

# EN BUSCA DE LA ESENCIA DE LA ILICITUD

**Alferillo, Pascual E.**

Publicado: RCyS - Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini 2009 (abril), 17

## **1. Palabras iniciales.**

Sin lugar a hesitación, en este libro homenaje, convergerán juristas de distintos lares que en común tienen la vocación por el estudio del Derecho y un amigo, el Dr. Atilio Aníbal Alterini.

Cada cual tendrá sus recuerdos para relatar y los míos nacen en las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en los años 1982, 1984, 1986 y 1989, cuando el país reclamaba un profundo cambio de rumbo y los soñadores de un mañana mejor, entre los cuales se encuentra el homenajeado, preparaban y debatían sus propuestas de transformación, muchas de las cuales, por interpretar correctamente la evolución social, fueron elevadas al rango de norma.

Es por ello que cuando convocado a este merecido recordatorio, se me figuró la imagen (no podía ser de otro modo viniendo de Cuyo) de aquel añejador de vinos que luego de muchas décadas de paciente espera, inicia el ritual de destapar esa botella que tanto atesoró. Lo hace con delicadeza suma para saborear en breves sorbos la historia del producto.

La relectura del libro elaborado en el año 1963 por el dilecto amigo, bajo el nombre de "El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)", nos coloca en la misma situación que el catador que se deleita con íntima satisfacción ante la excelente bebida añejada por la sabiduría del tiempo.

Por ello, recordar los acontecimientos jurídicos acaecidos en el tiempo de su elaboración, permitirá dimensionar en su justa medida la trascendencia de su propuesta que se mide por la influencia sobre las generaciones que se han nutrido de su saber.

## **2. El origen de la ilicitud como parámetro clasificador de las responsabilidades.**

La pureza conceptual de los estudiantes de abogacía en sus primeros años - destinatarios primarios de su libro-, normalmente, desliza la inquietud y, de suyo, pedido de explicación para conocer las razones por las cuales existe un régimen diferenciado para la responsabilidad contractual diferente de la extracontractual en el Código Civil Argentino.

El art. 1107 de ese cuerpo legal marca la separación en el tratamiento normativo entre los dos ámbitos en los cuales se desenvuelve la responsabilidad civil, reconociendo la existencia de diferencias en el origen, en la estructura, en cuanto al tiempo de la prescripción y, finalmente, en la amplitud del resarcimiento.

En cuanto se relaciona con la estructura, la responsabilidad por el incumplimiento contractual sustituye o se adiciona a la obligación preexistente; mientras que la trasgresión al deber general de no dañar, da nacimiento a una obligación nueva, la de resarcir el perjuicio ocasionado.

En cuanto a la prescripción, la decenal reglada en el art. 4023 del Código Civil se aplica a las acciones derivadas del incumplimiento contractual; en cambio, el plazo de dos años del art. 4037 C.C. es para la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, se indemnizan por las consecuencias inmediatas y mediatas y, en ciertas hipótesis, de las causales, cuando se infiere daño como consecuencia de un hecho ilícito (arts. 902/905, 1068, 1069, 1078, 1109, y conc. C.C.) . En cambio, frente a un incumplimiento contractual se responde únicamente de las inmediatas y necesarias (art. 520 C.C.) y de las mediatas si se verifica dolo (art. 521 C.C.).

Finalmente y, en el aspecto que interesa a estas notas, cuando se narra la diferencia en la génesis se hace referencia a la existencia de una obligación preexistente en la contractual que Alterini en su evocado trabajo prefiere denominar con un criterio mas amplio: "decisión privada lícita". Y, en el ámbito aquiliano, a la violación de un mero deber no obligacional presidido por el clásico y siempre vigente, principio *alterun non laedere*.

En el trabajo de referencia advertimos que el profesor Alterini se introduce con su análisis, en el ámbito de la génesis de la ilicitud, para tratar de vislumbrar si realmente tienen naturaleza propia que justifique un tratamiento normativo diferencial para cada ámbito de responsabilidad o, si por el contrario, tienen esencia común que permitiría una reglamentación unificada.

### **3. La evolución de la doctrina jurídica en la década del sesenta.**

Para formar una correcta idea de la trascendencia de la investigación realizada por el profesor Alterini, escrita en el tercer año de diplomado como abogado, resulta oportuno recordar cuál era el estado de avance del pensamiento jurídico al tiempo de su elaboración.

En la década del sesenta se celebró uno de los acontecimientos jurídicos más relevantes para la doctrina civilista, como fue el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cuyos profesores, entre los cuales se encontraba su titular de cátedra, el Dr. Luis María Boffi Boggero, debatieron sobre la "Unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual".

Estos notables juristas, entre los cuales se enumeran Acdeel E. Salas, Hernán Racciatti, Roberto H. Brebbia, Rolando Moroni Petit, Edgard A. Ferreira, José J. Contte, Enrique C. Banchio, en la recomendación N° 16, aprobada el día catorce de octubre de mil novecientos sesenta y uno, señalaron: "1) La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal. 2) La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, o cuando el damnificado optase por la indemnización en dinero, o cuando por las circunstancias del caso el Juez considerase que se

agrava innecesariamente la situación del deudor. 3) La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil".

En esa comisión el profesor Roberto H. Brebbia sostuvo que "debe unificarse el régimen del resarcimiento en materia contractual y extracontractual y que el monto de la indemnización, en uno y otro ámbito, que está dado por la relación de causalidad, no debe variar según que el agente haya obrado con culpa (en sentido estricto o con dolo)...".

De igual modo, el Dr. Acdeel E. Salas, consideró que "no existe ninguna razón para distinguir el régimen del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que derivan del incumplimiento de un contrato..." recordando que "la comisión ha partido del principio de que es ilícita toda conducta que contraríe el ordenamiento jurídico, es decir, que viole un mandato o una prohibición del derecho. La ilicitud, en este sentido amplio, tiene consecuencias jurídicas muy diversas. Puede producir la modificación de la relación sustancial, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la mora. Puede ser que la reacción provoque la anulación del acto, como cuando su objeto es ilícito. Puede ser, además, que la conducta ilícita de un sujeto determine la reparación del daño que haya causado, como en los casos de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, como en el caso de la violación de un derecho crédito o de lesión a los derechos de un tercero...".

Como se colige, estas recomendaciones pusieron énfasis, para aconsejar la eliminación de las categorías en el Código Civil argentino, en la equiparación del resarcimiento pero no se advierte la existencia de un debate que intente visualizar si estos regímenes (contractual y extracontractual) eran realmente diferentes en su esencia, en la naturaleza de su génesis que está en la ilicitud. Esa tarea pendiente en la doctrina autorral, en la década del sesenta, fue asumida por el joven profesor Alterini.

#### **4. En busca de la esencia.**

La relectura de la obra permite inferir que el propósito del libro no se agota en poner a disposición de los estudiantes de abogacía un buen material de estudio, sino que fue mas allá, buceó en la profundidad de la ilicitud para dilucidar la esencia común, cualquiera fuere el origen de la contravención de la norma.

En ese sentido, en los primeros puntos desarrollados de su razonamiento (pág. 11), delimita su idea sobre el acto disconforme para fijar que "en el concepto lato de disconformidad se da la ilicitud objetiva, esto es, la conducta antinormativa, la conducta contraria a la que el ordenamiento jurídico considera permitida o debida".

Así lo sintetiza (pág. 33), cuando dice que "toda ilicitud, tiene un " *abstractum* " material, objetivo. Es la que hemos denominado en sentido lato trasgresión normativa, o disconformidad, cual desajuste de la conducta con las pautas del sistema jurídico. Ella luce en todo ilícito, en todo antijurídico – cualquiera sea la extensión que se le dé al término – y es presupuesto indispensable

de la sanción que se anexa a esa conducta, un poco como reafirmación de la vigencia del derecho".

En el siguiente párrafo (pág. 34), completa su pensamiento precisando que "toda acción no lícita tiene una materialidad (Cód. Civil, art. 913), que aparece como trasgrediendo lo querido por el sistema normativo. Y esa materialidad, despojada de toda consideración, sin agregarle ni quitarle nada, que se presenta, que se exhibe en toda conducta, es la que configura el "ilícito objetivo", el "incumplimiento considerado en sí propio".

A partir de esta conceptualización, el autor, marcó su preocupación por precisar el contenido jurídico de la terminología empleada, señalando (pág. 19) que usaba "la expresión *trasgresión normativa* para indicar la disconformidad en sentido objetivo, con prescindencia de toda subjetividad en el sujeto pasivo o en el sujeto activo; *ilicitud*, para el acto rodeado de los cuatro elementos integrativos que ya se indicaron, entre los cuales figura la culpabilidad en el autor y el daño para la víctima; *antijuridicidad* para la trasgresión normativa dañosa, imputable con prescindencia de la subjetividad del sujeto obligado...".

Como se infiere, la preocupación de Alterini, no se agota en advertir cual es la referencia común de toda ilicitud (la disconformidad con la norma), sino que indaga sobre el contenido del acto ilícito que entiende integrado por la antinormatividad mas culpabilidad mas daño. "Antinormatividad, dice el autor (pág. 25), como disconformidad objetiva; culpabilidad, sea en grado de culpa, fuera en grado de dolo; daño causado, como menoscabo patrimonial, por vía directa, indirecta o por vía del agravio moral...". Es por ello que en el ámbito aquiliano dijo (pág. 45) que "se considera que el "acto ilícito" presupone culpabilidad en el agente, deudor de la indemnización, no existe tal cuando la obligación de reparar se imputa objetivamente, con prescindencia de todo elemento intencional, por aplicación del principio *ubi emolumentum ibi onus*, que es base de la teoría del riesgo. En la terminología empleada anteriormente habría en el caso, una "antijuridicidad", pero no un acto ilícito, por carecer, precisamente, de uno de los elementos constitutivos".

En cambio, aseveró (págs. 37/38) que cuando "existe una "obligación primaria" de resarcir el daño, en el ámbito de la decisión privada lícita el resarcimiento es sólo un sucedáneo de la obligación primaria, que es la preexistente, la prometida. Ahora bien, objetivamente, el incumplimiento en esos términos, es antinormativo, configura una "trasgresión normativa". Pero ese sentido objetivo del incumplimiento, se vuelve ilícito en sentido *subjetivo* cuando, precisamente, existe subjetividad en el agente –a través de su dolo o su culpa– y subjetividad en el perjudicado –a través del daño sufrido–; de ese modo se configura, dados esos requisitos, un "acto ilícito", en el incumplimiento objetivamente ilícito, con los elementos imprescindibles de subjetividad..."

Como se deduce rápidamente, el autor, al encontrar como respuesta a sus inquietudes de que no existía diferencia esencial entre la ilicitud derivada del incumplimiento de un contrato de la proveniente de la infracción del deber de no dañar, pudo pregonar -a partir de ello- que era injustificado reglar- en nuestra dogmática mantener vigente- un régimen normativo diferenciado para cada clase de responsabilidad.

De igual modo, al conocer la esencia común y objetiva de la ilicitud pudo conjugarla con los otros presupuestos de la responsabilidad civil para elaborar un concepto propio de "acto ilícito" y vislumbrar, en paralelo, la razón por la cual se podía condenar la reparación de los daños causados sin culpar a un sujeto.

## **6. Palabras finales.**

La historia de este excelente producto del pensamiento jurídico contemporáneo trasunta, en primer lugar, la importancia que tiene para la evolución de la Humanidad que el jurista por algunos instantes tome distancia la vorágine en la cual vivimos y busque la pausa para meditar, en general, sobre la esencia de las cosas y, en particular, sobre la naturaleza última de las instituciones del Derecho.

Esas reflexiones cuando se realizan a temprana edad tienen la frescura de lo incontaminado, lo mas puro del sentir de justicia que anida en el corazón rebelde de los jóvenes juristas.

¡He ahí, el mensaje supremo del profesor Alterini para los tiempos...!

Ello por cuanto en su evocada elaboración doctrinaria dice a sus lectores sin expresarlo que hay que ir al centro de los problemas. Que es necesario asumir el compromiso de buscar la esencia de las figuras jurídicas para alcanzar las mejores propuestas que impulsen la evolución del Derecho.

Esta concepción objetiva de la ilicitud que ha permitido comprender su unidad conceptual más allá del origen de la misma, ha madurado en las cubas de la doctrina para convertirse en piedra basal en la evolución de la figura y en hito ineludible de conocer por los juristas nacionales y extranjeros.

La sabiduría del tiempo ha potenciado la calidad de un excelente producto que esta generación y las venideras disfrutarán.