Si es así, entonces para Ghersi, el movimiento corporal que produce el daño, aun cuando ese movimiento se realice como mero instrumento de otro, habría autoría por parte del agente, pero operaría una causa de inculpabilidad, por faltar libertad en el agente. La pregunta es si sería de aplicación en este supuesto el art. 907, en principio parece que sí, ya que el artículo hace referencia al autor del hecho. El autor glosado expresa que tanto en el campo de los hechos o comportamientos (en los cuales puede faltar el nexo psíquico entre el movimiento corporal y el resultado), como en el campo de los actos o conductas (en los cuales el agente concreta su actividad exterior como consecuencia de una reflexión interior), existe autoría, y por lo tanto puede

---

<sup>131</sup> Carlos A. GHERSI, ob. cit. págs. 93-94.



hablarse de causas de inimputabilidad tanto cuando no existe discernimiento como cuando no existe intención ni libertad <sup>132</sup>, salvo aquellas situaciones en que se excluye la acción, en las que puede hablarse de falta de autoría <sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Carlos A. GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999. En esta obra el autor considera (Capítulo III) que el hecho jurídico humano real (para distinguirlos de los irreales, que son aquellos en los cuales no hubo manifestación de la voluntad), es susceptible de una subdivisión que hace referencia a la "inexistencia del proceso interno" o a su "deficiente desarrollo", lo cual da lugar a una actividad "ingobernada o hecho o comportamiento". Mientras que cuando el proceso interno se desarrolla en su totalidad o en la proporción mínima indispensable para poder decir que se trata de un "proceso gobernado", nos encontramos frente al "acto o conducta". El proceso interno no se desarrolla en su totalidad cuando falta alguno de sus elementos: discernimiento, intención o libertad. En estos casos no hay "acto típico", por lo que se puede sostener que el acto es involuntario y el sujeto inimputable. En la producción del acto entiende a los tres elementos integrados, por ello alude a inimputabilidad en general, sin distinguir entre causales de inimputabilidad y de inculpabilidad. A su vez a la voluntad la ubica en un esquema abstracto, que al ser cotejado con el acto acaecido concreto consuma la imputabilidad. Es una manera distinta de enfocar los elementos internos de la voluntad, como también los presupuestos de la responsabilidad civil, considerando que hay elementos comunes de la teoría general de la reparación de daños y son: 1) Hecho humano, 2) Daño 3) Relación de causalidad. Como causas de exclusión del primero ubica el caso fortuito, del segundo al daño no reparable y del tercero a la fuerza mayor, hecho del Estado o de tercero que no deba responder. Estos elementos comunes configuran la primera etapa de la teoría, si se dan se pasa a la segunda que tiene un elemento específico y es el factor de atribución, cuya vía de acceso es de carácter subjetivo u objetivo. En la primera considera necesario referirse a la antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y dolo, mientras que cuando la vía de acceso a la reparación es por un factor objetivo, expresa que resulta innecesaria (inocua) la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad.

<sup>133</sup> En *Responsabilidad civil/9*, Ghersi (Capítulo III) expresa que -por cierto- los fenómenos naturales que producen daños, no puede hablarse de acción, pero no queda claro, en este capítulo cuál es su postura respecto de los hechos realizados bajo fuerza física irresistible y en los actos reflejos; o sea mi duda es si considera que en estos casos hubo o no acción y que piensa acerca de la aplicación del art. 907 en estos supuestos.

Para Ghersi, en una postura más determinante, supone autoría cuando se da una vinculación de tipo fáctica, contacto entre el hecho del agente y el cambio en el mundo. Pero no utiliza el término acción, sino de cómo se desarrolla el proceso interno y cuando falta alguno de sus elementos (discernimiento, intención o libertad) no hay «acto típico», por lo que se puede sostener que el acto es involuntario y el sujeto inimputable (ver nota 132). Se podría, entonces, pensar en lo siguiente: hay autoría cuando el agente mediante un movimiento corporal produce un daño, aun cuando ese movimiento no refleje en absoluto su personalidad o mismidad. Pero que haya autoría no significa que dicho nexos no sea motivo de análisis y se lo considere al acto involuntario y al sujeto inimputable.

*Alfredo Orgaz:* Al referirme, en esta parte del capítulo, a Imputabilidad y autoría, ya se expresó el pensamiento de Orgaz, si bien conviene volver a reiterarlo con el objetivo de realizar luego dos grupos de autores, conforme a sus pensamientos. Así se expresa Orgaz: «La acción formalmente ilícita de un sujeto inimputable no es para nuestra ley -ni, en general, para la doctrina clásica- sólo una acción «inculpable», sino, más radicalmente, no es una «acción» en sí misma, sino un mero «hecho» equiparable a los de la naturaleza<sup>134</sup>. Para Orgaz la falta de imputabilidad o discernimiento, excluye la voluntad; la falta de intención o de libertad no la excluyen, pero sí la vician. También expresa que la imputabilidad es «la aptitud, condicionada por la salud y la madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento», la imputabilidad es «capacidad de culpabilidad», esto es, de cometer actos ilícitos y comprometer su propia responsabilidad (Orgaz, Alfredo, 1981, 34).

---

<sup>134</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Lerner, 1981, págs. 17-18. Cita en la nota a Maynz y a Freitas, quien en la nota al art. 445 del Esbozo expresa: “Los actos de un loco no son ilícitos, son actos involuntarios y por consiguiente sin moralidad. Sus agentes están exentos de toda imputación”.

Conforme a ello, para Orgaz en los supuestos de *sujetos inimputables* los hechos que realicen y que produzcan un cambio en el mundo (un daño), *ese hecho no puede considerarse una acción* porque el agente no actuó con voluntad, entendida como una propiedad subjetiva de la acción en el sentido de que el origen del acto no es una volición. O sea que para configurar la acción se requiere que el sujeto sea imputable (presencia del discernimiento), en cuanto a la falta de intención o libertad se configuraría una acción, porque no se excluyó la voluntad, pero como resultó viciada, se considera una acción inculpable. Por lo tanto la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, en cuanto a la exigencia del discernimiento.

En cuanto al acto ilícito, Orgaz considera que: «La ilicitud, por tanto, se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho; entraña «una idea de relación: la relación *contradictoria* entre el hecho del hombre y la ley». También expresa que: «... la ilicitud de un acto es independiente de las circunstancias relativas a los sujetos que realizan la acción; así, el acto contrario a derecho es siempre y por esto sólo ilícito, aunque haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que ha obrado sin culpabilidad. Lo que no habrá en estos casos es *punibilidad* para el agente,... Hay en suma, ilicitud, sin voluntad y sin culpabilidad». En cuanto a lo prescripto en el art. 1066 que: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito..», considera Orgaz que esta disposición se refiere solamente a los actos voluntarios porque ellos son los que primordialmente tienen interés a los fines de la responsabilidad civil (art. 900). Pero, entiende que también los actos involuntarios son susceptibles de la calificación de lícitos o ilícitos<sup>135</sup>. Entonces la respuesta a la segunda pregunta es negativa.

---

<sup>135</sup> Alfredo ORGAZ, *La ilicitud (extracontractual)*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1974, pág. 18, 24 y nota 17 en pág. 25.

Cuando Orgaz se refiere a las causas de inimputabilidad<sup>136</sup>, respecto de los menores de diez años expresa que se trata de una regla de derecho material: el menor de diez años es siempre inimputable, el mayor de esta edad es siempre imputable, cualesquiera sean la madurez mental de uno y otro y la índole del acto ilícito. Sobre esto no advierto discrepancia en la doctrina. Pero en cuanto a la otra causa que excluye la imputabilidad, a la que Orgaz llama enajenación e inconsciencia, expresa: «En definitiva, desde que el acto ilícito es, esencialmente, un «acto voluntario» (art. 898, civil), hay inimputabilidad cuando el autor ha estado privado, por enfermedad mental, crónica o transitoria, del discernimiento (enajenación) o circunstancialmente del «uso de razón» (inconsciencia), de tal intensidad que haya quedado excluida la voluntad en sentido jurídico. En estas hipótesis, el acto es «involuntario» y no produce «por si obligación alguna» (art. 900)». También es interesante, porque permite entender su postura, lo que expresa en la nota a lo transcripto: Exclusión (se refiere a la voluntad) que no es incompatible con una cierta voluntad psíquica, como en los menores de diez años y en muchos enajenados<sup>137</sup>. Volveré en el párrafo subsiguiente.

Una simple lectura del pensamiento de Orgaz, puede llevar a pensar en una contradicción. En efecto: por un lado sostiene «... la ilicitud de un acto es independiente de las circunstancias relativas a los sujetos que realizan la acción; así, el acto contrario a derecho es siempre y por esto sólo ilícito, aunque haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que ha obrado sin culpabilidad. Lo que no habrá en estos casos es *punibilidad* para el agente,... Hay en suma, ilicitud, sin voluntad y sin culpabilidad» (La ilicitud, p. 24) y por otro: «En definitiva, desde que el acto ilícito es, esencialmente, un «acto voluntario» (art. 898, civil),...» (La culpa, p. 46). Pero es sólo aparente porque ya se expresó el pensamiento de Orgaz res-

---

<sup>136</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa*, ya citado, Capítulo 3, pág. 39 y ss.

<sup>137</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa*, ya citado, Capítulo 3, pág. 46 y nota 16.

pecto al art. 1066, o sea los actos voluntarios son los que primordialmente tienen interés a los fines de la responsabilidad civil, destaco la palabra «primordialmente», los que más importan, pero no los únicos y por otro lado, el acto ilícito es «esencialmente», pero tampoco los únicos. Por ello se armoniza el pensamiento en el sentido de que puede predicarse también la ilicitud en los actos involuntarios.

Retomando lo expresado en la nota ya mencionada, se advierte diferencia con el pensamiento de los autores ya expuestos. Orgaz separa lo jurídico de lo fáctico, si bien las prescripciones jurídicas se refieren a hechos, y se tienen en cuenta ciertos elementos biológicos, psiquiátricos y psicológicos, el derecho no se somete enteramente a ellos, aparece el deber ser, el principio de imputación. La postura de Orgaz queda lo suficientemente clara al decir: «La imputabilidad en el derecho no es exclusivamente biológica o psiquiátrica o psicológica, sino... jurídica: todo en el derecho es jurídico, como es obvio, es decir, todo lo que el derecho toma de fuera -en este caso, de las ciencias naturales- lo toma dando al respectivo concepto una significación particular, o sea, transformándolo para sus fines y necesidades propios»<sup>138</sup>.

*Juan Carlos Palmero*: Si bien la obra de este notable jurista cordobés titulada y ya citada *El daño involuntario. Indemnización de equidad*, no está destinada a un estudio sobre la acción, da cuenta de cuando los hechos son involuntarios y también considera que los actos involuntarios son formalmente ilícitos, así expresa: «... las acciones delictuosas que cometa el inimputable no perderán el carácter de ilícitas, aunque el agente se libere de las consecuencias civiles o penales en mérito de la excusa absolutoria que legitima su estado (Palmero, Juan C., 1973, 32-33). En cuanto a que hechos se consideran involuntarios, Palmero considera que se dan cua-

---

<sup>138</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa*, ya citado, Capítulo 2, pág. 37 y nota 9 con cita de Radbruch y Stammler.

tro casos de involuntariedad en el hecho propio del agente y son: I) causa obstativa del discernimiento por minoridad; II) causa obstativa del discernimiento por pérdida permanente de la razón; III) causa obstativa del discernimiento por pérdida accidental de la razón; IV) causa obstativa de la intención por error esencial referido al acto ilícito (Palmero Juan C., 1973, 36). También considera que opera la involuntariedad cuando es inducida por un tercero y es el caso de causa obstativa de la libertad por violencia, sea por fuerza física irresistible o por intimidación, indicando en cada caso los requisitos que deben concurrir para que se configure un supuesto de hecho de involuntariedad. O sea Palmero considera que tanto la ausencia de discernimiento, de intención o de libertad operan como causas que obstan la voluntad. Esta postura es acorde con la interpretación *a contrario sensu* del art. 897 del C.Civil.

Asumo que no he agotado, ni fue mi pretensión hacerlo, el pensamiento de la doctrina nacional; pero considero que se ha reflejado cuáles son las posturas en el debate respecto a la acción y autoría y a si los actos ilícitos sólo se predicen de los actos voluntarios. Por lo tanto, creo que ha llegado el momento de establecer un orden, para ello lo más aconsejable es agrupar dichas posturas en torno a las preguntas que formulé como debatidas en la dogmática *ius privatista*.

Pero antes, corresponde dar una respuesta a la duda planteada cuando hice referencia en Imputabilidad u autoría, o sea si los términos acción y autor están ligados en el sentido de que cuando se configura una acción, al agente de la misma se lo considera autor; o si por el contrario, puede pensarse en un agente que haya sido autor, pero no calificar a ese hecho como acción. Luego de la lectura del pensamiento de los autores señalados, advierto que se refieren a acción y autoría como términos ligados: cuando consideran que no hay acción, no hay tampoco autoría. Si bien, me reservo un margen de duda en la postura de Ghersi, que entiende la autoría en un sentido amplio, la duda es si también considera a la acción en este mismo sentido amplio o su configuración de penderá, luego de hacer

el análisis de los elementos de la voluntad y del nexo psíquico entre el comportamiento y su resultado dañoso.

Asimismo, también me reservo un margen para expresar mi postura, que expondré en el próximo apartado.

Respecto de la pregunta: *1) determinar si el concepto de acción se construye, o si es necesario que para configurar la acción, concorra la voluntad (con sus tres elementos: discernimiento, intención y libertad) como requisito ineludible*, las respuestas pueden agruparse de la siguiente manera:

**1) Autores que consideran que no es necesario que concorra la voluntad, con sus elementos (discernimiento, intención y libertad), para configurar el hecho (o acto) del agente como una acción y en consecuencia considerarlo autor:** Se enrolan en esta postura los siguientes juristas: Jorge Mosset Iturraspe, Alberto J. Bueres, Matilde Zavala de González, Carlos A. Calvo Costa, Santos Briz (citado por Bueres y Calvo Costa), Ramón D. Pizarro, Carlos G. Vallespinos, Carlos A. Gherzi y Boffi Boggero (citado, el último mencionado por Bueres)

**Algunas variantes en los autores mencionados:** *Mosset Iturraspe* incluye a la autoría como un elemento autónomo de la responsabilidad civil.

*Bueres:* Si bien no dice expresamente que es un elemento autónomo de la responsabilidad civil, entiende que lo relativo a la acción merece un estudio por separado del resto de los presupuestos. Asimismo, en la conceptualización del acto ilícito, expresa que es una acción, antijurídica...

*Zavala de González:* Entiende que carece de fin práctico considerar a la acción humana o al hecho lesivo como requisito autónomo para que proceda la reparación por daños.

*Calvo Costa:* Entiende que la acción humana debe estar presente a la hora de analizar el resarcimiento de un daño, pero no la exige como elemento autónomo, porque la considera subsumida en la antijuridicidad.

*Pizarro y Vallespinos:* Entiendo que subsumen la acción en la antijuridicidad, porque no la mencionan como elemento distinto y porque expresan que la antijuridicidad es predicable de una conducta humana (acción)...

***Coincidencias:*** En los autores mencionados, la diferencia radica en considerar, o no, a la acción como presupuesto autónomo de la responsabilidad civil, pero todos coinciden, que una conducta humana se configura como acción del agente que la realiza, si la misma refleja su personalidad, o como expresa Zavala de González «es suficiente un mínimo de participación subjetiva, en cuya virtud pueda decirse que el hecho ha sido «conducido» por el agente por impulso propio; es decir, obrando como sujeto y no como objeto».

Conforme a ello y como consecuencia de lo anterior, también coinciden en que queda excluida de la configuración de la acción el supuesto de la llamada vis absoluta (fuerza física irresistible), por considerar que no hay autoría (ni acción), ya que el agente del acto es un mero instrumento en manos de otro o de las fuerzas ciegas de la naturaleza, supuesto que entienden está contemplado en el art. 936 del Código Civil. Postura que también comparten *Kemelmajer de Carlucci y Parrellada*. Asimismo, se excluyen también los actos reflejos, si bien hay casos que se encuentran en una zona de penumbra, hay quienes excluyen los actos instintivos, se duda de los actos realizados bajo efecto de sonambulismo, hipnosis, sugestión, epilepsia.

***Gherzi:*** En una postura amplia considera que hay autoría cuando el agente mediante un movimiento corporal produce un daño, aun cuando ese movimiento no refleje en absoluto su personalidad o mismidad. Pero que haya autoría no significa que dicho nexo no sea motivo de análisis y se lo considere al acto involuntario y al sujeto inimputable.

***Boffi Boggero:*** Sostiene que acción es el obrar humano en su más amplia acepción. Comprende la noción de acción desde la manifestación más inconsciente o refleja o instintiva hasta la más pura lucidez. Admite que la vis absoluta no excluye la autoría y que los actos reflejos encuadran en el art. 907 del Código Civil. Es la postura más amplia sobre el concepto de acción<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Luis M. BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1973, t. II, págs. 77-87 (citado por BUERES en *El acto ilícito*, pág. 41, nota 51).



**2) Autores que consideran que es necesario que concurra la voluntad, con sus elementos (discernimiento, intención y libertad), o alguno de ellos, para configurar el hecho (o acto) del agente como una acción y en consecuencia considerarlo autor:** Se enrolan en esta postura:

*Orgaz:* Para que un hecho (o acto) configure acción se requiere que el sujeto sea imputable (presencia del discernimiento), en cuanto a la falta de intención o libertad se configuraría una acción, porque no se excluyó la voluntad, pero como resultó viciada, se considera una acción inculpable. En cuanto a la llamada vis absoluta (agente obra como mero instrumento de otro) considera que no es un supuesto contemplado por el art. 936 del Código Civil.

*Brebbia:* Considera que la autoría (y por lo tanto acción) existe en la medida que el acto sea voluntario en los términos de los arts. 897 y 913 del Código Civil; o sea: discernimiento, intención y libertad y manifestación de la voluntad<sup>140</sup>.

**Consideraciones:** Indudablemente que son dos las posturas para construir el concepto de acción. Para unos es suficiente que el hecho (o acto) refleje en alguna medida la personalidad del autor, aun cuando se encuentre ausente el discernimiento. Al hecho (o acto) se lo considera involuntario, pero se configuró acción y autoría. Sólo se excluyen los casos de la llamada vis absoluta y los reflejos, para los cuales no sería de aplicación el art. 907 del Código Civil. En una postura más amplia se ubica Ghersi y Boffi Boggero, para este último el art. 907 resulta comprensivo de todos los casos. Para otros la acción se configura cuando el sujeto es imputable (Orgaz), o cuando el acto es voluntario, con sus tres elementos (Brebbia).

Respecto de la pregunta: *si los actos ilícitos sólo se predicán de los actos voluntarios*, también se encuentran dos posturas:

---

<sup>140</sup> Roberto H. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, t. I, pág. 84 y ss. (citado por BUERES en *El acto ilícito*, págs. 40-41, nota 49 y por CALVO COSTA en *Daño resarcible*, pág. 105, nota 5).

1. ***Autores que entienden que los actos ilícitos pueden ser voluntarios o involuntarios:*** Se enrolan en esta postura: Mosset Iturraspe, Bueres, Zavala de González, Calvo Costa, Alterini, Orgaz, Pizarro, Vallespinos y considero que también Palmero. El argumento es coincidente en todos: analizar por separado la antijuridicidad y considerarla desde un punto de vista objetivo y por otro lado el factor de imputación subjetivo.

2. ***Autores que entienden que los actos ilícitos requieren imputabilidad del agente que los realizó, o sea voluntad:*** Se enrolan en esta postura: *Bustamante Alsina*, quien entiende que puede armonizarse la ilicitud objetiva y la ilicitud subjetiva, en apoyo de la primera sostiene que los artículos 1066 y 1074 consagran una ilicitud objetiva, como elemento del acto ilícito independiente de la culpa. Pero también considera que el artículo 1109 sienta un principio general de responsabilidad por el hecho propio al imponer la obligación de indemnizar el daño que se causa cuando se ejecuta un hecho por culpa o negligencia. Expresa que puede haber ilicitud por el solo hecho de haberse incurrido en culpa, o sea que la ilicitud se confunde con la culpa, aunque no exista una específica prohibición legal de ejecutar un determinado acto que ocasiona un daño ajeno. Es así que armoniza ambos criterios de la siguiente manera: si a la ilicitud específica que prescriben las normas (objetiva), se le agrega la ilicitud genérica (subjetiva) que consagra el art. 1109 y «que subsume la ilicitud en la culpa constituyendo así la ilicitud subjetiva, de donde la ilicitud al identificarse con la culpa no constituye un elemento diferente y autónomo»; por lo que en el primer caso (ilicitud objetiva), probada la ilicitud por la violación de una específica norma legal, la culpa se presume, mientras que en el segundo caso, la culpa debe probarse pues al identificarse con la ilicitud genérica que consiste en no dañar a otro culposamente, probar la culpa es demostrar la ilicitud mis-

---

<sup>141</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 107-110.

ma<sup>141</sup>. En definitiva, es partidario de una ilicitud genérica de tipo subjetiva, lo que implica imputabilidad del agente que realizó el hecho y causó daño.

También *Moisset de Espanés* considera que el concepto de acto ilícito para integrarse necesita de la violación voluntaria (dolosa o culposa) de los preceptos del ordenamiento jurídico. Si no hay voluntad no habrá acto, ni lícito ni ilícito, porque ambos son -por definición- voluntarios. El acto ilícito exige necesariamente la culpabilidad del agente;... aun cuando el agente esté obligado a responder por razones de equidad (art. 907 del Código Civil)<sup>142</sup>.

Así, la dogmática ius privatista construye un concepto de acción (más de uno), ya que para unos la *característica relevante* es que el hecho (acto) *refleje en alguna medida la personalidad del agente*, aun cuando falte el discernimiento; para otros, lo *relevante para ser considerado autor* (no habla de acción) es el *mero contacto material*, vinculación fáctica entre el hecho (acto) y el daño que se produce; y para otros lo *relevante* es que concurra la voluntad, al menos el discernimiento.

Si bien el legislador en el art. 896 se refiere a hechos humanos voluntarios o involuntarios, que se juzgan voluntarios a los ejecutados con discernimiento, intención y libertad y en el art. 907 a hechos involuntarios; indudablemente la pregunta anterior es determinar que se entiende por discernimiento, intención y libertad. Si bien, también el legislador prescribe que el discernimiento para los actos ilícitos es a partir de los diez años (imputable), la pregunta que se formulan los autores es si aun antes de esa edad y considerándolo inimputable, puede configurar acción el hecho que realizó. Para unos sí, para otros no.

Es posible pensar en lo que Hart llama textura abierta del derecho, pero corresponde delimitar si realmente es este un caso de textura abierta, entendiéndolo por ello a aquellas áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea

---

<sup>142</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, "El acto ilícito y la responsabilidad civil", en *La responsabilidad*, homenaje a Isidoro H. Goldenberg, pág. 97.

desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso <sup>143</sup>. En la textura abierta se presenta una zona de penumbra, una incertidumbre respecto de la aplicabilidad a un caso concreto (llamados casos dudosos) de cualquier regla (escrita o comunicada por el precedente). En la cuestión ahora planteada no hay duda, ni incertidumbre en lo relativo a si un caso resulta o no comprendido en la regla (norma), respecto a la imputabilidad (o se lo incluye o no se lo incluye), tampoco a cuando un acto es voluntario (o están presentes los tres elementos de la voluntad o no lo están), asimismo los actos voluntarios son lícitos o ilícitos (art. 898), o sea un caso de un acto involuntario quedaría excluido de ser categorizado como lícito o ilícito. Y cuando se presenten supuestos de hechos involuntarios (por ausencia de cualquiera de los elementos de la voluntad), resulta de aplicación el art. 907. O sea no habría un margen de incertidumbre en las reglas, pero en la tarea de describir el sistema de reglas y presentarlo de manera coherente y armónica, como también en la función judicial de saber si un caso está o no comprendido en la regla, se adjudica significado a los términos y hay un punto que es el límite del lenguaje y cuando ya no hay acuerdos, se acabó la convención lingüística y entramos en la zona de penumbra <sup>144</sup>. Pero corresponde distinguir donde radica la zona de penumbra, porque los menores de 10 años y la falta de salud mental son causas que excluyen el discernimiento, sea cual fuese el significado que se le adjudique al término.

---

<sup>143</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, 2ª ed., traducción de Genaro R.Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, Cap. VII, pág. 168.

<sup>144</sup> Expresa Hart que: "En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho". Pero también expresa que: "... no po-

La disputa se presenta en saber cuando el hecho (acto) es considerado una acción del agente, para luego decidir si todos los casos (o cuales) quedan comprendidos en el art. 907 del Código Civil. Y en esto no parece haber acuerdo ninguno. Para la mayoría quedan excluidos los casos de vis absoluta y los actos reflejos, para otros (Boffi Boggero) se incluyen todos, para Orgaz el supuesto de la llamada vis absoluta no es un supuesto del art. 936. Todo ello porque lo relevante para construir el concepto de acción es distinto, por lo tanto ante un caso concreto donde corresponda decidir si es o no un supuesto comprendido en la regla del art. 907 y ordenar una indemnización por razones de equidad, lo que se realiza es una elección <sup>145</sup>.

En cuanto a requerir la voluntad para categorizar a los actos como lícitos o ilícitos, la regla es clara: el art. 898 exige la voluntad. Pero ya se expresaron las razones por las cuales los juristas consideran que también los hechos (actos) involuntarios pueden ser ilícitos, tampoco aquí hay mayoría. De todos modos, en esto la disputa radica en el concepto de antijuridicidad, pero llegado el caso de tener que ordenar una indemnización por razones de equidad, la misma procederá tanto si se considera al hecho involuntario como ilícito o no.

---

driamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas... y ello es por obstáculos conectados entre si: una relativa ignorancia de los hechos y una relativa indeterminación de los propósitos". En *El concepto de derecho*, Cap. VII, págs. 155-169.

<sup>145</sup> Conforme Hart, quien expresa: "El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas", en *El concepto de derecho*, Cap. VII, pág. 159.

### 1.2.1. Primeras apreciaciones

*1.2.1.1. Aplicación del arts. 907 del Código Civil Argentino:* Comenzaré por decidir en que supuestos es de aplicación el art. 907 del Código Civil. El artículo prescribe: «Cuando por los *hechos involuntarios* se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el *autor* del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima»<sup>146</sup>.

En primer lugar considero que esta disposición normativa resulta de aplicación a todos los supuestos en que se causó daño proveniente de hechos involuntarios, entendiendo por estos a aquellos casos en que se obró con ausencia de discernimiento, intención o libertad. Pero además el artículo requiere que quien haya causado el daño sea autor del mismo y por autoría ya expresé que entiendo «la realización de un movimiento corporal cometido por propio impulso, sin coacción física»; por lo que excluyo como supuesto de aplicación del art. 907 del C.Civil el caso de la vis absoluta (realizar el movimiento corporal como resultado de una fuerza física irresistible; que para Orgaz no es siquiera un supuesto contemplado en el Código). En este caso el acto computable es el del tercero, que fue quien provocó el movimiento corporal en la otra persona, a quien no considero autor, sino que obró como un mero instrumento de otro y es ese otro quien debe responder. En cuanto al otro vicio de la libertad, o sea causar daño por intimidación, el movimiento corporal es realizado por el agente sin coacción física, es autor si bien deviene involuntario por estar ausente su libertad.

---

<sup>146</sup> Lo destacado me pertenece.

*1.2.1.2. Autoría y acción:* Ahora tomaré postura respecto a si la autoría y la acción son elementos autónomos que se exigen a la hora de ordenar la compensación de daños. Comparto con Bueres que la acción merece un estudio separado del resto de los presupuestos. En cuanto la acción es conducta humana y que merece un análisis conceptual para determinar cuando se configura, aun cuando a la postre, su interés práctico no incida en la aplicación de las normas en el ámbito de la responsabilidad civil, por ej.: determinar si hubo o no acción en los hechos dañosos causados por un inimputable, no influye en considerar que el hecho es involuntario y es un caso de aplicación del art. 907 del C.Civil. Pero como de análisis conceptuales se trata esta investigación, y he dado cuenta de las distintas posturas que en torno a la acción se debaten en la dogmática ius privatista y cual es el concepto construido por un sector del ámbito filosófico; corresponde ahora tomar partido por alguna de ellas y ofrecer argumentos que la avalen.

Como entiendo que autoría y acción son conceptos que pueden distinguirse y conforme a lo que entiendo por autoría, la misma es requerida como elemento autónomo de la responsabilidad civil en los siguientes casos: responsabilidad directa, sea aplicando un factor subjetivo u objetivo de atribución; y también en la indirecta cuando se responde por personas que están bajo dependencia de otra, se requiere que quien causó el daño sea autor del mismo. Pero no es un elemento necesario que se requiere en todos los casos que se deban compensar daños, ya que también el dueño o guardián reparan los daños causados por animales y por riesgo o vicio de la cosa y en estos casos no puede hablarse de autoría.

Asimismo, si bien es cierto que al autor de un hecho contrario a derecho, se lo considera a ese hecho antijurídico, por lo que la autoría podría subsumirse en la antijuridicidad. No lo considero así, porque también el autor puede responder por actos lícitos y la antijuridicidad deja de ser un elemento necesario para ordenar la compensación de los daños. Arribo a una primera conclusión: la autoría se requiere como elemento autónomo para ordenar la reparación de los

daños en una importante cantidad de casos, pero no en todos, por lo que no es un elemento constante. No se subsume en la antijuridicidad, porque ésta tampoco es un elemento necesario en todos los casos.

La primera decisión que ya asumí es separar la autoría de la acción; creo que son dos cosas diferentes. Conceptualmente entiendo que ser **autor** de un hecho implica «realizar ciertos movimientos corporales sin coacción física y que produzcan un cambio en un estado de cosas en el mundo» (por eso excluyo de la autoría, a los hechos realizados bajo una fuerza física irresistible).

Ahora si al autor de ese hecho se considera que realizó una **acción**, es un análisis distinto, porque depende de cómo se construye el concepto de acción, de que propiedades relevantes se le adjudican. Y no hay acuerdo sobre dicho concepto, danzan distintas teorías, cada una construye su propio esquema conceptual, cada una atribuye distintas propiedades relevantes.

*1.2.1.3. Qué es relevante para que se configure una acción:* Creo que hay dos cuestiones distintas que merecen ser separadas. Por un lado las disposiciones normativas, en este sentido el legislador civil prescribe que los hechos son voluntarios si se realizan con discernimiento, intención y libertad, por lo que, *a contrario sensu*, si falta alguno de esos elementos se los reputa involuntarios. Pero por otro lado, nada impide que la dogmática civilista construya un concepto de acción y un sector considere -de acuerdo al concepto construido- que aun en los involuntarios se configure acción. Así, y en lo hasta ahora desarrollado advierto que no hay acuerdo entre el concepto de acción y creo que el desacuerdo proviene por los distintos significados que se adjudican a la voluntad. Ya lo dijo Garzón Valdés, Spolansky, Nino y Urquijo que las interpretaciones sobre la voluntad son tan diferentes, pasando por posturas minimalistas o maximalistas.

Las propiedades relevantes para que se configure una acción en el campo de los ius filósofos desarrollados son: a)



un agente empírico que realice movimientos corporales, b) que dichos movimientos produzcan un cambio en un estado de cosas, c) que dicho agente actúe con voluntad, entendida como que el origen del acto sea realizado con volición o que se realizó sin coacción. Si se dan estos requisitos en el acto realizado habría las dos cosas: autoría y acción. ¿qué significa que el origen del acto sea una volición?

En el campo de la dogmática civilista nacional, un sector minoritario también considera a la voluntad como propiedad relevante para configurar acción (Orgaz requiere que el sujeto sea imputable: presencia del discernimiento, también Brebbia requiere que el acto sea voluntario). Para el sector mayoritario, (abrevando en doctrina italiana y española) la propiedad relevante para configurar la acción es que el acto refleje la personalidad del autor, su mismidad, un mínimo de participación subjetiva, aun cuando se trate de un hecho involuntario conforme a las disposiciones del Código Civil.

Antes de asumir mi propia postura respecto de la acción, realizaré una brevísima incursión en las teorías que se elaboraron en la dogmática penal a efectos de ofrecer un panorama más amplio.

La pretensión es sólo dar el concepto de algunos autores, y pensamiento de las distintas teorías que se elaboraron en la dogmática penal, sin entrar en consideraciones, ya que el tema mismo de la acción es motivo de una investigación completa.

### *Dogmática penal*

La primera referencia es a un autor clásico de la doctrina penal, me refiero a Sebastián Soler<sup>147</sup>. Respecto de la acción, se puede extraer de este autor (en apretada síntesis) que la

---

<sup>147</sup> Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino* I, 9ª reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1983.

misma exige exterioridad y «Esta exigencia de exterioridad determina que en el concepto técnico moderno de acción se distinguen claramente tres momentos: a) *el proceso interno psíquico*; b) *la actuación voluntaria*; c) *el resultado* (Soler, Sebastián, 1983, 246) Expresa que hay un primer momento externo, pero subjetivo, de la acción y se llama actuación voluntaria y consiste en desplegar u omitir determinada serie de movimientos corporales, mediante los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que innova en la situación existente en el mundo exterior. A esa innovación, modificación o alteración en el mundo exterior, la llama resultado. Ahora que significa esa actuación voluntaria. Expresa Soler que la acción, para ser tal, debe consistir en una efectiva expresión del psiquismo del sujeto, sea éste normal o anormal... Sólo quiere decir que ha ocurrido una efectiva *exteriorización de la personalidad del sujeto, tal como ésta es*, porque el sujeto no ha actuado como un simple mecanismo biológico o como un cuerpo puramente físico... Para que un hecho alcance a ser acción, basta que contenga un mínimo de participación subjetiva,... por cuanto la afirmación de su existencia no comporta afirmar, además, la culpabilidad (Soler, Sebastián, 1983, 248-249). O sea separa la acción de la culpabilidad, así hay causas que niegan que exista acción y hay causas que destruyen la culpabilidad en una acción dada. Para que exista acción debe darse un vínculo entre lo subjetivo con la actuación voluntaria, vínculo que puede no existir por determinadas circunstancias en las cuales se excluye la acción y son: a) en los puros actos reflejos; b) cuando media violencia; c) cuando el derecho desconoce y niega toda relación subjetiva con respecto a un determinado sujeto (obediencia debida) (Soler, Sebastián, 1983, 249).

Expresa Soler que en los actos reflejos el movimiento corporal no deriva de subjetividad alguna, porque son actos puramente biológicos cumplidos por el cuerpo como organismo y son insuficientes para constituir acción. En cambio, son distintos los actos impulsivos, porque la impulsión no le quita al hecho procedencia personal, aun cuando el

psiquismo del sujeto está gravemente afectado. Cuando hay participación psíquica hay acción. La hay, por lo tanto, en las *acciones impulsivas*, en los llamados *actos en corto circuito*, en los actos instintivos y en los actos habituales (Soler, Sebastián, 1983, 253).

En cuanto a la violencia, ubica Soler como un caso de falta de acción a la vis absoluta (obrar violentado por una fuerza física irresistible) por ausencia total de participación subjetiva y que desplaza la calidad de autor; distinguiéndola de la coacción (vis compulsiva) en la cual la voluntad si interviene, aun cuando padezca una deformación que la afecta profundamente, pero elige entre el mal con que es amenazado y el que le es exigido, si bien su decisión es viciosa, y a su tiempo se verá el efecto que ese vicio determina, pero es suya; y siendo suya la decisión, suya es la acción (Soler, Sebastián, 1983, 254)

En cuanto a las teorías que elaboró la dogmática penal relativas a la acción, surgieron en determinados contextos filosóficos y bajo distintas concepciones acerca de la ciencia<sup>148</sup>. Así, el *Modelo causalista-naturalista* (o sistema clásico) (Amadeo, Sebastián, 2007, Cap. V), se construye en el auge del positivismo y los máximos representantes en la dogmática penal fueron Franz von Liszt y Ernest L. von Beling. Para este modelo «la acción es un *movimiento corporal* impulsado por un *acto de voluntad* positivo (la de la libre *inervación muscular*) o negativo (la *distensión muscular*) que produce un *resultado*. El acto y el resultado se vinculaban por una relación de causalidad, que se entendía a través de la equivalencia de las condiciones.

Para Liszt, acto (o acción) es la conducta voluntaria en el mundo exterior, voluntad que debe ser libre de violencia (física o psicológica) y que es causa de un cambio en el mundo externo, aquí la voluntad consiste en la realización de un mo-

---

<sup>148</sup> En lo que se expone a continuación sobre los distintos modelos explicativos de la acción, se sigue a Sebastián José AMADEO, en *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Universidad, 2007.

vimiento del cuerpo (inervación muscular), pero libre de violencia y estamos frente a la comisión, o por otro lado el acto es causa no impidiendo de un cambio en el mundo externo: aquí la voluntad reside en la omisión, no realización o evitación de un movimiento del cuerpo (distensión muscular) y estamos frente a la omisión. O sea el acto (género) admite dos especies: la comisión y la omisión. En la primera se provoca un resultado, mientras que la segunda consiste en no impedir voluntariamente un resultado, no ejecuta voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable). Para Liszt (igual que para von Wright), la omisión es una forma de acción, ya que el acto es conducta voluntaria que produce una modificación en el mundo exterior consistente en una causación (comisión) o no evitación (omisión) de un resultado. Para Liszt el acto es toda manifestación proveniente de la voluntad (se trate de un movimiento corporal o de su falta de realización) que produce un resultado.

A su turno, Beling, compartiendo los postulados de Liszt, se refiere a los elementos negativos de la acción y señala que no se configura acción en casos como: tener en cuenta una propiedad del hombre (su peligrosidad); un estado del hombre (enfermedad, sueño); el simple querer o pensar; un comportamiento del cuerpo que no provenga de la propia voluntariedad, tales como: a) estado de inconsciencia (sueño, desmayo, ebriedad completa, hipnosis, amenazas que hacen perder la conciencia del amenazado); b) cuando no obstante ser consciente de su comportamiento corporal, es sólo juguete de excitaciones irresistibles que se producen en el cuerpo como mecanismos físicos (movimientos reflejos) o por coacción irresistible.

Respecto de esta teoría, hay autores que expresan: «Según la escuela penal clásica, la palabra «acción» denota movimientos corporales, o ausencia de movimientos corporales voluntarios. Con la expresión «voluntario» no se hace referencia ni a la finalidad, ni a la intención, sino a la capacidad de acción. La intención no es, según los causalistas, relevante para determinar si hubo o no acción, sino para saber qué clase de acción se llevó a cabo» (Garzón Valdés, Spolansky, Nino. Urquijo, 2007, 60).

Este modelo explicativo de la acción fue motivo de críticas. Retomando a González Lagier, que llamó a esta teoría como «naturalista», ya se expresó que resultaba insuficiente porque impide que las acciones sean objeto de valoraciones, ya que (para esta teoría) hay acción siempre que un cambio en el mundo se haya producido por una voluntad (independiente del contenido de la misma). También coincide en esta crítica Amadeo, expresando que el contenido de la voluntad recién se evalúa a nivel culpabilidad. Otra crítica es que la acción y la omisión son dos realidades ontológicamente diferentes y no pueden reconducirse a una unidad superior, sino que tienen que estar una al lado de la otra sin conexión entre sí.

Una variante de la teoría causalista, es el modelo causalista-normativista, que continua pensando en la acción como movimiento corporal que proviene de la voluntad, pero sin entrar en ningún caso en el contenido de la voluntad. La variante es que tratan la acción en sentido amplio como comprensiva de los actos de comisión y de omisión; y la acción en sentido estricto para sólo los hechos de comisión. En sentido amplio abarca tanto la actividad positiva (hechos de comisión) y la conducta pasiva (hechos por omisión). Por ej.: la madre que deja morir de hambre a su hijo (mediante omisión) comete acción en sentido amplio; pero no mata con una acción en sentido estricto, sino por una omisión. En los hechos de comisión se hace algo, mientras que en los de omisión no es que no haga nada, sino que no hace algo. Entender a la acción en sentido amplio, sería el concepto superior que reconduce tanto a los hechos comisivos, como a los omisivos.

*Modelo finalista:* Surge bajo un contexto filosófico distinto, en el cual lo importante no son tanto las ciencias (físicas o sociales, como en el modelo anterior) sino el respeto por los ontologismos (el ser de las cosas). Su máximo representante en la dogmática penal es Haus Welzel, seguido en Argentina por Zaffaroni. Expresa Amadeo (2007, 101) que el finalismo advirtió que no se puede hablar de conducta sin referirse al contenido de la voluntad. Es por ello que entienden que la acción es siempre un *hacer voluntario final*, y la omisión, con-

cepto diferente, importa una referencia forzada al tipo penal ya que *no existen omisiones pretípicas* (la omisión es el no hacer lo que se debe hacer y esto último aparece en el tipo penal). Para esta concepción la acción se compone de una faz interna y una faz externa. La primera es la que se encuentra en la esfera del pensamiento y comprende la proposición de un fin, la selección de los medios de acción para realizar dicho fin y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. La faz externa es la puesta en marcha de la causalidad en miras a la producción del resultado.

Para Welzel «la acción humana es ejercicio de actividad finalista» y la actividad final es definida como un obrar orientado consecuentemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin; por eso expresa la «finalidad es vidente, y la causalidad ciega».

Según Garzón Valdés, Spolansky, Nino y Urquijo (2007, 58-59) la expresión «finalidad» en Welzel, es utilizada con significados diversos. Así, en un sentido afirma que todas las acciones son finalistas, porque en todas existe un plan previo a la ejecución de los movimientos corporales. En otro sentido, finalidad significa intención de un determinado resultado.

Retomando nuevamente el pensamiento de González Lagier, llamó a esta concepción finalista, perspectiva subjetiva y que si bien permite valorar las acciones, pero al considerar sólo el punto de vista del agente, sólo se puede dar cuenta de las acciones intencionales. También lo expresa Amadeo: «Una de las primeras críticas al finalismo consistió en afirmar que el concepto de acción propuesto no es compatible con el dolo eventual y la culpa (Amadeo, Sebastián, 2007, 111). En este sentido, Garzón Valdés, Spolansky, Nino y Urquijo (2007, 70) expresan: «Pero, ¿no decimos acaso muchas veces que hemos hecho algo sin querer, o que no actuamos a propósito?...Son estos, precisamente los casos en los que excusamos nuestras acciones, es decir, no discutimos la descripción de lo realizado, ni negamos que somos autores, ni tampoco ponemos en duda el carácter reprochable de la acción, pero, en cambio, no estamos dispuestos a conceder que hemos actuado queriendo o a propósito».

*Modelo funcionalista:* Se desarrolla en otro contexto filosófico que parte de concepciones constructivistas. El representante del funcionalismo moderado es el alemán Claus Roxin. En apretada síntesis considera que acción es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre, o del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del yo. Por eso excluye los casos de vis absoluta, o movimientos corporales durante el sueño, o delirio, o ataque consulsivo. Construye un concepto personal de acción, al expresar que es la manifestación de la personalidad y que abarca tanto las acciones como las omisiones, tanto dolosas como imprudentes. Esta manera de considerar a la acción, es similar al pensamiento de un gran sector de la doctrina civilista, cuando expresa que hay acción si el acto refleja en alguna medida la personalidad del agente. Pero señala Amadeo, citando a Zaffaroni-Alagia-Slokar, que el concepto de acción como *exteriorización de la personalidad* es problemático....porque el concepto de *personalidad* es harto equívoco y con el requisito aclarativo de que sea expresión de la *actividad anímico-espiritual* se adelanta poco. (Amadeo, Sebastián, 2007, 130-131)

Por su parte el funcionalismo radical, representado por Günther Jakobs, considera que en el ámbito del concepto de acción, lo decisivo es interpretar la realidad social y en relación con el derecho penal, integra el concepto de acción en el de imputación y culpabilidad.

Se formulan críticas generales a los funcionalismos, en el sentido que construyen una dogmática nacionalista, esto es propia del derecho alemán; que también confunden los elementos categoriales de la teoría del delito: la acción entendida como acción culpable y que son teorías que se prestan a ser utilizadas en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado de Derecho (Amadeo, Sebastián, 2007, 144).

Como se puede apreciar, distintos son los modelos explicativos para definir la acción. En lo que si parece haber acuerdo es en los supuestos negativos, o sea las causales de exclu-

sión de la acción y se señalan los siguientes: 1) hechos causados por animales, 2) actos de personas jurídicas, 3) el mundo interno, 4) ciertos estados de inconsciencia, 5) la fuerza física irresistible, 6) los actos reflejos.

Dentro de los estados de inconsciencia, se ubican distintos supuestos, tales como: el sueño, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, la narcosis y la embriaguez letárgica. Algunos presentan variantes, como el caso de la hipnosis (también la embriaguez) voluntaria, en los cuales se los considera responsables.

En cuanto a la fuerza física irresistible, señala Amadeo que puede tener origen externo o interno. La primera proviene de fuerzas naturales o de un tercero y son casos de exclusión de la acción. La segunda surge del propio cuerpo del sujeto y se refiere a movimientos no controlables, como son los actos reflejos, en los cuales se trata de casos en donde la excitación de nervios motores mediante un estímulo fisiológico-corporal, produce un resultado ajeno a toda impulsión voluntaria. Ejemplo de un acto reflejo: quien por tocar una sartén que cree fría se quema y levanta la mano abruptamente lesionando con la misma a su compañero de cocina (Amadeo, Sebastián, 2007, 162-163). Hay acuerdo que los actos reflejos son casos de exclusión de la acción.

Se señalan otros supuestos, en los cuales en algunos hay acuerdo y en otros se discute si hay, o no, acción y son: 1) acciones automatizadas, 2) reacciones en corto circuito, 3) incapacidad para dirigir acciones y 4) obediencia debida.

En cuanto a las acciones automatizadas, son los movimientos que se realizan de manera instintiva, como costumbre adquirida mediante cierta práctica que hace que el acto se realice sin reflexión consciente (caminar, manejar un auto, escribir a máquina), pero, en general, se considera que no es causal de exclusión de acción, pues dichos hábitos pueden ser controlados si se hubiera prestado la debida atención.

Respecto de las reacciones en corto circuito, son tendencias impulsivas de alta intensidad (explosivas), que implican una fuerte excitación emocional que desarrolla el sujeto frente



a determinadas situaciones, por lo general de corta duración. Ejemplo: el que mata a otro que acaba de matar a su hijo (Amadeo, Sebastián, 2007, 165-167). En estos casos se discute en el Derecho Penal, si en estas reacciones está presente la voluntad, si la respuesta es afirmativa son acciones en corto circuito, pero acciones al fin (si bien puede llevar a excluir la responsabilidad), si se considera que falta la voluntad, son meras reacciones instintivas que excluyen la acción.

En cuanto a la incapacidad para dirigir las acciones, Zaffaroni (citado por Amadeo) considera que la expresión dirigir las acciones utilizada en el art. 34, inc.1, del Código Penal, refiere a dos cuestiones: a) incapacidad para dirigir movimientos (falta acción) y b) incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad (es un supuesto de inculpabilidad).

Respecto a la obediencia debida, hay quienes consideran que es un caso de falta de acción, para otros es un supuesto de causa de justificación, otros piensan que da lugar a una causal de atipicidad, incluso otros consideran que es causa de inculpabilidad.

Luego de esta incursión sobre la configuración de la acción en el área filosófica, dogmática civilista y penal; se reitera lo que ya se expresó: los conceptos son distintos porque se atribuyen diferentes propiedades relevantes y como también se expresó: el desacuerdo proviene por los distintos significados que se adjudican a la voluntad; que se podrían resumir en los siguientes: a) todos coinciden en que la acción se configura por la realización de movimientos corporales sin coacción física (o sea se exige autoría) y que produzcan un cambio en un estado de cosas en el mundo (en este caso que provoque un daño), b) todos coinciden en que supuestos se excluye la acción (salvo algunas variantes), c) todos expresan que el agente que realiza el movimiento corporal debe actuar con voluntad. Y aquí comienzan las diferencias. Para un sector de los ius filósofos trabajados, actuar con voluntad la entienden como que el origen del acto sea realizado con volición, pero ¿qué

significa?, ¿se refieren a la capacidad de discernir, de razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias?, o a ¿la capacidad para controlar los movimientos corporales?

Para la dogmática civilista nacional (sector mayoritario) hay acción cuando el acto refleja la personalidad del agente. Parece que este es el contenido de la voluntad, aun cuando el Código Civil establezca una edad para reputar a los actos como voluntarios o involuntarios; o sea aun cuando el Código Civil reputa involuntarios a los actos en que falta el discernimiento, se considera que hay acción si el acto refleja la personalidad de agente. Para otros (sector minoritario) entienden que hay acción si el agente es imputable, o sea el contenido de la voluntad es obrar con discernimiento.

En la dogmática penal, Soler considera que la actuación voluntaria se da cuando el hecho contenga un mínimo de participación subjetiva del agente. Las teorías causalistas se refieren a movimientos corporales impulsados por un acto de voluntad, sin dar precisiones sobre el contenido de dicha voluntad. Las teorías finalistas otorgan contenido, entendiendo a la voluntad como lograr un propósito o fin (es lo que llamaríamos intención). Para los funcionalistas, acción es la manifestación de la personalidad.

### *Postura adoptada*

Ahora, ¿qué postura adoptar? En primer lugar tengo presente las siguientes expresiones: «Nos parece que intentar extraer de la realidad, a través de supuestas «estructuras lógico-objetivas», un concepto de acción, constituye una pretensión vana que deriva de un platonismo precientífico. Suponer que el *test* para elegir un aparato conceptual está determinado por el hecho de que éste constituya el reflejo de ciertos aspectos de la realidad considerados esenciales, y que tenga una misteriosa vinculación con ellos, es definitorio de lo que Carnap llama «concepción mágica del lenguaje» (Garzón

Valdés, Spolansky, Nino, Urquijo, 2007, 61). O sea, no hay una vinculación esencial entre el lenguaje y la realidad, no busquemos con la palabra acción o voluntad algo que está en la realidad, sino: «El concepto de acción no nos está dado en el mundo, por lo tanto, no se trata de buscarlo, sino de construirlo, y esta construcción está determinada exclusivamente por razones de conveniencia sistemática o de utilidad para la comunicación». «En el ancho mundo de nuestra experiencia sólo encontramos los datos de aquélla y jamás alcanzaremos a obtener, a pesar de nuestros esfuerzos, el concepto de «acción humana». Son datos los que, ordenados de una manera u otra según nuestros propósitos o conveniencias, llamaremos, o no, «acción» (Garzón Valdés, Spolansky, Nino, Urquijo, 2007, 61)

Conforme a este pensamiento, para la construcción del concepto de acción humana, entiendo que se trata -como lo entienden todos- de realizar movimientos corporales que produzcan un cambio en un estado de cosas y en cuanto a la voluntad que acompaña a dichos movimientos, descarto entender a la voluntad como logro de un propósito o fin, porque no se puede dar cuenta de las acciones no intencionales o culposas. Es interesante la propuesta de Hart -a la cual se hizo referencia cuando se trató el pensamiento de González Lagier- que considera la referencia a la acción como adscriptiva de responsabilidad conforme a reglas que establecen las condiciones para atribuir responsabilidad. La dificultad radica en que de acuerdo a reglas del Código Civil (art. 1069 y agregado al art. 1109) se debe valorar si la acción es intencional o no, para aplicar dichas reglas. La propuesta de Hart, tiene dificultad para valorar las acciones.

Entender a la acción como un hecho que refleje la personalidad del agente, o un mínimo de participación subjetiva, también presenta aristas oscuras, ¿cómo sabemos si el hecho de un menor inimputable o de una persona con facultades mentales alteradas, que cause daño, refleja su personalidad? Quizás le asista razón a Zaffaroni cuando dice que el concepto de acción como exteriorización de la personalidad es problemático.

Hay otra alternativa, por la cual me inclino: investigar en el lenguaje ordinario el uso común de la palabra «acción» y proponer una definición estipulativa. Es así que cuando en el lenguaje ordinario se alude a acción, no se piensa, o no es su uso común, referirse a realizar algo con intención, se puede realizar una acción sin un propósito o fin determinado. En el uso común la acción hace referencia a movimientos corporales intencionales, como no intencionales, por lo que la intención no parece ser una característica definitoria de la palabra acción.

En cuanto a que la acción sea voluntaria, es común pensar que «voluntario» es el opuesto contradictorio de «involuntario». Pero hay diferentes criterios de uso de la palabra voluntario y de su supuesta negación involuntario. Expresan Garzón Valdés, Spolansky, Nino y Urquijo (2007, 107-110) que a veces involuntario es usado como sinónimo de «no intencional», pero si el contradictorio de involuntario (usado como no intencional) es voluntario, podría pensarse que voluntario es, a su vez sinónimo de «intencional». También en ciertos contextos, voluntario puede ser entendido como opuesto a «bajo presión», o a «por obligación», o a «bajo influencia». Entonces involuntario sería sinónimo a actuar por obligación o bajo presión o bajo influencia. Pero no siempre es así. No siempre lo involuntario es aquello que uno hace por obligación, por ejemplo: lo que las normas prescriben son acciones voluntarias y por obligación las realizamos; tampoco siempre es voluntario lo que no se hace bajo presión.

Llegado el momento de tomar una decisión, me inclino por la definición que propone G.E.Moore, citado por Garzón Valdés, Spolansky, Nino y Urquijo (2007, 111) y que expresa: «Las acciones voluntarias son aquellas que el hombre puede dejar de realizar si así lo desea. La línea de demarcación entre lo «voluntario» y lo «involuntario» tendría que ser trazada según el criterio de posibilidad de control que el agente tenga con respecto a sus propios actos». O sea las acciones incontrollables son involuntarias. Esta definición ofrece un modelo de clasificación aparentemente claro y simple y que parece ajustarse también al uso ordinario del lenguaje.

Conforme a esta propuesta de definir la acción, el significado que se adjudica a la voluntad es la posibilidad de control que el agente tenga con respecto a sus propios actos. Si además acciones voluntarias son aquellas que el hombre puede dejar de realizar si así lo desea, esto no se aleja mucho de lo que se entiende por capacidad para discernir, o sea para valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento, o la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. Sólo con esa capacidad para discernir el agente puede dejar de realizar el acto si así lo desea. Ahora, cuándo se adquiere esa capacidad para discernir?, ¿cuándo el agente -supongamos un niño- puede dejar de realizar el acto si así lo desea o tiene posibilidad de control de sus propios actos? A nivel normativo la respuesta es concreta: el Código Civil argentino prescribe la edad de 10 años para los actos ilícitos, antes de esa edad se lo considera inimputable y los actos que realicen se reputan hechos sin discernimiento (art. 921). A nivel teórico, la dogmática puede considerar que aun antes de la edad de 10 años y aunque revista el hecho el carácter de involuntario, existe la posibilidad de control del acto o de dejar de realizarlo y por lo tanto habría acción, si bien parece contradictorio que por un lado, el acto se repute involuntario y por otro lado que se considere que hay acción.

Por mi parte, considero que acción voluntaria tiene que ver con poder controlar los movimientos corporales de los que se es autor y con la posibilidad de poder dejar de realizar el acto, si el agente así lo desea. En principio, el art. 921 del Código Civil, al prescribir como actos hechos sin discernimiento a los actos ilícitos practicados por menores de 10 años, o por dementes que no fuesen realizados en intervalos lúcidos, o practicados por lo que, por cualquier accidente, están sin uso de razón; me parece una línea demarcatoria clara: antes de esa edad, o facultades mentales alteradas, son inimputables y el Código Civil prescribe en el art. 897 (*a contrario sensu*) que son hechos involuntarios. El margen de duda para decidir si -a pesar de ser involuntarios- habría acción en los actos ilícitos que realicen quienes no tengan 10 años, o

tengan facultades mentales alteradas, es si tienen poder de control sobre sus propios actos o si pueden dejar de hacerlos si así lo desean. Respecto a quienes tienen facultades mentales alteradas, considero que la duda se minimiza, la respuesta sería negativa y por lo tanto no hay acción. Respecto a los menores de 10 años, también me inclino por considerar que no hay acción, porque la edad fijada por el Código Civil es razonable y compatible con la capacidad para discernir entre hacer el acto o dejar de hacerlo si así lo desea, como también poder ejercer control del movimiento corporal.

De acuerdo al contenido que adjudico a la voluntad, ahora se puede responder los distintos casos planteados. En este sentido: a) en los supuestos de daños causados por inimputables, no se configuraría acción, b) en los casos de daños causados sin intención, si se configura acción, porque el agente tiene control de sus movimientos corporales y puede dejar de realizar el acto si así lo desea, c) en los casos de daños causados por intimidación, también se configura acción, por las razones ya expuestas.

Si bien -como ya se expresó- esta decisión de cuando se configura acción y con posturas variadas, no influye en la aplicación del art. 907 del Código Civil; el intercambio de ideas y opiniones sobre distintos puntos de vista y apreciaciones sobre alguna cuestión discutida -en este caso la acción- enriquece y es fructífera. Se podrá pensar que se trata de pseudo disputas por cuestiones verbales, se podrá pensar que la discusión carece de interés porque a la postre, haya o no acción, en un acto dañoso que cometió un menor de 10 años, al acto se lo considera involuntario y al menor inimputable y resulta de aplicación el art. 907 del Código Civil, además de la responsabilidad de los padres. Todo es posible pensar, pero un tema que mereció tanto análisis como la acción, bien vale el esfuerzo de volver sobre ella.

Arribo a una segunda conclusión: La acción tampoco es un elemento necesario para ordenar la reparación de los daños causados.

### 1.3. Abstenciones. Omisiones

En este punto retomaré lo ya desarrollado en la primera parte de este Capítulo. En primer lugar recordar que dos posturas debaten cuando se considera que se configura una abstención u omisión en el actuar. Para unos la omisión es la negación de la acción, mientras que para otros (Von Wright) la abstención es una modalidad de la acción, porque en la acción se comprenden actos por un lado y abstenciones por el otro. También se expresó que en la dogmática penal, debaten si acción y omisión son realidades ontológicamente diferentes sin conexión entre si, o si pueden reconducirse a un concepto superior comprensivo de ambas.

Se debe distinguir las acciones que no hacemos de las que omitimos, porque en las acciones que no realizamos hay algunas que tienen un *status* especial y son aquellas que no sólo no hacemos, sino que su realización es, de alguna manera, esperada. En este caso, podemos decir que frustramos las expectativas de terceros. Y cuando se deja de ejecutar una acción esperada en virtud de una expectativa deóntica, utilizamos la expresión «omisión» (Garzón Valdés, Spolansky, Nino, Urquijo, 2007, 91-97). Y para omitir se requiere la misma capacidad que para actuar: sólo podemos omitir aquellas cosas que podemos hacer. Omitir no es no hacer algo, sino no hacer algo que se espera que se haga en una ocasión determinada. Si esto es así, la omisión es una modalidad de la acción. Retomo una conclusión que ya se expresó en la primera parte: «Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión». La abstención también es voluntaria, ya que el agente decide no realizarla, tiene control sobre sus propios actos.

Si la expectativa de que realice una determinada acción es deóntica, atribuir una omisión a un sujeto implica imputarle la violación de un deber. En estas circunstancias, la palabra «omisión» tiene una connotación disvaliosa o negativa (Garzón Valdés, Spolansky, Nino, Urquijo, 2007, 96). La referencia al art. 1074 del Código Civil surge espontáneamente. Dicho artículo prescribe: «Toda persona que por cualquier

omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido». O sea cuando por una disposición legal (por ejemplo: prestar auxilio) se impone realizar un acto que se puede ejecutar y el agente decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión, se frustran las expectativas de otro y se es responsable por esa omisión.

Es interesante conectar las conductas omisivas con los deberes positivos a los que se refiere Garzón Valdés<sup>149</sup> expresando que deberes positivos generales son aquellos cuyos contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa. El contenido de un deber positivo es una acción, **el deber positivo general** consiste en una **prohibición de omitir** esa acción; así como el deber negativo general consiste en prohibir acciones. Mientras que un **deber positivo individual** se configura cuando la **prohibición de la omisión está legalmente prescripta**. Si esto se traslada a disposiciones normativas, creo que del art. 1074 del Código Civil surge un deber positivo individual, ya que se es responsable por una omisión cuando una disposición legal impone la obligación de cumplir con el hecho omitido, esto es de *lege lata*. Podría discutirse de *lege ferenda* si también se tienen deberes positivos generales en el sentido de no omitir acciones que sólo requieren un sacrificio trivial.

También, luego de un minucioso análisis de los argumentos, se pregunta Garzón Valdés si las razones que rigen para los deberes negativos y los positivos son las mismas, y si no podría concluirse que se trata de un único deber, en este caso, el de no dañar, que posee una versión positiva y otra negativa, pero con diferencias asimétricas.

---

<sup>149</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Parte II. Ética, Los deberes positivos generales y su fundamentación, pág. 339 y ss.



**Conclusiones generales de este capítulo:** 1. Autor de un hecho es quien realiza movimientos corporales sin coacción física y que producen un cambio en un estado de cosas en el mundo.

2. La autoría se requiere como elemento autónomo para ordenar la reparación de daños, en una importante cantidad de casos, pero no en todos; por lo que no es un elemento constante. No se subsume en la antijuridicidad, porque ésta tampoco es un elemento necesario en todos los casos.

3. Una acción es voluntaria cuando el agente puede dejar de realizarla si así lo desea. La línea de demarcación entre lo «voluntario» y lo «involuntario» se traza según el criterio de posibilidad de control que el agente tenga con respecto a sus propios actos.

4. La acción no es un elemento necesario para ordenar la reparación de los daños causados

5. El art. 907 del Código Civil argentino, resulta de aplicación a todos los supuestos en que se causó daño proveniente de hechos involuntarios, entendiendo por estos a aquellos casos en que se obró con ausencia de discernimiento, intención o libertad. Se requiere que el agente sea autor del hecho, por lo que se excluye como supuesto de aplicación del art. 907 del Código Civil, el caso de la vis absoluta (realizar el movimiento corporal como resultado de una fuerza física irresistible)

6. La abstención u omisión es una modalidad de la acción ya que «Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión». La abstención también es voluntaria, ya que el agente decide no realizarla, tiene control sobre sus propios actos. Con referencia al art. 1074 del Código Civil, sólo es responsable de las omisiones que la ley le impone realizar y que puede ejecutar en ocasiones determinadas.



## CAPÍTULO TERCERO

### EXISTENCIA DE UNA NORMA QUE PRESCRIBE EL DEBER DE NO DAÑAR

*«Es función de toda ciencia desarrollar y perfeccionar un cuerpo básico de conceptos teóricos que le permitan operar en la descripción de su objeto de estudio».*

Carlos Ernst, en *Los derechos implícitos*, 1994.

*«La tesis del derecho implícito, se compeadece y hermana con el criterio, ampliamente extendido entre los juristas dogmáticos, según el cual el derecho sería sólo relativamente un producto del legislador y -en creciente medida- un fruto común del legislador y la ciencia jurídica».*

Carlos Ernst, en *Los derechos implícitos*, 1994.

El propósito en este capítulo, ya fue anunciado o expresado elípticamente en los dos capítulos anteriores. Concretamente consiste en averiguar si existe alguna norma específica que imponga el deber de «no dañar a otro», o sea el *alterum non laedere*.

Cuando se invoca la existencia de una norma o regla, las preguntas por responder giran en torno a lo siguiente: 1) Si se trata de una norma de derecho positivo, ¿se la encuentra prescripta en el sistema mediante un acto lingüístico? o ¿cómo un principio general implícito en el sistema? 2) Si se trata de un principio general implícito en el sistema ¿cómo se lo deriva?, ¿se encuentra implícito en el derecho constitucional o en alguna rama del derecho, en este caso, el derecho civil? 3) O ¿se trata de un principio moral que desde fuera del sistema

lo informa, o subyace al sistema?, ¿será acaso un principio de justicia que logra conectar la moral con el derecho? Y dicha conexión ¿será necesaria o contingente?

El capítulo se divide en dos partes. En la primera abordaré lo relativo a las normas implícitas y en la segunda el pensamiento de la dogmática ius privatista respecto del principio general de no dañar, el *alterum non laedere*. Luego llegaré a alguna conclusión que permita afirmar -o no- si la norma que prohíbe dañar a otro está implícita en el sistema jurídico argentino.

## Primera Parte

### 1. La antijuridicidad como elemento de la obligación de reparar el daño causado

Entendida la antijuridicidad como la realización de una conducta contraria a derecho, el problema se traslada a determinar el criterio por el cual se mide o juzga cuándo una conducta -acción u omisión- reviste tal carácter. En el campo del derecho penal, una conducta es antijurídica cuando vulnera el tipo descrito en la norma, o dicho de otra manera, cuando se comete la conducta específicamente indicada en la norma primaria y se prescribe que debe aplicarse una sanción, es así que el Código Penal no dice que está prohibido matar, sino que al que matare le corresponde una pena de....; sea como fuese la manera de describir, en el derecho penal la antijuridicidad es *formal*, los tipos penales forman un *numerus clausus*.

En el derecho civil, el criterio sostenido por el codificador en el art. 1066 del Código Civil, también es de carácter *formal*, prescribe que: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiese una disposición de la ley que la hubiese impuesto».

O sea la conducta se torna ilícita cuando está expresamente prohibida. Ahora este criterio fue dejado de lado, las razones tienen que ver con lo que expresé en la Introducción, o sea la multiplicidad de fuentes causativas de daños, lo que tornaría difícil establecer una tipicidad a la manera de *numerus clausus* como en el derecho penal, y un cambio de óptica: la mirada se detiene más en el que sufrió el daño, que en el dañador. De la preocupación por juzgar la conducta del agente se pasa a la preocupación por juzgar el daño, en sí mismo, en su ilicitud o injusticia (con cita de Mosset Iturraspe). Hoy la preocupación es resarcir todo daño sufrido, más allá de si la conducta está expresamente prohibida o aun cuando no se configure antijuridicidad. Cuando se fue abandonando este criterio formal, los juristas se inclinaron por otros; es así que se sostuvo que una acción u omisión es antijurídica cuando se reprocha la conducta del autor, este criterio de tinte **subjetivo** confunde la antijuridicidad con culpabilidad. Otro criterio que se lo denomina antijuridicidad en sentido **material**, sostiene que la acción u omisión es antijurídica cuando se vulnera un derecho subjetivo; pero traslada el problema a otro mayor: cuál es el criterio para determinar cuándo un individuo es titular de un derecho subjetivo; se cruzan aquí los intereses de hecho, pero no reprobados jurídicamente, también los intereses difusos. Y empieza a desarrollarse otro criterio, avalado por toda la doctrina civilista y es entender la antijuridicidad en sentido **objetivo**, que es superior de los anteriores y se entiende que una acción u omisión es antijurídica cuando vulnera un interés merecedor de tutela y, a la vez, viola el genérico deber jurídico de no causar daño a otro, el *alterum non laedere*. Se apunta más al daño injustamente sufrido que al injustamente causado.

Ahora bien, nos encontramos entonces con conductas no opcionales, o sea prohibidas, pero esa norma que prohíbe una conducta (no dañar a otro) y cuya violación implica la violación de un deber jurídico y está sujeta a la aplicación de una sanción; ¿de donde se predica su existencia? Por cierto que ya no es posible invocar que su existencia deriva de un acto lingüístico expresamente formulado por el legislador, esto es entender la antijuridicidad en sentido formal, de acuerdo a lo dis-

puesto en el art. 1066 del Código Civil. Quedan las otras alternativas ya expresadas: ¿Será un principio general implícito en el sistema? Si se trata de un principio general implícito en el sistema ¿cómo se lo deriva?, ¿se encuentra implícito en el derecho constitucional o en alguna rama del derecho, en este caso, el derecho civil? o ¿se trata de un principio moral que desde fuera del sistema lo informa, o subyace al sistema? ¿será acaso un principio de justicia que logra conectar la moral con el derecho? Y dicha conexión ¿será necesaria o contingente? ¿O será una **norma implícita**? Justamente de averiguar esto último es lo que intentaré en este capítulo.

Pero se parte de una base: que cada vez que se causa daño, se vulneraría la norma que impone el deber de no dañar, y vulnerar esa norma tornaría antijurídica la acción u omisión causativa de dicho daño. De lo que se trata ahora es de averiguar sobre la existencia de esa norma.

## **2. Normas implícitas. Maneras de derivar una norma que resulta implicada en otra**

En general, el legislador no promulga todas las normas que conforman un sistema jurídico, muchas de ellas se derivan de las normas efectivamente promulgadas. En este sentido expresa Ernst: «Desde hace ya tiempo, los estudios de lógica deóntica y de lógica normativa analizan una variedad de normas que no están promulgadas o sancionadas a la manera de las disposiciones jurídicas comunes; son las que se conocen como «normas derivadas», expresión mediante la que intenta identificarse aquellas reglas de conducta o de comportamiento que si bien no han sido discutidas y sancionadas, pueden sin embargo inferirse o derivarse del ordenamiento»<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Carlos ERNST, *Los derechos implícitos*, Córdoba, Lerner, 1994, pág. 12.

Pero para derivar dichas normas se requiere acudir a algún método que permita que tal derivación resulte seria y confiable. O sea no se trata simplemente de una lectura rápida de la norma escrita y derivar otra norma, sino que el razonamiento deber ser preciso y seguir varios pasos, según el método que se utilice. Los juristas infieren normas no escritas, a partir de las escritas y como dice Ernst: «El tema del derecho implícito no constituye una novedad. Es antigua la pretensión de los juristas por reconocer la existencia de tal categoría de derecho o de derechos. Sin embargo, contrasta con ello la escasa atención que los mismos juristas han prestado a la explicación y justificación del asunto. En el campo de la ciencia jurídica dogmática, es casi nula su consideración...», pero se advierte «...que los juristas recurren casi cotidianamente a la noción de derecho implícito» (Ernst, Carlos, 1994, 89).

En el campo ius-filosófico se sugieren al menos tres maneras -cada una siguiendo un método-, para derivar normas implícitas; y son: a) que lo implícito es con relación a argumentos no lógicos, b) que la implicación entre normas es lógica y c) que la implicación es de índole conceptual; posiciones que sostienen Fuller; von Wright, Alchourrón-Bulygin; y Ernst, respectivamente. A continuación se analizarán cada una de ellas, pero conviene primero realizar algunas aclaraciones:

a) la primera es con respecto a si nos referimos a derechos implícitos o derecho implícito. Lo primero -derechos implícitos- es asimilar la noción a derechos subjetivos en el sentido de facultades, potestades o prerrogativas para exigir algo a otro. Mientras que la segunda expresión es más amplia, es entender el derecho implícito como equivalente a norma implícita y comprensiva tanto de facultades o prerrogativas implícitas, como de obligaciones o prohibiciones implícitas. Lo que intentaré en este capítulo es averiguar sobre la existencia de una norma implícita que prohíba dañar, por lo tanto se entiende en el sentido de derecho implícito.

b) Otra cuestión importante es determinar si cuando se deriva una norma implícita «se la concibe como una herramienta que condiciona, limita o reforma el sistema de derecho positivo o si se la considera un mero desarrollo y desenvolvimiento de este.»(Ernst, Carlos, 1994, 70).

Lo que pretendo -en la argumentación seguiré en gran medida a Ernst- es averiguar si es posible derivar una norma implícita que prohíbe causar daño a otro, pero independiente, de sentido técnico y autónoma de posibles connotaciones que en un sentido u otro la hagan depender de alguna postura previamente tomada. Y esto tiene que ver con el concepto de derecho implícito, por eso expresa Ernst que: «... un concepto jurídico (el de derecho implícito) que puede resultar útil y provechoso en la doctrina y en la teoría jurídica en tanto se mantenga como un concepto autónomo, de sentido técnico, independiente de connotaciones que lo hagan favorable a una u otra de las posiciones que disputan en el campo de la teoría jurídica, la escuela positivista y la jusnaturalista» (Ernst, 1994, 140). Asimismo, la norma implicada deberá tener o construir su antecedente en una norma de derecho explícito, esto influirá para cuestionar los argumentos no lógicos; en cuanto a los argumentos lógicos, si bien siempre el antecedente es siempre una norma de derecho explícito, pueden resultar insuficientes para la pretensión que se intenta.

### *2.1. Implicación a partir de argumentos no lógicos*

Los argumentos para considerar que hay un derecho implícito -no escrito- son variados. Así, se apela a la costumbre, a las valoraciones e ideales éticos de la sociedad (llamado argumento valorativo-moral), a la interpretación de la ley, a los derechos no enumerados o al fin de la ley (argumento teleológico).



Los tres primeros (costumbre, valorativo-moral e interpretación) fueron desarrollados por Lon Fuller <sup>151</sup>, básicamente el primero. La idea ahora es expresar en que consisten cada uno de ellos, si realmente tienen que ver con la noción de derecho implícito y trabajar cada uno con la pretensión de derivar una norma que prohíba dañar a otro, objeto de este capítulo <sup>152</sup>.

### 2.1.1. *La costumbre*

La pretensión de los juristas es que en la costumbre hay algo más que una regularidad social o una reiteración de conductas, ese algo más es un derecho -no escrito, no convenido por las partes- que se encuentra implícito en esa reiteración de conductas. La situación es que de esa costumbre se puede derivar una regla consuetudinaria (un derecho) que no está escrito. La cuestión es saber si este derecho consuetudinario y la noción de derecho implícito son la misma cosa. Cabe aclarar que la regla o derecho consuetudinario no surge de la mera repetición de una conducta en la sociedad, sino que requiere también el entrelazamiento de expectativas mutuas entre los individuos y que al ser transgredidas (la expectativa) surge un reclamo jurídico (Fuller, citado por Ernst, pág. 30). O sea una de las partes transgrede la expectativa y la otra considera que se ha vulnerado un derecho y realiza un reclamo judicial apelando a ese derecho o regla consuetudinaria que considera se transgredió. Por ej.: comportamiento entre comerciante y un cliente. Si admitidos esto, habría un derecho no escrito cuyo origen es la costumbre y ese derecho es candidato a ser considerado derecho implícito.

---

<sup>151</sup> En el libro *Anatomía del derecho*, 1969, versión castellana de Luis Castro, donde expone sobre Fuentes del Derecho y desarrolla lo relativo al derecho implícito.

<sup>152</sup> Aclaro que en lo atinente al desarrollo de los argumentos tomo como base la obra de Carlos Ernst y las citas que en la misma se mencionan.

En el pensamiento de Fuller (citado por Ernst, págs. 91-96) la distinción entre derecho explícito y derecho implícito, puede ser rica y fecunda. Denomina explícito, a todo el derecho que se encuentra formal y categóricamente expresado en un texto legal, y sería implícito el que no se encuentra en un texto legal, pero que, de una u otra manera debe o puede considerarse existente, presupuesto y cuyo paradigma es el derecho consuetudinario.

Pero para saber como funciona el derecho consuetudinario es necesario acudir a la noción de implicación lógica y sus elementos: antecedente, consecuente y nexo o relación entre ambos y que además, ambas premisas: antecedente y consecuente deben ser normativas; porque sino se comete un salto -falacia lógica- que es derivar de un hecho, una norma. En la operación de implicación lógica se relaciona un antecedente con un consecuente, de modo que afirmándose el primero deba necesariamente afirmarse el segundo o lo que es igual, que no pueda ser verdadero el antecedente, sin que también lo sea el consecuente (Ernst, 1994, 123). La relación que se establece entre el antecedente y el consecuente es tal que este último se encuentra contenido en el primero...las premisas de un razonamiento contienen (o implican) a la conclusión que se deriva de una regla lógica, que en este caso es la regla de *modus ponens* ( $(A \rightarrow B) \ \& \ A \rightarrow B$ ) (Ernst, 1994, 126), por ej.: Toda norma jurídica es obligatoria

La ley 14.394 es una norma jurídica

---

Luego, la ley 14.394 es obligatoria.

En el caso del argumento de la costumbre, el consecuente resulta ser una norma, la llamada regla de derecho consuetudinario, pero no está claro cual es el antecedente, o en todo caso no es una norma sino la descripción de un hecho, de una costumbre y de la cual se deriva una conducta debida, una obligación, la de hacer lo que indica la costumbre, lo que significa una falacia lógica (del ser derivar un deber ser), tam-

poco puede pensarse en que haya incompatibilidad entre ambas, porque son cosas distintas, la una un hecho y la otra (la que se deriva) una obligación. La única manera de reconstruir el razonamiento es dando cuenta de las premisas ocultas en las que se piensa, pero no se hacen explícitas y son las siguientes: que la costumbre es buena (que es un juicio de valor) y que es obligatorio hacer todo aquello que se califica como bueno; de estas premisas ahora si podemos derivar la conducta debida -o sea que es obligatorio seguir la costumbre-. Si bien sería una conclusión relativa, sólo para aquellos que compartan el juicio de valor, si bien puede considerarse que «el derecho consuetudinario se asienta sobre valoraciones universalmente admitidas y no sobre valoraciones de un determinado grupo social» (Ernst, 1994, 130). Ahora la consecuencia (es obligatorio seguir la costumbre), o sea la regla de derecho consuetudinario, es llamada derecho implícito, pero vale la pregunta de si estamos hablando de lo mismo. Parece que no, porque poder derivar un derecho implícito tiene que tener algún contenido predispuesto y que ayude a resolver casos que pueden ser problemáticos; mientras que el derecho consuetudinario opera más como un indicador de una fuente de derecho, que hace exigible ciertos hábitos sociales efectivamente practicados y que pueden asentarse en criterios de valor universales para la comunidad que se trate.

Y ahora ¿tiene algo que ver el argumento de la costumbre con la cuestión pretendida de derivar una norma que prohíba dañar a otro? Considero que la respuesta afirmativa significa reconstruir un razonamiento muy forzado, así tal: «la costumbre de no dañar es buena» y «es obligatorio hacer todo aquello que consideramos bueno», la consecuencia sería: «Es obligatoria la costumbre de no dañar a otro», esto último sería el derecho implícito, con la advertencia que ya se indicó: que más que derecho implícito, el derecho consuetudinario opera como indicador de fuente del derecho.

Como conclusión del argumento de la costumbre en relación al tema que investigo en este capítulo, entiendo que no resulta adecuado, ni pertinente derivar del mismo una norma que prohíba dañar a otro.

### *2.1.2. Valoraciones e ideales éticos de la sociedad (argumento valorativo-moral)*

Con este argumento se pretende suponer la existencia de derecho no escrito, pero implícito en las valoraciones e ideales éticos de la sociedad, se usa un argumento valorativo-moral. En el pensamiento de Fuller, se refiere a la situación de que en el proceso de creación legal de las leyes hay límites, en el sentido que hasta puede producirse una situación aberrante, no querida por el legislador, pero el límite implícito es que esa situación no puede ser tolerada porque responde a un ideal, a una valoración que está en la sociedad. Pensemos en un caso argentino: la Constitución Nacional en el art. 18 detalla minuciosamente una serie de garantías individuales y prohíbe explícitamente la pena de muerte por causas políticas. Ahora no hay un artículo que también la prohíba por cualquier otra causa. ¿Es posible pensar que el legislador admitió la pena de muerte en causas que no fueran políticas? Tampoco consagró explícitamente el derecho a la vida. Otro buen ejemplo citado por Fuller y relativo a la Constitución de los Estados Unidos, es que por simple previsión de sus redactores, omitieron normas que obliguen a la publicación de las leyes sancionadas. Lo que Fuller admite -entre otras razones- que a veces las deficiencias o anomalías más gruesas pasan inadvertidas para el legislador. Pero no admitir la pena de muerte por ninguna causa, o consagrar el derecho a la vida (casos argentinos) o que las leyes deben ser publicadas (caso norteamericano), son valores, ideales de la sociedad donde rigen esas normas y de esos valores o ideales surgiría el derecho implícito a prohibir la pena de muerte por cualquier causa; a que es obligatorio respetar el derecho a la vida, y que es obligatorio publicar las leyes que se sancionan.

Lo que se puede cuestionar es si esos valores o ideales están ínsitos en la sociedad o en la base del derecho explícito. Parece más razonable lo segundo. Expresa Ernst: «Los ideales sociales, por supuesto, están en la base del derecho, pero en la base del derecho explícito, si suponemos -como es razonable pensar para cualquier sociedad- que los órganos encargados de legislar construyen las normas legales en función

de sus creencias» (Ernst, 1994, 41). De todos modos para derivar derecho implícito de los ideales sociales o de las valoraciones morales de una sociedad, se requiere de algún método o procedimiento confiable y no de una apelación a los mismos que de por sí se presenta difusa y un tanto incierta respecto de cuales son dichos ideales.

Teniendo en cuenta la relación de implicación lógica, el argumento valorativo-moral «puede contener en el antecedente la descripción o directamente la exigencia de ciertos ideales sociales. Y en cualquiera de ambos casos, en el consecuente, la exigencia de una conducta que se pretende o postula implícita en aquél» (Ernst, 1994, 131). Si se trata de la descripción de un ideal, no podemos -a partir de una descripción- derivar una conducta debida. Si se trata de lo segundo -la exigencia de algún ideal- entonces si el consecuente -la conducta debida- está implícitamente contenida en las premisas. La debilidad del argumento radica en que postular o exigir algún ideal social o moral, tiene un carácter altamente persuasivo y su rendimiento es relativo para quienes lo comparten. Aun cuando se predique que es de carácter universal, la pregunta a formular es porqué ese ideal o esa norma moral y no otras que también pueden tener el carácter de universalidad, o sea con que criterio se realiza la elección. Desde este punto de vista pensar que los juristas o los jueces puedan obtener algún derecho implícito a partir de la exigencia de algún ideal social o de alguna norma moral parece ser una tarea exagerada.

De todos modos y conforme al tema concreto que me ocupo en este capítulo, transcribo un pensamiento de Hart, que por cierto no estaba pensando en un derecho implícito, ni desarrolló una noción sobre el mismo, pero vale la pena reconstruir el argumento; así expresa que «... al margen de lo que las normas jurídicas prescriben, existe la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conductas dañosas.» En primer lugar se describe un hecho, al decir existe la convicción moral, pero para derivar el derecho implícito a que los demás se abstengan (conducta debida, o sea una prohibición) hace fal-

ta sacar a la luz algunas premisas ocultas, sino el razonamiento se torna entimemático. Dichas premisas pueden ser las siguientes: Es buena la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico no sean dañadas, pero hace falta otra premisa que tampoco está dicha: Se debe seguir toda convicción moral considerada buena y por lo tanto abstenerse de dañar a las personas sometidas al orden jurídico; y ahora si podemos implicar el consecuente: Está prohibido dañar a las personas sometidas al orden jurídico (que está contenido en las premisas). De todos modos no deja de ser un argumento persuasivo, asimismo puede haber otras normas morales de la misma trascendencia que esta.

Como conclusión de lo expuesto, la idea es continuar averiguando si es posible derivar la norma que prohíbe dañar de una manera más fuerte y no con argumentos que estarían sujetos a muchas contrarréplicas.

### *2.1.3. El argumento de la interpretación*

En el caso de encontrar derecho implícito en el proceso de interpretación de las normas, los métodos interpretativos<sup>153</sup> pueden ser: a) encontrar el sentido de los términos, siguiendo las reglas del lenguaje, o b) tener en cuenta para interpretar los términos usados por el legislador, a los usos, costumbres y valores de la comunidad donde la norma se aplica.

Si tomamos como ejemplo el art. 1198, 2º párrafo del Código Civil que prescribe: «En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles,...» corresponde adjudicar sentido a cuando la prestación se torna excesivamente onerosa para una de las partes, y también que signifi-

---

<sup>153</sup> Conforme ERNST, ob. cit., pág. 46.

ca que un acontecimiento sea extraordinario e imprevisible. Conforme a lo expresado, puede adjudicarse sentido de acuerdo a las reglas semánticas y en este sentido *excesivo* significa algo «que excede y sale de regla» y acontecimiento *extraordinario* como «fuera del orden o regla natural o común» e *imprevisible* como «que no se puede prever, que no se puede ver con anticipación»<sup>154</sup>.

Pero adjudicar significado de acuerdo a las reglas del lenguaje, no parece suficiente para resolver un caso judicial, es posible que para interpretar los términos usados por el legislador se deba recurrir a usos, costumbres y hechos acontecidos en el lugar donde opera la norma, para saber cuando algo se excede y sale de regla y cuando un acontecimiento está fuera del orden o regla natural o común y que además no puede ser previsto con anticipación. Si esto es así, entonces de acuerdo a esos usos, costumbres y hechos acontecidos, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato, y ese derecho no surge de los términos usados por el legislador, sino de la interpretación de esos términos.

En este sentido y siguiendo a Ernst, habría dos criterios o estilos interpretativos, uno de ellos apunta sólo a la dimensión de la ley como producto lingüístico; el otro, a la relación entre la ley y los usos, costumbres y las valoraciones sociales con que se enfrenta. Por lo que la interpretación de las leyes no consistiría solamente en un proceso de «traducción de los elementos formales» o palabras que el legislador incorporó en una norma, sino además en un proceso que busca o pretende «ajustar», «adecuar» la ley a las diversas necesidades, a los hábitos y a los valores que se encuentran insitos en la sociedad y agrego a los hechos acontecidos, donde la norma rige... por lo que las leyes no pueden considerarse como un producto completamente creado por el legislador (Ernst, 1994, 47-48).

---

<sup>154</sup> Significados extraídos del *Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima primera edición.

Así las cosas, si interpretar no sólo consiste en poner el acento en los términos de la ley y su significado, sino en recurrir a términos que el legislador no mencionó, pero que se refieren a usos, prácticas, hechos ocurridos (en el ejemplo del art. 1198 del Código Civil), entonces interpretar una norma significa observar usos, prácticas, hábitos, ideales o hechos; porque es de ellos y no tanto de las palabras de la ley, de donde surge o se encuentra implícitamente el derecho. Y esos usos, hábitos, hechos están presentes en el momento de la interpretación de una norma, como cuando fue creada, aun cuando el legislador no usó esos términos; por lo que no pueden ser ignorados.

Ahora en el antecedente lo que hay es una descripción fáctica de un uso, costumbre, hecho ocurrido y de ello extraemos un consecuente que obliga a una conducta debida: obligatorio entender como «excesivamente oneroso tal cosa»; para evitar la falacia lógica, se puede reconstruir el argumento sacando a la luz las premisas ocultas; pero no dejará de ser una directiva para interpretar, y las directivas interpretativas son algo distinto a la noción de derecho implícito.

Veamos sobre el tema motivo de este capítulo. Si tomamos el art. 1109 del Código Civil que prescribe: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...». La norma resulta clara, no hace falta ninguna directiva interpretativa, o en todo caso entender que no sólo se aplica a los hechos ejecutados con culpa o negligencia, sino también a los daños ocasionados con dolo, que podría quedar comprendida en la parte final del artículo cuando expresa: «... Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil». Puede recurrirse a la interpretación extensiva, que consiste en usar la misma norma, ampliando su interpretación a efectos que comprenda el caso, y que es distinto a la interpretación por analogía, donde para solucionar un caso se aplica la norma utilizada para resolver un caso similar.



Si tomamos el art. 19 de la Constitución Nacional que prescribe: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...»; los juristas *ius privatistas* invocan un razonamiento *a contrario sensu* para afirmar que las acciones que no sean privadas (en el sentido que trasciendan) y que perjudiquen a terceros no están exentas de la autoridad de los magistrados. Veamos como funciona un razonamiento a contrario. En primer lugar no responde a ninguna derivación lógica, de lo que se trata es de invertir la solución dada por la norma, es aplicar la consecuencia contraria a la prevista en la norma. No está mal que los juristas deriven que las acciones que si perjudiquen a terceros tienen la consecuencia contraria, o sea que están sujetas a la autoridad de los magistrados. Ello es así porque interpretan la norma del art. 19 en un sentido fuerte o excluyente: «sólo las acciones que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados», en tal medida la derivación a contrario es razonable. Ahora, debe quedar claro que esta derivación no es lógica, sino una interpretación. Lo que se intentará demostrar es que puede haber otro tipo de derivación en sentido fuerte, esto es, la existencia de una norma no escrita en el sistema constitucional, que prohíba dañar y que negarla sería una inconsecuencia.

Como conclusión del argumento interpretativo considero que el consecuente que se deriva no es un caso de derecho implícito, sino que se trata de un enunciado interpretativo, esto es: dado el hábito lingüístico de aceptar como uso o definición de un término «X» como «Y», entonces el término «X» de la norma «N» es igual -o significa- «Y» y este consecuente no es una norma o un derecho implícito, sino sólo una afirmación de un enunciado o directiva interpretativa.

Además vale la aclaración que una cosa es identificar normas, para lo cual se le adjudica significado (y esta es una tarea empírica) y otra cosa es la sistematización (tarea lógica) a partir de un conjunto de normas ya identificadas; lo que equi-

vale a decir que un derecho implícito sólo puede derivarse de normas que ya tienen un significado adjudicado. Con el argumento interpretativo se está en la tarea empírica de adjudicar significado a las normas de base, con las que luego se puede emprender la sistematización de las mismas y recién poder derivar otras normas. Y esto funciona también en la interpretación extensiva que se puede hacer del art. 1109 del Código Civil y en el razonamiento a contrario del art. 19 de la Constitución Nacional, porque lo único que se hizo fue entender esas normas con ese significado, sea por extensión o a contrario, o sea no se derivó ningún derecho implícito, sólo se adjudicó un significado, sea por el uso, o por interpretar por extensión o a contrario. Si bien en el razonamiento a contrario se obtiene una consecuencia deseada, esto es: que las acciones que causen daño están sujetas a la autoridad de los magistrados y esta consecuencia permite sostener el principio general de no dañar a otro, el *alterum leadere*, pero no hay nada implícito en esta manera de razonar. De todos modos mantengo la idea de continuar averiguando si es posible construir una noción autónoma de un derecho implícito a no ser dañado.

#### *2.1.4. El argumento de los derechos no enumerados*

Lo relativo a derechos no enumerados se plantea en el ámbito constitucional y con especial referencia a lo dispuesto por el art. 33 de la Constitución Nacional que prescribe: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». En primer lugar se debe contar con algún criterio para identificar derechos no enumerados y que los juristas consideran implícitos. Es así que suele identificarse como derechos no enumerados y en consecuencia implícitos aquellos que se derivan del derecho natural, para ello la argumentación gira en torno a que el art. 33 quedó redactado en la for-

ma que está, pero esa no fue la intención del legislador. Y esto es verdad, porque la Convención Constituyente de 1860 proyectó el actual art. 33 y se refirió, en la sesión del 1º de mayo de 1860 y Vélez Sársfield que era miembro de la comisión, a «todos los derechos naturales, de los hombres y de los pueblos, aunque no estén enumerados en la constitución se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y soberanía del pueblo... los hombres no sólo tienen los derechos que determina la constitución, sino todos los derechos naturales aunque no se hallen consignados...»<sup>155</sup>.

De todos modos, y tal como quedó redactado el art. 33 de la Constitución Nacional, es discutible si del principio de soberanía y de la forma republicana de gobierno, pueden derivarse derechos naturales o sólo derechos políticos; considero más razonable lo segundo. El listado de candidatos a incluir en el art. 33 como derechos implícitos es variado; se incluye el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a expresar opiniones políticas, de réplica, etc., y porque no pensar que dentro del derecho a la vida y a la integridad física se encuentra un derecho de carácter negativo, esto es a no ser dañado en su persona.

Ahora es lo mismo derechos no enumerados, a los cuales se refiere el art. 33 de la Constitución Nacional, que derechos implícitos, y si lo fuera ¿cuáles son los comprendidos en el art. 33? Este artículo es usado como si fuera una caja de Pandora, dentro de la cual hay de todo y por lo tanto, todo aquello que algún jurista quiera considerar que es un derecho, simplemente lo deriva del art. 33 y lo considera como un derecho no enumerado o implícito, sea natural o político. Pero identificar al derecho no enumerado o implícito con el derecho natural, con-

---

<sup>155</sup> Quizás esta sea una razón por la cual Vélez Sársfield, años más tarde, no incluye en el Código Civil a los derechos personalísimos, y sólo hace referencia a ellos en la nota al art. 2312.

lleva un problema o traslada el problema, que es identificar primero al derecho natural, para luego decir cuál sería el derecho no enumerado o implícito; o sea la noción de derecho implícito dependerá de la de derecho natural y esto no parece útil, ni enriquecedor. Teniendo en cuenta el derecho a no ser dañado que se mencionó, sería decir que se tiene un derecho natural a no ser dañado, si bien no resulta exagerado afirmar esto; considero, como conclusión de este argumento, más interesante continuar en la búsqueda de una noción autónoma (sin dependencia del derecho natural) de derecho implícito y de ella derivar la norma que prohíba dañar.

#### *2.1.5. El argumento teleológico*

Expresa Ernst que: «... si puede establecerse con certeza cual es el propósito de una determinada norma, entonces en función de éste y el texto de la misma, puede inferirse, derivarse o suponerse la existencia de normas implícitas; el fin de la norma operaría así como el motor para el descubrimiento del derecho implícito» (Ernst, 1994, 65). Es el caso de apelar a lo que se llama el espíritu de la ley y que en ocasiones entra en conflicto con la letra de la ley. Los problemas radican en: saber si es posible determinar el fin de una norma de manera concreta e indiscutible <sup>156</sup>, también puede suceder que se presente divergencia entre el fin objetivo de la norma y el fin subjetivo del legislador, tal el caso del art. 33 de la Constitución Nacional, donde el fin subjetivo de los legisladores fue uno, pero el fin objetivo plasmado en la redacción de la norma parece ser otro. En general se trata de independizar el fin objetivo de los propósitos subjetivos del legislador, pero

---

<sup>156</sup> Un caso donde parece ser claro el fin de la norma es el art. 264 del Código Civil, donde se expresa que: «La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, *para su protección y formación integral...*» (la cursiva es mía, para destacar que la protección y formación integral, es el fin de la patria potestad).

no siempre es así. Si bien, como expresa Alexy (citado por Ernst, pág. 99) «... las normas tienen un propósito propio, independiente del que tuviera su autor... Los argumentos teleológicos-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines «rationales» o «prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente...». La cuestión es poder conocer e independizar, a partir de la lectura de una norma, cuál es el propósito objetivo, más aún cuando el fin o propósito que el intérprete le atribuye a una norma o conjunto de normas, no es uno, sino diversos fines, que pueden excluirse o limitarse recíprocamente; o cuando cada intérprete le adjudica distintos fines; porque pensar en el fin objetivo-racional de una norma es cuando el intérprete decide o elige el fin, y esto no es una cuestión empírica como lo es cuando hablamos del fin subjetivo del autor, que puede comprobarse fácticamente, tal el caso de leer la propuesta de la Comisión que proyectó el art. 33 de la Constitución Nacional (que luego quedó redactado de otra manera). Decidir o elegir el fin es caracterizarlo normativamente, o sea decir el propósito «debe ser tal o cual».

Para derivar un derecho implícito a partir del fin, hay que postular dos cosas: que el fin o propósito es bueno y que «se debe seguir» toda conducta que sea una condición necesaria para lograr ese fin; sino se plantea nuevamente el problema de derivar un consecuente normativo (derecho implícito) de un antecedente no normativo. Veamos un caso: ¿qué fin o propósito puede adjudicarse al art. 1109 del Código Civil? Podría ser que los daños ejecutados con culpa o negligencia sean reparados. Para poder derivar una norma implícita que prohíba dañar, o sea implicar el *alterum leadere*, hacen falta algunas cosas no dichas en la norma explícita, como que el propósito de no dañar es bueno, y que se «debe seguir» toda conducta que satisfaga ese fin. Pero la norma explícita sólo se refiere a daños causados con culpa o negligencia, acorde con el Título que precede al artículo y que dice: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos. Y ¿qué pasa con los daños causados por hechos que configuran

el delito civil? O sea los daños ejecutados a sabiendas y con intención de dañar (art. 1072 del Código Civil). Hay que buscar alguna otra norma que apunte al fin de que no se debe dañar y que sea comprensiva de los daños causados con dolo. El art. 1077 prescribe que: «Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona», y habrá que seguir buscando en las normas referidas a delitos contra la propiedad, para encontrar que además de los daños inferidos a las personas, también se deben reparar los daños causados a los bienes. También el art. 1067 del Código Civil cuando prescribe que: «No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiere daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar **dolo, culpa o negligencia**» (el destacado es mío). O sea habrá que encontrar un conjunto de normas que obliguen a reparar daños causados a la persona o sus bienes, sea por dolo, culpa o negligencia, adjudicarles un fin, prescribir que ese fin es bueno y se debe seguir toda conducta deseable para lograrlo.

El razonamiento funcionaría así: Dadas las normas N1 (que obliga a reparar los daños causados a otro por culpa o negligencia), N2 (que obliga a reparar los daños causados a la persona por dolo), cuyos propósitos es el fin Z (que no es bueno dañar y para el caso que se lo haga, los daños deben ser reparados), fin que el intérprete le adjudica a las normas y que además lo valora como bueno, postulando también que debe seguirse toda conducta para lograr ese fin; entonces debe admitirse como implícita la norma N3 (que no debe causarse daños a otro). Pero corresponde advertir dos cosas: en primer lugar hay un juicio de valoración respecto del fin y en segundo lugar, estamos a mitad de camino, porque si lo que se quiere derivar es el *alterum laedere* (no dañar a otro) en un sentido amplio; hasta aquí se lo ha derivado (valoración de por medio) sólo para los casos de daños causados por dolo, culpa o negligencia y la idea es aplicar el *alterum laedere* a toda conducta, aunque no medie dolo, ni culpa en la causación del daño, o sea cuando se utilizan factores objetivos de atribución. Además también corresponde decir algo de aquellas

conductas que causan daños pero que están justificadas, operan respecto de ellas causas de justificación y no se consideran ilícitas. Entonces, si son lícitas, no son antijurídicas y no se generaría la obligación de reparar los daños causados por las mismas. Pero si también se valora como bueno que los daños causados por conductas lícitas sean reparados, entonces o son excepciones a la antijuridicidad, o la antijuridicidad ya no es un elemento configurativo de la responsabilidad civil. De todos modos, aun considerándolas excepciones, la antijuridicidad habría dejado de ser una condición necesaria (sólo si se da), porque se presentan casos donde no se da y lo mismo surgiría la obligación de reparar. Volveré sobre ello.

Si ahora se intenta averiguar el fin del art. 19 de la Constitución Nacional, es posible adjudicarle como propósito que las acciones privadas de los hombres queden en el ámbito de su libertad y vida privada y al margen de la autoridad de los magistrados y que es bueno que así sea, salvo que ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen a terceros. Por lo tanto debe seguirse toda conducta para lograr ese fin. De ello puede implicarse la norma que disponga que: «Toda acción que ofenda al orden y a la moral pública, o perjudique a terceros, será sometida a la autoridad de los magistrados». Si bien puede derivarse el *alterum laedere*, para ello se introdujo un enunciado valorativo, esto es: que no es bueno perjudicar a otro, que está prohibido dañar. No descarto totalmente esta alternativa, pero insistiré en derivarlo de una manera que no sea necesario apelar a juicios de valor, si bien el juicio de valor de que no es bueno dañar a otro puede tener carácter de universalidad.

***Apreciaciones de los argumentos no lógicos:*** Al finalizar cada uno de los argumentos expresé las razones por las cuales algunos no resultan adecuados (costumbre, valorativo-moral y derechos no enumerados), en cuanto al argumento interpretativo (en el razonamiento a contrario) y al fin teleológico objetivo, si bien es posible pensar a partir de los mismos en el principio general de no dañar, para ello es necesario o interpretar la norma a contrario, pero nada hay implíci-

to en esta manera de razonar, o introducir un juicio de valor en el teleológico. No se descartan, pero nada impide continuar con otros métodos por lo cuales se pueden derivar normas implícitas y aplicarlos a la búsqueda de una norma implícita que prohíba dañar, o un derecho a no ser dañado.

## *2.2. Implicación a partir de argumentos lógicos*

En este apartado desarrollaré la derivación de normas a partir de la lógica, lo que significa apelar a un método seguro, confiable y riguroso. Pero antes de desarrollar a los autores que se refieren a normas implícitas lógicamente, dedicaré un tratamiento a los operadores deónticos y sus interdefinibles y las reglas de inferencia, con la pretensión de elucidar la antijuridicidad y los daños causados mediante conductas lícitas.

Asimismo, quiero expresar lo siguiente: utilizando la lógica se asegura que mediante un método riguroso y sin ningún tipo de valoración se obtengan consecuencias jurídicas a partir de las normas formuladas y explícitas. La ventaja es justamente la rigurosidad en el razonamiento y justificación de las consecuencias y la desventaja es que no se describen todos los razonamientos que habitualmente hacen los juristas. El método lógico obtiene consecuencias sólo de las normas, no amplía el contenido informativo, desde el momento que lo ampliara -aunque sea mínimamente- ya no se estaría trabajando con método lógico. Mientras que en la argumentación con métodos no lógicos (desarrollada en el apartado anterior), el razonamiento es valorativo, tiene la ventaja de que mediante valoraciones sobre hábitos, costumbres, usos, ideales de la sociedad, fines o propósitos de las normas, se obtienen consecuencias que amplían el contenido informativo de las normas, quizás se logra conocer mejor el derecho; pero con la desventaja que se pierde la rigurosidad en el razonamiento para justificar las consecuencias que se obtienen y que amplían la información normativa.



### 2.2.1. Operadores deónticos. Interdefinibles. Reglas de inferencia

En el capítulo anterior y con motivo de presentar brevemente el análisis de las normas de Von Wright, se expresó que uno de los componentes de las mismas es el **carácter**, que junto con el **contenido** y **condición de aplicación** conforman lo que este autor llama el núcleo normativo.

Se expresó también que el **carácter** se da para que algo: *deba* (O) obligación, mandato u orden, *tiene que no* (Ph) prohibición, o *pueda* (P) permisión; ser hecho <sup>157</sup>. O sea tenemos como caracteres de las normas los siguientes operadores: O - Ph - P, veamos ahora porqué son interdefinibles entre ellos.

Las normas que tienen el carácter de «debe» y las que tienen el carácter de «tiene que no», o sea los mandatos y las prohibiciones, son interdefinibles: lo que debe hacerse (obligatorio) es lo que tiene que no hacerse (prohibido abstenerse) y viceversa, lo que debe dejarse de hacer (obligatorio abstenerse) es lo que tiene que no hacerse (prohibido) <sup>158</sup>. Decir que debe reparar los daños es idéntico a decir que está prohibido abstenerse de repararlos. Toda norma positiva con carácter de «debe» es idéntica a una norma negativa con carácter de «tiene que no» y toda norma negativa con carácter de «debe» es idéntica a una norma positiva con carácter de «tiene que no». Un mandato de hacer (mandato positivo) es una prohibición de abstenerse (prohibición negativa) y un mandato de abstenerse (mandato negativo) es una prohibición de hacer (prohibición positiva). Debe abstenerse de dañar es lo mismo que decir que tiene prohibido causar daño.

Las normas que prescriben mandatos o prohibiciones son normas-obligación. También tenemos las normas que prescriben permisos y se las llama normas permisivas (permi-

---

<sup>157</sup> G.H. VON WRIGHT, ob. cit., págs. 99-107.

<sup>158</sup> O sea no tienen status independiente: lo obligatorio puede definirse en términos de prohibido no hacer.

sos) <sup>159</sup>. El debate es si las prescripciones permisivas tiene un status independiente de las prescripciones que imponen mandatos y prohibiciones, o si por el contrario, una prescripción permisiva puede definirse en términos de mandatos y prohibiciones; o sea si los permisos son o no interdefinibles con los mandatos y las prohibiciones. Dependerá de cómo considerar los permisos, o sea el problema se traslada a una discusión sobre el carácter de los permisos.

Von Wright considera que hay dos formas de negar el status independiente de los permisos y son: 1) considerar los permisos como mera ausencia de prohibición y 2) considerar a los permisos como una especie de prohibición, tal el caso de prohibición de interferir en la libertad de un agente que tiene permiso para hacer algo determinado. O sea, en ambos casos los permisos no son independientes de las prohibiciones. Pero ambos casos merecen un análisis más profundo. El primer caso: es frecuente decir que un permiso de hacer alguna cosa es lo mismo que la ausencia de prohibir hacer esa cosa. En este sentido, es bastante común la expresión: Todo lo que no está prohibido está permitido. Pero hay algunas razones para pensar que esto es un error, von Wright señala una: No es posible hacer un inventario de todos los actos genéricos concebibles y según se van originando nuevas especies de actos, las autoridades de las normas pueden considerar si ordenarlas, permitir las o prohibirlas a los sujetos. Y siempre habrá un gran número de actos de cuyo status normativo no se ocupará. Es por eso que divide a los actos humanos en dos grupos principales: los que han sido y los que no han sido (todavía) sometidos a norma por la autoridad. Los actos que han sido sometidos a normas, algunos son mandatos, otros prohibidos, otros permitidos. Los que no han sido

---

<sup>159</sup> Por lo tanto hay prescripciones (normas) que imponen mandatos y prescripciones (normas) que imponen prohibiciones y pueden definirse unas en términos de la otra. Pero además hay prescripciones que permiten (normas permisivas).

sometidos a norma son no prohibidos, en este sentido puede decirse que ese acto está permitido. Si se acepta esta división, se puede distinguir entre dos especies o tipos de permisos: *Fuertes y Débiles*. Un acto está permitido en sentido fuerte, si no está prohibido, pero ha sido sometido a norma <sup>160</sup>, o sea es un carácter de las normas, en este caso es interdefinible con la prohibición: decir que un acto está permitido por una norma (P) es lo mismo que decir que ese acto no está prohibido (-Ph), lo que no tiene que dejar de hacerse, (o dicho de otra manera: lo que no es obligatorio abstenerse -O-) es porque está permitido hacer. Ahora un acto que se considere permitido en sentido débil, no es un carácter de las normas, no son prescripciones o normas, son actos que no fueron considerados por la autoridad normativa. De esta manera von Wright clausura el sistema y así expresa: «Un sistema normativo es cerrado cuando toda acción es deónticamente determinada en él... Un sistema que no es cerrado se denominará abierto», o sea una acción es deónticamente determinada en un sistema S «cuando ella es permitida o prohibida en ese sistema <sup>161</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, considero que en el caso de decir «todo lo que no está prohibido está permitido» el permiso no es interdefinible con la prohibición, porque son dos situaciones distintas, mientras que las prohibiciones fueron consideradas por la autoridad normativa, los permisos no lo fueron.

La idea de trabajar los permisos es para dar cuenta de la interdefinibilidad entre los operadores deónticos y aplicarlos a la prohibición de dañar. Es por ello que me interesa el pensamiento de Alchourrón y Bulygin, cuando se refieren al

---

<sup>160</sup> A veces la autoridad no es consciente de haber permitido el acto, sino que tal permisión es una consecuencia lógica, o se deriva lógicamente de las normas que emitió.

<sup>161</sup> La definición de clausura de von Wright, es citada por Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 170.

problema de la clausura de un sistema y su conexión con la interdefinibilidad de «permitido» y «prohibido», una brevísima incursión considero que puede auxiliar para analizar si en nuestro sistema se detecta alguna incoherencia entre permisos para dañar y prohibición de dañar. Los autores mencionados, en un meduloso análisis sobre la cuestión de la clausura <sup>162</sup>, examinan distintas tesis sobre el problema de los sistemas normativos cerrados. Así, cuando se refieren a la clausura basada en la interdefinibilidad de «permitido» y «prohibido», expresan que puede haber permisión fuerte y prohibición fuerte. Establecen una diferencia entre ***carácter de las normas***: que mediante enunciados *prescriptivos* establecen que una conducta es permitida, obligatoria o prohibida, y los ***caracteres de las conductas normadas en las normas***: que se expresan mediante proposiciones *descriptivas* que se usan para informar *acerca de* las normas o *acerca de* las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas en las normas. En este sentido, mediante una proposición normativa (enunciado descriptivo) se puede informar si la conducta está permitida o prohibida en sentido fuerte, o si la conducta está permitida en sentido débil.

***Una permisión fuerte*** es cuando, mediante una proposición normativa (enunciado descriptivo) se informa que se infiere del sistema una norma que permite p en el caso q y una ***prohibición fuerte*** es cuando, mediante una proposición normativa (enunciado descriptivo) se informa que se infiere del sistema una norma que prohíbe p en el caso q. Por ej.: si se infiere del sistema que en determinadas situaciones se permite dañar, es una permisión fuerte; si a su vez también se infiere del sistema una norma que dispone que no se permite dañar en ninguna circunstancia, es una prohibición fuerte. Pero si esto sucede, o sea que se permita dañar dadas determinadas situaciones y al mismo tiempo que no se per-

---

<sup>162</sup> C. E. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, ob. cit., Cap. VII.

mita dañar (Ph dañar) en ninguna circunstancia, el sistema resulta contradictorio (incoherente), porque no hay una tercera posibilidad. Pero puede suceder que el sistema establezca una regla y también establece excepciones a esa regla, si esto pasa entonces la antijuridicidad como elemento necesario siempre y en toda ocasión, para configurar la responsabilidad por daños, se vuelve vulnerable.

Mientras que un *permiso se considera débil* cuando en el caso, hay sólo ausencia de prohibición o de mandato, un permiso débil es cuando el caso q no fue sometido a norma, no es una prescripción normativa; por lo tanto, si esa situación no fue sometida a norma no se puede inferir ninguna consecuencia y si tampoco se puede inferir entre las demás consecuencias que se derivan de otras normas que se prohíba p en el caso q, estamos en presencia de un permiso débil. Por ej.: habría una permisión débil para causar daños en una situación específica, cuando no se encuentra una norma que establezca la prohibición de dañar en esa situación específica y tampoco se infiera de otra norma dicha prohibición.

Valga a modo de conclusión lo siguiente: «Si un sistema normativo en orden a sus normas promulgadas no es contradictorio y las inferencias para formular sus normas derivadas están correctamente hechas, éstas últimas tampoco deberían resultar contradictorias».

Veamos la siguiente situación: Por ej.: El art. 34 del Código Penal prescribe que: «No son punibles:...» (alude a conductas que no configuran un tipo delictivo, tales como: no comprender la criminalidad del acto, obrar violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente, actuar en estado de necesidad, en defensa propia, obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho). En la doctrina penal se distingue entre las causas que: a) *excluyen la imputabilidad* (causas de inimputabilidad) las referidas a no poder comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia (inc. 1, art. 34 C.Penal), b) *excluyen la culpabilidad* (causas de inculpabilidad) la referida a no poder com-

prender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones por error o ignorancia de hecho no imputable (inc. 1, art. 34 C.Penal) y al que obra por amenazas de sufrir un mal grave e inminente (inc. 2, art. 34 C.Penal), *c) excluyen la acción*, la referida a obrar violentado por fuerza física irresistible (inc. 2, art. 34 C. Penal) y *d) excluyen la antijuridicidad* (causas de justificación), las referidas a: causar un mal para evitar otro mayor -estado de necesidad- (inc. 3, art. 34 C. Penal); obrar en cumplimiento de un deber o legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (inc. 4, art. 34 C.Penal); obrar en virtud de obediencia debida (inc. 5, art. 34 C.Penal); obrar en defensa propia o de sus derechos (inc. 6, art. 34 C.Penal) y obrar en defensa de la persona o derechos de otro (inc. 7, art. 34 C.Penal). También en el Código Civil, en el art. 1071 encontramos dos especies de causas que excluyen la antijuridicidad, esto es: ejercicio regular de un derecho por un lado y cumplimiento de una obligación legal por el otro

Analizando los distintos supuestos tenemos que: en las causas de inimputabilidad está ausente el discernimiento y en causas de inculpabilidad está ausente el dolo o la culpa; por lo que en estos supuestos lo que se predica es ausencia de la voluntad por faltar alguno de sus elementos. En cuanto al caso de exclusión de la acción, el sujeto obra como un mero instrumento de otro, por lo que el acto más que involuntario sería antivoluntario. Tenemos entonces que estos supuestos no son punibles por encontrarse ausente la voluntad o el hecho no configurar acción. Considero que no se trata de conductas permitidas, sino que quien las realiza no está en condiciones de saber si el acto es permitido o prohibido (ausencia de voluntad), o lo sabe pero nada puede hacer (falta la acción). Ahora, es conveniente recordar el análisis que se realizó en la segunda parte del capítulo anterior y establecer una relación con los supuestos de los inc. 1 y 2 del art. 34 del Código Penal. Conforme a la doctrina civilista, acordarían que en el supuesto de obrar violentado por fuerza física irresistible (inc. 2 del art. 34 del C.Penal), no se configura acción, ni habría autoría y no resultaría de aplicación el art. 907 del

C.Civil <sup>163</sup>. En cuanto al supuesto de no comprender la criminalidad del acto por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, que para la doctrina penal se excluye la imputabilidad, (inc. 1, art. 34 C.Penal) desde la óptica civil y según lo expuesto en la parte segunda del capítulo segundo, para la mayoría de los autores, se configura la acción, siempre que el acto -aun siendo involuntario- por faltar alguno de los elementos que conforman la voluntad (discernimiento o intención o libertad), refleje la personalidad del agente, en ese caso su conducta configuró una acción y al agente se lo considera autor y sería de aplicación en art. 907 del C.Civil <sup>164</sup>. Mientras que para Orgaz no habría acción porque como ya se expresó: «La acción formalmente ilícita de un sujeto inimputable no es para nuestra ley -ni, en general, para la doctrina clásica- sólo una acción «inculpable», sino, más radicalmente, no es una «acción» en si misma, sino un mero «hecho» equiparable a los de la naturaleza». En relación al supuesto de haber obrado por error o ignorancia de hecho no imputable, que para la doctrina penal se excluye la culpabilidad (inc.1, art. 34 del C.Penal), en lo civil se acuerda también que es una causa de inculpabilidad, se actuó con voluntad, pero viciada y es de aplicación el art. 907 del C. Civil.

---

<sup>163</sup> Recordar que para Ghersi, sí habría autoría (acción) porque entiende a ésta como que el hecho pueda serle atribuido a un sujeto por efecto de una comprobación de tipo fáctica. Recordar también que para Boffi Boggero (y considero que también para Ghersi) el art. 907 del C.Civil, sería de aplicación también en este supuesto, en razón de que se configuró acción (autoría). Asimismo, también recordar que para Orgaz este supuesto de fuerza física irresistible, no es cuando se obra como un mero instrumento de otro, sino por el empleo de la fuerza o violencia física (golpes, encerramiento) y que según el 936, debe ser irresistible para que funcione como eximente de culpabilidad.

<sup>164</sup> Además de la posibilidad de atribuir responsabilidad indirecta, por daños causados por quienes están bajo dependencia de otro (art. 1113 del Código Civil), siempre que se acredite la relación de dependencia

Como primera conclusión y en relación a los supuestos previstos como no punibles en los incs. 1 y 2 del art. 34 del C.Penal, no se trataría de conductas permitidas, en el sentido de que el agente comprenda la permisión, sino que no puede comprenderla porque le falta el discernimiento, o porque cree otra cosa (caso de error), o porque obra por una fuerza irresistible.

En cuanto a las causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad (inc. 3, 4, 5, 6, y 7 del art. 34 del C.Penal), el agente comprende el acto que realiza, por lo que se configura la acción (además puede dejar de realizarlas si así lo desea y tiene posibilidad de control con respecto a sus propios actos) y es autor de los mismos, estas si serían conductas permitidas por el ordenamiento jurídico, el agente realiza un comportamiento que está autorizado y cuyos efectos no lo vuelven antijurídico, o sea el perjuicio que causa no serían daños injustos y como expresa Orgaz no se trata de que una acción u omisión, en sí ilícita, se *convierta* en lícita por virtud de la causa de justificación. No hay conversión alguna a este respecto, y lo exacto es afirmar que los actos lícitos y los ilícitos lo son *desde el comienzo*, sin que los deriven de los otros <sup>165</sup>.

La antijuridicidad es un elemento objetivo, por lo que no puede predicarse que una conducta excluya la antijuridicidad para un ámbito del derecho (en este caso el derecho penal), y esa misma conducta resulte antijurídica en otro (por ejemplo el derecho civil). Si las conductas previstas en los incisos mencionados del art. 34 del Código Penal resultan justificadas, se trata de conductas lícitas y por lo tanto los daños causados mediante ellas no serían antijurídicos, y si la antijuridicidad es un elemento necesario para configurar la responsabilidad por daños, en estos casos como elemento necesario desaparece y por tratarse de conductas permitidas tampoco se imputa responsabilidad al agente que los causó. Una primera apreciación es pensar que cuando opera una

---

<sup>165</sup> Alfredo ORGAZ, *La ilicitud*, ya citada, pág. 48.



causa de justificación habría una permisión fuerte para dañar; que puede formularse con la siguiente proposición normativa: «Los casos previstos en los incisos 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 34 del Código Penal Argentino, no son punibles, por tratarse de conductas que no resultan antijurídicas. Si la antijuridicidad es un elemento para configurar la responsabilidad por daños, conforme lo dispone en art. 1066 del Código Civil <sup>166</sup>, se infiere que en los casos de conductas lícitas en el sistema argentino está permitido dañar en sentido fuerte». Pero si a su vez y así lo invoca la doctrina *ius privatista*, se infiere del art. 19, 1<sup>er</sup>. parágrafo, de la Constitución Nacional <sup>167</sup>, que en ningún caso está permitido dañar, o sea siempre está prohibido dañar, porque se vulnera el *alterum non laedere* y vulnerar este principio configura una conducta ilícita y por ende antijurídica, se trata de una prohibición fuerte de dañar. Si esto es así, o sea el carácter de la norma es: en un caso permitido dañar y en el otro prohibido dañar y el contenido de la conducta a la que debe someterse el agente es: en un caso tiene permitido dañar dadas determinadas con-

---

<sup>166</sup> Art. 1066: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese previsto». Como se advierte se refiere a actos voluntarios, y los casos previstos en los incisos 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 34 del Código Penal, son actos voluntarios y justificados. Vale recordar que el Código Civil prescribe en el art. 907 que: «Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima». Si los casos previstos en los incisos mencionados del art. 34 del C.Penal son actos voluntarios y justificados, no sería de aplicación el art. 907 del C.Civil.

<sup>167</sup> Art. 19: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados....».

diciones, o sea un permiso en sentido fuerte y en el otro una prohibición de no dañar en ninguna situación, o sea una prohibición fuerte; entonces el sistema resulta contradictorio, porque el agente, dada la situación p en la que está permitido causar daños, al mismo tiempo, en esa misma situación tiene prohibido causarlos; o sea, con su conducta o hace lo permitido o se abstiene de lo prohibido. Por un lado su conducta sería lícita y por otro lado, al mismo tiempo ilícita y por ende antijurídica. Si prevalece que los daños deben ser indemnizados en todos los casos, sea que se los causó mediante una conducta lícita o ilícita, la antijuridicidad ya no puede considerarse un elemento necesario, ni suficiente para imputar o atribuir responsabilidad <sup>168</sup>.

Pero puede realizarse otra apreciación y no pensar en una permisión fuerte de dañar, ni en una contradicción en el sistema; sino en una regla general derivada del art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe dañar; con excepciones a la misma, derivadas de todas aquéllas situaciones en que -como en el art. 34 del Código Penal- el sistema elimina la antijuridicidad, permitiendo derivar un permiso para causar daño en situaciones específicamente determinadas. O sea el principio es que toda acción u omisión que causa un daño a otro, en su persona o bienes, es contraria a derecho, esto es ilícita. Por excepción, y atendiendo a circunstancias especiales, la ley «justifica» aquella acción u omisión y la considera, en consecuencia, lícita <sup>169</sup>. De todos modos, si se mantiene la idea que todo daño, aun los permitidos, deben ser indemnizados; lo que se torna vulnerable como elemento necesario de la responsabilidad civil, es la antijuridicidad.

---

<sup>168</sup> Respecto a la norma que puede inferirse del art. 19 de la Constitución Nacional y las maneras de derivar normas implícitas, es motivo de investigación en este mismo Capítulo.

<sup>169</sup> Alfredo ORGAZ, *La ilicitud*, ya citado, pág. 46.

*Operadores deónticos. Interdefinibilidad*

Se advertirá que todas las modalidades posibles de sustantivar las acciones, se han reducido a tres modos: (O) obligatorio, (Ph) prohibido y (P) permitido, llamados operadores deónticos y que nos permiten definir todas las posiciones en que puede encontrarse una conducta: es obligatorio hacer, está prohibido hacer o está permitido hacer. En cuanto a definir los operadores, siguiendo a Kelsen se puede decir que: O: conducta que ejecutada, permite al autor evitar una sanción. Ph: conducta que ejecutada, hace a su autor pasible de ser sancionado. P: conducta que no apareja amenaza de sanción para el autor, tanto si se ejecuta, cuanto si se omite.

Los operadores son interdefinibles entre ellos por las equivalencias, esto significa que tomando cualquiera de ellos, se pueden explicar los restantes, por ej.: Ph (prohibido). Ph- (prohibido omitir, equivale a obligatorio), -Ph (no prohibido, equivale a permitido), -Ph- (no prohibido omitir equivale a permitido omitir).

O (obligatorio). O- (obligatorio omitir, equivale a prohibido), -O (no obligatorio, equivale a permitido), -O- (no obligatorio omitir, equivale a permitido omitir).

P (permitido). -P (no permitido, equivale a prohibido), P- (permitido omitir, equivale a no obligatorio), -P- (no permitido omitir, equivale a obligatorio)

La interdefinibilidad de los operadores deónticos es la siguiente:

Ph = -P = O- (Prohibido dañar = no permitido dañar = obligatorio abstenerse de dañar o obligatorio no dañar)

-Ph = P = -O- (no prohibido dañar = permitido dañar = no obligatorio abstenerse de dañar o no obligatorio no dañar)

-Ph- = P- = -O (no prohibido no dañar = permitido no dañar = no obligatorio dañar)

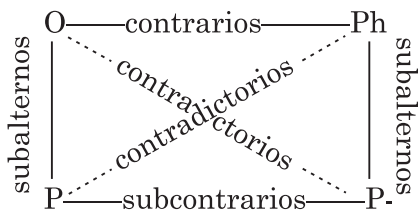
Ph- = -P- = O (Prohibido no dañar = no permitido no dañar = obligatorio dañar)

En no pocas ocasiones se polemiza acerca de si primero está el derecho o el deber, o sea cual es lo primario, para unos lo primario es el derecho o la facultad, para otros el deber o la obligación; por la interdefinibilidad la disputa se torna en una mera disputa emotiva o sentimental. Y tal como lo expresó Kelsen la expresión «tengo un derecho» no significa otra cosa que ver el carácter reflejo (la refracción) de la obligación que otro tiene, frente a mi derecho o facultad; o sea tengo un derecho porque otro tiene una obligación respecto de mi derecho.

### *Reglas de inferencia*

Los operadores son interdefinibles por la tabla de equivalencia, pero otra cosa es establecer las relaciones en que mutuamente se encuentran todos los operadores y que permite formular las inferencias inmediatas, lo que se logra no por la equivalencia sino por la oposición entre ellos. Se recuerda que una inferencia es inmediata cuando un solo enunciado o proposición autoriza a pasar a la conclusión.

### *Cuadro de oposiciones*



Del cuadro de oposiciones se extraen las siguientes leyes:

**1. Ley de contrariedad: Obligatorio y Prohibido son contrarios:** un acto o conducta simultáneamente y en una misma situación, no puede ser al mismo tiempo obligatorio y prohibido, es incoherente; pero no es incoherente que no sea ni prohibida, ni obligatoria. La inferencias que se obtienen son las siguientes: 1) Son contrarias las afirmaciones: 1.1. si una acción es obligatoria, no puede estar prohibida (si es obligatorio no dañar, no puede estar prohibido no dañar (que equivale a obligatorio dañar). 1.2.- si una acción está prohibida, no puede ser obligatoria. 2) Ahora no son contrarias las afirmaciones: 2.1. si una acción no es obligatoria, puede estar prohibida o no prohibida (si no es obligatorio dañar, puede estar prohibido o no prohibido dañar). 2.2.- si una acción no está prohibida, puede ser obligatoria o no obligatoria.

**2. Ley de subcontrariedad: se relaciona con los Permisos.** Una misma conducta simultáneamente y en una misma situación puede estar permitida (i), o bien permitida su omisión (ii), o permitidas ambas cosas (iii). Sin embargo, en un sistema jurídico no pueden faltar los dos permisos al mismo tiempo (iv), porque tal situación resultaría incoherente. Ahora bien, ya se explicó que hay permisos fuertes y débiles. Veamos como funcionan dichos permisos con la ley de subcontrariedad:

a) Si se da (iii), o sea que se tienen ambos permisos (el de hacer o el de omitir), estamos entre las conductas facultativas (comer, bailar, correr); se llaman facultativas porque uno puede hacer o realizar lo que quiera, actuar u omitir. Las conductas facultativas son el resultado de la ausencia de toda norma, no se obliga a comer, ni se lo prohíbe tampoco. Se denominan permisos débiles porque surgen de la ausencia de normas que obliguen o prohíban. Por ej.: si se da el caso de estado de necesidad, la norma sólo justifica el daño causado en estado de necesidad, pero no obliga ni prohíbe causarlo, el agente puede decidir causarlo o no causarlo, o sea tiene ambos permisos: hacer y omitir.

b) Si se da (i), o sea que la conducta esté sólo permitida, pero como resultado de encontrarse obligada, estamos en presencia de un permiso fuerte, porque se deriva de una norma expresa, la norma de obligación. Por ej.: si es obligatorio pagar la renta, por vía de la inferencia de la subalternación, deduzco que tengo permitido hacerlo; pero no existe el permiso de omisión (ii), porque ello resultaría contradictorio con el carácter obligatorio de la conducta.

c) En el mismo sentido, si hay una prohibición (prohibido fumar o prohibido dañar), sólo existe el permiso de abstenerme (ii) y omitir la acción; como derivación del carácter prohibido, por vía de la ley de subalteración. Pero no se tiene también el permiso positivo (i), o sea el de hacer la acción. En este caso estamos asimismo frente a un permiso fuerte, porque resulta de una prohibición expresa. Entonces, si derivamos del sistema que existe una norma que prohíbe dañar, sólo tengo el permiso fuerte de abstenerme de dañar.

d) Lo que nunca puede ocurrir en un sistema jurídico es que exista alguna conducta humana que no sea regulada por ninguno de ambos permisos (iv), porque si ello ocurriera con cualquier acción (por ej.: comer), siempre estaríamos infringiendo el orden jurídico: si se come, se viola la norma según la cual no lo tenemos permitido; si se deja de comer, se viola la norma según la cual no podemos abstenernos de hacerlo. Por ej.: en la acción de dañar sería incoherente que al mismo tiempo no tenga permiso para dañar y tampoco permiso para abstenerme de dañar.

**3. Ley de contradicción N° 1.- Relaciona lo obligatorio con la permisión de omitir.** Una misma conducta simultáneamente y en una misma situación, no puede ser obligatoria y estar permitida su omisión, ni a la inversa, no ser obligatoria y no encontrarse permitida su omisión. Por eso son contradictorias las siguientes afirmaciones: Si tenemos la obligación de no dañar, es contradictorio con nos está permitido dañar. También es contradictorio: No es obligatorio dañar y no tenemos permiso para dañar. Las reglas de inferencia que se extraen son las siguientes: 1) si una acción es obligatoria, no puede estar permitida su omisión (que equi-

vale a no obligatorio); 2) si está permitido omitir una acción, no puede ser obligatoria; 3) si una acción no es obligatoria, tiene que estar permitida su omisión; 4) si no está permitido omitir una acción, tiene que ser obligatoria.

Ahora bien, si me detengo en la primera regla de inferencia puedo realizar el siguiente razonamiento: si es obligatorio no dañar a otro y cada vez que se causa daño se vulnera el *alterum non laedere*, y si este principio de no dañar a otro es el criterio para determinar la antijuridicidad; o sea cada vez que se vulnera el principio la conducta se torna antijurídica; no puede al mismo tiempo y simultáneamente la misma conducta no ser obligatoria (o sea permitida su omisión), a primera vista se presenta una contradicción con los casos de conducta donde está permitido dañar, o sea conductas no obligatorias, de las cuales se pregona que no son antijurídicas y que operan causas de justificación. Con la misma conducta y al mismo tiempo: Dañar, por un lado es antijurídica porque vulnera el *alterum laedere* y a su vez no es antijurídica porque se realizó mediando una causa de justificación, parece que el agente no sabe como actuar. De todos modos, no se trata de un dilema; sino de una contradicción normativa, ya que no se puede hacer algo y no hacerlo al mismo tiempo. Pero tampoco sería una contradicción normativa, porque la ley de contradicción puede establecer: «Si X es obligatorio, entonces no se permite omitir X, salvo casos de excepción como las causas de justificación». Las excepciones confirmarían la regla, o sea que no está permitido dañar. Entonces, puede argumentarse que las causas de justificación y otros casos de conductas que se consideran lícitas y por las cuales se causa daño, son excepciones al principio general de que es obligatorio no causar daño a otro; ahora si son excepciones y consideradas conductas lícitas no habría que indemnizar los daños porque faltaría el elemento de la antijuridicidad, si consideramos a ésta como elemento necesario de la responsabilidad civil. Pero si la tendencia es que todo daño debe ser indemnizado, aun cuando provenga de conductas lícitas, la consecuencia es que la antijuridicidad dejó de ser un elemento necesario para configurar la responsabilidad civil y para

el caso de sostenerlo sólo queda la posibilidad de considerarlo contingente, puede o no estar presente, pero debe quedar claro que ya no hablaríamos de cuatro elementos necesarios (que deben estar presentes en todos los casos) y suficientes, sino de tres, esto es: daño, relación de causalidad y factor de atribución.

**4. Ley de contradicción Nº 2.- Relaciona lo prohibido con lo permitido.** Una misma conducta simultáneamente y en una misma situación, no puede estar prohibida y permitida, ni a la inversa, no puede estar prohibida sin encontrarse permitida, o no permitirse, sin encontrarse prohibida. Por eso son contradictorias las afirmaciones: está prohibido dañar, con está permitido dañar y también: no está prohibido dañar, con no está permitido dañar. Las reglas de inferencia que se extraen son las siguientes: 1) si una acción está prohibida, no puede estar permitida; 2) si una acción está permitida, no puede estar prohibida; 3) si una acción no está prohibida, tiene que estar permitida (constituye el conocido aforismo «todo lo que no está prohibido, está permitido»); 4) si una acción no está permitida, tiene que estar prohibida.

En esta 2da. Ley de contradicción, se advierte con mayor claridad la situación planteada en el punto anterior, o sea una conducta no puede al mismo tiempo y en la misma situación estar prohibida porque vulnera el *alterum laedere* y en consecuencia es antijurídica e ilícita y a su vez estar permitida por ser lícita, o uno o lo otro, salvo -como ya se expresó- que se considere una excepción y si se ordena la indemnización de los daños, la antijuridicidad es un elemento contingente.

**5. Ley de subalternación Nº 1.- Relaciona lo obligatorio con lo permitido.** En este caso la afirmación de la subalternante, impone la afirmación de la subalterna, se infiere la regla: si una acción es obligatoria, entonces está permitida (si es obligatorio no dañar, entonces está permitido no dañar). A su vez la negación de la subalternante, deja no definida la subalterna, se extrae la regla: si una acción no es obligatoria, puede estar permitida o no permitida (si no es obligatorio dañar, puede estar permitido o no permitido da-



ñar). La tercera situación es que la afirmación de la subalternada, deja sin definir la subalternante, de lo que se infiere la regla: si una acción está permitida, puede ser obligatoria o no obligatoria (si está permitido dañar, puede ser obligatorio o no obligatorio dañar). A su vez si una acción no está permitida, es obligatorio omitirla (si no está permitido dañar, es obligatorio abstenerse de dañar).

**6.- Ley de subalternación Nº 2.- Relaciona lo prohibido con lo permitido omitir.** Aquí es la misma estructura que la ley anterior, sólo cambian los operadores (Ph y P-) La reglas que se extraen son las siguientes: 1) si una acción está prohibida, entonces está permitido omitirla (si esta Ph dañar, entonces está P no dañar) 2) si una acción no está prohibida, puede estar (o no) permitida su omisión (si no está Ph dañar, puede estar P o no P abstenerse de dañar) 3) si una acción está permitida su omisión, puede ser prohibida o no prohibida (si está P abstenerse de dañar, puede estar Ph o no Ph dañar) 4.- si una acción no está permitida su omisión, está prohibida su omisión. Se tiene en cuenta que: no está permitida su omisión, son dos negaciones, lo que importa una afirmación. (si no está P abstenerse de dañar, o lo que es lo mismo, si está P dañar, entonces está Ph abstenerse de dañar)

**Conclusiones de este apartado:** En cuanto a los operadores deónticos y su interdefinibilidad. Los operadores O y Ph son interdefinibles, las normas que tienen el carácter de «debe» y las que tienen el carácter de «tiene que no», o sea los mandatos y las prohibiciones, son interdefinibles: lo que debe hacerse es lo que no tiene que dejar de hacer y viceversa, lo que debe dejarse de hacer es lo que tiene que no hacerse. Así tenemos que: a) Decir que debe reparar los daños es idéntico a decir que no puede dejar de repararlos. b) Debe abstenerse de dañar es lo mismo que decir que tiene prohibido causar daño.

En cuanto a los permisos (P), von Wright los clasifica en Fuertes y Débiles siempre que hayan sido sometidos o considerados por la autoridad normativa, es así que un acto está

permitido en sentido fuerte, si no está prohibido, pero ha sido sometido a norma, o sea es un carácter de las normas, en este caso es interdefinible con la prohibición: decir que un acto está permitido por una norma es lo mismo que decir que ese acto no está prohibido, lo que no tiene que dejar de hacerse, es porque está permitido hacer.

Una permisión débil es cuando tengo permitida una acción, por ej.: comer, pero no es una conducta regulada por ninguna norma, deduzco el permiso de la ausencia de una prohibición, también se que tengo permitido no comer, porque observo que no hay normas obligatorias al respecto. La ausencia de normas de deber y de prohibición permite concluir débilmente que estamos frente a una conducta facultativa. Ahora si hay una norma que dice: «Permitido fumar en los pasillos», es un permiso fuerte, porque se considera una excepción a la norma general que dice «Prohibido fumar, salvo autorización expresa», en este caso el permiso es fuerte porque es el carácter de una norma expresa que se dicta para limitar el ámbito de aplicación de una prohibición genérica y establecer ámbitos de permisos para fumar. También los permisos serían fuertes, aun cuando no sean expresas autorizaciones, sino que son resultado de las leyes de subalternación, por ej.: tengo permitido X, porque X es obligatorio, o tengo permitido omitir X porque X está prohibido. Ahora un acto que se considere permitido en sentido débil, no es un carácter de las normas, no son prescripciones o normas, son actos que no fueron considerados por la autoridad normativa y por lo tanto esta permisión no es interdefinible con lo Ph. A su vez Alchourrón y Bulygin, también clasifican a los permisos en fuertes y débiles, pero teniendo en cuenta las consecuencias que pueden inferirse de las normas, así **una permisión fuerte** es cuando se infiere del sistema una norma que permite p en el caso q y una **prohibición fuerte** es cuando se infiere del sistema una norma que prohíbe p en el caso q. Por ej.: si se infiere del sistema que en determinadas situaciones se permite dañar, es una permisión fuerte y si a su vez también se infiere del sistema una norma que dispone que no se permite dañar en ninguna circunstancia, es una prohibición

fuerte. Mientras que un *permiso se considera débil* cuando en el caso, no se encuentra entre las consecuencias del sistema una norma que prohíba p en el caso q. Por ej.: habría una permisión débil para causar daños en una situación específica, cuando no se encuentra una norma y no se infiere de las consecuencias de ella, la prohibición de dañar en esa situación específica.

Tal como se expresó, utilizando el art. 34 del Código Penal y el art. 19, 2º párrafo de la Constitución Nacional, podemos tener permisión fuerte para dañar (art. 34) y prohibición fuerte de dañar (art. 19) y si prevalece que los daños deben ser indemnizados en todos los casos, sea que se los causó mediante una conducta lícita o ilícita, la antijuridicidad ya no puede considerarse un elemento necesario, ni suficiente para imputar o atribuir responsabilidad.

#### *Interdefinibilidad de los operadores por las equivalencias*

Los operadores son interdefinibles entre ellos por las equivalencias, esto significa que tomando cualquiera de ellos, se puede explicar los restantes, por ej.: **Ph (prohibido)**. Ph (prohibido omitir, equivale a obligatorio), -Ph (no prohibido, equivale a permitido), -Ph- (no prohibido omitir equivale a permitido omitir).

**O (obligatorio)**. O- (obligatorio omitir, equivale a prohibido), -O (no obligatorio, equivale a permitido), -O- (no obligatorio omitir, equivale a permitido omitir).

**P (permitido)**. -P (no permitido, equivale a prohibido), P- (permitido omitir, equivale a no obligatorio), -P- (no permitido omitir, equivale a obligatorio)

En cuanto a las reglas de inferencia que se extraen del cuadro de oposiciones, si bien se exponen todas, retengo la ley de contradicción N° 1 y N° 2 de las cuales llego a la conclusión que la *antijuridicidad dejó de ser un elemento necesario para configurar la responsabilidad civil y para el caso de sostenerlo sólo queda la posibilidad de consi-*

***derarlo contingente, puede o no estar presente, pero debe quedar claro que ya no hablaríamos de cuatro elementos necesarios y suficientes, sino de tres, esto es: daño, relación de causalidad y factor de atribución.***

### *2.2.2. Implicación de normas según la postura de von Wright*

Variando totalmente la línea argumental, respecto de los argumentos no lógicos, los argumentos lógicos se encaminan a derivar normas a partir de normas que existen, que fueron promulgadas. O sea hay normas que no fueron promulgadas, pero que están implicadas en las promulgadas.

En este sentido, von Wright se pregunta si ¿hay normas que existen necesariamente si otras determinadas normas de hecho existen? (von Wright, G., 1970, 163). Expresa Ernst que la cuestión de la implicación entre normas es: «Una norma implica otra, cuando no puede existir la primera, sin existir también -necesariamente- la segunda». Y continua: «La norma implicante forma parte del sistema jurídico por haber sido discutida, sancionada y promulgada; la segunda, la norma implícita (en la concepción de von Wright se llama «norma derivada»), no ha sido sancionada, ni promulgada. Sin embargo, siendo una norma necesaria, lógicamente necesaria, integra el sistema jurídico en igualdad de condiciones con las normas implicantes» (Ernst, 1994, 72). Por ej.: el art. 19 de la Constitución Nacional es la norma implicante, lo mismo el art. 1109 del Código Civil; ahora mediante un método lógico corresponde comprobar que normas se encuentran necesariamente implicadas en cada una de ellas y por lo tanto integrando también el sistema jurídico.

El método que desarrolla von Wright para derivar normas es riguroso y consiste en los siguientes pasos<sup>170</sup>: a) dada una norma promulgada, que se denomina norma de base (por

---

<sup>170</sup> Sigo el mecanismo de von Wright, tomando la obra citada de ERNST, pág. 72 y ss., pero trabajando normas que se refieren al tema motivo de análisis.

ejemplo, el art. 19 de la Constitución Nacional), se puede postular a partir de ella una hipótesis que se supone que está implicada en la norma de base. Veamos: Conforme el art. 19 de la C.N., primera parte, que es norma de base <sup>171</sup>, se puede postular como hipótesis, que también es una norma, y que se supone implicada en la norma de base, la siguiente: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros».

b) para saber si esta hipótesis es una norma implicada en la norma de base, el siguiente paso es negar la hipótesis. Su negación sería: «No está permitido someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros».

c) El paso siguiente es verificar la compatibilidad o incompatibilidad de la norma-negación, con la norma de base. Veamos, la norma-negación dice: «No está permitido someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», y la norma de base: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...». Lo que resulta es que la norma-negación y la norma de base son incompatibles; entonces puede admitirse que la hipótesis postulada es una norma que se deriva, que está implicada en la norma de base; o sea la hipótesis: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», es una norma que existe necesariamente, e integra el sistema, porque se implica -o deriva- lógicamente de la norma de base que de hecho existe.

---

<sup>171</sup> La norma de base, en la primera parte, prescribe lo siguiente: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...»

Veamos ahora si se puede implicar -o derivar- alguna norma del art. 1109 del Código Civil. a) dada la norma de base (art. 1109 del Código Civil) <sup>172</sup>, se puede postular como hipótesis que se supone implicada en ella, la siguiente norma: «Está permitido reparar los daños (o perjuicios) que se causen a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia».

b) si negamos la hipótesis, resulta como norma-negación la siguiente: «No está permitido reparar los daños que se causan a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia».

c) se advierte que la norma de base: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...», es incompatible con la norma-negación: «No está permitido reparar los daños que se causan a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia». Por lo tanto, puede admitirse que la hipótesis postulada es una norma que se deriva, que está implicada en la norma de base; o sea la hipótesis: «Está permitido reparar los daños (o perjuicios) que se causen a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia», es una norma que existe necesariamente e integra el sistema, porque se implica -o deriva- lógicamente de la norma de base, que de hecho existe.

Ahora bien, ya se expresó que para von Wright, las normas tienen seis (6) componentes, de los cuales, el carácter, el contenido y la condición de aplicación (caso), conforman el núcleo normativo. Cuando negamos una norma, es importante tener claro que componentes corresponde negar de los tres (3) que integran el núcleo normativo.

Recordemos que el *carácter* se refiere a lo que está Prohibido, Obligatorio o Permitido, el *contenido* alude a qué conducta o acción se encuentra Prohibida, Obligatoria o Permitida, sea en sentido positivo o negativo y la *condición de aplicación* es el caso o supuesto de hecho al que se aplica la norma.

---

<sup>172</sup> Que en la primera parte prescribe: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...»

Cuando se niega una norma, lo que se niega es el carácter y el contenido, pero que por los interdefinibles y cuadro de negaciones, al negar el carácter también se niega el contenido. Pero el caso o supuesto de hecho no se niega, porque si se negara resultaría otro caso, o sea otra norma que se aplicaría a otro caso, por lo que ya no se podría comparar si es incompatible o no con la norma de base.

Veamos: la norma que se postuló como hipótesis y que se supone implicada en el art. 19 de la Constitución Nacional, era: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros». Se trata de un mandato positivo, negar el *carácter* significa negar obligatorio y ello equivale a decir no obligatorio, pero también es compatible con la permisión, por eso se formuló como negación la norma: «No está permitido (o no es obligatorio) someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros». O sea, la negación de un mandato positivo da como resultado un permiso negativo.

El *contenido* son acciones que perjudican, negarlo significa pasar de la acción a la abstención, pero no hace falta porque ya fue negada. En efecto, al negar el carácter se pasó de obligatorio a no obligatorio o no permitido y la otra operación consistió en transformar un mandato positivo (una acción) en un permiso negativo (o sea una abstención).

En cuanto a la *condición de aplicación*, su negación significaría que ya no estaríamos en el mismo caso de aplicación; es así que el caso del art. 19 de la C.N. se aplica a perjuicios causados a terceros, negarlo sería que no se causen a terceros, por lo que se referiría a otro caso de aplicación.

Respecto a la negación de la norma postulada como hipótesis del art. 1109 del Código Civil, que decía: «Está permitido reparar los daños (o perjuicios) que se causen a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia». Se trata de una permisión positiva, negar el *carácter* significa transformar lo permitido en no permitido reparar, que es igual a prohibido

reparar o a obligatorio no reparar. O sea, la negación de un permiso positivo es equivalente a un mandato (obligación) negativo.

En cuanto al *contenido*, se trata de la acción de reparar daños y negarla significa pasar de la acción a la abstención, pero ya se negó el carácter y se transformó un permiso positivo (acción) en un mandato (obligación) negativa (abstención). Lo que no puede negarse es la *condición de aplicación*, no podemos negar que se trate de daños causados a otros por hechos ejecutados con culpa o negligencia, porque nos encontraríamos en otro caso, por ej.: que no se refiera a otros, o no sean ejecutados con culpa o negligencia.

Ahora es posible decir que el primer resultado de la implicación normativa en los artículos trabajados es que: Obligatorio implica Permitido; tal el caso del art. 1109 del Código Civil, que obliga a reparar los daños causados, el debe entraña puede; si debe reparar, se deriva que también puede reparar <sup>173</sup>.

Otra implicación resulta del art. 19 de la Constitución Nacional y es la siguiente: si algo está prohibido implica que es obligatorio omitirlo. Si las acciones privadas de los hombres no ofenden al orden, a la moral pública, ni perjudican a terceros, está prohibido someterlas a la autoridad de los magistrados, lo que implica que es obligatorio omitir someterlas.

De la implicación entre normas se pueden obtener muchas normas derivadas, por ej.: que algo esté permitido no implica que sea obligatorio. Pero en esta oportunidad sólo se mencionan las normas implicadas en el art. 19 de la C.N. y art. 1109 del Código Civil.

---

<sup>173</sup> En sentido estricto sería:

Art. 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio».

Art. 1109 (Norma implícita o implicada o derivada): «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, puede reparar el perjuicio»



Como resultado de este método, se han obtenido las siguientes normas, que si bien no fueron escritas, ni sancionadas, integran el sistema porque se implican o derivan de las normas de base y son: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», que se encuentra implícita y se deriva del art. 19 de la Constitución Nacional, y: «Está permitido reparar los daños (o perjuicios) que se causen a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia», que está implícita y se deriva del art. 1109 del Código Civil. La primera norma mencionada, que se deriva del art. 19 de la Constitución Nacional es importante para el objetivo de este capítulo, ya que «todo aquel que con su acción ocasiona un perjuicio a otro debe ser sometido a la autoridad de los magistrados»; pero por ahora, no se deriva ninguna norma que implique el *alterum non laedere*.

Para finalizar con von Wright, es importante destacar lo que expresa respecto a la *noción de compromiso* del legislador. Este compromiso significa que la autoridad normativa (legislador) reconoce la norma implícita, o sea no puede obviar la implicación lógica entre normas. Expresa: «Si resultara que un legislador *no puede* bajo ninguna circunstancia ordenar, consistentemente con las prescripciones que ya ha dado, que se haga un determinado acto, entonces *ha* permitido, de hecho, su abstención. Si *no puede*, consistentemente prohibir un acto, entonces *no puede* permitir su abstención, *ha* mandado su ejecución»<sup>174</sup>.

Si el legislador sanciona la norma que obliga a reparar los daños causados a otros por hechos ejecutados con culpa o negligencia (art. 1109, Código Civil); está, de hecho, admitiendo que está permitido reparar esos daños. Si obviara esta norma implicada y sancionara la norma-negación: «No está permitido reparar los daños que se causan a otros, por hechos ejecutados con culpa o negligencia», inmediatamente

---

<sup>174</sup> G. VON WRIGHT, ob. cit., pág. 167

transforma el conjunto de normas en incompatible. Lo mismo sucede con el art. 19 de la C.N. Si obviara la norma implicada, esto es: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», y se sancionara la norma-negación: «No está permitido (o no es obligatorio) someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», el conjunto de normas se vuelve incompatible.

El compromiso del legislador es reconocer la existencia de la norma implícita y su interés es tanto en que se hagan efectivos los mandatos, prohibiciones y permisos de las normas que sancionó, como de las que se derivan de ellas. Así expresa von Wright: «Los mandatos, prohibiciones y permisos derivados de un *corpus* de prescripciones son tan «deseados», podríamos decir, por la autoridad de la norma como los mandatos, prohibiciones y permisos originales de este *corpus*. Las normas derivadas *están* necesariamente en el *corpus* con las normas originales. Está allí, aunque no han sido expresamente promulgadas. Su promulgación está oculta en la promulgación de otras prescripciones» (Von Wright, G., 1970, 168).

Por último, esta noción de compromiso no tiene carácter normativo, sino fáctico, por ej.: la norma implícita o que se deriva del art. 19 de la C.N, esto es: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros», no quiere decir que el legislador haya asumido el compromiso de sancionarla, sino significa que habiendo sancionado la norma de base (el art. 19) se admite y reconoce la norma derivada.

### 2.2.3. Implicación de normas según la postura de Alchourrón y Bulygin

En el modelo propuesto por los autores argentinos <sup>175</sup>, las normas derivadas, se obtienen mediante el proceso lógico de deducción, a partir de los enunciados de base del sistema jurídico y aplicando reglas de inferencia.

En primer lugar, considero adecuado, explicar brevemente los pasos y los problemas diferentes que se plantean en la tarea más importante de la ciencia jurídica, que es describir el derecho positivo. Así lo expresan: «Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la *descripción* del derecho positivo y su *presentación* en forma ordenada o «sistemática», mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, etcétera)» (Alchourrón, C. - Bulygin, E., 1987, 113).

El proceso de sistematización de un sistema jurídico, se desarrolla en varios pasos, que para los autores son distintos. En primer lugar, señalan una línea divisoria entre los *problemas lógicos* que corresponden a la compleja actividad de los juristas y que llaman *sistematización* de los enunciados de derecho, y los *problemas empíricos* referentes a la *identificación* previa de tales enunciados. Expresan que problemas diferentes exigen métodos diferentes y su confusión puede originar graves dificultades metodológicas (Alchourrón, C. - Bulygin, E., 1987, 111-112) Siguiendo el pensamiento de los autores, se puede afirmar que la operación que los juristas llaman interpretación consiste, primordialmente, en determinar las consecuencias que se derivan de las normas, o sea no se trata de la mera descripción de las leyes, sino de

---

<sup>175</sup> Carlos ALCHOURRÓN - Eugenio BULYGIN, en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987.

descubrir cuáles son las soluciones que el derecho establece para tales o cuales casos <sup>176</sup>.

Ahora bien, lograr la sistematización de un conjunto de enunciados y derivar las consecuencias normativas es una actividad que requiere, en una primera etapa, contar con ciertos elementos y es la denominada *cuestión empírica*. Así, en primer lugar corresponde elegir la materia que se desea sistematizar <sup>177</sup>; por ejemplo: si se desea trabajar lo relativo a la

---

<sup>176</sup> Considero que resulta oportuno decir algo sobre el caso. En primer lugar el término caso es ambiguo y corresponde distinguir entre *caso genérico* (el previsto en la norma), por ejemplo: asesinato político, reparar daños, acciones privadas de los hombres; a los cuales el legislador les adjudica ciertas propiedades relevantes; del *caso individual* (el que ocurre en un espacio-temporal determinado), el asesinato de Gandhi, los daños causados a Juan, las acciones privadas de Pedro. Los problemas que se presentan en uno y otro son distintos. La ciencia jurídica se ocupa -salvo excepciones- de casos genéricos, donde los problemas son de índole conceptual y lógicos, que permiten detectar si en el sistema hay lagunas normativas, contradicciones o redundancias. En tanto a nivel caso individual los problemas son empíricos y semánticos, se trata de saber si el hecho ocurrido es un caso de aplicación de la norma, o sea aplicar el caso genérico a un caso individual y pueden presentarse problemas como: ignorar ciertos hechos del caso individual (laguna de conocimiento) que suele resolverse mediante o en base a presunciones; o dificultad para decidir si el caso es un supuesto típico del previsto en la norma, a veces por la vaguedad del lenguaje empleado por el legislador (laguna de reconocimiento). Puede también ocurrir que un caso individual se encuentre comprendido en el caso genérico y se lo quiera excluir, o a la inversa: puede estar excluido y se lo quiera comprender; este querer excluirlo o comprenderlo cuando en realidad está comprendido o excluido, son las llamadas lagunas axiológicas, o sea discrepancias entre las propiedades relevantes adjudicadas al caso genérico construido por el legislador y las que el jurista o el juez considera que deberían haberse tenido en cuenta. En general, cuando se piensa en lagunas la referencia es a este tipo de juicios valorativos, que son distintas a las lagunas normativas, que siempre se presentan a nivel de los casos genéricos y son aquellas situaciones en las cuales el legislador no da solución normativa a todos los casos posibles conforme a las propiedades relevantes.

<sup>177</sup> Expresan ALCHOURRÓN y BULYGIN en ob. cit., págs. 114-115: «La extensión de la materia depende del interés del científico y es, por lo tanto, en cierto sentido arbitraria. Un jurista puede querer ocuparse de la reivindicación de las cosas inmuebles contra terceros poseedores, de la responsabilidad extracontractual, de los arrendamientos rurales o del procedimiento le-

reparación de los daños causados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, es de interés determinar el status normativo que el derecho confiere a ciertas conductas, lo que configura el Universo de Acciones (si ciertas conductas son obligatorias, prohibidas o permitidas), en ciertas circunstancias, que configura (estas circunstancias) el Universo del Discurso.

Delimitada la materia, el segundo paso en esta primera etapa, es *identificar los enunciados normativos* que constituirán la base del sistema en la materia elegida (Alchourrón-Bulygin, 1987, 118 y ss.), por ejemplo: identificar a los artículos 1109 del Código Civil y 19 de la Constitución Nacional, como base axiomática. En este caso se han identificado dos enunciados de derecho *válido*, recurriendo a *criterios de identificación* que comprenden dos clases de regla: de admisión y de rechazo. Las primeras estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido; mientras que las segundas establecen cuando un enunciado de derecho válido, deja de serlo (derogación, desuso). Las reglas de admisión señalan las distintas fuentes de producción del derecho. En el caso de los enunciados identificados (artículos 1109, Código Civil y 19, Constitución Nacional) remiten a la legislación como fuente de derecho.

Los enunciados normativos identificados (arts. 1109 y 19) son la formulación de normas, pero no la norma misma. La norma es el enunciado interpretado en función del sentido o el significado de tal formulación (Ernst, 1994, 115). Alchourrón y Bulygin llaman *normas* a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionan casos con soluciones. Toman como ejemplo el siguiente enunciado: «Si el adquirente es de mala fe, entonces está obligado a restituir

---

gislativo. Lo importante es que se trata siempre de un sector de problemas limitado, y aunque todos los problemas jurídicos son estudiados por algún jurista, ningún jurista se consagra a todos los problemas a la vez, sino que se limita a una materia más o menos amplia».

el inmueble al propietario». Este enunciado correlaciona una cierta solución (OR: obligatorio restituir) con un determinado caso (-BFA: falta o ausencia de buena fe en el adquirente) y es, por lo tanto, una norma (Alchourrón-Bulygin, 1987, 37). Si tomamos el enunciado: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio», se correlaciona una solución (OR: obligatorio reparar) con un caso: daño causado a otro por un hecho ejecutado con culpa o negligencia; por lo tanto, este enunciado es una norma.

Alchourrón y Bulygin distinguen entre formulación normativa o enunciado normativo y norma. La formulación normativa o enunciado normativo es el que está redactado y dice, por ej.: «Se prohíbe dañar». Otra formulación normativa distinta de esta es por ej: «Absténgase de dañar». Son dos formulaciones normativas distintas, sin embargo, el significado desde el punto de vista normativo es el mismo, por lo tanto serían dos formulaciones normativas distintas, pero la norma es la misma. También ocurre el fenómeno inverso, o sea hay una sola formulación normativa y diferentes juristas las interpretan de distinto modo, en ese caso habría una sola formulación pero dos o más normas <sup>178</sup>. Al respecto, los juristas llaman «normas» a las palabras o texto y denominan «in-

---

<sup>178</sup> Al respecto, cuando pensamos en la identificación de las normas jurídicas, debemos tener claro que la norma no es el texto, sino el significado que se le adjudica al texto. El legislador emplea palabras para formular normas, el jurista les atribuye significado, de allí que aunque no cambie el texto (formulación normativa) puede cambiar el significado y esto lleva a un cambio del derecho. Podemos tener una norma a la cual se le atribuye un solo significado, pero si esto no es así, generalmente se dice que sobre una misma norma hay dos o más interpretaciones, pero nada impide decir que no son dos o más interpretaciones distintas sobre la misma formulación normativa (el texto), sino dos o más normas distintas, con consecuencias distintas. Por ej.: el jurista A le adjudica un significado B al texto del art. 907 del Código Civil y en base a ese significado realizará sus investigaciones sobre el tema; mientras que es posible que el jurista C le adjudique otro significado, sus investigaciones y conclusiones van a ser distintas a las del jurista A, porque trabajaron con normas distintas, aun cuando la formulación normativa (art. 907) sea una sola.

terpretaciones» a los distintos significados que cada escuela o corriente le asigna, o sea, tampoco confunden las cosas, sino utilizan otra denominación. Entonces se puede decir que Alchourrón y Bulygin por un lado y los juristas por el otro, hablan o se refieren a lo mismo pero con diferentes denominaciones.

Una vez que se identificaron los enunciados de base y se adjudicó significado a las formulaciones normativas (problemas empíricos), ya se cuenta con la base axiomática y comienza la tarea de sistematización, que a su vez consta de dos pasos y que requiere una metodología distinta, porque se trata del manejo lógico del material previamente identificado. El primer paso es saber cuales son las consecuencias normativas de tales enunciados, pero no sólo se obtienen consecuencias de las normas explícitas, sino que también se toman en cuenta las normas derivadas de aquéllas y que se obtienen aplicando reglas de inferencia. La formulación explícita de todas las consecuencias permite descubrir las propiedades formales del sistema (coherencia y completitud) y detectar si hay lagunas normativas y estos ya son problemas lógicos <sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, ob. cit., págs. 117-118. Al respecto, una tarea previa a derivar las consecuencias de los enunciados de base (compuestos por las normas explícitas y las derivadas), se debe determinar el Universo de Casos posibles, según las propiedades relevantes que se adjudiquen a los enunciados de derecho y saber cuáles son las soluciones. De allí la correlación entre caso y solución que permite detectar si todos los casos posibles encuentran una solución (completitud y coherencia), o varias soluciones equivalentes (redundancia), o más de una pero distintas (contradicción), o algún caso no tiene solución (laguna normativa). Cuando se detectan defectos en el sistema, los juristas pueden formular propuestas para su modificación. En este sentido expresan Alchourrón y Bulygin que «... la crítica de los sistemas jurídicos que consiste en señalar sus defectos y en proponer remedios para las fallas, forma parte de la tarea de la ciencia jurídica. Sin embargo esa actividad excede ya el marco de la mera sistematización», pág. 118. Considero que esto es así porque lo científico, como tarea descriptiva, consiste en señalar los defectos; proponer soluciones sería pasar de lo descriptivo a lo prescriptivo. Lo correcto es que el jurista aclare que su propuesta es la que considera más adecuada, pero no sería correcto que presente su propuesta como derivada del sistema.

Desplegadas todas las consecuencias, el segundo paso es proceder a la reformulación del sistema, esto es, sustituir la base originaria -y sobre todo cuando los enunciados de base son elevados- por otra más reducida, pero equivalente <sup>180</sup>.

Pero como de derechos implícitos estamos hablando, corresponde ahora averiguar, según la propuesta de Alchourrón y Bulygin, como a partir de los enunciados explícitos se pueden derivar otros y ambos constituirían la base axiomática. Los autores mencionados llaman «normas derivadas» a las normas obtenidas mediante el proceso lógico de deducción, a partir de los enunciados de base del orden jurídico. Si bien con metodología distinta, estas normas derivadas, serían el equivalente a las normas que von Wright llama implícitas. Alchourrón y Bulygin distinguen entre *normas formuladas* (las que fueron expresamente formuladas por el legislador) y *normas derivadas* (las que son consecuencias lógicas de las formuladas) que se obtienen con ayuda de cualquier regla de inferencia lógica. Sostienen que un sistema normativo se compone por ambos tipos de normas: las formuladas y las no escritas, no promulgadas, pero que se derivan lógicamente de las primeras. La labor de los juristas es, justamente, hacer explícitas las normas derivadas <sup>181</sup>. Con todo este material -que constituye la base axiomática-, se formulan todos los ca-

---

<sup>180</sup> Carlos S. NINO, en *Introducción al análisis del derecho*, ya citado, pág. 317, suministra el siguiente ejemplo: si existen dos normas en el sistema que digan «Los ciudadanos del sexo masculino pueden votar a partir de los 21 años» y «Las mujeres que sean ciudadanas pueden votar a partir de los 21 años»; ambas pueden ser reemplazadas por una única que diga: «Todos los ciudadanos pueden votar a partir de los 21 años». Claro que nunca podría decir: «Todos los habitantes...» porque ello implica un cambio de la base, pues ciudadano y habitante, para el derecho, son diferentes. En general los juristas cuando reducen la base suelen decir que encontraron principios generales.

<sup>181</sup> C. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, ob. cit., pág. 113, expresan: «... parece claro que la descripción del derecho no consiste en la mera transcripción de las leyes y de las otras normas jurídicas, sino que comprende, además, la operación que los juristas denominan vagamente 'interpretación' y que consiste, fundamentalmente, en la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas».



sos posibles, se correlacionan con soluciones y se detecta si el sistema -en lo que hace a la materia elegida- es completo, coherente, redundante, contradictorio, o si hay lagunas normativas.

Trabajemos ahora con dos enunciados de base elegidos, art. 1109 del Código Civil y art. 19 de la Constitución Nacional, la fuente del derecho es legislativa y se trata de dos formulaciones normativas explícitas, a las que luego de adjudicarles significado y que desaparezcan los problemas semánticos -si los hubiera- podemos decir que nos encontramos ante dos normas jurídicas distintas. Por aplicación de reglas de inferencia se pueden extraer normas derivadas.

Veamos. El art. 1109 del Código Civil prescribe: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...».

Las normas derivadas que se pueden extraer según el cuadro de oposición y leyes lógicas ya desarrolladas en este capítulo, son:

N1: «No está prohibido reparar el perjuicio causado a otro por un hecho cometido con culpa o negligencia»

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de contrariedad, según la cual Obligatorio y Prohibido son contrarios: si una acción es obligatoria no puede estar prohibida.

N2: «No está permitido omitir reparar el perjuicio causado a otro por un hecho cometido con culpa o negligencia».

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de contradicción N° 1, según la cual lo obligatorio y la permisión de omitir son contradictorios: si una acción es obligatoria, no puede estar permitida su omisión (que equivale a no obligatorio)

N3: «Está permitido reparar el perjuicio causado a otro por un hecho cometido con culpa o negligencia».

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de subalteración N° 1, según la cual la afirmación de la subalternante, impone la afirmación de la subalterna: si una acción es obligatoria, entonces está permitido que se la realice.

De las tres normas derivadas, considero que la norma N2 es la que interesa para el objetivo de este capítulo, por cuanto no se puede omitir reparar (o sea se deben reparar los daños causados)

Veamos ahora el art. 19 de la Constitución Nacional que prescribe: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...». Esta norma explícita se refiere a acciones privadas Permitidas.

Las normas derivadas que se pueden extraer según el cuadro de oposición y leyes lógicas ya desarrolladas en este capítulo, son:

N1: «Si están permitidas las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, también está permitido no realizarlas».

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de subcontrariedad. En este sentido no es subcontraria la afirmación que «si una acción está permitida, su omisión puede estar permitida o no permitida».

N2: «Si están permitidas las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, no está prohibido realizarlas».

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de contradicción N° 2. En este sentido, si una acción está permitida, no puede estar prohibida y si no está prohibida, tiene que estar permitida.

N3: «Si están permitidas las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, puede ser obligatorio o no obligatorio realizarlas».

La regla de inferencia que permite derivar esta norma es la ley de subalternación N° 1. En el caso se da la situación de afirmar la subalternada: «Si están permitidas las acciones privadas...», que deja sin definir a la subalternante: si

una acción está permitida, puede ser obligatorio o no obligatorio realizarla.

Como se advierte de estas normas derivadas no se infiere ninguna que permita sostener la prohibición de dañar en general, o sea el *alterum non laedere*. Es por ello que si bien el método es seguro, objetivo y no está sujeto a ninguna valoración de tipo subjetiva, parece que -si bien se lo utiliza- no da cuenta de manera suficiente, de los razonamientos a que apelan, jueces y teóricos del derecho, cuando aluden a derechos implícitos; o sea no amplia, enriquece o desarrolla el sistema más allá de lo esperado.

Se podría pensar en otra norma, que mencionan los juristas dogmáticos y que expresaría lo siguiente: «Si están permitidas las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero; están prohibidas las acciones privadas que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a un tercero». Pero esta norma no se deriva aplicando reglas de inferencia, sino aplicando un principio no lógico, esto es el principio «*a contrario sensu*».

Ahora haremos un tercer intento, que consiste en derivar normas implícitas pero variando el método, esto es, si es posible derivar normas implícitas de las explícitas o escritas, a partir de una implicación conceptual.

### *2.3. Implicación de normas según la postura de Carlos Ernst*<sup>182</sup>

Las primeras apreciaciones que realiza el autor son relativas a distintos tipos de conflictos normativos. Así, un tipo

---

<sup>182</sup> Carlos ERNST, *Los derechos implícitos*, Cap. XII y ss. En este apartado sigo al autor mencionado en lo que llama Reconstrucción del concepto de derecho implícito, y que desarrollaré conforme a sus ideas, pero aplicado al tema de análisis en este capítulo.

de conflicto entre normas se da cuando una norma prohíbe algo, mientras que otra lo permite, o sea el mismo contenido normativo está prohibido y a la vez permitido. Esto crea una situación en la cual el destinatario de la norma no puede cumplir al mismo tiempo con los dos caracteres (o mandatos) normativos. Este conflicto se denomina como la noción básica de incompatibilidad, o contradicción o incoherencia normativa, es una situación entre dos normas cuyos contenidos son idénticos pero sus mandatos distintos. Por ej.: son contradictorias las prescripciones: «Prohibido dañar» y «Permitido dañar».

Otro tipo de conflicto, que remite a Alchourrón y Bulygin, es el denominado conflicto de ambivalencia y que se refiere a la distinta actitud del legislador que en un momento promulga una norma y luego la deroga; o sea por un lado promulga y por otro rechaza el mismo contenido normativo.

Considera Ernst que estas situaciones no agotan todas las posibilidades de conflicto, sino que puede darse otra situación de conflicto referida a una misma norma cuando «una norma es afirmada, reconocida como parte del derecho positivo vigente, pero no se procede de igual manera con todas aquellas exigencias normativas que son condición necesaria para su existencia» (Ernst, 1994, 177). Denomina el autor a esta noción, como conflicto de inconsecuencia, «Es un inconsecuente quien hace o afirma algo, sin que al mismo tiempo haga o afirme todo lo que su acción o afirmación presupone. El término inconsecuente designa expresamente a quien, admitiendo aquello que puede ser el antecedente de una relación de implicación, no admite o admite la negación del consecuente» (Ernst, 1994, 178).

El legislador podría ser inconsecuente si no promulga todas las normas que implican a las promulgadas; pero si bien no las promulga asume un compromiso, recordemos la noción de compromiso de von Wright, según la cual una norma implícita es un compromiso del legislador. O sea el legislador si bien no promulga todas las normas que se presuponen o implican en las normas explícitas (las promulgadas) asume el compromiso de reconocerlas y es tarea del jurista exponer y desarrollar el

orden jurídico, y en esa tarea no puede prescindir o desentenderse de considerar implícitas las normas presupuestas en las explícitas. Y es en esto donde los juristas, jueces o abogados son débiles, porque las soluciones que proponen se basan en argumentos que no apelan a un método que justifique tales soluciones. La idea, entonces, es recurrir a un método que permita justificar las normas implícitas presupuestas en las explícitas y es posible que la noción de inconsecuencia permita arribar a encontrar normas implícitas que están implicadas conceptualmente en las explícitas.

Veamos, siguiendo al autor citado, como se procede. En primer lugar, debo retomar nuevamente la noción de condición necesaria y condición suficiente. Recordemos que una condición tiene *carácter necesario* cuando se establece que «sólo si ella se da, entonces se da el antecedente», o sea el consecuente cumple la función de ser condición necesaria del antecedente. Por ej.: Está obligado a la reparación del perjuicio (consecuente) sólo si se ha causado un daño (antecedente). Otro: están exentos de la autoridad de los magistrados (consecuente), sólo si las acciones privadas de los hombres no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (antecedente)

Una condición tiene *carácter suficiente* cuando se establece que «siempre que ella se dé, entonces se dará su consecuente», o sea que aquí es el antecedente en que cumple la función de ser condición suficiente de su consecuente. Por ej.: Siempre que se cause daño (antecedente) habrá obligación de repararlo (consecuente). La causación del daño es condición suficiente para que opere la reparación. Otro: Siempre que las acciones privadas de los hombres no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (antecedente), es condición suficiente para que estén exentas de la autoridad de los magistrados (consecuente).

Los ejemplos propuestos en el párrafo anterior son reglas de implicación, pero dicha implicación es entre supuestos y consecuencias jurídicas de una misma norma, o sea entre el hecho que describe la norma y la solución que propone. Otra cosa es encontrar implicación entre normas, o sea el caso que

una norma sea condición necesaria o suficiente de otra norma. Puede suceder que las normas implicadas hayan sido promulgadas por el legislador, cuando no es así entonces es tarea del operador jurídico encontrar -a través de algún método- la norma implicada -no escrita- en la norma explícita y promulgada. Se trata del «... supuesto en que dos normas se encuentran vinculadas la una a la otra como condición suficiente o necesaria, pero de modo tal que sólo una de ellas forme parte del derecho escrito, promulgado y sancionado, mientras que la otra no y por lo tanto a esta última se la considera tácitamente promulgada y vigente» (Ernst, 1994, 182).

La idea en esta investigación y este capítulo es averiguar si es posible encontrar alguna norma no escrita, pero que se vincule como condición necesaria o suficiente a normas escritas y promulgadas; concretamente si del art. 1109 del Código Civil y del art. 19 de la Constitución Nacional se puede derivar normas no escritas pero implicadas en los mismos. En los apartados anteriores se desarrollaron dos maneras, aplicando dos métodos distintos, de implicación de normas; pero considero que no se obtuvo el resultado esperado, es por ello que ahora el intento es aplicar otro método, esto es la implicación conceptual y la noción de inconsecuencia, y averiguar si mediante su desarrollo la norma que «prohíbe dañar a otro», se encuentra vinculada, sea como condición necesaria o suficiente, en las normas escritas de los arts. 1109 y 19 del Código Civil y Constitución Nacional, respectivamente.

A esta nueva manera o método de obtener normas implícitas, Ernst lo denomina «implicación conceptual» y la define como: «...en la norma antecedente de la implicación se encuentra presupuesto algún concepto jurídico de los que crea o elabora la ciencia jurídica, y ello, aun cuando la norma misma no lo mencione explícitamente» (Ernst, 1994, 184); o sea son las definiciones o los conceptos jurídicos que elabora la ciencia jurídica dogmática los que sirven de nexo entre la norma explícita y la implicada.

Siguiendo el razonamiento del autor mentado, pero utilizando los arts. 1109 del Código Civil y art. 19 de la Constitución Nacional, los pasos son los siguientes:

1) En primer lugar tenemos una norma explícita (N) que dispone:

N: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio...» (art. 1109, Código Civil)

o N: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...» (art. 19, Constitución Nacional).

En segundo lugar, tenemos una norma implícita (N1) que se pretende implicada por aquélla y que dispone:

N1: Obligatorio no dañar (en el caso del art. 1109, Código Civil)

o N1: Obligatorio que las acciones privadas no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (en el caso del art. 19, Constitución Nacional)

Se advierte que ambas normas N1 se refieren a lo mismo, esto es: no dañar a otro.

Estas normas N1, llamadas implícitas o secundarias en la terminología de Kelsen, se derivan de N (norma explícita) con la ayuda de algún concepto jurídico básico, en este caso, con los conceptos de acto antijurídico, deber jurídico y daño.

2) La regla de implicación entre normas funciona de la siguiente manera:

2a) N1 (obligatorio no dañar) es una condición *necesaria* de N (el que dañare a otro está obligado a la reparación del perjuicio, o las acciones privadas que perjudiquen a terceros están sometidas a la autoridad de los magistrados). O sea no puede darse N sin N1.

2b) N (el que dañare a otro está obligado a la reparación del perjuicio, o las acciones privadas que perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados) es condición *suficiente* de N1 (obligatorio no dañar) porque observando N se implica N1.

3) N es la norma explícita del sistema y es utilizada como norma antecedente de la implicación, por lo que N1 será su

consecuente. El antecedente (N) es la condición suficiente de N1. O sea: basta conocer N para saber que debe existir N1. A su vez, el consecuente (N1) es condición necesaria de N, de manera que sólo si ella se dá, entonces se da el antecedente; o lo que es igual, quienes no admitan N1 estarían obligados a negar la norma básica N. Lo que se intenta aquí es justificar la norma implícita (N1), o sea se está en el marco del llamado contexto de justificación.

4) Si sólo admitiéramos N pero no N1, se obraría de manera inconsecuente, porque se negaría la condición necesaria de N, (que es N1), o no se consideraría a N como la condición suficiente de N1. Ahora la pregunta es que mecanismo utilizamos para descubrir a N1 (obligatorio no dañar) o sea la norma implícita en N. Aquí ya se está en otro contexto, el llamado contexto de descubrimiento y es en este marco donde aparecen los conceptos jurídicos.

Veamos: ¿Qué es la antijuridicidad? La idea más simple es que antijurídica es toda conducta opuesta a lo prescripto por el orden jurídico y sancionada por el sistema. Si afinamos más el concepto, antijurídica es la «... conducta de aquél contra quien se dirige la sanción establecida, como consecuencia, en una norma jurídica...» (Nino, 1988, 177; citado por Ernst, 1994, 186), o «...el hecho p será delito si -y sólo si- implica una sanción...» (Vernengo, 1976, 195; citado por Ernst, 1994, 186). Tenemos entonces que si el art. 1109 del Código Civil dispone que todo aquel que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio, la conducta debida es no causar daño <sup>183</sup>. Ocasionar un daño configura una conducta antijurídica, ya que contra aquel que dañe a otro se dirige una sanción, la de reparar los daños y la obligación o el de-

---

<sup>183</sup> Por definición el concepto de «deber jurídico» es «... conducta debida es la opuesta a la antijurídica...» (NINO, 1988, 192; citado por ERNST, 1994, 186) o «... que un sujeto está jurídicamente obligado a cumplir una conducta p si, y sólo si, se halla expuesto a sufrir una sanción en caso de no cumplirla...» (GUIBOURG, 1987, 84; citado por ERNST, 1994, 186).



ber jurídico es la conducta debida, o sea la obligación de no dañar y esta obligación es la norma implícita N1.

Si ahora analizamos el art. 19 de la Constitución Nacional que dispone: «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...»; la conducta antijurídica sería que las acciones privadas ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen a terceros, ya que si eso sucede dicha conducta estaría sometida a la autoridad de los magistrados <sup>184</sup> y la obligación, el deber jurídico o la conducta debida es no realizar acciones privadas que ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen a terceros. Y nuevamente esta obligación es no dañar o no perjudicar a otro, o sea la norma implícita N1. La norma (art. 19 C.N.) pareciera establecer que es obligatorio (carácter), que los jueces se abstengan de juzgar las acciones de los hombres (contenido), en el caso que las acciones privadas no ofendan, ni perjudiquen (caso o condición de aplicación). Así las

---

<sup>184</sup> La norma (art. 19 de la Constitución Nacional) no establece una sanción. Las normas constitucionales están formuladas a la manera de principios. Expresa Alexy, que «Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas». También dice que: «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos de diversos grados...». «En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno... pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente». «Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla». Robert ALEXY, *Doxa 5*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, España, 1988, págs. 139-151.

cosas, tendríamos otra conducta antijurídica y sería que los jueces violen su deber y juzguen las acciones privadas de las personas. Ahora, aplicando el principio «a contrario», resulta que los jueces tienen permitido juzgar en casos de acciones que si ofenden al orden y la moral pública o perjudiquen a terceros. De lo cual surge que ofender el orden y la moral pública o perjudicar a un tercero son acciones ilícitas y el deber jurídico es el de abstenerse de ellas.

También el concepto de daño está presente en la norma (N) explícita de los arts. 1109 y 19 del Código Civil y Constitución Nacional, respectivamente. Entendiendo como daño, en sentido amplio a «Una invasión en la esfera jurídica de otra persona», o en sentido más específico como «El menoscabo de valores económicos o patrimoniales en ciertas condiciones (daño material, art. 1068, Código Civil) o la lesión de bienes extrapatrimoniales (daño moral, art. 1078, Código Civil)»<sup>185</sup>.

Concretamente el art. 1109 del Código Civil dispone ejecutar un hecho que ocasione daño a otro y el art. 19 de la Constitución Nacional se refiere a perjudicar a terceros. La norma implícita N1 (obligatorio no dañar) se descubrió con la ayuda de los conceptos jurídicos de antijuridicidad, deber jurídico y daño. Conceptos estos que no están contenidos en la norma N (la explícita, arts. 1109 y 19, Código Civil y Constitución Nacional, respectivamente), por lo que no existe entre N y N1 una relación de implicación deductiva, ya que los conceptos jurídicos no están contenidos en la norma N como términos lógicos, ni tampoco como términos no lógicos. De lo que se trata es de demostrar que si admitimos la norma N (arts. 1109 y 19, Código Civil y Constitución Nacional, respectivamente) y además si admitimos que dichas normas presuponen algún concepto jurídico (en este caso el de antijuridicidad, deber jurídico y daño) sería una inconsecuencia desentenderse de esa presuposición (de los conceptos) y

---

<sup>185</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, págs. 14-15.

no admitir el consecuente N1 (obligatorio no dañar). O sea, la noción que aparece es la de inconsecuencia y la base del razonamiento es una norma explícita del sistema jurídico en conjunción con algún concepto jurídico dogmático.

Si este razonamiento funciona, considero que se arriba a una conclusión importante, porque ahora además de invocar el *alterum non laedere* (no dañar a otro, considerado un principio general) tenemos la norma implícita que consagra la obligación de no dañar, y que forma parte del derecho vigente. Si bien del razonamiento «a contrario» del art. 19 de la Constitución Nacional, resulta que los jueces tienen permitido juzgar los casos de acciones que ofenden el orden y la moral pública o perjudiquen a terceros, es posible y aceptable este razonamiento, además se obtiene una consecuencia deseada: que las acciones que causen daño están sujetas a la autoridad de los magistrados y esta consecuencia permite sostener el principio general de no dañar; pero lo que quiero expresar ahora es que es una manera de razonar, pero no hay nada implícito en ello. Quiero destacar la norma (obligatorio no dañar, o prohibido dañar), que con ayuda de conceptos jurídicos se ha derivado, y para derivar dicha norma, no es necesario apelar a una interpretación *a contrario sensu* del art. 19 de la Constitución Nacional (si bien, reitero, nada impide este razonamiento) ni recurrir al art. 1109 de manera general, sino que metodológicamente y con la ayuda de algunos conceptos jurídicos la norma «obligatorio no dañar» está implicada en los mencionados artículos, y de los dos artículos prefiero el 19 de la Constitución Nacional, porque el art. 1109 limita a los daños causados con culpa o negligencia. Por último la norma obligatorio no dañar, ya no sería un principio general, ni un principio moral que está fuera del sistema, sino una norma, implicada en el mismo.

Antes de referirme al pensamiento de la dogmática, considero oportuno realizar una breve argumentación a favor de los derechos conceptualmente implícitos. Es así que se pueden establecer diferencias entre esta manera de obtener normas implícitas, frente a los argumentos no ló-

gicos desarrollados anteriormente. En estos últimos, como el teleológico, valorativo moral o el derecho no enumerado, en la base del razonamiento hay un juicio moral, o un juicio de valor sobre el derecho; que realiza el intérprete y eso lleva a derivar una norma y a la modificación del sistema que se produce con la nueva norma, y todo ello dependerá de una valoración subjetiva. Mientras que los derechos conceptualmente implícitos «no intentan mostrar una situación de injusticia; no tienen un trasfondo axiológico, ni valorativo. Además, la norma implícita que se añade al sistema jurídico no es extraña al mismo: es la que se derivaría lógicamente del uso de un concepto que el legislador omitió, pero que se halla inequívocamente presupuesto en la formulación de la norma explícita: exactamente en la forma en que está presupuesta la idea de antijuridicidad, aunque ésta no se mencione, frente al caso de la norma «el que haga X será castigado» (Ernst, 1994, 207-208).

La ventaja de las normas derivadas por implicación conceptual es que no dependen de juicios axiológicos o valorativos, que pueden variar según el intérprete. Si bien se podría objetar que dependen de conceptos jurídicos, que también son elaborados por los juristas. Se puede contestar la objeción asumiendo la postura que si bien es cierto que derivar normas implícitas a partir de las explícitas y con la ayuda de algún concepto jurídico, depende de este último; también es cierto que -al menos con los conceptos más desarrollados- los mismos gozan de prestigio y son usados por la comunidad jurídica; se afirman de tal manera que no se duda en usar conceptos como «delito», «antijuridicidad», «deber jurídico», «daño». Su utilización ya no depende de un criterio valorativo del intérprete, la ciencia jurídica dogmática los elabora, los mejora, los desarrolla, se convierten en conceptos que forman parte de un lenguaje técnico; y no sólo los jueces, juristas y abogados los usan, sino que también los presupone el legislador cuando crea normas jurídicas. Es por ello que agregar

una norma al sistema para resolver una falla en la que incurrió el legislador -por ej.: agregar la norma que «prohíbe dañar»- con la ayuda de un concepto jurídico, es salvar una inconsecuencia; la norma que se agrega no es extraña al sistema. Si bien el legislador no la sancionó, la tuvo en cuenta, porque tuvo en mente un concepto jurídico determinado, de lo contrario hubiese sido inconsecuente. Pero también corresponde admitir que frente al área clara de uso de conceptos jurídicos sólidos, opera un área dudosa, una zona de penumbra de conceptos vagos o aun polémicos en la teoría jurídica. En estos casos la implicación no puede tener lugar, al menos si lo que se quiere es derivar una norma con la ayuda de algún concepto jurídico. Parece poco serio usar un concepto polémico o que no goza de solidez en la teoría jurídica. Por lo tanto la implicación conceptual sólo operaría en el área o núcleo claro, o no discutido de conceptos jurídicos.

También para que opere la implicación conceptual y obtener la norma que en esta oportunidad interesa, esto es: «prohibido dañar» u «obligatorio no dañar», la relevancia no es un criterio valorativo incluido por el intérprete -lo que llevaría a un desacuerdo valorativo entre el criterio de relevancia del legislador y lo que considera el intérprete-, porque las normas derivadas conceptualmente de esta manera carecen de utilidad, ya que dependerían del criterio particular de cada jurista; sino que la relevancia es obtenida del mismo ordenamiento jurídico, del concepto jurídico sólido que está presupuesto en el ordenamiento.

Asimismo, también hay diferencia entre una norma conceptualmente derivada y una interpretación. En esta última, siempre es posible debatir entre la interpretación del jurista A y la interpretación del jurista B. Mientras que no hay dos o más posibilidades de normas implícitas; expresa Ernst: «Determinado que X es la condición necesaria de una norma vigente, eso permite enunciar como norma implícita la que requiere X... si se niega X, el sistema jurí-

dico deviene inmediatamente incoherente o inconsecuente...» (Ernst, 1994, 237) <sup>186</sup>.

También puede objetarse que obtener normas conceptualmente implícitas, se asemeja al argumento teleológico, en el cual se determinaba cual era el fin perseguido por la norma y a partir de ello se derivaban otras normas. Pero es posible establecer alguna diferencia entre identificar un fin y presuponer algún concepto jurídico; en este sentido «... el derecho conceptualmente implícito constituye una exigencia a favor de la racionalidad; la apelación al propósito de una norma es una exigencia moral de justicia» (Ernst, 1994, 245).

En cuanto a la otra manera de obtener normas implícitas, esto es, a partir de argumentos lógicos; en primer lugar cabe señalar que una de las diferencias entre ambos métodos es que las normas implícitas derivadas mediante implicación lógica, «son normas de carácter necesario, mientras que las conceptualmente implícitas no lo son, por depender de conceptos jurídicos presupuestos» (Ernst, 1994, 194). Expresa Ernst que no hay incompatibilidad en admitir ambos tipos de implicación, por lo que ambos métodos no son excluyentes, sino concurrentes. Considero que es adecuado y es lo que normalmente hacen los juristas, o sea obtener normas implí-

---

<sup>186</sup> Carlos ERNST, ob. cit., en pág. 238 establece las diferencias entre interpretar e implicar, expresa al respecto: «... cuando hablamos de un problema de «interpretación» de la ley, estamos discutiendo sobre el significado de los términos de la ley, mientras que cuando hablamos del derecho implícito nos planteamos el problema de lo que este significado implica, que es en realidad un asunto diferente, posterior y complementario. Diferente, porque el problema de interpretar una norma supone determinar el sentido de sus términos, en cambio inferir una norma implícita quiere decir identificar que exigencias normativas se hallan contenidas en aquél sentido o significado; posterior, porque el derecho implícito es una operación intelectual que requiere una materia prima: normas de sentido indubitable; las normas cuyo sentido interpretativo es aún discutido no sirven de base para implicar; complementario, porque mediante la interpretación hacemos cierto el contenido de un sistema jurídico, en cambio mediante la implicación de normas lo ampliamos, lo desarrollamos».

citas, sea por implicación lógica, sea por implicación conceptual. Pensar que ambos métodos son excluyentes y abogar sólo por la implicación de carácter lógico reduce la verdadera tarea de los juristas en la descripción del derecho, es desconocer la dimensión con que operan los conceptos jurídicos. En suma aceptar ambas maneras de obtener normas, es permitir un desarrollo y un despliegue del sistema que no sólo se limita a derivar normas de carácter necesario. En este sentido, también se pronuncia Aarnio cuando expresa: «Una teoría dogmática jurídica es un conjunto de conceptos y enunciados utilizados para sistematizar las normas jurídicas»<sup>187</sup>, o «... podemos decir que la formulación del sistema presupone un cierto tipo de esquema conceptual. El esquema está basado en la forma como el material jurídico en cuestión es sistematizado» (Aarnio, A., 1991, 198), o «...la «descripción» de las normas que regulan el problema en cuestión depende del conjunto de conceptos que es utilizado en la sistematización de las normas... Obtenemos exactamente la imagen del ordenamiento jurídico válido que permite nuestro conjunto de conceptos» (Aarnio, A., 1991, 205).

### *¿Modifican el sistema las normas implícitas?*

Bien es sabido que una importante postura en la ciencia, sostiene que la función de la misma es de carácter cognoscitivo-descriptivo. Que debe limitarse a detectar las fallas del sistema, en este caso el jurídico: lagunas, redundancias y contradicciones, y que cualquier propuesta para solucionar dichas fallas importa pasar al campo prescriptivo y en este caso se pierde la neutralidad en la ciencia. Asimismo, cualquier propuesta de solución, lleva a una modificación del sistema.

---

<sup>187</sup> Aulis AARNIO, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, versión castellana: Ernesto Garzón Valdés, revisión de la versión castellana: Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, pág. 190.

La pregunta es si las normas lógicamente implícitas y las conceptualmente implícitas; llevan también a una modificación del sistema y si, a su vez, se pone en duda el carácter descriptivo de la ciencia jurídica. Indudablemente que agregar normas al sistema, sean lógicas o conceptualmente implícitas, aun cuando las primeras tengan carácter necesario, es una manera de modificarlo, en el sentido que se lo amplía y desarrolla.

En cuanto a la función descriptiva, obtener normas implícitas lógicamente necesarias, parece mantenerse en el campo descriptivo. Pero obtener normas conceptualmente implícitas -como la norma que «prohíbe dañar- apelando a un concepto jurídico, se torna dudoso si se describe o si se prescribe. De todos modos, este método, goza de mayor objetividad que el de los argumentos no lógicos, que si está teñido de mayor subjetividad por parte del intérprete.

Por último, en cuanto a los resultados, las normas que se obtienen aplicando reglas lógicas, parecen ser normas obvias o insuficientes; por cierto sin desconocer la valiosa utilidad que en la discusión del tema han aportado los lógicos, como von Wright, Alchourrón y Bulygin. Las que se obtienen mediante argumentos no lógicos, dependen -en gran medida- del punto de vista del intérprete, pero tampoco se puede desconocer lo que aportaron quienes, como Fuller, pensaron en la noción de derecho implícito, en que el derecho no es sólo un producto del legislador. Mientras que las normas que se obtienen con la ayuda de conceptos jurídicos, si éstos se encuentran suficientemente consolidados en la ciencia jurídica, su uso ofrece seguridad y evita la valoración por parte del intérprete, ya que «No se trata de construir cualquier concepto jurídico y usarlo para criticar y reformar las normas positivas» «... la ciencia jurídica en su historial de miles de años, ha acuñado un sistema conceptual fruto de constantes reflexiones y de prolongados debates, en los que cada época aporta su contribución» (Ernst, 1994, 262-263); el legislador los presupone y el intérprete los usa y esto brinda un margen de mayor objetividad. Los conceptos se encuentran fuera del intérprete, simplemente los toma y no cabe duda que el siste-



ma se despliega, desarrolla y aporta soluciones, pero esa expansión no es extraña y desde afuera del sistema, sino que el mismo sistema la posibilita por las normas de base.. Además en el umbral de la investigación se deponen o dejan de lado los juicios de valor.

***Conclusiones de esta Primera Parte:*** En primer lugar vale recordar que la norma implícita, la que se deriva de la explícita, es derecho vigente igual que ésta.

Al iniciar este Capítulo formulé algunas preguntas que luego del desarrollo de la Primera Parte, es de esperar que ya se puedan responder.

Respecto al uso de argumentos no lógicos para derivar normas implícitas y concretamente la norma que «prohíbe dañar a otro», se expresó en las *Apreciaciones* formuladas al finalizar los mismos; las razones por las cuales algunos de dichos argumentos no resultan adecuados y otros -como el interpretativo y el fin teleológico objetivo- pueden funcionar pero, o no hay nada implícito en ello -razonamiento a contrario- o hay que incluir un juicio de valor -teleológico-.

Respecto a los argumentos lógicos, del método de von Wright para implicar normas, retengo la norma implicada en el art. 19 de la Constitución Nacional, que expresa: «Es obligatorio someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros». También, conforme al método de Alchourrón y Bulygin, rescato la norma derivada del art. 1109 del Código Civil que expresa: «No está permitido omitir reparar el perjuicio causado a otro por un hecho cometido con culpa o negligencia». Ambas normas implícitas ayudan para argumentar y reforzar la idea de someter a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública, o que perjudiquen a terceros y que no está permitido omitir reparar el perjuicio causado a otro. Pero toda investigación está guiada por un propósito, en este caso, no se descarta derivar la norma que prohíbe

dañar a otro, a partir de un razonamiento a contrario, o de incluir un juicio de valor apelando al argumento teleológico objetivo; pero la pretensión fue más amplia, esto es, trabajar distintos métodos para derivar normas implícitas y tomar la decisión de cual de esos métodos resulta más adecuado, más objetivo y salvar la postura -por la cual me inclino- de la neutralidad en la ciencia; para afirmar que la norma que prohíbe dañar a otro se encuentra implícita en el derecho argentino. No se trata de una norma de derecho explícito prescripta por un acto lingüístico del legislador, tampoco se trata de un principio moral que está fuera del sistema. Se trata de una norma que se deriva de las normas promulgadas, con la ayuda de algunos conceptos jurídicos sólidos y que forma parte del derecho vigente tanto como las explícitas. Para la derivación de la misma se intentó no apelar a juicios de valor, de no razonar a contrario y de considerar insuficientes los argumentos lógicos. Recurrir a la implicación conceptual me permitió obtener el resultado esperado.

En definitiva, puede sostenerse que del art. 1109 del Código Civil y del art. 19 de la Constitución Nacional puede derivarse una norma -que se encuentra implícita en dichos artículos- y cuya formulación es la siguiente: «No se debe dañar a otro», esta norma forma parte del derecho vigente. Así el *naemen laedere* y el *alterum non laedere* pueden considerarse un principio general del derecho argentino y la obligación de no dañar a otro una verdadera norma jurídica.

## Segunda Parte

### La antijuridicidad y el *alterum non laedere* en el pensamiento de la dogmática *ius privatista*

Se tratarán por separado dichas cuestiones.

#### 1. La antijuridicidad

En este apartado la idea es expresar el pensamiento de algunos juristas dogmáticos ius privatistas, en cuanto a si consideran a la antijuridicidad un elemento necesario o sólo contingente de la responsabilidad civil. Aclaro que sólo consulté autores de la doctrina nacional porque uno de los objetivos de esta investigación es muy puntual, esto es: si es posible derivar una norma implícita en el sistema argentino y cuál sería el criterio para medir la antijuridicidad, si bien respecto de esto último es interesante la opinión de juristas extranjeros, citados por la doctrina nacional.

Comienzo por un prestigioso jurista. *Mosset Iturraspe*<sup>188</sup> expresa que: «La acción será antijurídica, creemos, cuando infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, cuando viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses: El juzgador tendrá en cuenta, en consecuencia, a más de los dictados de la ley, los del orden público y las buenas costumbres». En la nota expresa que no existe un derecho a dañar, por lo tanto todo daño, como menoscabo de un bien ajeno y lesión a un interés, es injusto. La excepción -se refiere a la antijuridicidad- está dada por las causas de justificación. Asimismo, señala el autor que el principio: no hay responsabilidad sin una acción antijurídica, reconoce algunas excepciones. Supuestos en los cuales no obstante ajustarse a derecho el comportamiento u obrar humano, queda su autor obligado a indemnizar el daño causado (Mosset Iturraspe, 2004, 90). Cuando se refiere a las notas características que en materia de responsabilidad civil, ha tenido la reforma al Código Civil por la ley 17.711, señala entre ellas que: «Se aceptan causas de justificación que, provenientes del Derecho Penal, tienen la virtualidad de borrar la antijuridicidad: estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etcétera» (Mosset Iturraspe, 2004, 41). También expresa que «Se predica con firmeza la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos» (Mosset Iturraspe, 2004, 42).

---

<sup>188</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ya citado, pág. 75.

En otra obra y en relación a las especies de antijuridicidad, el autor toma partido por la antijuridicidad objetiva: «... el juicio de aprobación o de desaprobación y la consiguiente condena a reparar, atiende exclusivamente al acto o hecho y, en particular a su resultado, el daño causado. La antijuridicidad no mira al agente sino a la víctima; de ahí que haya daño injusto aun cuando medie involuntariedad en el obrar o bien falte la culpabilidad... Empero...la plenitud de la regla *alterum non laedere* no impide que haya actos dañosos que se encuentran justificados por el Derecho, de suerte que su autor no contrae ninguna responsabilidad al realizarlos. Actúan las «causas de justificación», resolviendo el conflicto entre el interés lesionado y el derecho ejercitado, entre el daño que una persona sufre y el beneficio que otra, la causante, logra con su obrar»<sup>189</sup>.

En el pensamiento del autor, la antijuridicidad configura un elemento de la responsabilidad civil, pero si bien no lo expresa, no parece ser un elemento necesario, en el sentido que debe estar presente en todos los casos donde opera la obligación de indemnizar. Llego a esta conclusión por las siguientes razones: a) afirma que se predica la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos (o sea sin antijuridicidad), b) admite excepción al *alterum non laedere*, o sea causas de justificación, que borran la antijuridicidad y vuelven lícitos los actos, en los cuales no cabe la indemnización; pero en algunos casos, como la causa de justificación por estado de necesidad concluye que: «Nos queda pendiente lo relativo al daño causado, al derecho que, más allá de la licitud del actuar, le asiste a la víctima. Si el perjuicio se causa a un tercero en beneficio de otra persona, o bien en beneficio de la comunidad, es razonable y justo que el beneficiario o el Estado respondan ante el tercero perjudicado. La licitud no obsta al resarcimiento, que el juez determinará en atención a las circunstancias del caso, muy especiales, claro está» (Mosset Iturraspe, 1992, 81).

---

<sup>189</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE (director), Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (coordinadora), *Responsabilidad civil*, ya citado, Cap. III, pág. 62.

A su turno, *Alberto Bueres*<sup>190</sup> expresa que: «... la antijuridicidad como concepto inicial supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema, y hasta las reglas del orden natural. Mas, 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 trasgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)». Admite que hay responsabilidad por actos lícitos y que en las tendencias actuales el daño es el *quid* en la responsabilidad civil, sin preocuparse demasiado por la ilicitud o la licitud de la conducta (Bueres, 1991, 162) y que a veces hay resarcimiento sin *antijuridicidad*, de donde ésta (la antijuridicidad) está signada siempre por la *juridicidad* del daño, aunque dicha *juridicidad* es autónoma (Bueres, 1991, 168). Asimismo, cuando se refiere a la correlación entre conducta ilícita y daño injusto, expresa que la misma es parcial, ya que hay daños injustos que se resarcen sin que medie un comportamiento antijurídico. Este mismo pensamiento es sostenido por Bueres en un trabajo posterior<sup>191</sup>.

Por su parte sostiene *Agoglia*<sup>192</sup> que: «... la relevancia del principio *pro damnato* en la denominada responsabilidad por daños ha puesto en crisis la idea de la antijuridicidad como elemento ontológico del acto ilícito».

---

<sup>190</sup> Alberto J. BUERES, «El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta», en *Derecho de daños*, Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, Cap. VII, pág. 141.

<sup>191</sup> Alberto J. BUERES, «La antijuridicidad», en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, director: Carlos Gustavo Vallespinos, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 30 y ss.

<sup>192</sup> María M. AGOGLIA, «¿Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil?», en *Derecho privado*, libro homenaje a Alberto Bueres, dirección: Oscar J. Ameal, coordinación: Dora M. Gesualdi, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 1023.

Me interesa destacar el siguiente pensamiento de la autora sobre la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil: «... pensamos que, de los arts. 1109, 1067, 1074, 1113, 907, párr. 2º, 2618, 1117, 1197, 1198, entre otros del C.Civil, se desprende que la antijuridicidad es un presupuesto constitutivo de la responsabilidad civil, en su aspecto material y objetivo. Sin defecto de ello, existen daños injustos *per se*, como los derivados de algunos actos lícitos, que deben ser reparados porque el ordenamiento así lo establece. Esta excepción no invalida la regla general por la cual no es lícito dañar, con cita de Mosset Iturraspe. En puridad, la responsabilidad por actos lícitos dañosos es la «excepción de la excepción», en la medida en que, pese a la causa de justificación -ejercicio de un derecho-, procede la condena a indemnizar. Y con cita de Bueres «la antijuridicidad no es un presupuesto inexorable (o necesario) de la reparación, pero si lo es en el acto ilícito» (Agoglia, 2001, 1032).

No hay duda que el Código Civil alude expresamente al acto ilícito (arts. 1066 y 1067), que un obrar contrario a derecho es antijurídico. En general, los autores consultados, sostienen a la antijuridicidad como un elemento para configurar la responsabilidad civil. Si bien Bueres no la considera presupuesto necesario a los fines de reparar, pero sí para configurar el acto ilícito. Ahora si la reparación puede operar también en conductas lícitas, nada obsta sostener que la antijuridicidad si bien configura el acto ilícito, también se reparan daños causados sin mediar ilicitud en el acto, por lo que hay excepciones y si las hay, entonces la antijuridicidad ya no es un elemento necesario (o sea siempre y en todos los casos) que junto a los otros (daño, factor de atribución y nexo causal) concurre en la reparación del daño.

Pero hay una cuestión que plantea Agoglia (Agoglia, M, 2001, 1035-1037) y que merece reflexión y es la siguiente: se pregunta si la antijuridicidad está ausente en los casos de responsabilidad objetiva, en los supuestos de conductas lícitas propias del desarrollo industrial y tecnológico, potencialmente dañosas, que, aunque permitidas e incluso autorizadas, generan el deber de responder por ocasionar daños «estadísticamente inevitables». Cita a López Olaciregui, cuyo pensamien-

to fue expuesto en el Capítulo Primero de esta investigación, que propone construir la teoría del responder no como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños. Expresa (Agoglia) que las actividades calificadas como lícitas, al momento en que tal actividad cause un menoscabo en bienes ajenos, afectando los intereses de otro, devendrá antijurídica, por espejar una contrariedad con el ordenamiento jurídico (*alterum non laedere*). Continúa señalando que una conducta que es inicialmente lícita, no es que se transforme en antijurídica; sino que la antijuridicidad reside en aquella conducta causativa, *per se*, de un daño injusto. Considera que las conductas lícitas, por ej.: trotar, no devengan en ilícitas por el hecho de atropellar a un tercero y causarle daño; lo antijurídico es haber atropellado al tercero y causarle daño, o sea se ha transgredido el principio de no dañar y finaliza «la conducta dañosa es antijurídica, en tanto concurre un desvalor de la acción como causal y un desvalor del resultado, por generar un daño injusto. Desde luego, la antijuridicidad se diluye cuando el autor dañoso actúa dentro del ámbito de las causales de justificación, no configurándose la responsabilidad civil por ausencia de uno de sus elementos ontológicos».

No cabe duda que para la autora la antijuridicidad es un elemento necesario para configurar la responsabilidad civil. En cuanto a las conductas lícitas de cuyo accionar se generan daños, considera que la conducta sigue siendo lícita, y lo antijurídico es haber causado el daño porque vulnera el *alterum non laedere*. Pone el ejemplo de trotar, que es un accionar lícito, pero quien atropelladamente trotando tropieza con otro transeúnte y lo lesiona, el acto será calificado de ilícito <sup>193</sup>. En este pensamiento considero que hay que distin-

---

<sup>193</sup> La antijuridicidad se predica de la conducta, no del daño. Si la conducta es lícita, no es antijurídica. La autora considera que deviene en antijurídica porque esa conducta lícita, al causar un daño injusto contraría el ordenamiento jurídico, el *alterum non laedere*. Y creo que aquí radica el punto conflictivo, esto es: la conducta lícita, pero al generar daño es al mismo tiempo antijurídica porque vulneró el *alterum non laedere*. Esto tiene que ver con el

guir dos cosas: por un lado conductas lícitas y por otro si realizando esas conductas en forma negligente se ocasionan daños, indudablemente que toda conducta por más lícita que sea, si se la practica con imprudencia o negligencia y deviene dañosa, el acto es calificado como ilícito. Pero hay otra cuestión que merece una reflexión y es la siguiente: hay acciones lícitas, permitidas y aun sin actuar con imprudencia o negligencia, que al realizarlas se causa daño; los casos más típicos son la actuación lícita del Estado, pero que en la realización de la conducta se generan daños a terceros. También puede mencionarse el estado de necesidad, donde opera una causa de justificación. En estos casos -que estaría ausente la antijuridicidad- la doctrina brega por considerar que los daños deben ser indemnizados invocando un factor objetivo de atribución. Al faltar la antijuridicidad se señala que son excepciones, lo que es aceptable; pero la cuestión pasa por lo siguiente: si la antijuridicidad es un elemento «necesario» para configurar responsabilidad civil, debe estar presente en todos los casos, no puede faltar nunca, otra cosa es considerarlo un presupuesto «contingente», o sea en la mayoría de los casos está presente y en otros no y a pesar de ello, lo mismo opera la reparación.

Ahora bien, hay otra cuestión que puede perturbar. Me refiero al criterio para determinar cuando una conducta es antijurídica. Tal como lo vienen sosteniendo los autores mencionados en este apartado y lo que oportunamente desarrollé en capítulos anteriores, la vara para medir la antijuridicidad es el *alterum non laedere*, y si se acepta que la obligación de no dañar se deriva conceptualmente de normas explícitas del sistema; entonces cada vez que se viola esa norma y se causa

---

criterio para medir la antijuridicidad; porque si cada vez que se causa daño la conducta es antijurídica por contrariar el *alterum non laedere* y ese es el criterio, no tiene mucho sentido pensar en conductas lícitas que generan daños y que -como excepción- deben ser reparados; ya que siempre el causar daño es antijurídico. Lo contradictorio es pensar en conductas lícitas y que a la vez -por causar daño- son antijurídicas por vulneran el *alterum non laedere*.



daño estamos en presencia de una conducta antijurídica y es aquí donde advierto una contradicción. Esto es: si una conducta es permitida (lícita) pero causa daño (o sea se violó la obligación de no dañar) se torna de inmediato en prohibida, y al mismo tiempo no se puede hacer lo permitido y omitir lo prohibido. La salida a esto podría ser el siguiente razonamiento: como la antijuridicidad se predica de la conducta y no del daño, las conductas lícitas no son antijurídicas, pero si generan daños, hay un desvalor en el resultado de tales conductas que no tiene por qué soportarlo la víctima y de allí que en razón de atender al daño injustamente sufrido, opera la reparación. De todos modos, sigo pensando en la contradicción mencionada: si cada vez que se causa daño, se vulnera la obligación de no dañar, al dañar se está realizando lo prohibido y es bastante contradictorio que lo prohibido haya tenido origen en lo permitido (conducta lícita). Ahora bien, hay daños, que aun vulnerando la obligación de no dañar, deben ser soportados, porque operan causas de justificación, tales como: ejercicio regular de un derecho, cumplimiento de un deber legal o legítima defensa. Pero en otros casos, como el actuar lícito del Estado y estado de necesidad, me parece que la contradicción está presente: por un lado al agente se le permite dañar, pero al mismo tiempo se le ordena reparar dichos daños. Entonces -aquí el dilema- o hay obligación de reparar (fundada en un factor de atribución objetivo) sin antijuridicidad; o bien el sólo hecho de vulnerar el *alterum non laedere*, la conducta es antijurídica desde el inicio y en este caso si puede sostenerse que la antijuridicidad es un presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

Planteadas así las cosas, corresponde decir que: sostengo que la obligación de no dañar a otro es una norma que se implica de las normas explícitas y por lo tanto forma parte del sistema jurídico argentino. En cuanto a si la antijuridicidad se configura cada vez que se vulnera dicha norma, la respuesta depende de la postura de cada jurista, y se debe tomar partido por uno u otro de los cuernos del dilema: a) o siempre y en todos los casos hay antijuridicidad, aun en la conductas lícitas porque se vulneró la norma que prohíbe dañar; b) o

hay casos donde la antijuridicidad cede frente a una conducta lícita y lo mismo se reparan los daños, como excepción (podría llamarse el dilema de la antijuridicidad). El punto en conflicto son las conductas justificadas que generan daños y que parece justo y razonable que se indemnicen; el problema no es con las injustificadas, así lo expresa Agoglia: «En materia de responsabilidad civil, la antijuridicidad se extrovierte cuando una conducta transgrede el *'alterum non laedere'* en forma injustificada» (Agoglia, 2001, 1039).

Y siguiendo con autores dogmáticos, *Ossola*<sup>194</sup> toma partido por la antijuridicidad en sentido material y con cita de Pizarro señala: «La antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres. La conducta materialmente antijurídica es tal, por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el sistema normativo». Se insinúa en este párrafo, como Pizarro está pensando y sugiriendo normas derivadas por implicación.

Expresa Ossola que la causación de un daño, tornará antijurídico al acto, salvo que medie una causa de justificación y que dos son los fundamentos que avalan esta doctrina: la violación del principio de no dañar a otro (el *alterum non laedere* de los romanos) y la concepción del daño injusto (Ossola, 1997, 75-76). Continúa señalando y con cita de Vázquez Ferreira, que la trasgresión del principio de no dañar, conllevaría necesariamente a la violación del ordenamiento jurídico... en materia de responsabilidad por daños, la

---

<sup>194</sup> Federico A. OSSOLA, «La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?», en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, director: Carlos Gustavo Vallespinos, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 57 y ss.

antijuridicidad se manifiesta en la violación del «*alterum non laedere*», principio que es común a cualquier órbita del derecho de daños (Ossola, 1997, 76). En cuanto a la existencia de daños injustamente sufridos, a partir de la comisión de un acto lícito, el autor entiende que si el acto es lícito no será, en consecuencia antijurídico, ya que la antijuridicidad se predica del acto y no del daño. Considera que el hecho de sufrir un daño, no torna en antijurídico el acto, sino que (el daño) será presupuesto indispensable de la obligación de reparar. Entiende, «como regla no hay responsabilidad civil por la comisión de actos lícitos. Pero esa regla, aplicada sin más, puede dar lugar a situaciones de verdadera injusticia, ya que se suelen dar casos en los cuales la equidad impone el resarcimiento de los daños causados, sin apartarnos, por supuesto, del principio general. Es por ello que, aunque excepcionales, son muchas las situaciones en las que procede la reparación por estos actos lícitos dañosos, y es el mismo ordenamiento jurídico el que, en muchos casos, prescribe la posibilidad de causar daños a través de actos lícitos, a la vez que impone a su agente la reparación» (Ossola, 1987, 90).

También *Orgaz*<sup>195</sup> señala que: «La responsabilidad por los daños que es sólo una consecuencia eventual del acto ilícito, como se dice luego, puede resultar también de un acto lícito (pone como ejemplo la búsqueda de tesoro en predio ajeno, garantizando la indemnización de todo daño al propietario). En suma, hay ilicitud sin daño como hay daño reparable sin ilicitud».

Antes de proseguir con el pensamiento de los autores, arriesgo algunas conclusiones y a fuer de ser reiterativa: 1) En la primera parte de este capítulo se logró obtener una norma implícita que prohíbe causar daño a otro. 2) Si la violación de esa norma (o sea realizar la conducta prohibida) convierte al acto en antijurídico y ese es el criterio para medir la

---

<sup>195</sup> Alfredo ORGAZ, *La ilicitud (extracontractual)*, ya citado, págs. 21-22, nota 8.

antijuridicidad, tenemos que cada vez que se causa daño, la conducta o el acto causativo del mismo es antijurídico. Por lo que la antijuridicidad es un elemento necesario de la responsabilidad civil. 3) Hay casos en los cuales la ley permite realizar determinados actos (conductas lícitas) y aun cuando generen daños, no operaría la indemnización por faltar la antijuridicidad. Lo que quiero dejar planteado es que al mismo tiempo se realiza la conducta permitida por una norma y se vulnera una prohibición establecida en otra norma. Y ya sabemos que al mismo tiempo no se puede cumplir con una norma y violar otra. O el sistema resulta contradictorio, o se admiten excepciones a la obligación de no causar daño a otro. 4) Si se admiten excepciones, en el sentido de que hay supuestos en los cuales se causan daños y no se violaría la obligación de no dañar; entonces esos daños no se reparan. 5) Pero si se admite que esos daños -que no vulneran la norma que establece la obligación de no dañar a otro- por razones de equidad, corresponde sean reparados, entonces, como dice Orgaz, hay daño reparable sin ilicitud o sin antijuridicidad. En este caso ya no puede sostenerse que la antijuridicidad sea un elemento necesario de la responsabilidad civil. 6) También se puede superar la contradicción entre dos normas, tomando partido por una de ellas. En los tiempos actuales, en la dicotomía víctima-victimario, la mirada se posa en la víctima. Si tenemos en la estructura normativa un antecedente que es una conducta objetivamente idónea y que unida a una causalidad adecuada, causa daño a otro; el consecuente es que dichos daños deben ser reparados. La respuesta a la pregunta ¿por qué es responsable el victimario? o ¿por qué normativamente se le imputa que debe hacerse cargo de la conducta que generó daño?, es no sólo por la vigencia de la norma que prohíbe dañar a otro, sino también por una obligación de garantía que consiste en asegurarle a la víctima que los daños sufridos le serán reparados. Entonces, si la elección pasa por preferir a la norma que prohíbe no dañar a otro, vulnerada dicha norma, el consecuente es indemnizar los daños, sea que provengan de conductas ilícitas (antijurídicas) o -como pregonan los autores- en ciertos casos de conducta

lícitas. Si esto es así, resulta dudoso sostener a la antijuridicidad como elemento necesario de la responsabilidad civil.

Un autor de la dogmática cuyo pensamiento resulta agudo y profundo es *Calvo Costa*. En las Conclusiones generales de su obra señala que <sup>196</sup>: «... la antijuridicidad se configura ante la violación del *alterum non laedere* -que impide y condena toda conducta contraria al valor que protege: no dañar, sin que exista causa de justificación alguna. De negarse ello, se corre el riesgo de que adquiera relevancia la regla que determina que «es lícito dañar a no ser que una norma prohíba expresamente ese daño». O sea que se configura la ilicitud por haberse vulnerado el valor protegido: no dañar; más allá que luego el daño no se repare por operar una causa de justificación o como expresa el autor: «... la ilicitud de un acto involuntario puede existir al margen de que no medie obligación de resarcir el perjuicio y de que el sujeto que lo ha realizado no sea punible a tenor de las normas del Código Civil». Resulta categórico cuando señala: «Si bien la regla general es que el daño injusto proviene de una conducta ilícita, existen supuestos de injusticia en el daño aun cuando el mismo se derive de un accionar lícito del agente. Sin embargo, aun cuando la conducta previa sea lícita, en cuanto deviene dañosa se torna antijurídica, al violar el principio general del *alterum non laedere*» (Calvo Costa, 2005, 492). También: «En el derecho de daños actual, el contenido de la antijuridicidad reside principalmente en el desvalor del resultado, relegando el desvalor de la acción a un plano secundario» y «En el daño ocasionado mediando una conducta ilícita, el desvalor será tanto del resultado (lesión de intereses ajenos) como de la acción (conducta antijurídica). En cambio, ante el nocimiento ocasionado por un actuar lícito, es el desvalor del resultado únicamente el que configura la injusticia del daño; la

---

<sup>196</sup> Carlos A. CALVO COSTA, *Daño resarcible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pág. 489 y ss. Conclusiones generales.

antijuridicidad no se encuentra en la acción que provoca el daño, sino en el resultado dañoso violatorio del *alterum non laedere*» (Calvo Costa, 2005, 492).

De estos párrafos se obtienen conclusiones interesantes, tales como: 1) La antijuridicidad se configura cada vez que se vulnera el *alterum non laedere*. 2) La antijuridicidad se predica tanto del desvalor de la acción en las conductas ilícitas, como del desvalor del resultado en las conductas lícitas. O sea, en el pensamiento del autor, para sostener a la antijuridicidad en todos los casos, apela no sólo al desvalor de la acción, sino también al desvalor del resultado; de lo contrario las conductas lícitas no serían antijurídicas. Es indudablemente un punto de vista distinto, que además de considerar a la antijuridicidad como una contradicción con el *alterum non laedere*, al igual que otros autores cuyo pensamiento ya se expresó, para sostenerla en las conductas lícitas recurre al desvalor del resultado, que es el daño; porque si solo se detuviera en el desvalor de la acción, las conductas lícitas no serían antijurídicas. Calvo Costa separa la antijuridicidad de la obligación de resarcir, ya que si bien toda conducta que vulnera el *alterum non laedere* es antijurídica, esto no significa que siempre los daños deben ser indemnizados, ya que hay daños que son justificados. Sostiene que cuando opera una causa de justificación adquiere relevancia la no antijuridicidad, es así que expresa: «No puede negarse la existencia de la antijuridicidad: si bien ha perdido relevancia como elemento de la responsabilidad civil cediendo el protagonismo al daño, continua subsistiendo, cumpliendo dos roles: un rol positivo, al provocar que el ordenamiento jurídico repudie al acto dañoso injustificado; y un rol negativo: obligando al resarcimiento del daño ante la ausencia de causas de justificación (aquí adquiere relevancia la no antijuridicidad)» (Calvo Costa, 2005, 493).

El autor señala por qué considera relevante mantener a la antijuridicidad en la órbita de la responsabilidad civil, cuando expresa: «La antijuridicidad es importante a los fines de la atipicidad del acto ilícito civil, puesto que la misma -a través del *contra ius*- establece una barrera que impide que la

lesión a cualquier interés se torne resarcible; por el contrario, sólo aquellos intereses dignos de protección jurídica podrán obtener resarcimiento. De negarse el requisito de la antijuridicidad en su faz positiva (que se repudie al acto dañoso injustificado) no resultará claro cuáles serán los intereses lesionados dignos de tutela, puesto que basando sólo la ilicitud en la ausencia de causas de justificación se correrá el riesgo que el causante del daño pueda verse obligado a reparar las consecuencias dañosas provocadas sin saber si la víctima poseía un interés legítimo» (Calvo Costa, 2005, 493). Entonces para el autor, la ilicitud (o antijuridicidad) no es sólo ausencia de causas de justificación, sino que la misma cumple la función de determinar que intereses son dignos de protección jurídica y por lo tanto resarcibles.

Es terminante Calvo Costa cuando, con cita de De Angel Yägues, sostiene: «... la antijuridicidad en el Derecho de daños actual estará configurada por la violación del *alterum non laedere*, que resultará ser el núcleo del sistema, sin que exista causa de justificación alguna para ello» (Calvo Costa, 2005, 164-165), y citando a López Cabana y Bueres señala que: «... hoy ya casi nadie discute, que la obligación de reparación del daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como de los actos lícitos» y «... el acto dañoso es antijurídico más allá de que la actividad previa en la cual se origine el evento dañoso sea lícita» (Calvo Costa, 2005, 164).

Así las cosas, puede sostenerse a la antijuridicidad como elemento necesario de la responsabilidad civil de la siguiente manera: «Cada vez que se vulnera la norma que prohíbe dañar a otro, estamos en presencia de una conducta -con la cual se produjo el daño- que es antijurídica, salvo que opere una causa de justificación, en cuyo caso el daño debe ser soportado por la víctima. Si es así: que toda conducta que genera daños, es antijurídica por ir en contra del *alterum non laedere*, entonces no podemos hablar de conductas permitidas o lícitas, ya que desde el momento que atentan contra la prohibición de dañar son no permitidas o prohibidas. Lo único que hay son causas que justifican el daño». Lo que no me queda claro es por qué Calvo Costa se refiere a la no antijuridicidad cuando existen

causas de justificación que obstan a la obligación de reparar el menoscabo ocasionado. La razón puede ser que la doctrina en general considera que en los casos de causas de justificación, no es que borra la ilicitud de la conducta, o que de ilícitas pasan a ser lícitas, sino que desde el inicio son conductas lícitas o permitidas. La única manera de explicar esto y para no caer en una contradicción, en el sentido de que es antijurídico vulnerar la obligación de no dañar, pero al mismo tiempo es lícita dicha vulneración porque está justificada, es entender que las conductas que generan daños pero los mismos están justificados, son excepciones a la antijuridicidad.

Y qué decir de las conductas lícitas que generan daños, sin que operen causas de justificación? Como ya lo adelanté en el párrafo anterior, si el criterio y contenido de la antijuridicidad es que cada vez que se causa daño la conducta que lo genera es antijurídica por violar la norma que establece la prohibición de dañar; entonces causar daños es siempre una conducta prohibida y pensar que hay conductas permitidas pero que si generan daños son al mismo tiempo prohibidas y antijurídicas, es una contradicción, o lo que llame en algún momento «el dilema de la antijuridicidad». Al mismo tiempo, la misma conducta no puede ser permitida y prohibida. Salvo que se razone pensando que una cosa es la conducta permitida y otra distinta es la consecuencia dañosa que ésta si sería antijurídica; pero es forzado pensar así, porque estamos hablando de conductas y según lo sostiene la doctrina, la antijuridicidad se predica de la conducta y no del daño -que puede ser injustificado o justificado-. Volveré sobre esto en las conclusiones de este apartado.

En una obra relativamente reciente, *Trigo Represas y López Mesa*<sup>197</sup> se inclinan por mantener a la antijuridicidad como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. Realizan un señero análisis de la antijuridicidad civil y penal, subjetiva

---

<sup>197</sup> Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, La Ley, 2005, t. I, págs. 809-830.



y objetiva, y cuando se refieren al Código Civil Argentino consideran que: «... la infracción de un deber jurídico no sólo existe en aquellos supuestos considerados en el art. 1066 del Código Civil, sino también siempre que se ejecute un hecho que por culpa o negligencia de su autor ocasione un daño a otro; en cuyo caso la obligación de reparar emergente «es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil» (art. 1109 C.C.). En todos estos casos de infracción culposa, el deber jurídico preexistente violado podría sintetizarse en la compendiosa fórmula acuñada por Ulpiano: «no dañar a los demás» (*alterum non laedere*); o sea, un deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no provoque perjuicios a los otros individuos, sea en su persona o en los bienes y cosas de su pertenencia» (Trigo Represas-López Mesa, 2005, 819, con cita de abundante doctrina extranjera). Advierto en este párrafo una vinculación entre el *alterum non laedere* y las conductas culposas. En esta investigación se trata de no asociar la norma que impone el deber de no dañar con ningún elemento subjetivo, ya que se puede infringir dicha norma sin culpa alguna y operando factores objetivos de atribución, como la garantía, la equidad o el ejercicio abusivo de un derecho.

Resulta de suma utilidad la reseña que realizan los autores sobre la antijuridicidad en el derecho actual, señalando las dos posturas imperantes. Una que menoscaba en algunos casos a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, y la otra que la sostiene. Con cita de abundante doctrina extranjera señalan que algunas de las razones para suprimirla son: a) la existencia de tipos de conductas permitidas y fomentadas por el ordenamiento jurídico y que desarrolladas sin haber transgredido ningún deber específico, originan responsabilidad civil (ej.: causación de daños originados por el desarrollo de actividades dañosas en potencia, son daños estadísticamente inevitables: explotación de industrias de sustancias químicas inflamables, de energía nuclear, de gas, eléctricas, de transporte, etc.), b) la existencia de la denominada responsabilidad civil objetiva, en la cual falta la culpa y hay resistencia a considerar como

ilícitos a los hechos dañosos con ausencia de culpa por parte del dañador, c) la inexistencia de un deber que tuviese por contenido el *alterun non laedere* en razón de que un deber de esta naturaleza ni estaría previsto por el ordenamiento jurídico, ni podría estarlo, porque paralizaría la marcha de la vida económica y social correspondiente a una economía de mercado, con la prohibición de toda actividad que pudiera causar daño a otro.

Por otro lado, se refieren a la postura que siguen considerando a la antijuridicidad un elemento de la responsabilidad resarcitoria -por la cual se inclinan- y citan a Códigos modernos, de países con importante economía de mercado, que mantienen normas que aluden a la antijuridicidad o ilicitud; tales como el BGB alemán, Código suizo, italiano, portugués y holandés.

Zavala de González expresa que: «La antijuridicidad radica en la *contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral*. Es un *juicio objetivo de desaprobación sobre ese hecho* al cual se califica entonces como ilícito»<sup>198</sup>. Señala también que de lo dispuesto en el art. 19 de la Const. Nacional y en el art. 1109 y otras normas del Código Civil, se infiere que *está vedado dañar a otro sin causa de justificación* y se afirma la existencia de un deber genérico de no dañar en el proyecto de Código Civil de 1993, cuando establece: «*La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código*».

La autora fija su posición respecto a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad, en este sentido expresa: «*La antijuridicidad no es un presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual y únicamente aplicable al obrar humano dañoso*» (Zavala de González, 1999, 317). Considera que hay numerosos supues-

---

<sup>198</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. 4 Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, ya citado, pág. 313.

tos de responsabilidad que no exigen la individualización de una acción del hombre y por lo tanto, es innecesario formular un juicio de licitud o de ilicitud; como los casos en que el daño deriva del riesgo o vicio de cosas, sin conexión causal con una conducta humana concreta, o supuestos donde se responde a pesar de que la conducta dañosa es lícita por concurrir una causa de justificación. Su postura es: «Resulta congruente y lógico aceptar, en cambio, que *hay daños injustos sin antijuridicidad en su producción. Esta...postura es más adecuada y realista, pues exige encontrar las verdaderas razones -si las hay- por las cuales es justo reparar un resultado lesivo, a pesar de que haya sido justo inferirlo*» (Zavala de González, 1999, 318) y comparte con López Olacirreguí que la teoría de la responsabilidad «no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso». Continúa afirmando su postura al señalar que: «En el Derecho de daños se registra un cambio axiológico, pues el presupuesto de la responsabilidad se centra en la injusticia del daño, con abstracción de la injusticia de su origen; o sea, con prescindencia de la antijuridicidad o no del hecho lesivo»... «hay daños justificados en su producción, pero no es justo dejarlos sin reparación» (Zavala de González, 1999, 318-319) y concluye: «... no es que el daño injusto confiera antijuridicidad al acto, sino que aquel puede ser injusto a pesar de la licitud de este (Zavala de González, 1999, 320, nota 13). Comparte con Bueres la idea de que en el acto ilícito la injusticia de la conducta (antijuridicidad) se transmite al daño y que en el acto lícito, junto *al principal y prioritario desvalor de resultado*, concurre un *desvalor de acción*... se nos ocurre que el contenido de la antijuridicidad involucra un *desvalor de resultado* (principal) y un *desvalor de acción* (secundario).

Asimismo, reitera su postura al expresar que: «... el requisito de la antijuridicidad no es constante, sino que funciona sólo en algunos supuestos de responsabilidad» (Zavala de González, 1999, 77). Señala los casos donde operan factores subjetivos de atribución y responsabilidad por daños involuntarios que lesionan ilícitamente a otro, donde puede ser equitativo que el agente indemnice el daño (art. 907, 2º

párrafo, Código Civil). Mientras que no puede hablarse de antijuridicidad en los supuestos de responsabilidad por hechos lícitos y se discute en los supuestos de daños derivados de las cosas.

Continúa expresando la autora que en el Derecho de daños la antijuridicidad es atípica: «... la responsabilidad resarcitoria por daños surge por violar la prohibición genérica de perjudicar injustificadamente a otro (*alterum non laedere*)». «Ello es así a pesar de que el art. 1066 del Cód. Civil requiere una prohibición legal *expresa*. En efecto, esta calidad debe ser entendida en el sentido de patente, clara e inequívoca; el carácter expreso de la prohibición implica que debe ser *indubitable*, aunque no esté consignada en términos sacramentales, ni casuísticamente. Y bien, el art. 1109 del Cód. Civil, en correlación con el art. 19 de la Const. Nacional, consagra genéricamente la ilicitud de los actos que dañan a otros, regla que sólo cede ante una causa de justificación. Por consiguiente, no se requiere la enumeración exhaustiva de las modalidades de los hechos ilícitos». (Zavala de González, 1999, 323).

Ahora bien, la autora considera que la antijuridicidad no es un presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual; ya que hay supuestos (que ya se mencionaron) en los cuales no se formula juicio sobre la licitud o ilicitud del acto, o se trata de conductas lícitas por las cuales se responde; pero por otro lado afirma la consagración genérica de la ilicitud de los actos que dañan a otros, salvo causa de justificación; entonces, cada vez que se daña a otro la conducta es ilícita (o antijurídica) salvo que medie justificación. Si existe una norma que impone la obligación de no dañar (o como dicen los autores, un principio genérico, ya que la antijuridicidad no se circunscribe a la violación de normas, sino que comprende la transgresión a valores y principios jurídicos) y ese es el criterio para medir cuando una conducta es antijurídica, entonces cada vez que se daña a otro, salvo que opere causa de justificación, la conducta es antijurídica. Así también lo recepta el Proyecto de Unificación de 1993 (Comi-

sión designada por la Cámara de Diputados): «Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado» (art. 1066). La antijuridicidad sería entonces un presupuesto de la responsabilidad resarcitoria; pero si la misma se predica sólo de conductas humanas, podría sostenerse -como lo hace Zavala de González- que puede faltar o que no es necesario el juicio sobre si es antijurídico o no los daños que se derivan del riesgo o vicio de cosas. Pero cuando concurren causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, si se sostiene que hay supuestos de conductas lícitas pero lo mismo se responde, le asiste razón a Zavala de González, en el sentido que opera la reparación sin antijuridicidad. Lo que puede resultar difícil de sostener, es que cada vez que se daña a otro siempre y en todos los casos la conducta es antijurídica, o sea como elemento necesario, si se afirma esta tesis, no se explican las conductas lícitas que devienen dañosas y se ordena -a pesar de su licitud- la reparación (caso de estado de necesidad). Volveré sobre esto en las conclusiones de este apartado

*Pizarro y Vallespinos* señalan que: «Una acción es antijurídica (ilícita) cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado»<sup>199</sup> (con citas de autores nacionales). Cuando se refieren a la diferencia entre la antijuridicidad formal y la material, se inclinan por la última, expresando: «La conducta materialmente antijurídica es tal por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el orden normativo -el ámbito de las prohibiciones por implicancia-». «A diferencia de lo que sucede con la *ley penal*, en donde rige el principio *nullum crimen sine lege*, el derecho *civil* no requiere de un catálogo cerrado de prohibiciones tipificadas. Determina un gran principio rector de la materia, *genérico y flexible*, que es aquel que prohíbe causar daños

---

<sup>199</sup> Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*, ya citado, pág. 480.

a otro en su persona o en sus bienes (*alterum non laedere*), e impone la consiguiente responsabilidad cuando esa conducta dañosa se conjuga con los demás presupuestos (factor de atribución y relación causal) (Pizarro-Vallespinos, 1999, 482-483).

En cuanto a la antijuridicidad en la responsabilidad objetiva, los autores se pronuncian por la postura que admite que también puede encontrarse dicho presupuesto, compartiendo lo sostenido por Alterini, Mosset Iturraspe, Zannoni y Bueres. Aducen -entre otras razones- que la actividad riesgosa puede devenir dañosa. Y es entonces donde se opera la transgresión del principio *alterum non laedere*, y la consecuente antijuridicidad. También señalan que la antijuridicidad no es un elemento exclusivo de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, comprende como regla general todos los supuestos de responsabilidad civil, cualquiera sea el factor de atribución aplicable y con la sola excepción de los casos de obligación de resarcir derivada de actos lícitos. (Pizarro-Vallespinos, 1999, 484-484).

De acuerdo a lo expresado, para estos autores, la antijuridicidad opera cuando se vulnera el *alterum non laedere*, cualquiera sea el factor de atribución que se aplique, y configura entonces, un presupuesto necesario de la responsabilidad resarcitoria. Sólo se excluye en el caso de actos lícitos.

Por su parte, *Bustamante Alsina*, cuando se refiere a la antijuridicidad en el acto ilícito, entiende como sinónimos el concepto de antijuridicidad y de ilicitud, si bien a la primera puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato y entiende que el acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio <sup>200</sup>. Considera que hay actos ilícitos propiamente dichos y actos ilícitos potenciales. Los

---

<sup>200</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ya citado, pág. 107.

primeros se configuran porque el hecho en sí mismo es contrario a la ley y causa daño a otro, ya sea porque el agente actúe con culpa, con dolo o ejerciendo antifuncionalmente sus derechos, o porque el uso que de la cosa se hace viola los límites de la normal tolerancia entre vecinos. En cambio hay otros actos en que el daño es el resultado del actuar de una persona dependiente de otra por la que ésta debe garantía, o del empleo de una cosa con riesgo, o de la actuación involuntaria de un sujeto inimputable en las circunstancias fácticas que lo hacen responsable; cualquiera de esos hechos es también ilícito en el sentido de que tales actos constituyen la fuente de la obligación de resarcir el daño. Pero no son actos ilícitos porque violen la ley, sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona. Su ilicitud es potencial (Bustamante Alsina, 1993, 110-111). Citando a López Olaciregui señala que: «No se trataría de una ilicitud en la conducta que precedió al daño, sino en aquella que implica la resistencia a indemnizarlo» (Bustamante Alsina, 1993, 111, nota 102).

Conforme a lo expresado, para Bustamante Alsina, la ilicitud o antijuridicidad es un elemento constante en la responsabilidad civil, ya que puede existir no sólo en los actos ilícitos propiamente dichos, sino también en los actos ilícitos potenciales.

### **Conclusiones de este apartado**

El dilema de la antijuridicidad pasa por el criterio con el cual se decide «cuándo una conducta es antijurídica»: si se considera que toda conducta que genera daño es antijurídica porque vulnera la obligación de no dañar, no tiene mucho sentido hablar de conductas lícitas o permitidas que al generar daños, los mismos deben ser reparados, y no tiene sentido porque es contradictorio que una misma conducta, sea permitida pero al generar daños se convierta en prohibida. Insisto: si cada vez que se causa un daño a otro, se vulnera la obligación de no

dañar y se considera que es antijurídico, la antijuridicidad pasa a ser un elemento necesario, está siempre presente en todos los casos, salvo que operen causas de justificación, en las cuales se trata de conductas permitidas y daños justificados, en estos casos no se habría vulnerado la obligación de no dañar. Pero en las conductas que no operan causas de justificación, es difícil sostener que si bien son lícitas, si generan daños, son al mismo tiempo antijurídicas porque se vulneró el *alterum non laedere*. Es contradictorio afirmar: «Una conducta que es permitida, pero al realizarla -si generó daños injustificados- resulta prohibida por violar la obligación de no dañar».

Tal como se concibe al derecho de daños en la actualidad, donde se apunta a que todo daño injustamente sufrido, más allá de si la conducta era en inicio permitida, debe ser reparado; habrá quienes opten por un cuerno del dilema y sostengan que la antijuridicidad siempre es un elemento necesario, en este caso la hipótesis se puede formular de la siguiente manera: **«Causar daño a otro viola la norma implícita en el derecho argentino que establece la prohibición de dañar, y dichos daños deben ser reparados, salvo que operen causas de justificación y como éstas son conductas permitidas, no se configura la antijuridicidad y los daños son justificados»**. En esta hipótesis la antijuridicidad estaría siempre presente, salvo en las conductas permitidas que devenguen daños justificados, que no se repararían. Y se podría agregar, **«Debe considerarse antijurídica toda conducta que viole la norma implícita que prohíbe dañar»**. Con esto quedarían también comprendidos todos los casos de responsabilidad objetiva, ya que no importaría cual es el factor de atribución, sino sólo la obligación de no dañar.

Para quienes sostienen que la antijuridicidad es un elemento que se diluye, que ya no tiene la importancia que en otros tiempos se le adjudicó, es posible que se decidan por el otro cuerno del dilema, y la hipótesis se puede formular de la siguiente manera: **«Causar daño a otro, viola la norma implícita en el derecho argentino que establece la prohibición de dañar y dichos daños deben ser reparados, aun cuando provengan de conductas lícitas o permiti-**



**das, salvo que operen causas de justificación».** En esta postura, la antijuridicidad será un elemento contingente, estará presente si el acto es ilícito y estará ausente si el acto (o conducta) es lícito (o permitido).

## **2. *El alterum non laedere***

En varias oportunidades *Jorge Mosset Iturraspe* se refiere al *alterum non laedere*. Así, en la obra *Responsabilidad civil*, de la cual es director expresa: «... la vida en sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta dañadora se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El *naeminen laedere*, no dañarás, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo, quien daña a otro le priva de lo que es suyo; le quita algo de lo cual antes se aprovechaba por estar en su persona o en su patrimonio» (Mosset Iturraspe, Jorge, 1992, 21), o «La idea central es que, al menos como regla, todo daño es injusto en cuanto lesiona un interés merecedor de tutela y, a la vez, viola el genérico deber jurídico de no causar daño a otro, *alterum non laedere*. Se está más a la injusticia del sufrirlo que a la injusticia del causarlo» (Mosset Iturraspe, Jorge, 1992, 62). También en varias oportunidades y pasajes en la obra *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, Parte General, alude al *alterum non laedere*, como principio que prohíbe causar daño a otro.

Por su parte, *Bueres*, expresa que: «La prohibición de causar un daño es un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas» (Bueres, 1991, 150). Ya se señaló en el apartado anterior como este autor considera a la antijuridicidad como un obrar violatorio del *alterum non laedere*. También señala: «... se nos ocurre que el art. 1109 consagró una antijuridicidad genérica, amplia. El precepto sienta el principio del *alterum non laedere*, ya que, en rigor, está prohibido dañar a otro, *sin causa de justificación*» (Bueres, 1991, 153) Y comentando doctrina española expresa: «... se

afirmó que el *alterum non laedere* -regla transida de connotaciones morales- es un punto de referencia en la responsabilidad civil. Si negásemos su presencia en el trasfondo del ordenamiento, habríamos de aceptar esta otra regla: *es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una norma prohíbe ese daño en concreto*» (Bueres, 1991, 154). Conviene destacar este párrafo en el cual se advierte como la doctrina trata de situar al *alterum non laedere* como un principio que ilumina la responsabilidad civil y lo ubica como que subyace en el ordenamiento jurídico. La pretensión en esta investigación es ir más allá, más fuerte aún, esto es: derivar de las normas explícitas la norma que prohíbe causar daño a otro. O sea, no sólo que es un principio que subyace en el sistema, sino que es una norma que lo integra al igual que las explícitas.

También señala Bueres: «El *alterum non laedere* es un principio general del derecho. Y este carácter no se pierde por el hecho de que dicho principio esté formulado en la ley, o de que fluya del derecho positivo, y en el último caso, sea que se lo induzca de unas normas particulares, bien se lo extraiga por deducción sistemática» (Bueres, 1991, 156). Asimismo, es de destacar como el autor ahora mentado considera que el *alterum non laedere* no sólo se consagra en el art. 1109 del C.Civil; en este sentido expresa: «... la consagración genérica del *alterum non laedere*, no se agota de ninguna manera en el terreno del art. 1109 (actos ilícitos culposos), ya que esa prohibición de causar un nocimiento (antijuridicidad) subyace en el art. 907, parág. 2º ..., en el art. 1071..., en el art. 2618..., en el art. 1113, parág. 2º, supuesto 2º (Bueres, 1991, 155). También considera Bueres que respecto a los daños causados por omisión (art. 1074) hay una antijuridicidad objetiva, y que también está presente el *alterum non laedere*, o sea no dañar a otro por omisión. Ya se indicó en el apartado precedente que Bueres sostiene el mismo pensamiento respecto a la antijuridicidad y el *alterum non laedere* en un trabajo posterior.

Expresa *Agoglia* que: «Estamos convencidos de que el Derecho natural está presente dentro del orden jurídico, a la

par del Derecho positivo, de modo que la conducta tiene carácter antijurídico, aunque no contraríe una disposición legal específica, si transgrede injustificadamente el principio general de no dañar» (Agoglia, María, 2001, 1030).

En esta investigación el intento es derivar la norma que prohíbe dañar del derecho positivo y no como un principio del derecho natural, o sea como una norma que forma parte del sistema y no como un principio que desde afuera informa al mismo.

Continúa la autora señalando y citando a Bueres que: «Hoy día, la doctrina más prestigiosa sostiene que los arts. 1066 y 1074 deben ser concordados con el art. 1109, que consagra implícitamente el deber genérico de no dañar» (Agoglia, María, 2001, 1030) y «... la antijuridicidad material subyace en el imperativo de no dañar, pues un acto es ilícito en la medida en que, contrariando ese deber genérico, lesione intereses ajenos jurídicamente protegidos, sin que medie una causa de justificación» (Agoglia, María, 2001, 1030-1031).

Hasta ahora, hay acuerdo en los autores consultados en entender a la antijuridicidad en sentido material y objetivo, que no sólo se conforma con la violación de un precepto legal particular, sino en violar el principio general de no dañar, el *alterum non laedere*. En este sentido concluye Agoglia expresando que: «Y, sin duda, la vigencia del principio de *alterum non laedere* garantiza la convivencia entre los hombres en un ámbito de paz dentro de un orden justo» (Agoglia, María, 2001, 1040)

También *Ossola* se refiere al *alterum non laedere* como a un precepto que, desde su formulación en la Instituta, ha iluminado a todos los ordenamientos jurídicos posteriores y que si bien el principio de la libertad es la regla general reconoce excepciones o restricciones como la de no causar daño a otro (Ossola, Federico, 1997, 79-80).

Se expuso -en el apartado anterior- la importancia que *Calvo Costa* imprime al *alterum non laedere*, sólo menciono

aquí el siguiente pensamiento: «... nosotros creemos que el *alterum non laedere* -si bien es fundamental para poder calificar al daño como injusto (puesto que nos conferirá el «*contra ius*»), no pierde su importancia como deber en cuanto impide dañar a otro sin causa de justificación. Ello es lo que ha llevado a algunos autores a calificarlo como un principio que se evidencia en la esfera del deber-sanción (cita a Bueres). Es importante destacarlo, creemos, porque el *alterum non laedere* también operará ante los daños cometidos por conductas lícitas o en los casos de responsabilidad objetiva: en tales casos, si bien pareciera no existir un deber de no dañar (puesto que quien termina ocasionando el daño tiene un deber de obrar y ejerce dicha libertad en razón de que le ha sido otorgada por la ley), sin duda alguna existirá el deber de reparar el daño cuando se detecte la *injusticia del mismo* luego de la apreciación del ordenamiento jurídico en su conjunto» (Calvo Costa, 2005,158). Se aprecia en este párrafo como aún en las conductas lícitas, donde no opera la antijuridicidad, y en los casos de responsabilidad objetiva, donde se discute si opera, son abarcadas por el *alterum non laedere*, o sea no se tiene libertad para dañar.

Para *Trigo Represas y López Mesa*, el «*alterum non laedere*» constituye el primer precepto jurídico y moral a respetarse en una sociedad civilizada, es asimismo un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas, al punto que para una corriente doctrinaria «todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho...o medie una causa de justificación» (Trigo Represas-López Mesa, 2005, 820, con cita de doctrina nacional y extranjera).

Para *Zavala de González*, el eje siempre es el *alterum non laedere* y señala: «El «derecho a dañar» con tal de pagar una indemnización se reemplaza por la prohibición cada vez más rotunda del *alterum non laedere*... Se rescata como verdad innegable al protagonismo humano en las causas de los daños, donde casi siempre subyacen fallas personales que pueden sortearse. El Derecho de daños no se ciñe al problema de la reparación, sino que se adelanta a prevención de los perjui-

cios; y si este objetivo no se logra, procura que se rectifiquen las resultas del hecho lesivo, comprendiendo el desmantelamiento de las ventajas obtenidas por el responsable en el curso de la actividad dañosa» (Zavala de González, Matilde, 1999, 88). Según infiero, para la autora el *alterum non laedere* es un principio genérico que prohíbe dañar a otro.

Pizarro y Vallespinos consideran que uno de los principios fundamentales en la responsabilidad por daños es el «*naeminen laedere*», que reconoce sus orígenes en el derecho romano y significa «no dañar a nadie». Se trata de una regla implícita en la mayor parte de los sistemas normativos de nuestro tiempo. Todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie causa de justificación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa «Santa Coloma», ha asignado jerarquía constitucional a dicho principio. (Pizarro-Vallespinos, 1999, 467).

Por su parte Alterini expresa que: «La sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad determina que esté sometido a un deber general de no dañar: el *neminen laedere* de los romanos. Este deber de no dañar es genérico, se aplica a las relaciones de los sujetos de Derecho con independencia de que hayan estipulado las pautas de su conducta recíproca; rige por el mero hecho de la convivencia social; es el fundamento del ordenamiento jurídico. La violación del deber indicado genera responsabilidad como sanción»<sup>201</sup>. Y continúa señalando que en la responsabilidad extracontractual, hay un deber general de no dañar (el *neminem laedere*), y cuando se transgrede ese deber general de no dañar se origina la obligación de resarcir; ésta surge, así, con bastardía jurídica, pues tiene génesis inmediatamente en esa ilicitud (Alterini, Atilio, 1992, 29). Si bien también admite, al referirse, en otra obra, a la Responsabilidad Civil en la Argentina. Estado de la cuestión. Esquema de situación actual; que la antijuridicidad se

---

<sup>201</sup> Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad civil*, 3ª ed., reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 28.

diluye porque «No obstante los términos del art. 1066 del Código Civil, en la actualidad se acepta la responsabilidad por actos lícitos. En el mismo Código se ejemplifica con el art. 2553, que permite buscar un tesoro en predio ajeno sin consentimiento del dueño, a condición de garantizarle «la indemnización de todo daño». Últimamente ha tomado expansión la noción de responsabilidad del Estado por actos lícitos...»<sup>202</sup>. Mencionan a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 1986 (Santa Coloma, al que luego me referiré) que dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuar al sentido de justicia de la sociedad (Alterini-López Cabana, 1995, 13).

Resultaría interesante saber si Alterini (y otros autores) cuando aluden al deber general de no dañar, están pensando en un deber jurídico, porque también pueden pensar en un deber moral (y si es jurídico, como tengo la intuición), expresa Bustamante Alsina: «... no debe confundirse deber jurídico con responsabilidad: en el primer caso (deber) el sujeto está constreñido a ajustar su conducta a la específica regulación normativa que le impone una sanción para el caso de violarla; en el segundo caso (responsabilidad) el sujeto está sometido a la sanción prevista por haber violado el deber impuesto en la norma» (Bustamante Alsina, Jorge, 1993, 68, nota 56).

O sea que si el *alterum non laedere* es un deber jurídico que resulta de una norma implícita, el sujeto está constreñido a ajustar su conducta a dicha norma y para el caso de violarla, se le impone una sanción que es la reparación de los daños (responsabilidad por haber violado el deber impuesto en la norma)

---

<sup>202</sup> Atilio A. ALTERINI - Roberto LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pág. 14.

### *Conclusiones del pensamiento de los autores*

Autores que consideran a la antijuridicidad un elemento de la responsabilidad civil:

- *Mosset Iturraspe*: En principio no la ubica como presupuesto «necesario», ya que considera que hay casos en los cuales opera la indemnización aunque falte la antijuridicidad.

- *Bueres*: Sostiene que la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere* y, en este sentido es, entonces, un elemento de la responsabilidad civil; pero admite que hay supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad. Por lo tanto no sería un presupuesto «necesario» de la reparación, pero si lo es del acto ilícito.

- *Agoglia*: La antijuridicidad funciona como elemento «necesario», aun en conductas lícitas, donde lo antijurídico sería el haber causado un daño injusto, por reflejar una contrariedad con el ordenamiento jurídico (*alterum non laedere*). Por cierto, admite que no hay antijuridicidad, ni se configura responsabilidad, cuando opera una causa de justificación en la conducta que generó el daño.

- *Ossola*: Concibe a la antijuridicidad como la violación del principio de no dañar a otro (el *alterum non laedere*), pero también admite que hay supuestos de actos lícitos (o sea falta la antijuridicidad) que generan daños y que ese daño injustamente sufrido, es presupuesto indispensable de la obligación de reparar. Considera que la regla general es que la antijuridicidad configura un elemento de la responsabilidad resarcitoria, pero hay supuestos que por razones de equidad imponen resarcir los daños que se generan por la comisión de actos lícitos. O sea la antijuridicidad no funcionaría como un elemento «necesario» de la responsabilidad resarcitoria.

- *Orgaz*: También admite que hay daño reparable sin ilicitud.

- *Calvo Costa*: Sostiene que cuando una conducta deviene dañosa, se torna antijurídica por violar el principio general del *alterum non laedere*, aun cuando la conducta

previa sea lícita. Considera que la antijuridicidad reside principalmente en el desvalor del resultado, relegando el desvalor de la acción a un plano secundario. La antijuridicidad en las conductas lícitas -expresa- no se encuentra en la acción que provoca el daño, sino en el resultado dañoso violatorio del *alterum non laedere*. En este sentido, para este autor, la antijuridicidad es un elemento «necesario» (está siempre presente cada vez que se vulnera el principio de no dañar) de la obligación resarcitoria.

- *Trigo Represas y López Mesa*: Se inclinan por mantener a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil.

- *Pizarro-Vallespinos*: Consideran que la antijuridicidad opera cuando se vulnera el *alterum non laedere*, cualquiera sea el factor de atribución que se utilice. Parece ser un elemento «necesario», si bien la excluyen en los supuestos de resarcir derivados de actos lícitos.

- *Bustamante Alsina*: Puede existir ilicitud no sólo en los actos ilícitos propiamente dichos, sino también en los actos ilícitos potenciales. Conforme a esto, la ilicitud o antijuridicidad es un elemento constante de la responsabilidad resarcitoria.

Autores que no consideran a la antijuridicidad como un presupuesto de la obligación resarcitoria:

- *Zavala de González*: Sostiene que la antijuridicidad no es un presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual y únicamente aplicable al obrar humano dañoso. Afirma que el requisito de la antijuridicidad no es constante, sino que funciona sólo en algunos supuestos de responsabilidad. Asimismo considera que del art. 1109 del Cód. Civil y del art. 19 de la Const. Nacional, se consagra genéricamente la ilicitud de los actos que dañan a otros, que sólo cede ante una causa de justificación.

Así las cosas, la mayoría de los autores consultados mantienen a la antijuridicidad como un presupuesto de la res-



ponsabilidad civil, para algunos como elemento necesario que está presente en todos los casos, aun en las conductas lícitas. Otros admiten que hay supuestos de reparación sin que opere la antijuridicidad. Mientras que para Zavala de González, como advierte que la misma no está presente en todos los casos que opera la obligación de resarcir, se inclina por sostener que la antijuridicidad no es un elemento constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual. En cuanto al *alterum non laedere*, coinciden los autores en considerarlo un principio general que ilumina el ordenamiento jurídico e impone el deber de no dañar. Algunos concretamente lo infieren de normas del Código Civil. Otros también consideran que una conducta es antijurídica cuando se vulnera dicho principio.

### **3. ¿El deber general de no dañar genera un derecho subjetivo a no ser dañado?**

En la primera parte de este capítulo se desarrolló las maneras de derivar normas implícitas y se arribó a un resultado favorable, en el sentido de obtener una norma implícita, que junto con las explícitas integran el sistema. Se trata de una norma deber, que impone la obligación de no dañar a otro. Por lo tanto si el sistema cuenta con una norma de ese tipo, se colige que otro tiene un derecho. En la correlación derecho-deber, se prioriza el derecho, se entiende que si uno tiene un derecho el otro tiene un deber, en este caso el sujeto tiene un derecho a no ser dañado y el otro el deber de no dañar, o sea se tiene un derecho subjetivo a exigir no ser dañado, que se correlaciona con el deber jurídico de no dañar y para el caso que eso suceda a exigir la reparación. Pero también la correlación puede ser a la inversa, esto es: deber-derecho, lo que significa poner el acento en el deber y sostener que sólo se tiene un derecho porque otro tiene un deber, el derecho sólo existe si se refracta en el deber. En este caso, el derecho a no ser dañado sólo existe si otro tiene el deber de

no dañar. Personalmente me inclino por la segunda correlación: se tiene un derecho subjetivo a no ser dañado, siempre que otro tenga el deber jurídico de no dañar. Sea como fuese la correlación, la conclusión es que si existe en el sistema una norma que obliga o impone el deber de no causar daño a otro, existe un derecho subjetivo a exigir no ser dañado y en su caso a exigir la reparación del daño causado.

#### **4. La antijuridicidad en los Proyectos de Unificación**

*4.1. Proyecto de 1987:* Proveniente de la Cámara de Diputados. No introduce cambios en lo que respecta a la antijuridicidad, manteniendo los artículos 1066 y 1074, tal como fueron redactados por Vélez Sársfield.

*4.2. Proyecto de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993:* Propicia la derogación del artículo 1074 del Código Civil y la modificación del artículo 1066 por el siguiente: «Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado». También proyecta el artículo 1067 de la manera siguiente: «No hay acto ilícito que obligue a una reparación a los fines de este Título, si no existe daño causado por una conducta antijurídica, y sin que tal perjuicio se pueda asignar al agente sobre la base de un factor legal de atribución».

Es de destacar que en este Proyecto se mantiene a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, pero no alude de que tipo de conducta se predica, sino que todo acto que causa daño es antijurídico; o sea la establece de una manera general, es como decir «cada vez que se vulnera -mediante un acto positivo o negativo- la obligación de no dañar, ese acto es antijurídico». Conviene recordar que el artículo proyectado se refiere a acto, o sea acto humano, no a daños que se generan por el hecho de las cosas.

4.3. *Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo de 1993*: En las disposiciones sobre Responsabilidad en General (artículos 1549 - 1578) se elimina a la antijuridicidad y se proyecta el artículo 1549 que prescribe: «La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código...» Ahora bien, cabe interpretar que se refiere a una antijuridicidad en sentido objetivo, o sea que se configura cuando se viola el deber genérico de no dañar. Asimismo, los artículos 1550 y 1551 establecen que no son indemnizables los daños causados en el ejercicio regular de un derecho o facultad y que es lícita -o sea no es antijurídica- la conducta generada por estado de necesidad. Considero que en este proyecto o bien la antijuridicidad deja de ser un elemento de la responsabilidad civil, o bien el criterio para configurarla es la violación del deber genérico de no dañar.

4.4. *Proyecto de 1998*: En el punto 262 de los fundamentos se expresa que prescinden del requisito de la antijuridicidad y que en la actualidad se acepta la responsabilidad por actos lícitos. Asimismo, en el punto 259 aluden al fallo Santa Coloma y a la raíz constitucional del principio *alterum non laedere*. También reitera que el Proyecto se apoya en algunos ejes fundamentales, entre ellos la dilución del requisito de la antijuridicidad. Es así que en las normas proyectadas relativas a la responsabilidad civil, no se alude a la antijuridicidad tal como la consagra el artículo 1066 del Código Civil, si en cambio alude al deber jurídico de cumplir o de reparar el daño (art. 1581), a que la responsabilidad comprende el deber del deudor de reparar el daño, en caso de infracción al deber general de no dañar (art. 1584, inc. b), a que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: de evitar causar un daño no justificado (art. 1585, inc. a y b), más terminante aún es el art. 1588 al establecer que: «Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado». Asimismo, se establece la responsabilidad directa a quien, por acción o por omisión, causa un daño

injustificado (art. 1651, inc. b) y la responsabilidad de toda persona por el daño causado con intervención de cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado, o por la realización de actividades especialmente peligrosas (art. 1661). El Proyecto centra el eje en la víctima, en el daño injustamente sufrido, más que en el daño injustamente causado.

**Consideraciones:** Sólo el Proyecto de 1987 no introduce cambios en la antijuridicidad. Los otros o modifican el criterio para configurarla o la eliminan como presupuesto de la responsabilidad civil. Todo apunta al deber genérico de no dañar a otro -el *alterum non laedere*- y si bien se puede pensar en considerar que una conducta es antijurídica (ilícita) cuando vulnera ese deber genérico, resulta difícil sostenerla cuando se reparan daños provenientes de conductas lícitas. La tesis más defendible es que cuando se vulnera ese deber genérico -provenga de conductas ilícitas o lícitas- el daño debe ser reparado.

## 5. Referencia al *alterum non laedere* en fallos judiciales

La referencia es a dos fallos judiciales que expresamente aluden a la raíz constitucional del principio *alterum non laedere*.

5.1. Caso: «Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos»<sup>203</sup>, de fecha 5 de agosto de 1986. Este fallo es de trascendental importancia porque por primera vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se refiere al principio *alterum non laedere* y reconoce que tiene raíz constitucional en el art. 19 de la ley fundamental.

5.2. Caso: «Gunther, Fernando R. c/ Estado Nacional (Ejército Argentino)»<sup>204</sup>, de fecha 5 de agosto de 1986. También la Corte Suprema se refiere al: «... principio general estableci-

---

<sup>203</sup> J.A., 1986-IV-624 y en E.D., 1987-120-649.

<sup>204</sup> E.D., 1987-120-521.

do en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los «hombres» perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere* entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica».

Este fallo tiene comentario de Germán Bidart Campos, quien expresa que el fallo alude a sugestivos principios constitucionales, entre ellos -comenta- que se asigna raíz constitucional al principio que prohíbe causar perjuicios a los derechos de terceros, y al consiguiente deber resarcitorio. El art. 19 de la Constitución, en cuanto preserva las acciones privadas que no ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, da pie -*a contrario sensu*- para afirmar que allí se consagra el *alterum non laedere* y la reparación, tanto respecto de las personas privadas como de las públicas (incluido el Estado). Asimismo, expresa Bidart Campos, que en el fallo y en el dictamen del Procurador General, se admite la reparación de los daños derivados de la actividad legítima del Estado.

**Conclusiones de este capítulo:** En la primera Parte de este Capítulo se desarrollaron las distintas maneras de derivar normas implícitas y en lo relativo a la implicación conceptual se arribó a la siguiente conclusión: que del artículo 19 de la Constitución Nacional y del 1109 del Código Civil, se implica conceptualmente la norma que «prohíbe dañar» o que es «obligatorio no dañar»: Dicha norma no es un principio general, ni un principio moral, sino una norma que integra el sistema vigente.

En la Segunda Parte se desarrolló el pensamiento de la dogmática *ius privatista*, quienes también aluden al principio *alterum non laedere* como de raíz constitucional, si bien

no elaboran, ni desarrollan ningún método para derivar normas implícitas. Se advierte coincidencia en una ***primera conclusión: que el alterum non laedere (no dañar a otro) es un principio general sólido y agregó: es una norma que integra el derecho vigente y vulnerar dicha norma afecta un derecho subjetivo.***

Otra cuestión es tomar postura respecto a si la antijuridicidad es un elemento necesario, contingente o prescindimos de ella como presupuesto de la responsabilidad civil. Si se la mantiene como elemento necesario y se considera que una conducta es antijurídica cada vez que se vulnera la norma que prohíbe dañar, aparece un conflicto con los daños derivados de conductas lícitas y que también requieren que sean reparados. Se la puede sostener como elemento contingente, que sólo funciona en las conductas humanas ilícitas, pero no en las lícitas. La antijuridicidad es un concepto jurídico sólido, desarrollado por la ciencia jurídica y usado cotidianamente, que además fue de suma utilidad para derivar conceptualmente la norma implícita que prohíbe dañar. Si a ello se agrega que en el Código Civil Argentino se despeja la antijuridicidad de la culpabilidad, no parece adecuado prescindir de ella, más aún si se sostiene que toda conducta que vulnere la norma que prohíbe dañar es antijurídica, pero también es cierto que hay casos donde se ordena la reparación de los daños sin mediar antijuridicidad, esto es en ciertas conductas lícitas y en algunas situaciones en las cuales estaría permitido dañar, como el estado de necesidad, pero parece adecuado indemnizar los daños. En razón de ello, asumo la postura que la antijuridicidad no es un elemento necesario, que debe estar presente (junto con el daño, la relación de causalidad y la razón por la cual se debe reparar) en todos los casos para que opere la compensación de los daños, es un concepto que sirve para configurar el acto ilícito y estará presente en las conductas ilícitas dañosas, pero a la hora de ordenar la reparación es contingente. En este sentido y coincidente con la norma implícita derivada en esta investigación, el proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993, propone como ya se expresó, que:

«Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado». Pero si sostenemos que hay actos o conductas que causan daños y no son antijurídicas y también se reparan, coincido con las normas propuestas en los proyectos de 1993 (Comisión designada por el Poder Ejecutivo) y 1998 y la *conclusión sería la siguiente: «La violación de la norma que impone el deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, salvo que se trate de un daño justificado».*





## CAPÍTULO CUARTO

### RESULTADO DE LA ACCIÓN O DE LA OMISIÓN: EL DAÑO CAUSADO. REFLEXIÓN SOBRE EL DAÑO INJUSTO

*«Al margen de lo que las normas jurídicas prescriben,  
existe la convicción moral de que las personas sometidas  
al orden jurídico tienen derecho a que los demás  
se abstengan de ciertos tipos de conductas dañosas».*

Hart, H.L.A., en *El concepto de derecho*, 1977.

El objetivo de este último capítulo es presentar el pensamiento de algunos autores de distintas áreas que se refieren al daño causado y a su reparación. Este Capítulo no se divide en dos partes como los anteriores y es relativamente corto, porque no se desarrollan cuestiones ya trabajadas con profundidad en la dogmática, tales como: cuando un daño es indemnizable y qué requisitos debe reunir para que proceda dicha indemnización; sino la idea es abordar algunos puntos que consideré de interés y que pueden significar algún aporte y se desarrollan en cuatro ítems.

#### **1. El principio *alterum non laedere* como mandato de optimización**

La idea es referirme a algunas breves reflexiones que partiendo desde el origen de la convivencia humana, el dañar a otro genera una situación injusta. La teoría dogmática de los últimos años reitera que más que el daño injustamente causado, lo central es reparar el daño injustamente sufrido.

Esto significa que la característica relevante del daño es la situación de injusticia que produce a quien lo sufre.

Ya en los orígenes de la convivencia humana y cuando no existía todavía la sociedad civil, ni normas que rigieran dicha convivencia, no era justificable ni aceptado dañar a otro. En este sentido, John Locke, en 1690, refiriéndose al estado de naturaleza de los hombres, expresaba: «El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones...cada hombre tiene el derecho de castigar al que comete una ofensa, y de ser ejecutor de la ley de la naturaleza...quien ha padecido el daño tiene, además del derecho de castigar -derecho que comparte con otros hombres-, un derecho particular de buscar reparación de quien le ha causado ese daño»<sup>205</sup>.

La obra de Locke es un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, por lo que el estado de naturaleza no se mantiene. Lo que intento mostrar es que aún en ese estado -que para Locke existió, antes de la formación de la sociedad civil- no se consideraba permitido dañar.

Descriptivamente, al daño se lo puede considerar como la pérdida de algo valioso para la víctima. La dificultad puede radicar en contar con algún criterio objetivo para determinar cuándo algo se considera valioso. Mientras que la pregunta en un plano prescriptivo, se refiere a cuándo un daño debe ser indemnizado jurídicamente, cuáles serían las razones que obligan a compensar, (algo se dirá sobre esto en el punto 4 de este capítulo) y también desde un punto de vista moral, que alude a cuándo un daño debe ser reprochado. En ambos -jurídico y moral- la pregunta es normativa, aunque se trate de distintas clases de normas.

---

<sup>205</sup> John LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires-Madrid, Alianza Editorial, 1990, págs. 38, 40 y 41.

El concepto actual de daño resarcible gira alrededor de las siguientes expresiones: como una lesión que resulta de la invasión a una esfera de intereses ajenos; como un menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial acaecido como consecuencia de una acción; daño resarcible es el daño injusto y lo fundamental es la individualización de un interés digno de tutela; en la concepción moderna de daño resarcible se protegen todos los intereses respetables, sean legales o bien simples <sup>206</sup>.

Otra corriente -hoy llamada tradicional- sostiene que para dar derecho a exigir reparación el daño debe ser consecuencia de una lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido <sup>207</sup>.

Un caso donde se revelan las dos posturas es en la reparación del daño patrimonial. En este sentido el art. 1079 del Código Civil prescribe: «La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta». Las diferencias es en cuanto al damnificado indirecto, ya que el artículo refiere a toda persona que por el daño haya sufrido un perjuicio. Orgaz considera que el damnificado indirecto debe acreditar haber sufrido un perjuicio jurídico y no un perjuicio meramente de hecho (Orgaz, A., 1980, 90 y 95). Para la corriente actual, basta que se acredite un interés digno de tutela.

Ahora si lo injusto del daño consiste en vulnerar intereses dignos de tutela ¿cuál es el criterio para determinar que intereses son dignos de tutela?. Si se piensa en que son intereses que aunque no hayan recibido especial atención por el ordenamiento jurídico, tampoco son repudiados por el derecho <sup>208</sup> ¿qué reglas justifican dicha afirmación? Si lo injusto

---

<sup>206</sup> Postura de autores como Jorge Bustamante Alsina, Jorge Mosset Iturraspe, Matilde Zavala de González, Gabriel A. Stiglitz, Carlos A. Echevesti, entre tantos otros de la doctrina nacional.

<sup>207</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, pág. 85.

<sup>208</sup> Gabriel STIGLITZ - Carlos A. ECHEVESTI, en *Responsabilidad civil/9*, Jorge Mosset Iturraspe (director), ya citado, pág. 218.

del daño se configura con una indebida invasión a una esfera de intereses ajenos, aparece la idea de correlatividad entre el daño causado y los bienes que son protegidos por el derecho. Al respecto, expresa Garzón Valdés: «El concepto de «daño» es un concepto con carga moral que presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado como valioso y digno de protección. Todo sistema jurídico es en este sentido, expresión de la moral positiva o «mores» de quienes adoptan frente a él lo que Hart ha llamado «punto de vista interno»<sup>209</sup>... Es claro que la lista de bienes protegidos varía según las sociedades y los tiempos históricos. Con la lista de los bienes varía también la lista de los daños»<sup>210</sup>.

Determinar lo que se considera valioso y digno de protección depende de una buena teoría de la argumentación jurídica, que de cuenta si el sistema es expresión de la moral positiva de la sociedad en que se aplica. En este sentido, se puede argumentar que el Código Civil argentino luego de la reforma de 1969, refleja la moral positiva, ya que los daños injustamente sufridos deben ser reparados. Esto se advierte con la incorporación de factores objetivos de atribución que funcionan lado a lado con los factores subjetivos; por lo que ya no sólo se ordena la reparación de los daños por imputar reproche a quien los haya causado. Si a esto se agrega que del art. 19 de la Constitución Nacional se puede implicar conceptualmente una norma que prohíbe dañar a otro en su persona o en sus bienes, determinar lo que se debe considerar valioso y digno de protección es un mandato de optimización, o sea una exigencia de realización lo más completa posible de que los daños causados sean reparados.

---

<sup>209</sup> El punto de vista interno es adoptar a las reglas del sistema jurídico como un criterio o pauta de conducta a seguir, con actitud crítica reflexiva, por lo miembros de una sociedad. Es el punto de vista del participante de la práctica del sistema.

<sup>210</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *Derecho, ética y política*. Parte II. Ética, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 376.

El derecho se compone por reglas y principios. Las reglas son normas que funcionan a todo o nada, o se aplican o no se aplican y establecen las condiciones de aplicación. Además se las identifica por su pedigree (origen) mediante criterios específicos que no se relacionan con su contenido, tal el caso de las normas civiles o penales. Mientras que los principios son normas que funcionan por su peso, porque no establecen las condiciones de aplicación, sino que son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. Frente a un caso concreto puede suceder que se produzca una colisión de principios, el criterio para decidir cuál principio se aplica es a través de una ponderación, lo decisivo es ponderar a qué principio le corresponde un peso relativamente mayor en ese caso concreto y al principio que se le adjudica menor peso se le hace retroceder, pero no se lo declara inválido, ya que puede aplicarse en otra situación. También puede suceder que el conflicto sea entre una norma y un principio, en el sentido que ambos resuelvan un caso pero de diferente manera. En estas situaciones el juez tendrá que aplicar lo que mejor justifique (si la norma o el principio) el sistema mirado en su totalidad; por ejemplo: si la Constitución Argentina y el sistema en general es de corte liberal, en un caso concreto que colisiona una norma y un principio, tendrá que resolverse aplicando lo que mejor justifica el sistema con dicha tendencia liberal. No es difícil reconocer la presencia de principios en el sistema jurídico, y donde está más claro es en los principios constitucionales <sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> Entender el derecho conformado por normas y principios es la propuesta de Ronald Dworkin en su obra *Los derechos en serio*. En esto confronta al positivismo, que según Dworkin, no niega la existencia de principios, pero no creen que los mismos integren el concepto de derecho.

En cuanto a considerar a los principios como mandatos de optimización, es una idea de Robert ALEXY, propuesta en «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa* 5 (1988), Cuadernos de Filosofía del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, España, págs. 139-151.

El principio *alterum non leadere* es un principio constitucional. Funciona como un mandato de optimización, en el sentido de ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, en este caso que no se dañe a otro y cuando se cause un daño a otro, las normas civiles ordenan su reparación; pero el principio opera como factor decisivo en la resolución del caso y si entra en conflicto con otro principio del mismo rango o con alguna norma (por ejemplo con otro principio o norma que para ese caso no ordena la reparación) se ponderará el peso que se le adjudique en ese caso en cuestión.

Violar el deber de no causar daño a nadie, deviene en la obligación de reparar el daño injustamente causado. La antijuridicidad se predica de la conducta, pero producido el daño, aun cuando provenga de conductas lícitas, se genera un desvalor del resultado, una situación de injusticia, la injusticia se predica de tener que soportarlo; aun cuando hay daños que deben ser soportados por las víctimas.

## 2. Libertad y responsabilidad

De manera constante se ha vinculado la responsabilidad a la libertad del agente, y más concretamente la posibilidad de que éste hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo <sup>212</sup>.

También Estevill expresa: «... planteamos el imperativo de la libertad en relación al de la responsabilidad y lo hacemos no, precisamente, como si de una situación de conflicto se tratara, más bien como institutos concatenados. En definitiva, pues, la libertad como presupuesto de la responsabilidad y ésta consecuencia de aquélla» <sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», en *La responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Ed. a cargo de Fernando Pantaleón, pág. 85.

<sup>213</sup> Luis Pascual ESTEVILL, *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1989, t. I, Parte general, pág. 22.

Que el agente autor de un hecho que provoca daño actúe con libertad en su decisión, se conecta con la acción en el sentido que pueda dirigir sus movimientos corporales y que pueda no realizar la acción, si así lo decide. También la libertad es un elemento interno de la voluntad y es poder decidir entre varias alternativas, en este caso entre realizar o no la acción causativa del daño. Resulta de aplicación en la responsabilidad directa y sobre todo cuando se utilizan factores subjetivos de atribución. La tesis de actuar con libertad se opone a las posturas deterministas, a las cuales se hizo referencia en el Capítulo Primero.

Berlin distingue dos conceptos de libertad: libertad positiva y libertad negativa <sup>214</sup>. En el sentido negativo la libertad responde a la pregunta de «cuál es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas. Se es libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieran en mi actividad. Ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad» (Berlin, I. 2004, 222). Pero una libertad ilimitada puede llevar a atentar contra otros valores como la justicia, la felicidad, la cultura, la seguridad o la igualdad, eso lleva a que filósofos políticos ingleses (citados por Berlin) consideren que habría que reducir la libertad en este sentido negativo, en aras de otros valores y en aras de la libertad misma, presuponían que el ámbito de las acciones libres de los hombres debe ser limitado por la ley. Pero también presuponían que debía existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, pues si tal ámbito se traspasaba, el individuo mismo se encontraría en una situación demasiado restringida, incluso para ese mínimo desarrollo de sus facultades naturales, que es lo único que hace posible perseguir, e

---

<sup>214</sup> Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 3ª reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2004, págs. 220-243.

incluso concebir, los diversos fines que los hombres consideran buenos, justos o sagrados.

Relacionado con el daño, la libertad individual del hombre en este sentido negativo, se encuentra limitada por la ley para satisfacer el valor justicia. Quien haciendo uso de su libertad y sin que nadie se interponga en su actividad, causa daño a otro, la ley impone responsabilidad. La responsabilidad es una consecuencia de hacer uso de la libertad.

La libertad en sentido positivo contesta a la pregunta de «qué o quien es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra» (Berlin, I. 2004, 220). Se deriva, según Berlin, del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Querer que la vida y las decisiones dependan de uno mismo, y no de fuerzas exteriores, ser instrumento de uno mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres.

La libertad en este sentido es poder concebir fines y programas y llevarlos a cabo y esto implica también ser responsable de sus decisiones y poder explicarlas.

Todo Estado de Derecho debe garantizar a los hombres el ejercicio de su libertad personal; pero también debe imponer responsabilidad a quienes, haciendo uso de esa libertad, causen daños a otros. Ser responsable de los daños causados, encuentra su origen en hechos realizados con libertad. Libertad en cuanto a las propias decisiones, a poder controlar los propios movimientos, a decidir no realizar ciertas acciones.

### **3. Compensación de los daños. Punto de contacto entre el derecho y la moral**

Sostiene Hart <sup>215</sup> que hay teorías que consideran que en el perenne debate sobre la «esencia» o la «naturaleza» o la

---

<sup>215</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, ya citado. Capítulo VIII, Justicia y moral.



«definición» del derecho, afirman que entre el derecho y la moral hay una conexión necesaria. Una forma de expresión de este punto de vista es la tradición tomista del derecho natural y que comprende una tesis doble: por un lado, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. Por otro lado, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido. Por cierto que estas tesis son opuestas a la tesis positivista.

Hart separa e identifica problemas y así distingue, dentro de la esfera general de la moral, la idea especial de justicia. También se refiere a las características que distinguen las reglas y principios morales, no sólo de las reglas jurídicas sino de todas las otras formas de reglas sociales y por último a los sentidos y maneras en que las reglas jurídicas y la moral están relacionadas. Hart entiende que la justicia es un segmento de la moral y que hay un principio de justicia que se aplica en la distribución de cargas y beneficios y en la compensación de los daños. El principio se formula así «Tratar los casos semejantes de la misma manera y tratar los casos diferentes de diferente manera». La dificultad radica en como establecer semejanzas y diferencias, Hart proporciona algunos criterios para resolver.

Considera Hart (Cap. VIII, 204) que la conexión entre el principio de justicia y la compensación de los daños puede darse de dos maneras. Por un lado las normas jurídicas que establecen que una persona debe compensar o indemnizar a otra por actos ilícitos civiles, pueden ser consideradas injustas si establecen privilegios o inmunidades «no equitativas». Por ejemplo: si establecen que sólo los miembros de la nobleza pueden pedir compensación por agravio moral o querrellar por injurias, o que ningún blanco es responsable por daños causados a un negro. Estas normas violarían de manera directa, los principios de distribución «equitativa» de los derechos y deberes de compensación. Por otro lado, considera el autor que puede haber normas jurídicas injustas por una razón diferente, y es cuando aun sin establecer discriminaciones arbitrarias entre

las personas, niegan, en forma absoluta, un remedio para ciertos tipos de daños causados por una persona a otra, aun cuando moralmente se entendiera que la compensación es debida. Por ejemplo: si las normas jurídicas negaran para todos una compensación por daños causados a la privacidad (Hart cita que el derecho inglés no acuerda indemnización por las invasiones a la intimidad).

Considero que el punto de contacto entre el derecho y la moral, Hart lo encuentra a través del principio de justicia y es por demás interesante cuando expresa: «La conexión entre la justicia e injusticia de la indemnización por daños, y el principio «tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera», consiste en el hecho que, al margen de lo que las normas jurídicas prescriben, existe la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conductas dañosas. Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocos, que proscribe por lo menos las formas más groseras de daño, constituye la base moral de todo grupo social» (Hart, H.L.A., 1977, 205).

Esta convicción moral que constituye la base de la moral de todo grupo social, de que los daños causados deben ser compensados, de que es injusto sufrir un daño y de que pueden considerarse injustas a las normas que no distribuyan de manera igualitaria la compensación de los daños, o que nieguen para todos la reparación de algunos daños; es una manera de conectar el derecho con la moral, lo que no implica que entre el derecho y la moral la conexión es siempre necesaria, sino sólo que hay maneras y sentidos en que se relacionan.

También la moral influye en la compensación de los daños, en el sentido de restauran el equilibrio roto por el daño. Expresa Hart: «Porque cuando el código moral prohíbe a un hombre robar o recurrir a la violencia en perjuicio de otro, aun cuando su mayor fuerza o astucia podrían permitirle hacerlo con impunidad, el fuerte y el astuto quedan colocados en el mismo nivel que el débil y el torpe. Sus situaciones quedan moralmente igualadas. Por ello se considera que el hombre fuerte que no observa la moral y se aprovecha de su fuerza

para dañar a otro, ha roto ese equilibrio u orden de igualdad establecido por las reglas morales; la justicia requiere entonces que este *status quo* moral sea restablecido de inmediato por el agresor» (Hart, H.L.A., 1977, 205), y son las normas jurídicas las que deben otorgar compensación cuando la justicia lo reclama y de esta manera se dispone que se restablezca el equilibrio roto, ese *status quo* moral en el que la víctima y el transgresor se encuentran en pie de igualdad. En este mismo sentido pensaban los romanos en la primera época, antes de imputar responsabilidad utilizando el factor culpa.

Por último, considera Hart que hay situaciones en las cuales el derecho impone una compensación a quien ha causado daño a otro, aun cuando moralmente, como cuestión de justicia, podría pensarse que esa compensación no es debida. Esto suele ocurrir en muchos casos de responsabilidad civil extracontractual utilizando factores objetivos de atribución. O sea moralmente no hay reproche, pero se apela a otras razones para imponer la compensación, una de esas razones apunta al bienestar general de la sociedad y que «aunque puede ser moralmente aceptable e incluso ser calificada de «justicia social», difiere de las formas primarias de justicia que se ocupan simplemente de restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo* entre dos individuos» (Hart, H.L.A., 1977, 207).

Considero que se han dado algunas de las razones para considerar la injusticia del daño. Razones históricas; concepciones actuales que apuntan al daño injustamente sufrido y a la protección de bienes valiosos para la víctima; a la libertad y su correlato: la responsabilidad y por último al punto de contacto entre derecho y moral en la compensación de los daños, que apunta a restablecer el equilibrio, el *status quo* moral entre víctima y transgresor. Pero un punto que resultó, a mi entender, sumamente interesante, son las razones que justifican la obligación de compensar, motivada por un excelente trabajo de un filósofo argentino, al cual me refiero en el próximo punto.

#### **4. Razones que justifican la obligación de reparar el daño sufrido. El límite a la obligación de compensar**

Un daño puede ser injusto por haber sido injustamente causado o por ser injusto que lo soporte quien lo recibió. El haber sido injustamente causado o el resultar injusto que se lo sufra o soporte son los dos caminos que conducen al daño injusto <sup>216</sup>.

Me referiré ahora a las razones que pueden justificar la obligación de reparar un daño injusto. Uno de los trabajos más interesantes que se ha escrito en Argentina sobre este tema es el de Carlos Fernando Rosenkrantz <sup>217</sup>, quien sostiene que la justicia correctiva debe propender a que debemos compensar para ayudar a la gente a que persiga otros fines de una manera que los deje en la misma situación subjetiva en la que estarían si no hubiesen sufrido ningún daño (con cita de Robert Goodin). Rosenkrantz desarrolla tres concepciones que pueden justificar la reparación de los daños.

La primera, a la que llama «*La concepción económica*», sostenida por Posner y Calabresi y en Argentina escribe desde este punto de vista Jorge Eduardo Bustamante. Los autores que adoptan esta postura realizan análisis económico del derecho y con criterio eminentemente económico deciden que daños deben ser soportados por las víctimas y cuáles compensados por quienes los han causado. Sostienen que las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser concebidas como instrumentos al servicio de la eficiencia.

---

<sup>216</sup> José M. LÓPEZ OLACIREGUI, ya citado en el Capítulo I, que en un excelente trabajo despeja la ilicitud de la conducta que genera el daño. Le parece incorrecto concebir a la teoría del responder como un capítulo de la teoría de la ilicitud y por eso se refiere a la teoría del responder-distribución.

<sup>217</sup> Tuve acceso a este trabajo titulado: «Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual», en la versión aun antes de ser publicada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Lecciones y Ensayos N° 67/68. Agradezco al Prof. Dr. Ricardo Caracciolo que me proporcionó dicho trabajo. En razón de haber trabajado sobre esta versión, no se citan los números de página.

Teniendo en cuenta los puntos más importantes de esta concepción, expresa Rosenkrantz que: para lograr eficiencia realizan una reinterpretación de la culpa y tienen en cuenta el principio de costos. En cuanto a lo primero, para saber si hay culpa primero hay que investigar la probabilidad de que la acción  $p$  de A cause daño; segundo, la gravedad del daño y tercero, el costo que implica para A las precauciones adecuadas para prevenir el daño. En este sentido si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir el daño hubiese sido menor que el costo del daño, la conducta de A debería considerarse culpable o negligente y A debería compensar a B por los daños que le causó. La cuestión de la responsabilidad de A por los daños que causó a B, debe ser decidida tomando en cuenta el costo de evitar la conducta dañosa, porque ello garantiza eficiencia. Así cuando la única manera de evitar los daños es abstenerse de la conducta en cuestión, A nunca deberá abstenerse de realizar dicha conducta si ella beneficia más a A de lo que perjudica a B, porque es una solución eficiente. Asimismo, si para evitar los daños a B no hace falta abstenerse de realizar la conducta en cuestión, sino sólo adoptar determinadas precauciones, A no deberá adoptar dichas precauciones que le causen más perjuicios, que los beneficios que esas precauciones le reportan a B, y esto es también una solución eficiente.

Entiendo y como también lo sostiene la doctrina, que la culpa es omisión de diligencias que se deben observar al tiempo de la realización de un hecho. La concepción económica también se refiere a tomar precauciones adecuadas, pero la valoración es distinta. Para la concepción económica la valoración tiene que ver con el costo y conforme a ello se decide si el daño debe ser compensado o soportado por la víctima y ello en razón de lograr una solución eficiente y para maximizar la eficiencia se debe comparar el valor del daño causado con el costo involucrado en evitar dicho daño.

En cuanto al principio de costos se formula diciendo que en caso de accidentes, debería cargarse la responsabilidad del mismo a aquel de los dos que lo puede evitar en forma más económica.

Para Rosenkrantz la concepción económica tiene atractivos y también problemas. Señala como atractivo lo que sus partidarios llaman «el valor de la riqueza», porque un sistema de responsabilidad civil eficiente donde los costos de los accidentes son evitados por los evitadores más baratos, independientemente de quien sea el agente causal de los mismos, tiende a producir una sociedad con más bienes. Entre los problemas, los críticos de esta concepción señalan que el valor del daño causado depende de cuanto está dispuesto a pagarse en el mercado por un bien como el que se daña, como también el valor de mercado del costo de evitar el daño, depende de cuanto cuesta en el mercado hacer lo necesario para que el daño no se produzca. En definitiva, termina dependiendo del valor de mercado y realizando consideraciones relativas al mercado piensan que esta forma de justicia correctiva beneficia a los ricos ya que el costo de evitar el daño será bajo cuando la actividad no es altamente valorada en el mercado por quienes tienen alta capacidad de pago. Para Rosenkrantz el problema de la concepción económica es más básico y tiene que ver con la relevancia moral de las acciones. Para este autor si es importante la forma en que el daño es producido y quien lo ha producido, mientras que para la concepción económica la cuestión de quien debe compensar el daño no está intrínsecamente relacionada, ni depende de la cuestión acerca de quien lo causó; ya que es posible que el daño deba ser soportado por la víctima, si ella es quien lo puede evitar en forma más económica.

Otra concepción, a la que Rosenkrantz llama «*La concepción retributiva*», sostenida por autores como Fletcher, MarCormick y Weinrib. Para esta postura se deben compensar las consecuencias de nuestras acciones incorrectas, es decir las consecuencias de las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado, mientras que las víctimas deben soportar las consecuencias dañosas de nuestras acciones correctas. Ahora ¿cuándo una acción es incorrecta? Expresa Rosenkrantz que algunos entienden que acciones incorrectas son todas aquellas que, independientemente de ser dañosas o no dañosas, imponen a terceros un riesgo de daño de distinta naturaleza y/o grado que el riesgo

que los terceros imponen a quien realiza la acción en cuestión. Cita a Fletcher, para quien la responsabilidad extracontractual puede explicarse y justificarse, en términos de un paradigma de acuerdo con el cual la única razón por la que la víctima de un daño puede aspirar a su compensación, es el hecho de haber sido sometida por el causante de dicho daño a un riesgo que ella, a su vez, no impuso al causante, es decir un riesgo no recíproco. Por el contrario, si el daño fuera la consecuencia de un riesgo de la misma naturaleza y grado que el riesgo que la víctima impone al causante, aquella no tendría título alguno para la compensación, lo que se llama «el paradigma de la reciprocidad».

Otros autores consideran que acciones incorrectas son aquellas que resultan de la violación de un nivel razonable de cuidado y atención por los bienes de los demás. Mientras que para otros la incorrección de una acción es una función del grado de reprochabilidad moral del agente al realizar la acción que causó el daño, lo que depende, a su vez, de si la acción fue causada en forma intencional o culpable.

Para Rosenkrantz, el atractivo de esta concepción retributiva radica en que es una posición que parece explicar y reforzar categorías y distinciones conceptuales que no estamos dispuestos a abandonar, tal el caso de distinguir entre acciones correctas e incorrectas. Pero también se han formulado algunas críticas a esta concepción, así se ha dicho que la concepción retributiva sostiene la tesis de la correlatividad de los derechos, en el sentido que existe una dependencia conceptual recíproca entre derechos y deberes. Pero hay quienes consideran que la tesis de la correlatividad de los derechos es falsa, ya que no siempre el derecho de B es correlativo con la obligación de A. Por ejemplo: B puede tener un derecho contra A de hacer p, sin que por ello A tenga el deber de abstenerse de hacer p. Un boxeador tiene el derecho de trompear a otro, pero dicho derecho no presupone ni implica el deber del otro de dejarse trompear (ejemplo tomado por Rosenkrantz de Genaro Carrió). La víctima puede tener derecho a que la conducta dañosa no se realice, aun cuando el agente causal del daño tenga derecho a realizarla (o sea no

tenga deber de abstenerse), pero esto no niega la existencia de la obligación (deber de compensar).

Mas allá de si la tesis de la correlatividad de los derechos es falsa o no, Rosenkrantz considera que la concepción retributiva no implica que tome posición respecto a la correlatividad entre derechos y obligación y que el problema, al igual que en la concepción económica, también radica en la relevancia moral de la acciones.

*Posición de Rosenkrantz:* En primer lugar sostiene que las acciones deben ser tomadas en cuenta y ser la base de una teoría correctiva de la responsabilidad extracontractual. A partir de esta idea elabora las bases para formular una tercera concepción a la que llama «*compensatoria*» y es de tipo objetiva, porque disocia la obligación de compensar de la culpa del agente. Lo primero que hace es referirse a la relevancia moral de las acciones y distinguir dos maneras de tener en cuenta a nuestras acciones. Así, a una manera de tenerlas en cuenta la llama «*forma derivada*» y consiste en lo siguiente: la acción  $p$  de  $A$  es tomada en cuenta cuando la realización de dicha acción por  $A$  es la razón por la que justificamos la asignación a  $A$  de premios o castigos, mas algo agregativo y es el hecho que si castigamos o premiamos dicha acción maximizaremos la autonomía o el bienestar de la sociedad. A la otra manera de tomar en cuenta a nuestras acciones, la llama «*la forma sustancial*» y consiste en que cada uno de nosotros internalice los costos y aproveche los beneficios de lo que hace, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión, como por ejemplo la maximización de la riqueza en la concepción económica, o que sólo deben compensarse las acciones incorrectas en la compensación retributiva. Según Rosenkrantz la forma sustancial de considerar nuestras acciones determina una teoría de la responsabilidad, basada en el principio de que la sociedad debe adscribir las consecuencias dañosas de una acción a aquel que causó dichas consecuencias, independientemente de si actuó con culpa.



La concepción compensatoria -como el mismo Rosenkrantz lo expresa- tiene un objetivo muy modesto, y es afirmar que debemos compensar aquellos daños que causamos. En este sentido no aspira a maximizar la riqueza, como la concepción económica; ni se deriva de las consideraciones acerca de la corrección o incorrección de las acciones, como la concepción retributiva.

La concepción compensatoria, de base objetiva, según Rosenkrantz, necesita de un argumento adicional -además de sostener que debemos compensar los daños que causamos- y es la idea que debemos vivir de acuerdo con nuestras decisiones, pues ello tiene un valor intrínseco. La obligación de compensar derivará de la conjunción entre la idea que nuestras acciones son relevantes y la idea que es bueno vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

Rosenkrantz piensa que la concepción compensatoria sostiene que se deben compensar las consecuencias dañosas de una acción, independientemente de si se actuó con culpa, y esto descansa sobre una teoría de la causalidad, o sea una teoría que conecta acciones con consecuencias. Considera que la causalidad no es una noción que dependa de una teoría de la responsabilidad. Puede ser una noción fáctica, pero el problema es determinar que tipo de noción fáctica: si se asocia con una condición sine qua non, con la previsibilidad, o con la idea de tener control. Rosenkrantz encuentra algunos problemas en cada una de estas nociones y por ello sugiere que «la noción de causa está asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos, lo que a su vez dependerá de la moral positiva de esa comunidad y esto, a su vez, de la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus acciones en el bienestar de los otros». Expresa que es una noción «adscriptiva» en el sentido de adscribir un resultado a determinada acción y adscriptiva negativa porque se la usa para adscribir penas, reproches, la obligación de compensar, etc. En cuanto a la moral positiva considera que es lo que la comunidad crea que

cierta consecuencia que se encuentra dentro del conjunto de consecuencias sobre las cuales el agente tiene control, debieron haberse previsto y evitado por el propio agente.

Con esta noción de causa, se pregunta Rosenkrantz sobre el *alcance de la obligación de compensar*. Para ello recurre a dos ideas. Una es la de casos paradigmáticos, entendiendo que la noción de causa sea el resultado de lo que pensamos para casos paradigmáticos y esto permite sostener que no todo lo que causamos es algo que debemos evitar. El caso paradigmático es lo que los miembros de la sociedad piensan que se debe evitar, y no lo que dichos miembros piensan para cada uno de los casos en particular. Si el caso particular comparte rasgos característicos con el caso paradigmático, entonces se lo incluye. Por ejemplo: Que un paradigma causal sea la compulsión física a que otro haga algo dañoso y la sociedad encuentra que debemos evitar realizar esa conducta, esto es un caso paradigmático. Ahora supongamos que A empuja a B, quien como consecuencia del empujón daña a C. Este caso comparte los rasgos centrales del paradigma de daño mediante compulsión física que la sociedad considera que se debe evitar, entonces podemos decir que A fue la causa del daño a C. Esta es una idea de Rosenkrantz de reconstruir la noción de causa a partir de paradigmas y determinar el alcance de la compensación.

Pero explora otra idea para resolver el problema del alcance y es relativa a la existencia de un derecho previo a no ser afectado. En este sentido, con cita de Coleman, distingue el concepto de daño del concepto de pérdida. Las pérdidas son todas las consecuencias contrarias a los intereses de una persona, mientras que los daños son las consecuencias contrarias a los intereses de una persona, cuando dichos intereses están protegidos por una expectativa legítima de no ser afectados. También con cita de Coleman expresa que dichas expectativas dependen de aquello a lo que tenemos derecho; la existencia de un daño depende conceptualmente de la existencia de un derecho previo. Pero Rosenkrantz considera que la estrategia es equivocada porque no hay relación entre el deber de compensar de uno y las expectativas legítimas del

otro. La importancia normativa de los daños no se deriva de los derechos que tenemos a que los daños no se produzcan, sino que los daños son anteriores, considera que los daños no dependen de los derechos de otro a que no se produzcan, sino que tenemos derechos justamente porque podemos ser dañados. El derecho de B a ser compensado no deriva del derecho a que A no haga la acción. Lo que quiere decir Rosenkrantz es que no hay relación entre la obligación de compensar y los derechos de la víctima a que no se realice la acción que le causa daño, o sea para establecer el alcance de la obligación de compensar no se puede recurrir a las expectativas legítimas de las víctimas de los daños, respecto de las conductas que los agentes causales del daño deberían haber evitado. Estas expectativas no tienen relación con la obligación de compensar. Pone como ejemplo el caso del escalador de montañas, que pertenece al Profesor Feinberg. Resumiendo, se trata de un escalador que en medio de una tormenta se encuentra en la alternativa de morir de frío o romper la ventana y entrar en una cabaña deshabitada. Si el dueño de la cabaña no tiene derecho a impedir que el escalador irrumpa, pero esta falta de derecho, no impide sostener que el dueño de la cabaña tiene derecho a ser compensado por los daños sufridos en la cabaña.

«La concepción compensatoria no justifica la existencia del deber de compensar a partir del derecho a que no se realice la acción dañadora. La obligación de compensar existe, aun cuando no exista en cabeza de la víctima del daño el derecho a que quien causó el daño no haya lo que de hecho hizo. En mi visión, la obligación de compensar es una consecuencia del principio que requiere que tomemos en cuenta las acciones que realizamos, tal como lo exige la idea que debemos vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones» (Rosenkrantz, Carlos).

Entre el párrafo anterior y lo expresado en el Capítulo Tercero a que se tiene un derecho subjetivo a no ser dañado en cabeza de la víctima, parece haber contradicción. En efecto, Rosenkrantz dice que a partir del derecho a que no se realice la acción dañadora, no se justifica la existencia del deber

de compensar y yo expresé que se tiene un derecho subjetivo a exigir no ser dañado, que se correlaciona con el deber jurídico de no dañar (lo que significa abstenerse de realizar la acción dañosa) y para el caso que eso suceda (realizar la acción dañosa) a exigir reparación. Considero que son dos puntos de vista distintos: para Rosenkrantz, los daños son anteriores y su importancia normativa no se deriva de los derechos que tenemos a que los mismos no se produzcan, o sea derecho a que no se realice la acción dañosa; mientras que yo estaría admitiendo la tesis de la correlatividad entre derecho-deber, que para Rosenkrantz es falsa. También Hart considera -como ya se expresó- que las personas tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conductas dañosas.

En cuanto al alcance de la obligación de compensar, la idea de Rosenkrantz es que el principio que justifica la limitación a la obligación de compensar, no debe provenir de los derechos de la víctima, sino de algún otro principio distinto y que lo encuentra en las reglas de una práctica o institución social, en este sentido la obligación de compensar debe limitarse cuando las reglas de esa práctica o institución social así lo requieran, siempre que esas prácticas o instituciones puedan justificarse en virtud de que producen beneficios mutuos y que tales beneficios no se producirían sin la limitación a la obligación de compensar. Por lo tanto, la limitación a la obligación de compensar, no depende de los derechos del agente causal del daño a realizar determinadas conductas, ni del derecho de la víctima a que dicha conducta no se realice. Un ejemplo que proporciona Rosenkrantz aclara las reglas de una práctica o institución social, tal es el caso del mercado: supongamos que el mercado no podría funcionar si aquellos que como consecuencia de producir mejor y más barato bienes apreciados por otros, tuvieran que compensar los daños que causan a quienes carecen de esa habilidad para producir bienes. La idea que está detrás de esta suposición es que si hubiera que compensar nadie se arriesgaría a producir mejor y más barato, puesto que si fallan deberían cargar con todas las pérdidas y si tienen éxito deberían compartir los beneficios

con aquellos a quienes han causalmente perjudicado. Por lo tanto, si quienes producen mejor y más barato deben compensar a quienes no lo hacen, la institución social del mercado no podría existir. Otro caso sería justificar el juego del rugby: supongamos que A y B son jugadores de rugby de distintos equipos y que A, en un match daña involuntariamente a B. Primero hay que averiguar como se justifica el juego del rugby: temple el carácter, fortalece el físico, fomenta el compañerismo y divierte a quienes lo practican. Ahora, el rugby podría jugarse si los jugadores fuesen obligados a compensar los daños que involuntariamente causan? ¿Seguiría siendo el mismo juego? Es posible que no, pues los jugadores no se involucrarían en cada una de las jugadas del modo en que lo hacen por temor a causar un daño involuntario. Distinta sería la situación si el daño causado es intencional.

### *Consecuencias jurídicas de la concepción compensatoria*

Señala Rosenkrantz que la concepción compensatoria de la justicia correctiva construida sobre la idea de la relevancia moral de nuestras acciones y de la importancia de vivir de acuerdo con ellas, presupone alguna conexión entre el derecho y la moral.

Expresa que una de las consecuencias jurídicas de esta concepción de responsabilidad de tipo objetiva, es que no puede ser vista como una excepción al régimen general de la responsabilidad civil y no necesita una explicación *ad hoc* y una justificación mayor que la obligación de responder en los casos en que los daños fueron ocasionados por culpa. «Debemos responder por lo daños que causamos con independencia de los contenidos subjetivos de nuestras acciones, en virtud de que la compensación es una consecuencia de la idea que la única manera en que un sistema social respeta la relevancia de nuestras acciones es si impone la obligación de compensar las consecuencias dañosas de ellas» (Rosenkrantz, Carlos F.). Es más, considera que se necesita una explicación *ad hoc* y una justificación mayor cuando los códigos y leyes

requieren que se haya actuado con culpa para imponer la obligación de compensar, ya que la exigencia de la culpa como condición de la obligación de compensar, sólo estará justificada si fuera requerida para que la práctica o institución que se considera justificada por conseguir beneficios mutuos, pueda seguir existiendo.

Otra consecuencia es que la concepción compensatoria es una superación del debate acerca de la cuestión de la responsabilidad por daños causados por conductas lícitas, que se plantea sobre todo en el ámbito de la responsabilidad del Estado y en los casos de estado de necesidad. Considera el autor que en estos casos se responde por los mismos principios: se debe compensar por el mero hecho de haber causado el daño, salvo que la compensación haga imposible la existencia de prácticas o instituciones que funcionan para beneficios mutuos.

La base objetiva de la postura de Rosenkrantz se advierte con claridad en el siguiente párrafo: «La obligación de compensar no se correlaciona con la existencia de un derecho de la víctima a que el agente causalmente responsable del daño no haga lo que hizo, la discusión acerca de si la conducta que causó el daño fue correcta o incorrecta deviene en intrascendente. La fundamentación de la obligación de responder no reside en la violación de ningún deber por parte de quien causó el daño. Lo único que interesa a los fines de la compensación es, primero, si una conducta causó daño y, segundo, si existen razones que aconsejan limitar la obligación de compensar en virtud de la necesidad de preservar una práctica o institución cuya existencia no puede ser preservada a menos que se adopten limitaciones a la obligación de compensar».

Por último, otra consecuencia señalada por el autor, es que considera injustificada la compensación de daños que no sean consecuencia de la conducta del agente. Quien no daña no puede ser obligado a compensar daños de ningún tipo, lo que lo lleva a no aconsejar sistemas de responsabilidad civil como el de Nueva Zelandia.

**Apreciaciones:** Haber realizado un resumen del pensamiento de Rosenkrantz, puede parecer no adecuado, pero el

objetivo fue dar cuenta de otra manera de análisis de la responsabilidad civil extracontractual en lo que respecta a las razones que justifican la obligación de compensar.

La concepción compensatoria de Rosenkrantz es de base objetiva, parte de la idea de que debemos reparar los daños que causamos y descansa sobre una teoría de la causalidad que asocia la noción de causa con casos paradigmáticos y como esto puede resultar muy amplio establece límites a la reparación, que surgen de las reglas de alguna práctica o institución social que sea necesario preservar y por ello limitar la reparación de algunos daños que deberían ser soportados por las víctimas. Esta postura es muy interesante y la asocio con el responder-distribución de López Olaciregui.

Ahora quizás le asista razón a Papayannis <sup>218</sup> cuando expresa: «No obstante, debe tenerse en cuenta que el trabajo de Rosenkrantz es un trabajo filosófico, con un nivel de abstracción que lo hace inaplicable directamente a la resolución de casos. La filosofía no cumple la misma función que la dogmática. Si llegásemos a la conclusión de que Rosenkrantz tiene razón, entonces, deberíamos emprender una tarea de elaboración dogmática que sea compatible con la concepción compensatoria».

Supongamos que a Rosenkrantz le asista razón. En definitiva lo que exige para que proceda la reparación son tres cosas: el daño causado, causalidad y un factor objetivo de atribución, la culpa se aplicaría por excepción. No se hasta que punto la dogmática actual está tan alejada de esta manera de entender la responsabilidad. En general los autores dogmáticos consideran que hay casos en los cuales los daños se reparan y está ausente la antijuridicidad, por las razones que se dieron en el Capítulo Tercero. Hay quienes centran el eje en dos elementos: el daño y la causalidad.

---

<sup>218</sup> Diego Martín PAPAANNIS, «En torno a la teoría del derecho de daños», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IX, N° VIII, agosto de 2007, pág. 28.

Quizás lo que pueda discutirse con Rosenkranzt es como construye la noción de causa. Vale la pena recordarlo: «la noción de causa está asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos, lo que a su vez dependerá de la moral positiva de esa comunidad y esto, a su vez, de la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus acciones en el bienestar de los otros». Para el autor, esta no es una noción fáctica, pero también se refiere a lo que se debe evitar, a lo que se puede prever y controlar, a lo que la comunidad espera que evitemos en casos paradigmáticos. Es verdad que no es una noción fáctica pensar en lo que la comunidad espera que evitemos en casos paradigmáticos, pero esta noción de causa, no me parece estar tan alejada de la noción fáctica de previsibilidad que se maneja en la dogmática y que se la construye teniendo en cuenta las normas del Código Civil. Si bien no es motivo de esta investigación lo relativo a la relación de causalidad, podemos decir que se es responsable de los daños previsibles, de los que tengan una adecuada relación causal entre el hecho y el daño, sabemos también que se responde por las consecuencias mediatas cuando fueron previsibles.

Es posible que la noción de causa que sostiene Rosenkranzt descansa en lo que se debe evitar y controlar, en lo que la comunidad espera que se evite, mientras que la dogmática, si bien también se refiere a lo que se debe evitar, apunta más al daño ya causado y por cuales consecuencias se responde, en base a un juicio de previsibilidad. Sería una noción que se construye *a posteriori* de la producción del hecho dañoso, mientras que Rosenkranzt está pensando en una noción con independencia del hecho dañoso.

En cuanto a la base objetiva de la concepción compensatoria, que para Rosenkranzt no puede ser vista como una excepción al régimen general de la responsabilidad civil y no necesita una mayor explicación y justificación que en los casos que se deba responder aplicando el factor culpa; es de tener en cuenta que en la resolución de casos concretos, los



factores objetivos se aplican lado a lado con los subjetivos, según el caso que se trate y las disposiciones normativas. Por su parte, la dogmática no trata a los factores objetivos como de excepción y da a ambos-subjetivos y objetivos- la justificación que cada uno merece.

Lo que pasa es que Rosenkrantz delinea su teoría con base objetiva porque parte de la idea de que debemos compensar aquellos daños que causamos y que debemos vivir de acuerdo con nuestras decisiones y que nuestras acciones tienen relevancia moral. Comparto plenamente estas ideas, pero ello no implica que a la hora de establecer la compensación pueda aplicarse -según el caso- un factor objetivo o subjetivo de atribución. Pero Rosenkrantz se inclina por los objetivos, porque se adecuan más y le permiten establecer el alcance o el límite a la obligación de compensar, que como sabemos lo encuentra en las reglas de alguna práctica o institución social que genera beneficios mutuos y que tales beneficios no se producirían, o la institución dejaría de existir si en determinados casos la compensación no se limitara. La base del límite es objetiva, hay daños que en el responder-distribución, deben ser soportados por las víctimas para que la institución -por ejemplo el mercado, que es el mejor modo de asignación general de recursos- no se destruya. Si tuviéramos que compensarnos mutuamente los daños que nos ocasionamos compitiendo en el mercado, la institución dejaría de ser lo que es. Pero considero que estos daños no se compensan porque funcionan las reglas de la competencia y en caso que no se respeten, el factor culpa aparece y obliga a compensar cuando se violan las reglas de la competencia leal. Si bien este punto de vista de encontrar el alcance o el límite a la obligación de compensar, teniendo en cuenta las reglas de la práctica o la institución en la que se causó el daño, es un área que podría trabajarse en la dogmática.

Sostuve que una acción es voluntaria cuando el agente puede dejar de realizarla si así lo desea y que la línea de demarcación entre «voluntario» y lo «involuntario» se traza según el criterio de posibilidad de control que el agente tenga con respecto a sus propios actos. Pero también tengo presen-

te que el objetivo del derecho de daños, como lo sostienen la mayoría de los juristas, es la compensación del daño injustamente sufrido, y que se deben reparar ciertos daños con independencia de nuestra voluntad de causarlos. Señala Papayannis: «que la moderna teoría de la reparación de daños funciona hoy sobre la misma plataforma que el sistema del Código de Vélez Sársfield. Así la teoría de los hechos y actos jurídicos sigue determinando que los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna (art. 900 C.C.)... Todo el pensamiento jurídico se forma a partir de una teoría basada en la voluntad, o lo que es lo mismo, en la ineficacia de todo acto celebrado sin discernimiento, intención y libertad. Esta construcción es óptima para regular los contratos pero no para el derecho de daños... En el derecho de daños la voluntad juega un papel residual» (Papayannis, Diego M.: 2007, 29). No acuerdo totalmente con este pensamiento, quedó demostrado en el Capítulo Segundo, como la mayoría de los autores dogmáticos consideran que no es necesario que concurra la voluntad, con sus tres elementos, para configurar al hecho del agente como una acción, también entienden que los actos ilícitos pueden ser voluntarios o involuntarios y dan razones para apartarse de lo dispuesto en el art. 898 del Código Civil, que prescribe que los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Por mi parte, sostuve en el Capítulo Segundo que si bien el art. 898 establece una regla muy clara, llegado el caso de tener que ordenar una indemnización por razones de equidad, la misma procederá sea que se considere al hecho involuntario como ilícito o no, y esta es una buena razón para justificar la compensación de un daño injusto.

Considero que la teoría actual del derecho de daños, responde a un nuevo paradigma, que es explicar y dar cuenta de la compensación de los daños injustamente sufridos, en esto tampoco estoy de acuerdo con el pensamiento de Papayannis que considera: «... que el problema de la doctrina es que el cambio de paradigma que se dio luego de la reforma de 1968 no fue acompañado por una nueva teoría capaz de explicar el deber de reparar» (Papayannis, Diego M., 2007, 28).

**Consideración final:** En lo que sí acuerdo con Papayannis es en que: «... la distinción entre el filósofo del derecho y el dogmático es de grados. El filósofo trabaja en un nivel de abstracción mayor que el dogmático, pero ambos hacen teoría. La dogmática sin fundamentación carece de sentido, y el pensamiento filosófico sin el refinamiento dogmático es insuficiente para mejorar la práctica. Unos necesitan de los otros. El dogmático necesita del filósofo para comprender la práctica, y el filósofo necesita del dogmático para elaborar el instrumental jurídico que hace accesibles los principios más abstractos a los jueces y abogados que protagonizan la práctica. La dogmática es el puente necesario entre la filosofía y los actores del derecho de daños» (Papayannis, Diego M., 2007, 34.)

Por último, concluyo esta investigación con un pensamiento de un jurista cordobés: «Pensamos que la responsabilidad, antes que materia propia de las disciplinas normativas, es una nota característica de la persona humana, tanto para quienes la concebimos como valor trascendental, como para quienes la ubican en el terreno estrictamente material, o pe-recedero. Recuérdese que cuando los filósofos de la antigua Grecia querían distinguir las diversas categorías en que se componía el cosmos, enseñaban que el hombre se distinguía de las demás cosas inanimadas o animales, precisamente por esa rara peculiaridad de «ser responsable» (Palmero, Juan Carlos, *El daño involuntario*, 1973, 18),



## CONCLUSIONES GENERALES

En cada capítulo y en las partes que componen los mismos, se expresan conclusiones. Si bien en cada uno se desarrolla un problema distinto, lo que ahora pretendo es formular conclusiones generales que conecten los cuatro capítulos.

1. El título Derecho de Daños fue elegido por ser más abarcativo y despegar la responsabilidad civil del acto ilícito, si bien la investigación se concentra en cuestiones puntuales referidas al deber general de no dañar y a la obligación de compensar los daños.

2. Emitir un enunciado de responsabilidad, es emitir un enunciado de imputación con implicancias normativas. Un individuo sólo es responsable cuando jurídicamente es posible enlazar una consecuencia normativa a determinados actos, acciones u omisiones cometidas. La consecuencia normativa consiste en una sanción, por lo que ésta configura la propiedad relevante. Cuando es posible aplicar la sanción se está en la «oportunidad», «circunstancia adecuada» de usar la palabra «responsabilidad». La responsabilidad no está unida a la conducta, no es algo ínsito a ella, sino la posibilidad de ser sancionado.

3. En la responsabilidad civil, causado el daño, existe la posibilidad de ser sancionado, o sea de ordenar la reparación. La sanción opera como condición necesaria para que alguien sea jurídicamente responsable, pero no es condición suficiente, porque hay situaciones en las cuales no se dan las condiciones para sancionar.

4. Cada vez que se afirma que X tiene un derecho, aparece el deber de otro como su correlativo, o el no derecho como su opuesto. En este sentido si X tiene el derecho o pretensión a

no ser dañado por Y, y en caso de sufrir daños, tiene el derecho o pretensión a que se reparen los daños causados, por lo tanto Y tiene el deber de abstenerse de dañar y si causa daños tiene el deber de repararlos (derecho o pretensión y deber como correlativos). Si X no tuviera derecho o pretensión a que se le reparen los daños, estaría en una situación de no-derecho (derecho o pretensión y no-derecho como opuestos).

5. Entender la relación jurídica entre X e Y como privilegio y no derecho, significa que si X tiene el privilegio de desarrollar su vida y usar y gozar de sus bienes, tiene tanto el privilegio como el deber de hacerlo: no tiene el deber de abstenerse (privilegio como opuesto a deber). Mientras que Y no tiene derecho a que X no lo haga (privilegio como correlativo de no-derecho); en ese caso Y no tiene deber alguno, sino que no tiene derecho a impedir el goce de X, y si lo infringe el reclamo no será porque infringió un deber, sino porque perturbó una permisión.

6. En el campo de la responsabilidad civil, el daño causado es condición necesaria para emitir un enunciado de responsabilidad. Causar daños es violar un deber jurídico, o no ajustar el comportamiento al patrón de conducta previsto en la norma. La sanción es la consecuencia prevista en la norma y consiste en la obligación de resarcir el daño causado.

7. El daño conjuntamente con una relación de causalidad adecuada y algún factor de atribución, son condiciones suficientes para que opere la sanción.

8. La nueva concepción del daño se presenta como un enunciado bifronte. Por un lado construido *a priori*: todo daño debe ser reparado, y por otro lado *a posteriori*: lograr que todo daño sea reparado debe encontrar soporte en alguna norma del sistema.

9. Autor de un hecho es quien realiza movimientos corporales sin coacción física y que producen un cambio en un estado de cosas en el mundo.

10. La autoría se requiere como elemento autónomo para ordenar la reparación de daños, en una importante cantidad de casos, pero no en todos; por lo que no es un elemento cons-

tante. No se subsume en la antijuridicidad, porque ésta tampoco es un elemento necesario en todos los casos.

11. Una acción es voluntaria cuando el agente puede dejar de realizarla si así lo desea. La línea de demarcación entre lo «voluntario» y lo «involuntario» se traza según el criterio de posibilidad de control que el agente tenga con respecto a sus propios actos.

12. La acción no es un elemento necesario para ordenar la reparación de los daños causados

13. El art. 907 del Código Civil argentino, resulta de aplicación a todos los supuestos en que se causó daño proveniente de hechos involuntarios, entendiendo por estos a aquellos casos en que se obró con ausencia de discernimiento, intención o libertad. Se requiere que el agente sea autor del hecho, por lo que se excluye como supuesto de aplicación del art. 907 del Código Civil, el caso de la vis absoluta (realizar el movimiento corporal como resultado de una fuerza física irresistible)

14. La abstención u omisión es una modalidad de la acción ya que «Un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión». La abstención también es voluntaria, ya que el agente decide no realizarla, tiene control sobre sus propios actos. Con referencia al art. 1074 del Código Civil, sólo es responsable de las omisiones que la ley le impone realizar y que puede ejecutar en ocasiones determinadas, o sea lo que surge de *lege lata* es un deber positivo individual, ya que se es responsable por una omisión cuando una disposición legal impone la obligación de cumplir con el hecho omitido. De *lege ferenda* puede discutirse si también se tienen deberes positivos generales, en el sentido de no omitir acciones que sólo requieren un sacrificio trivial.

15. Derivar normas implícitas mediante argumentos no lógicos, si bien permite desarrollar el derecho vigente, las normas derivadas dependen, en gran medida, de introducir juicios de valor.

16. Derivar normas implícitas mediante argumentos lógicos, si bien se derivan normas necesarias y sin apelar a jui-

cios de valor y también se desarrolla el derecho vigente, parece una tarea insuficiente.

17. El método lógico para derivar normas puede completarse con otro que también permita implicar normas y que refleje la tarea que realizan los juristas.

18. El método de implicación conceptual permite derivar de una norma explícita (escrita), otra no escrita o implícita. La forma de derivación se logra admitiendo que en la norma explícita se encuentra presupuesto algún concepto jurídico de los que crea o elabora la ciencia jurídica.

19. La norma que prescribe «Obligatorio no dañar» o «Prohibido dañar», se deriva del art. 1109 del Código Civil y del art. 19 de la Constitución Nacional; porque se presuponen en dichos artículos los conceptos de antijuridicidad, daño y deber jurídico. Sería una inconsecuencia del legislador admitir dichos conceptos jurídicos y no admitir la norma que prohíbe dañar, que se deriva de los mismos.

20. No cualquier concepto jurídico sirve para derivar normas implícitas, sino sólo aquellos que gozan de solidez, consenso y fueron elaborados por la dogmática a través del tiempo hasta lograr un concepto no discutido.

21. La implicación conceptual constituye una exigencia a favor de la racionalidad, que la aleja de introducir en la metodología juicios de valor y también opera a favor de la neutralidad de la ciencia.

22. La norma que «Prohíbe dañar» es una norma implícita que integra el derecho vigente argentino, junto con las explícitas. El *naenem laedere* y el *alterum non laedere* pueden considerarse un principio general del derecho argentino y la obligación de no dañar a otro una verdadera norma jurídica.

23. Causar daño a otro, viola la norma implícita en el derecho argentino que establece la prohibición de dañar y dichos daños deben ser reparados, aun cuando provengan de conductas lícitas o permitidas, salvo que operen causas de justificación.



24. La norma implícita que impone el deber de no dañar, se correlaciona con el derecho subjetivo a exigir no ser dañado y en su caso a exigir la reparación del daño causado.

25. La antijuridicidad no es un elemento necesario (que esté presente en todos los casos) para que opere la responsabilidad civil. Pero se la sigue sosteniendo como elemento, aunque a veces esté ausente, por tratarse de un concepto jurídico sólido y utilizado por la ciencia jurídica. Asimismo, en esta investigación, se lo utilizó para derivar la norma que prohíbe dañar.

26. El *alterum non laedere* (no dañar a otro) es un principio general sólido que subyace en el derecho argentino.

27. El principio *alterum non laedere* es un principio constitucional. Funciona como un mandato de optimización, en el sentido de ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, en este caso que no se dañe a otro.

28. Relacionado con el daño, la libertad individual del hombre en sentido negativo, se encuentra limitada por la ley para satisfacer el valor justicia. Quien haciendo uso de su libertad y sin que nadie se interponga en su actividad, causa daño a otro, la ley impone responsabilidad. La responsabilidad es una consecuencia de hacer uso de la libertad.

29. En todo grupo social existe la convicción moral de que los daños causados deben ser compensados, de que es injusto sufrir un daño y de que pueden considerarse injustas a las normas que no distribuyen de manera igualitaria la compensación de los daños, o que niegan para todos la reparación de algunos daños. Esta es una de las maneras de conectar el derecho con la moral.

30. La teoría actual del derecho de daños, responde a un nuevo paradigma, que es explicar y dar cuenta de la compensación de los daños injustamente sufridos y esta es una buena razón que justifica la obligación de reparar.



## INDICE BIBLIOGRÁFICO

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, versión castellana: Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGOGLIA, María M., «¿Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil?», en *Derecho privado*, libro homenaje a Alberto Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- ALEXY, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» en *Doxa 5*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, España, 1988.
- ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª ed. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Temas de responsabilidad civil*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Bs. As., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- AMADEO, Sebastián José, *Derecho penal argentino I*, 9ª reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1983.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 3ª reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990.

- BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I.
- BUERES, Alberto J., «El daño injusto y la ilicitud de la conducta», en *Derecho de daños*. Primera Parte, Buenos Aires, La Rocca, 1991.
- «La antijuridicidad», en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, director: Carlos G. Vallespinos, Córdoba, Advocatus, 1997.
  - *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de derecho civil. Parte general*, 3ª ed. actualizada, Córdoba, Advocatus.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible, Responsabilidad civil/24*, Alberto Bueres dirección, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- CERUTTI, María del Carmen, «Introducción al conocimiento jurídico», en *Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: Materiales de Estudio, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, t. 3, 2005.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- COPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, 29ª ed., Buenos Aires, Eudeba Manuales, 1986.
- ESTEVILL, Luis Pascual, *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil, Parte general*, Barcelona, Bosch, 1989, t. I.
- ERNST, Carlos, *Los derechos implícitos*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1994.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «El enunciado de responsabilidad», en *Doxa 19*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, España, 1996.
- «Es éticamente justificable el paternalismo jurídico», en *Derecho, Ética y Política*, Parte II. Ética, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto - SPOLANSKY, Norberto E. - NINO, Carlos S. - URQUIJO, María E., *Lenguaje y acción humana*, Buenos Aires, Monografías, Ad-Hoc, 2007.
- GHERSI, Carlos A., *Responsabilidad civil/9*, director: Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, Caps. II, III y V.
- *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Diez tesis sobre la acción humana», en *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 10, México, Fontamara, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A., *El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed. traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 1995.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARRELLADA, Carlos, *Responsabilidad civil/9*, director: Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, Cap. X.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires-Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José María, «Esencia y fundamento de la responsabilidad civil», en Revista de responsabilidad civil y seguros, La Ley, año 1, Nº 1, enero-febrero de 1999.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., «Función actual de la responsabilidad civil», en AA.VV., *Derecho de daños*, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1991.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, «El acto ilícito y la responsabilidad civil», en *La responsabilidad*, homenaje a Isidoro H. Goldenberg.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», en *La responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000, ed. de Fernando Pantaleón.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte General*, reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, t. I.
- «Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones», en AA.VV., *Responsabilidad por daños*, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coordinadora), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.
- NINO, Carlos S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, Colección Temas, 1987.
- *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Buenos Aires-Córdoba, Lerner, 1974.
- *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Lerner, 1981.
  - *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980.
- OSSOLA, Federico A., «La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?», en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, director: Carlos G. Vallespinos, Córdoba, Advocatus, 1997.
- PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- PALMERO, Juan Carlos, *El daño involuntario. Indemnización de equidad*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- PAPAYANNIS, Diego M., «En torno a la teoría del derecho de daños», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IX, N° VIII, 2007.
- PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2.

- ROSENKRANTZ, Carlos F., *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual*, Lecciones y Ensayos, Nº 67/68, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., *Responsabilidad civil/9*, director: Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, Cap. XI.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino I*, 9ª reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1983.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, 2ª reimpresión de la 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986.
- VON WRIGHT, Georg H., *Norma y acción*, traducción de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- «Reflexiones sobre la ilicitud», en J.A., 1981-IV-732-742.





## INDICE GENERAL

Introducción al tema elegido .....	11
------------------------------------	----

### Capítulo Primero Problemas de lenguaje

Significado del término responsabilidad	
¿Cuándo alguien es o debe ser considerado responsable? .....	19
Análisis descriptivo del uso del término responsabilidad por los teóricos del derecho y juristas ius privatistas .....	19
Criterios de uso de término responsabilidad .....	22

### Primera Parte

1. Significado del término responsabilidad desde la perspectiva de la Teoría general del derecho .....	24
1.1. El enunciado de responsabilidad según Garzón Valdés .....	24
1.2. Criterio de uso del término «responsabilidad» en Kelsen .....	29
1.3. Incursionando en Hohfe .....	35
1.4. Hart y el contenido de las normas jurídicas .....	44

### Segunda Parte

2. Criterio de uso en la dogmática «ius privatista» .....	48
Conclusión general de este capítulo .....	58

## **Capítulo Segundo**

### **La acción y la abstención causativa del daño**

#### **Primera Parte**

##### **Algunas cuestiones lógicas**

1. Temas que suscitan interés .....	64
1.1. Acción .....	65
Von Wright .....	66
1.2. Abstenciones .....	74
1.3. Relaciones lógicas entre actos y abstenciones elementales ..	79
1.4. El análisis de las normas .....	80
Análisis de los componentes o partes de las normas .....	80
2. El pensamiento de González Lagier .....	84
3. El pensamiento de Carlos S. Nino .....	92
Conclusiones .....	101
1. Relativas a la acción .....	101
2. Respecto a la voluntad y la acción .....	103
3. Relativas a las abstenciones .....	105
4. Respecto a los componentes de las normas .....	105

#### **Segunda Parte**

##### **Punto de vista de la dogmática**

1. Temas que suscitan interés .....	108
1.1. Acción - Autoría e Imputación .....	108
Imputabilidad y autoría .....	112
Intención y autoría .....	114
Libertad y autoría .....	119
1.2. Cuestiones a debatir .....	122
Pensamiento de los autores .....	127
1.2.1. Primeras apreciaciones .....	160
1.2.1.1. Aplicación del art. 907 del Código Civil .....	160
1.2.1.2. Autoría y acción .....	161
1.2.1.3. Qué es relevante para que se configure una acción .....	162

Dogmática penal .....	163
Postura adoptada .....	172
1.3. Abstenciones. Omisiones .....	177
Conclusiones generales de este capítulo .....	179

### **Capítulo Tercero**

#### **Existencia de una norma que prescribe el deber de no dañar**

#### **Primera Parte**

1. La antijuridicidad como elemento de la obligación de reparar el daño causado .....	182
2. Normas implícitas. Maneras de derivar una norma que resulta implicada en otra .....	184
2.1. Implicación a partir de argumentos no lógicos .....	186
2.1.1. La costumbre .....	187
2.1.2. Valoraciones e ideales éticos de la sociedad (argumento valorativo-moral) .....	190
2.1.3. El argumento de la interpretación .....	192
2.1.4. El argumento de los derechos no enumerados .....	196
2.1.5. El argumento teleológico .....	198
2.2. Implicación a partir de argumentos lógicos .....	202
2.2.1. Operadores deónticos - Interdefinibles - Reglas de inferencia .....	203
2.2.2. Implicación de normas según la postura de von Wrigh .....	222
2.2.3. Implicación de normas según la postura de Alchourrón y Bulygin .....	229
2.3. Implicación de normas según la postura de Carlos Ernst .....	237
¿Modifican el sistema las normas implícitas? .....	249
Conclusiones de esta primera parte .....	251

## Segunda Parte

### La antijuridicidad y el *alterum non laedere* en el pensamiento de la dogmática ius privatista

1. La antijuridicidad .....	252
2. El <i>alterum non laedere</i> .....	275
Conclusiones del pensamiento de los autores .....	281
3. ¿El deber general de no dañar genera un derecho subjetivo a no ser dañado? .....	283
4. La antijuridicidad en los Proyectos de Unificación .....	284
5. Referencia al <i>alterum non laederé</i> en fallos judiciales .....	286
Conclusiones de este capítulo .....	287

## Capítulo Cuarto

### Resultado de la acción o de la omisión: el daño causado. Reflexión sobre el daño injusto

1. El principio <i>alterum non laedere</i> como mandato de optimización .....	291
2. Libertad y responsabilidad .....	296
3. Compensación de los daños. Punto de contacto entre el derecho y la moral .....	298
4. Razones que justifican la obligación de reparar el daño sufrido. El límite a la obligación de compensar .....	302
Consideración final .....	317
<b>Conclusiones generales</b> .....	319
<b>Índice Bibliográfico</b> .....	325

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,  
en el mes de abril de 2012

