

El acto ilícito y la responsabilidad civil

Luis Moisset de Espanés

Trabajo incluido en el Libro Homenaje a Isidoro H. Goldenberg, p. 95-102.

I.- Homenaje

El 1º de enero de 1995, en la primera carta que escribí en el corriente año, explicaba a Isidoro Goldenberg las razones por las cuáles, desde hacía algún tiempo, no remitía colaboraciones a Libros de Homenaje, en los cuáles los coordinadores establecían la materia a tratar y fijaban los temas que debía desarrollar cada participante¹.

Le expresaba, entonces, mi decisión de no participar si el trabajo que debía elaborar "... no representa lo que personalmente considere una investigación de interés, sobre un tema que previamente haya estudiado, y que sea fruto de mi libre elección"².

Culminaba la misiva manifestando: "No sé si esta

¹. "Estimado Isidoro: ... en esta oportunidad no sólo deseo cumplir con los deberes de cortesía social que en nuestro mundo impone el cambio numérico en el calendario, sino darte alguna explicación sobre la actitud que he tomado con relación a los Libros Homenaje que se están confeccionando en los últimos tiempos.

Una exigencia de los editores, cuya participación resulta indispensable pues de lo contrario es muy difícil encontrar quien afronte el costo de esas obras, ha deformado el sentido de las colaboraciones que se remiten, pues para satisfacer la exigencia de que la obra tenga "unidad temática", los que la coordinan eligen una materia, y luego establecen un índice ... y adjudican... el tema que deberá desarrollar cada colaborador, sea o no de su agrado, y responda o no a investigaciones serias que haya podido efectuar sobre el punto que le adjudicaron, con lo que su aporte termina convirtiéndose, las más de las veces, en un ejercicio escolar intrascendente, que no es el fruto de investigaciones serias y solamente sirve para que figure un nombre más en la nómina de los que han participado en el Libro".

². Agregaba, en la mencionada carta que, "por ejemplo, a Garrido y Andorno les he rendido homenaje, fuera del margen de cualquier libro, en *La amistad y las leyes de Partida*, a Jorge Mosset Iturraspe, con un artículo que publiqué en *Jurisprudencia Argentina*, y también en las Series de Convertibilidad, sobre *Determinación del precio y cláusulas de estabilización*, a Isidoro, con las *Reflexiones sobre la escuela de la exégesis...*" que se publicaron en una Revista de Rosario y en los Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

decisión es un acierto o un error; quizás, como todo acto humano tenga un poco de cada cosa. A lo mejor sea un mero pretexto, para justificar la pereza intelectual, y brindar una explicación aparentemente seria a mis "ausencias"... , cuando en realidad debería esforzarme y contribuir a esos Homenajes, aun superando los escrúpulos que me impulsan a no hacerlo. De cualquier forma, es una decisión que tomé y que, por el momento, mientras los hechos no me demuestren que carece de justificación, la mantengo".

Sucedo, sin embargo, que el 16 de enero los coordinadores de este Libro Homenaje, Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, me imponen como tema una lección de mis clases, sobre "El acto ilícito y la responsabilidad civil", a la que ellos atribuyen algún interés. Personalmente estimo que lo que allí escribo tiene escaso valor, aunque refleja algunas ideas que siempre me han preocupado y que en su momento esboqué en comentarios bibliográficos a libros de Orgaz, Mosset Iturraspe y Matilde Zavala de González. Pero también estoy persuadido que los autores solemos ser quienes estamos en peores condiciones para juzgar nuestras obras, que generalmente sobrevaloramos, y en otras ocasiones las consideramos incompletas y pobres.

El entusiasmo puesto por Atilio y Roberto me obliga pues a acatar su decisión y someterme a la publicación de este trabajo, que rinde Homenaje de manera conjunta a ese gran amigo que es Isidoro H. Goldenberg, a quien a veces de manera cariñosa solemos denominar el "venerable maestro", y a los dos coordinadores, cuyo esfuerzo desinteresado los impulsa a superar todos los obstáculos para que este Libro sea una magnífica e impresionante realidad.

II.- **Introducción**

Durante largo tiempo la doctrina clásica del Derecho

civil ha asimilado la obligación de responder con los actos ilícitos, a punto tal que por lo general las obras que hablan de responsabilidad civil se refieren casi exclusivamente a la responsabilidad por acto ilícito y se presentan como *elementos* o *requisitos* de la responsabilidad, elementos o requisitos que son propios de dicha categoría de actos³.

Por esta vía muchos autores, para evitar que queden fuera del campo de la ilicitud casos de responsabilidad en que faltarían algunos elementos, llegan a hablar de *ilicitud objetiva*⁴ (violación pura de la norma), o *ilicitud sin culpa*, lo que para nosotros es un contrasentido, pues el concepto de acto ilícito para integrarse necesita de la violación *voluntaria* (dolosa o culposa) de los preceptos del ordenamiento jurídico⁵.

Pero, si nosotros no aceptamos la denominación de *ilicitud objetiva* o *sin culpa*, admitimos en cambio la *responsabilidad objetiva* o *sin culpa*, porque en nuestra concepción *ilicitud* y *responsabilidad* "no son sinónimos".

El acto ilícito (que exige necesariamente la culpabilidad del agente), es sólo una de los factores que pueden originar la responsabilidad; pero, además, la ley -por razones de solidaridad social- pone a cargo del sujeto la obligación de

³. Así, por ejemplo, Jorge Mosset Iturraspe comienza su obra de "Responsabilidad por daños", afirmando de manera rotunda: "El primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos engendra la obligación de reparar" (Parte General, Tomo I, p. 9, Ediar, Buenos Aires, 1971).

Aferrarse cerradamente a este concepto llevaría a excluir los hechos de la cosa como factores que puedan ocasionar el daño que debe resarcirse.

Es menester, sin embargo, destacar que Mosset Iturraspe exige la "acción" humana como elemento de la responsabilidad porque considera que **siempre**, aunque sea de manera remota, hay acción humana, y que el hecho de la cosa es un **medio** entre esa acción y el efecto dañoso (obra citada, p. 19).

⁴. Así Alfredo Orgaz, inspirándose en autores alemanes, nos dice: "En razón de que la licitud y la ilicitud no dependen de las circunstancias concernientes a los sujetos, sino de la conformidad o disconformidad del acto con el derecho objetivo, se dice exactamente que la licitud y la ilicitud son **objetivas**" (*El daño resarcible*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 5).

⁵. Por eso afirmamos: "si no hay voluntad no habrá acto, ni lícito, ni ilícito, porque ambos son, por definición, voluntarios" (Revista Notarial de Córdoba, N° 23, p. 145, en comentario al libro de Orgaz sobre "La culpa").

responder en circunstancias que no provienen de su actuar ilícito (responsabilidad objetiva), cuando el daño ha sido causado por personas que están bajo la dependencia del responsable, o por cosas de las que se sirve o saca provecho. Tampoco puede calificarse de ilícito el actuar de una persona privada de discernimiento (insano o menor impúber); y sin embargo puede estar obligado a responder, por razones de equidad (nuevo art. 907)⁶.

Incluso hay hipótesis en que debe responderse por los daños que se causan con el actuar *lícito*, es decir permitido por el derecho y conforme a sus previsiones, como cuando en virtud del "estado de necesidad" se ocasiona daño a otro⁷, cuando se busca un tesoro en predio ajeno (art. 2553), o cuando se explota una mina, con la debida concesión otorgada de acuerdo al Código de Minería, en fundos que son de otra persona.

Concluimos, pues, afirmando que no es menester que el acto sea ilícito para que engendre responsabilidad; pero, sin duda, los más frecuentes casos de responsabilidad civil tienen su origen en el actuar ilícito dañoso de un sujeto, que ocasiona perjuicio a la víctima.

III.- **Noción de responsabilidad**

La responsabilidad, en sentido amplio, es una noción en virtud de la cual se atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un evento cualquiera. En primer lugar, la lógica parece indicar que el sujeto deberá responder por las consecuencias de su propio obrar voluntario; en segundo lugar,

⁶. En algún borrador de clase anotábamos como principales factores de atribución de responsabilidad los siguientes: 1) subjetivos (culpa o dolo); 2) objetivos (ej., riesgo, garantía); 3) equidad (ej., falta de discernimiento).

⁷. Aquí el fundamento de la obligación de resarcir puede hallarse en el principio del enriquecimiento sin causa.

la ley suele poner a su cargo las consecuencias de hechos naturales, cuando existe alguna relación entre la cosa que ha provocado ese efecto y el sujeto a quien se atribuye la responsabilidad (por ejemplo, es propietario de la cosa, o es su guardián).

Por otra parte, suele hablarse de *responsabilidad* cuando se engendra un vínculo frente a un tercero, que ha sido la víctima del evento dañoso. Entonces, en razón de la *responsabilidad*, un sujeto queda obligado a resarcir a la víctima, los daños y perjuicios que ha sufrido.

Hemos dicho ya que la teoría clásica brindaba como fundamento de la responsabilidad la *culpa* del civilmente responsable, pero esta noción resultaba insuficiente, pues hay casos en que la ley consagra la responsabilidad *sin culpa*. Para justificar estas soluciones se hablaba de presunción *absoluta* (*iuris et de iure*) de culpa; pero ¿qué presunción es ésta, que no admite la prueba de descargo, e impone la obligación de resarcir, aunque el responsable pruebe que de su parte no ha habido ninguna culpa?

La insuficiencia de esta fundamentación ha llevado, a principios del presente siglo, a formular la teoría del *riesgo* en sus diferentes vertientes, que sostiene que el sujeto es responsable por los *riesgos* o *peligros* que su actuar origina, aunque ponga de su parte toda la diligencia necesaria para evitar esos daños. Esta teoría del riesgo creado, especialmente la llamada del riesgo *beneficio*, se ha abierto camino como fundamento de muchas de las hipótesis de responsabilidad civil que no encontraban explicación en la doctrina clásica.

De acuerdo a la teoría del riesgo *beneficio*, el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una determinada actividad, debe también cargar con los riesgos que crea esa actividad o cosa, pues es un imperativo de la lógica que quien

obtiene los beneficios, asuma el peligro y responda por los daños.

Se critica a estas doctrinas que no pueden servir de fundamento a todos los casos de responsabilidad civil, y que la culpa continúa siendo el principal factor de atribución, y el principio general que sirve para explicarlos. Se admite, sin embargo, que la teoría del riesgo debe recibir acogida en los cuerpos legales, pero no como regla general, sino para justificar determinados casos de excepción, específicamente contemplados por la ley.

IV.- **Noción de ilicitud**

El concepto del acto ilícito ha sido estudiado con detenimiento en la Parte General. Aquí nos limitaremos a recordar brevemente que, de acuerdo a lo dispuesto por nuestro Código Civil en los artículos 1066 y 1067, para que exista ilicitud civil es menester que se conjuguen tres elementos, a saber: a) *elemento objetivo*: violación del ordenamiento jurídico; b) *elemento subjetivo*: voluntariedad del acto, que debe ser imputable al agente en razón de su dolo (delito), o de su culpa (cuasidelito); y c) *elemento externo* o material: el daño.

a) El *elemento objetivo* está reseñado en el artículo 1066, cuando dice que para que el acto sea ilícito debe estar expresamente prohibido por la ley, entendiéndose por tal toda disposición emanada de autoridad competente. Aclaramos que la prohibición no puede surgir de contemplar una norma aislada, sino la totalidad del sistema jurídico; así, por ejemplo, el que mata en legítima defensa no comete un acto ilícito, pues la propia ley autoriza repeler las agresiones con medios adecuadamente proporcionados al ataque que se sufre.

b) El *elemento subjetivo* se relaciona con la voluntariedad del agente (art. 1066), y con su actuar doloso o culposo (última parte del art. 1067).

c) El *elemento externo* o material se relaciona con la responsabilidad civil, más que con la ilicitud propiamente dicha⁸, y consiste en el menoscabo de valores económicos o patrimoniales (daño material, art. 1068) o, en algunas hipótesis particulares, en la lesión al honor, la intimidad u otras afecciones legítimas (daño moral, art. 1078)

Si el hecho no ha producido daño, aunque exista lo que puede denominarse *ilicitud pura* (violación del ordenamiento jurídico, más culpabilidad en sentido lato), suele afirmarse, de manera general, que no presenta interés para el derecho civil, aunque pueda ser objeto de atención por otras ramas del derecho.

V.- Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva

En definitiva, hablamos de responsabilidad subjetiva cuando nos encontramos frente a hipótesis en que la obligación de resarcir se funda en el actuar voluntario del sujeto, que ha obrado con culpa (*lato sensu*, es decir, culpa o dolo). Deben aquí presentarse todos los requisitos que la doctrina clásica exige para que haya *responsabilidad*, a saber: 1º) obrar humano voluntario; 2º) antijuridicidad del *obrar*; 3º) resultado dañoso y 4º) vínculo de causalidad entre la consecuencia dañosa y el obrar humano.

Con respecto al obrar humano, aclaramos que debe darse el doble requisito de imputabilidad y culpabilidad.

La *responsabilidad objetiva* en cambio, se vincula con

⁸. El acto es ilícito, se ocasione o no un daño indemnizable. En consecuencia, no podemos considerar el daño como "elemento" del acto ilícito, sino como elemento de la "responsabilidad civil".

hipótesis en las cuales se prescinde de la culpabilidad e, incluso, de la voluntariedad del obrar humano. Se tiene en cuenta: a) resultado dañoso y b) vínculo de causalidad material entre ese resultado y el sujeto a quien se hace responsable.

Así, por ejemplo, si un demente ocasiona un daño, no sólo ha obrado sin culpa, sino que ni siquiera es imputable. Sin embargo deberá responder por razones de equidad (art. 907, nuevo).

Por eso hemos sostenido que, en nuestro sistema jurídico, no puede hablarse con propiedad de "obrar ilícito de inimputables", refiriéndose a casos en que el sujeto carece de voluntad, ya que sólo los hechos voluntarios pueden ser ilícitos (ver art. 898 del Código civil), y tampoco se puede hablar de acto ilícito si al agente no se le puede imputar dolo, culpa o negligencia (art. 1067).

Por otra parte, si una persona busca un tesoro en predio ajeno, su obrar es voluntario, pero no es culpable, es decir no es ilícito; sin embargo existe el vínculo causal entre las consecuencias y su acto, razón por la cual la ley pone a su cargo el deber de responder.

En fin, quien utiliza una cosa de su propiedad, o incluso una cosa ajena, y obtiene de ello un beneficio, deberá responder en mayor o menor medida de las consecuencias dañosas que origine esa cosa (art. 1113 del C. Civil), y lo hará mientras no se demuestre que se ha interrumpido el nexo causal, que es lo único que puede alegar para eximirse de la responsabilidad que la ley pone a su cargo. Por ejemplo, el caso fortuito, o el hecho de un tercero extraño, cortan la cadena causal, y esas circunstancias le liberan de responsabilidad; en cambio no puede demostrar -cuando la cosa es riesgosa- que de su parte no ha habido culpa.

VI.- La imputabilidad

Hemos dicho ya que uno de los requisitos de la responsabilidad subjetiva es la existencia de un hecho humano voluntario, y que ese hecho sea *imputable y culpable*. ¿Qué significa *imputabilidad*?

Imputar es atribuir a una persona una acción u omisión, con el objeto de hacerla responsable de sus consecuencias⁹.

En el derecho penal la imputación sólo procede con respecto a hechos *propios*, mientras que en el derecho civil -dice Orgaz- puede imputarse a una persona el acto contrario a derecho de otras, por ejemplo al patrón el acto del dependiente; e incluso se puede imputar a una persona el llamado *hecho de la cosa*.

En realidad, se reflejan aquí dos conceptos distintos: la imputabilidad moral, que exige se le una al mismo tiempo la noción de culpabilidad; y la simple atribuibilidad, que señala una conexión material.

Por eso la imputabilidad en su forma típica, es decir referida a los hechos propios, requiere que el sujeto sea una persona que posea discernimiento, es decir que pueda comprender la licitud o ilicitud de su obrar, y este concepto es común a la responsabilidad penal y a la civil.

La mayor parte de los códigos civiles no nos dicen quienes son las personas imputables; en principio, lo serán todas, salvo que se hallen en alguna situación de inimputabilidad. En resumen, serán imputables todas las personas que tengan capacidad de *culpabilidad*, es decir, que puedan comprender la ilicitud de su obrar y cometer actos ilícitos civiles, haciendo nacer su responsabilidad. Esta capacidad para lo ilícito, que permite la imputabilidad, está prevista en el art. 921, que establece como edad tope los diez años.

⁹. El Diccionario de la Real Academia nos brinda como primera acepción de **imputar**: "Atribuir a otro una culpa, delito o acción" (21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992).

En consecuencia, serán inimputables civilmente: 1) los menores que no hayan cumplido diez años, 2) las personas privadas de discernimiento en el momento de realizar el acto, sea por causas permanentes (insanos) o como consecuencia de un estado psíquico accidental.

Esto no significa que la víctima deba quedar siempre desamparada, porque aun cuando no haya *imputabilidad* que genere responsabilidad personal del agente, si existe el vínculo material de causalidad (que hace atribuible el acto al inimputable), podrá hacer valer la responsabilidad de equidad y - además- los representantes del inimputable tendrán a su cargo la *obligación de resarcir a la víctima*, salvo que prueben que de su parte no ha habido culpa.

VII.- **Conclusión**

En resumen, haber superpuesto las nociones de culpabilidad y responsabilidad se erigió, durante largo tiempo, en un factor de confusión que, por una parte, ha constituido un obstáculo a soluciones justas, privando de indemnización a numerosas víctimas de hechos dañosos; y por otra, ha llevado a la doctrina a incurrir en distorsiones lógicas, en su búsqueda de justicia, llevando a calificar de "ilícitas" conductas que no lo eran, para lograr el resultado de atribuir "responsabilidad", olvidando el hecho de que muchas conductas lícitas, y aun autorizadas, generan también responsabilidad.