

LAS DOS GRANDES COSMOVISIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL (1)

Fernando J. López de ZAVALIA

Sras. e Sres.:

I - Clásicos y modernos

La presente disertación, tiene, como ustedes saben, carácter introductorio a otras que vendrán después, a cargo de grandes maestros del Derecho donde, a no dudarlo, se examinarán en profundidad los distintos aspectos de las llamadas nuevas vertientes de la responsabilidad civil.

Como sólo tiene carácter introductorio, he elegido un tema que me parece de profundo interés, que se está agitando actualmente y que divide a la doctrina; me refiero a la cosmovisión con la cual debe enfrentarse nuestro sistema de Derecho.

Hay, en realidad, dos grandes corrientes, a las que por darles un nombre, llamaré: la corriente de los juristas clásicos, y la de los juristas modernos.

1 - Para los juristas clásicos, la obligación de indemnizar un daño se funda en una atribución que se hace al sujeto en base a factores subjetivos. Estos factores subjetivos actúan en dos niveles:

a) En primer lugar, en cuanto exigen una cierta dirección intencional, que haya dolo, o, por lo menos, culpa, y, por ende, que el sujeto sea imputable moralmente, es decir, capaz de ser culpable.

b) En segundo lugar, en el terreno de la causalidad, porque no se tiene en cuenta el solo encadenamiento de los hechos físicos y de sus consecuencias, sino que se distingue entre diferentes tipos de consecuencias, y se los atribuye de modo distinto, según que haya dolo o culpa.

2 - En cambio, la visión de los juristas modernos, es mucho más simple: ellos prescinden de todo factor subjetivo. Es verdad que se

niegan a ser caratulados como defensores de la responsabilidad objetiva, porque dicen que ellos exigen otros factores de atribución del daño, de entre los cuales, el más meneado es el del riesgo. Pero cuando uno examina a fondo sus concepciones y sus aplicaciones concretas, se llega a la conclusión de que, por debajo del ropaje de las palabras, son partidarios de la responsabilidad objetiva, donde lo único que hace falta es que una persona haya puesto, en la escena del mundo jurídico, la fuerza física que desencadena las consecuencias, para que ya responda del daño.

En mi opinión, estas doctrinas de la responsabilidad objetiva, son arcaicas, peligrosas, materialistas y deshumanizantes.

Por supuesto, esa es mi opinión, porque si Uds. escuchan a los juristas modernos, advertirán que ellos se presentan como sacerdotes de la Justicia, y acusan a los clásicos de ser partidarios de doctrinas epicureístas y racionalistas, de estar en contra de toda la *philosophia perennis*. Según los modernos, los clásicos estamos condenados de antemano por Aristóteles y Santo Tomás; según ellos, la rebelión de Lutero se traduce en nuestras palabras (2).

II - Importancia de la cosmovisión que se adopte

Es, en medio de esta disputa de cosmovisiones que aparece la reforma al Código Civil, con el célebre agregado al art. 1113, que, personalmente estimo (y, posiblemente, de entre todos los que hablarán en este Curso, sea el único que así piense) es un malhadado agregado, pero cuya interpretación, de todos modos, va a depender, en gran medida, de que sea clásico o de que sea moderno.

Y no se asombren ustedes si digo que un mismo texto puede ser interpretado de modo distinto, según cual sea la cosmovisión con la cual se lo enfoque.

Ocurre con la letra de las leyes, como con los instrumentos musicales, de los cuales unos extraen melodías que llegan al alma, en tanto que otros les arrancan arpegios que estimulan las vísceras que el hombre comparte con los animales.

Claro, que como comprenderéis, el problema está en saber quiénes son los que extraen las sublimes armonías: si los clásicos o los modernos.

Ambos grupos de juristas enfocan el mismo fenómeno vital: una persona ha experimentado un daño y se vuelve contra otra, reclamando ser indemnizada. Ese tipo de encuentro, traumatizante, explosivo, ha sido legislado de modos diversos, a través de la historia.

Creo que una ojeada a la historia va a ser altamente ilustrativa para que entendamos cuáles son las ideas que subyacen en las cosmovisiones que les he presentado.

III - El prójimo y el extraño

El mundo antiguo —casi diría el mundo de la protohistoria— edi-

ficó su sistema regulador sobre la base de la distinción entre el prójimo y el extraño. Hay que tener en cuenta esa peculiaridad, para comprender la distinción entre *Thémis* y *Diké*.

1 - ¿Quién es el prójimo? Esta es una pregunta fundamental. Es la pregunta que un doctor de la ley hizo a Jesús, en la parábola del buen samaritano (3).

Para el mundo antiguo, prójimo no era cualquier otro. Frente a mí, los otros se dividían en prójimos y extraños. Próximo era sólo el próximo, próximo por la sangre, próximo por la lengua, próximo por la religión. Todos los demás, eran extraños, lejanos.

2 - En el libro del Exodo se lee: "no desearás la casa de tu prójimo, no desearás la mujer de tu prójimo, ni su siervo, ni su sirvienta, ni su buey, ni su asno, ni cosa alguna que sea de tu prójimo" (4).

El texto mosaico, emplea, para designar al prójimo, la palabra "re'a", que los Setenta tradujeron con la griega "plesios" y la vulgata con la latina "proximus", y tradujeron muy bien, porque en la terminología mosaica, hay una clara distinción entre "re'a" que designa al otro israelita, es decir al proximis, y "ger" con que se alude al otro, extraño, lejano (5).

"No desearás la mujer de tu prójimo" es el mandato dirigido al israelita, de no desear la mujer de otro israelita, sin que la prohibición abarque el desear la mujer de un extraño.

Quiero insistir sobre ello, para disipar algunos equívocos. Este no es un precepto religioso, sino un precepto jurídico. La prohibición de desear la mujer del prójimo no está formulada *ratione castitatis*, sino *ratione iustitiae*, como lo demuestra el hecho de que la mujer está mencionada al lado del buey, del asno (perdón señoras) y de las cosas del prójimo (6).

Y no me digáis que estoy reprochando la moralidad de ese pueblo, porque estamos todavía en un estadio primitivo de la revelación, que, como sabemos, es progresiva.

Más adelante, en el Eclesiástico se lee: "la misericordia del hombre se ejerce para con el prójimo, pero la misericordia del Señor se extiende a toda carne" (7). He allí la confirmación de que "prójimo" era solo el israelita, pues era la misericordia del Señor la que se extendía a toda carne.

Recién con Jesús, en su parábola del buen samaritano, prójimo no será ya el próximo, sino cualquier otro.

Y tampoco creáis, que esto es un invento de la hagiografía cristiana. Para que no lo creáis, no invocaré a autores sagrados; no; leeré el comentario rabínico sobre el Levítico, en el cual se dice "El prójimo no es el samaritano, ni el extranjero, ni el prosélito" (8).

Con esto queda bien en claro que, según los comentarios rabínicos, la palabra "prójimo" se limitaba al otro israelita.

Y no es sólo en Israel. Es en todo el mundo antiguo.

IV - *Themis* y *Diké*

Sobre la distinción entre *Themis* y *Diké* edificó su Derecho el mundo griego.

Themis es la divinidad que regula los encuentros entre prójimos; Diké, la que regula los encuentros entre extraños. La primera es la Justicia *intrafamiliar*, la segunda, la Justicia *interfamiliar*.

Había diferencias entre ambos tipos de regulaciones, notables diferencias, pero un punto común de contacto: ambos eran sistemas de responsabilidad objetiva.

Themis era el sistema de la maldición objetiva; Diké, el de la venganza objetiva.

V - El mundo de Themis

Acerquémonos un momento al mundo de Themis, la diosa de la Justicia que regulaba los encuentros traumatizantes entre prójimos.

¿Cuál era su criterio?

Para conocerlo, tenemos un caso célebre, lo que hoy llamaríamos un *leading case*: el caso de Edipo.

Edipo es el infractor máximo ante Themis, porque ha puesto sus manos impías, para decirlo con palabras de Tricaul⁽⁹⁾, sobre "lo supremamente próximo y lo supremamente prohibido". Edipo puso sus manos homicidas sobre su padre, y es reo de parricidio; puso sus manos de amante sobre su madre, y es reo de incesto. Sacrílego, por haber violado los tabúes familiares, está maldito para toda la eternidad, y para esa terrible maldición no interesan ni el dolo ni la culpa de Edipo, no interesa que él haya sido un ciego juguete de la fatalidad.

Si Edipo no hubiera matado a un *próximo*, sino a un extraño, y se hubiera casado con su viuda, no sería el trágico ejemplo del desesperado perseguido por lo Tremendum, sino que, posiblemente hubiera pasado a la historia como uno de los héroes legendarios de la antigüedad. Pero la Fatalidad quiso que el occiso fuera su padre, y la viuda, su madre.

¡Imagináos a Edipo viviendo en la actualidad en este siglo XX de tanto progreso!

¿Cuántos de entre nosotros no le volveríamos la espalda, considerándolo sucio, manchado, como portador de una enfermedad contagiosa, de la cual no interesaría indagar ni el origen ni la culpa? ¿Dónde estaría el buen samaritano que abrazara a Edipo, y a su alma torturada le devolviera la calidez de la comprensión?

Inútil sería buscar el samaritano de la parábola entre los juristas partidarios de las nuevas teorías de la responsabilidad. Los juristas modernos tienen que condenar a Edipo, y declararlo maldito por el Derecho, pues, para ellos, no interesa la culpa. Es verdad que, si prescinden de la culpa, introducen, en cambio, otros factores, como el del riesgo creado, pero Edipo, sin duda alguna, que no mató con las manos desnudas⁽¹⁰⁾, y en punto a riesgo, ¿hay acaso algo más peligroso, más riesgoso que el ser humano? Themis, la que preside las horas en el Olimpo griego, está presente en los juristas de la nueva escuela.

VI - El mundo de Diké

Les he mostrado lo que era la Themis, que regía los encuentros traumáticos con el próximo, en un sistema de maldición objetiva, de reprobación objetiva.

Pasemos a la Diké que regulaba los encuentros con el extraño, y que nos presenta un sistema de venganza objetiva.

Imaginemos, por un momento, que Edipo, en lugar de haber matado a su padre, hubiera matado a un extraño, y que la viuda del occiso fuera para él una extraña. Imaginemos que, en lugar de haber sido guiado por la ciega Fatalidad, hubiera sido bendecido por la Fortuna.

En ese supuesto, ya hemos precisado que Themis lo absolvería. Pero, ¿qué hubiera ocurrido con Diké?

Obsérvese que ese occiso del ejemplo, extraño para Edipo, a algún grupo familiar, hubiera pertenecido.

La Diké reacciona, y le dice al ofendido (en este caso, los parientes del ofendido): vengarse, mantener el prestigio de la tribu, el prestigio del clan, *restablecer el equilibrio*. Y si los próximos al occiso no se vengan, desobedeciendo a Diké, la Themis, la justicia intrafamiliar les lanzará su maldición objetiva, por haber violado el tabú familiar sobre defensa del próximo.

Es el sistema de la venganza, de la venganza objetiva, que no computa para nada la culpa del ofensor, y que sólo persigue restablecer el equilibrio roto entre los grupos tribales.

Es la Diké la que lleva a actuar a Euforbo cuando lanza el apóstrofe en el canto XVII de la *Ilíada*: "Menelao, alumno de Zeus, ahora pagarás la muerte de mi hermano, de que tanto te jactas. Dejaste viuda a su mujer en el reciente tálamo; causaste a nuestros padres llanto y dolor profundo. Yo conseguiría que aquellos infelices dejaran de llorar, si llevándome tu cabeza y tus armas, las pusiera en manos de Panto y de la divina Frontis" (11.)

Aquí no hay ninguna reprobación contra Menelao, ninguna maldición, se considera muy justo que Menelao se jacte de la muerte, pero hay que tomar venganza. Lo que hay es una particularidad que debe subrayarse, propia de la Diké. La Diké crea una obligación, pero no una obligación a cargo del ofensor, sino una obligación a cargo del ofendido. El ofendido debe vengarse, porque si no se venga, sobreviene el deshonor.

Pienso que no es difícil imaginarse cómo actuaba ese sistema. Después de todo en nuestros subconscientes, nos quedan muchos vestigios del pasado. ¿Acaso, no son esas las reglas llamadas del honor? Es el ofendido quien debe reaccionar, y si él no reacciona ¿alguien reprueba al ofensor? No; se suele reprobar al ofendido. Sociológicamente, Diké pervive.

Los sociólogos han observado que, en el mundo antiguo, el intercambio de valores positivos y negativos, es entre clanes. Ese es el lazo común que une a la exogamia y a la venganza. Según la definición árabe, el clan es el grupo donde no hay venganza de sangre; y

el clan es también el grupo donde no hay intercambios en forma de matrimonio (12).

VII - Evolución del derecho

En suma, en el mundo antiguo, tenemos dos sistemas, según el tipo de entuertos de que se trate: el de la Themis, de la maldición objetiva, como método de castigo objetivo, y el de la Diké, de la venganza objetiva, como método de mantener el equilibrio objetivo.

Ese pensar antiguo se caracterizó por la distinción entre el prójimo y el extraño, y por el carácter penal de sus sanciones.

1 - Luego, el Derecho evoluciona. Como rasgos de esa evolución pueden señalarse los siguientes:

a) En primer lugar, la venganza del mundo de la Diké, encuentra un límite en la ley del Tali6n, y en un paso posterior, en el sistema de las composiciones voluntarias, para llegar luego a las legales, siendo la venganza reemplazada por una prestación en dinero, como antesala de las posteriores indemnizaciones de da1nos del Derecho Civil.

b) En segundo lugar, se hace una distinción entre la sanción penal y la civil. De un mismo hecho puede derivar una doble sanción: el castigo, del mundo de Themis, y el restablecimiento del equilibrio, del mundo de Diké, o, según el lenguaje de las Leyes de Partidas: escarmiento y enmienda (13.)

Conservad ese dato, se1ores. Tal como veo el fen6meno, el Derecho Penal se vincula a la Themis, con la idea de castigo, de escarmiento, en tanto que el Derecho Civil se conecta con la Diké, con la idea de enmienda.

c) En tercer lugar, en un momento dado, se introduce la idea de culpa, tanto para el castigo, como para la enmienda, es decir, tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Civil.

d) Y, en cuarto lugar, se suprime la distinción entre pr6ximo y extraño. Ya no hay dos categorías, sino una sola.

Y la pregunta que surge es: ¿la supresión de categorías, se hizo en beneficio de la idea de pr6ximo o de la idea de extraño?

2 - Es la inquietud que anida en esa pregunta la que quiero introducir en vosotros, dando respuesta a ella, tanto en el terreno del Derecho Civil, como en el campo del Derecho Penal.

Comprendo que alguno de vosotros podr1 decir: pero, si es esta una disertación introductoria a los temas de la responsabilidad civil, ¿qué tiene que ver la responsabilidad penal?

Para mí, tiene mucho que ver. Nunca he comprendido que se pueda ser materialista en una rama del Derecho, y espiritualista en la otra, religioso en la una, y ateo en la otra. Creo que el hombre es una unidad, y debe reaccionar unitariamente. Afirmo que la responsabilidad penal subjetiva y la responsabilidad civil objetiva son hermanas gemelas, del mismo modo que son hermanas gemelas, la responsabilidad penal subjetiva y la responsabilidad civil objetiva.

Si no me creéis, me permito leeros el saludo de Ferri a los civilistas modernos. Ferri, el positivista, dijo: "Hoy se esparce en Francia una teoría objetiva de la responsabilidad civil que, apoyándose en la misma idea introducida por mí en la teoría de la responsabilidad penal, o sea la de que esta responsabilidad es independiente de la culpa, confirma la razón común de la responsabilidad civil y penal. En el dominio jurídico criminal, como en el dominio jurídico civil, cualquier hombre, siempre, y en cada caso, determina mediante cada una de sus acciones una reacción social correspondiente; siempre, por consiguiente experimenta las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos, de los cuales es responsable por el solo hecho de haberlos ejecutado" (14).

Creo no equivocarme si afirmo que, entre los juristas argentinos se levantaría una santa indignación si se pretendiera introducir la responsabilidad penal objetiva. Pido a los civilistas argentinos que demuestren idéntica santa indignación contra la responsabilidad civil objetiva. ¡Cuidad del reducto de nuestras libertades, porque el día en que os acostumbréis a pensar objetivamente en materia civil, váis a terminar pensando objetivamente en materia penal, y recorreréis el camino de Ferri, a la inversa!

VIII - *Themis y el Derecho Penal*

Comencemos, por lo tanto, con el Derecho Penal, ese, que, por recoger la idea de castigo, de escarmiento, viene del mundo de Themis, donde regía la maldición objetiva, la reprobación objetiva.

Y preguntémosnos en qué momento de la historia, y cómo, el mundo de Themis se expande, suprimiendo la distinción entre próximo y extraño.

Esa pregunta la voy a contestar fijándome en el Derecho Romano.

1 - Que en el Derecho Romano, esa evolución se produce, no cabe dudas. Basta para ello, dar dos ejemplos, separados por siete siglos:

a) En los orígenes de Roma está el episodio del rapto de las sabinas. Eso, que hoy sería un acto ilícito, un delito penal, fue entonces un acto plausible. La razón debe encontrarse en las ideas del mundo de Themis, pues las sabinas no eran hijas del próximo, sino del extraño. Desde el Olimpo, Themis no maldice, sino que sonrío, y Venus se estremece de gozo.

b) Pero siete siglos después, un descendiente de raptores y raptadas, Julio César, se asombra de encontrar tan atrasados a los germanos, que sobre ellos nos informa: "El robo no arrastra ningún deshonor, mientras se ejerza fuera del territorio de la civitas" (15).

Ese modo de actuar germano, ya no lo entiende Julio César. ¿Qué había ocurrido, desde el episodio de las sabinas a los tiempos de Julio César? ¿En qué momento se produjo el cambio de mentalidad, y cómo se verificó?

2 - No es del caso el entrar en conjeturas, sino de citar directamente la ley que hace diecisiete siglos dictara Numa Pompilio, porque a esa época ya es cierto que el cambio de mentalidad se había producido. Según esa ley: "Si quis hominem liberum dolo sciens mortis duit, parricidas esto" (16).

Reflexionad sobre esa ley, porque de ella se desprenden dos lecciones:

a) La primera, que se extiende el círculo de los prójimos, y se trata a extraños como prójimos. El que mate a un hombre libre, es reo de parricidio. Es la evolución moral del Derecho, que tiende a convertir a todo hombre en un prójimo.

b) La segunda, que la ley, lejos de desentenderse del factor de voluntariedad, lejos de desembocar en una reprobación objetiva, exige el elemento intencional, y en un grado intenso: dolo sciens.

3 - Numa Pompilio, como persona, no es de mi agrado, y de Julio César, mucho habría que decir, en punto a moral. Pero, ¡yo saludo a los juristas romanos de la época de Numa Pompilio, y saludo a la cultura de los tiempos de Julio César que se asombraba de la barbarie de los germanos!

¿Cómo no saludar a quienes (si hacemos abstracción del tema de la esclavitud) fueron capaces de decir: todo homicidio es parricidio, es decir, todos son padres, que es lo más próximo que hay, y por ende, todos son prójimos? ¿Como no saludar a una ley que computa el tema de la voluntariedad?

Porque, si reflexionáis, señores, la introducción del tema de la voluntariedad, es la natural consecuencia de la supresión de la idea de extraño, en beneficio de la de prójimo.

Mientras Themis maldecía desde el Olimpo, podía ser lógica una respuesta y un castigo objetivos, pero desde el momento en el que los que acusan y juzgan son hombres, todo se desenvuelve entre prójimos, y, para hablar con el lenguaje actual, el procesado es prójimo del querellante, del fiscal, y del juez. La relación es entre hombre y hombre, no entre hombre y cosa, y las acciones no son humanas si no ha intervenido la voluntad.

Por supuesto que esa ley de Numa Pompilio es todavía rudimentaria, pero la idea madre ya está en germen.

4 - Creo haber demostrado que la responsabilidad penal subjetiva tiene un viejo abolengo. Evoluciona, se afinan los análisis, pero durante diecisiete siglos las dos ideas madres permanecen incólumes: todo extraño es un prójimo y el castigo supone una voluntariedad de la acción, y por ende, envuelve, no una maldición objetiva, sino una reprobación subjetiva.

Pero con el positivismo penal se pretende retrotraer la evolución, y en lugar de convertir a todo extraño en un prójimo, se procede al revés: sólo hay extraños. Del mundo de Themis, en que se movió Numa Pompilio para extender la idea de prójimo, se saltea al de Díké, y se extiende la noción de extraño, noción en la cual encaja perfectamente la idea de una venganza objetiva. La comunidad representada por el Estado, se venga objetivamente. Querellante, fiscal y juez, ten-

drán ante sí a un extraño, que inútilmente pedirá ser tratado como un hermano, que inútilmente clamará: júzgame como te juzgarías a tí mismo, y no como juzgarías a un mineral, un vegetal o un animal, en los que para nada cuenta la voluntariedad, inútil de rastrear.

IX - Diké y el Derecho Civil

Y vengamos ahora a la responsabilidad civil.

Según lo que les he señalado, ella viene del mundo de la Diké, que comienza por ser de la venganza objetiva, para evolucionar luego abriendo el camino a la enmienda y al restablecimiento del equilibrio.

1 - La Diké regula el encuentro traumático entre extraños, y partiendo de esa idea, nada de raro tiene que recoja una valoración puramente objetiva del fenómeno.

Pero es un momento dado de la historia, se suprime la distinción entre próximo y extraño.

¿De qué modo y en qué momento se produce la supresión?

2 - Veamos primero el modo. La supresión de la distinción entre el próximo y el extraño, sólo puede hacerse en beneficio de una de las dos ideas.

El pensamiento clásico, suprime la distinción en beneficio de la idea del prójimo y porque obra así resulta natural que en una evolución similar a la que he marcado para el Derecho Penal, simultáneamente introduzca la de la responsabilidad subjetiva. El pensamiento moderno obra al modo de Ferri, y al bregar por la responsabilidad objetiva, suprime la distinción en beneficio de la idea de extraño.

He ahí, para mí, el abismo ético que separa la concepción clásica de la moderna. Para la clásica, todos son prójimos, para la moderna, todos son extraños.

Para la clásica, se trata de enmendar el desequilibrio injusto derivado de una acción humana que sólo puede ser humana si es culpable; para la moderna, se trata de corregir el desequilibrio objetivo, sin qué interés, ni la licitud de la acción, ni la subjetividad de la persona, y, por lo tanto, sin que interés que haya una acción humana.

3 - Antes de seguir adelante, quiero hacerles una aclaración. En el estado actual, tanto los clásicos como los modernos, admiten excepciones. Aquí no estamos tratando de las excepciones, ni de las reglas. Se trata de saber cuál es la regla que debe imperar para los casos no cubiertos por excepciones.

En punto a regla, me declaro clásico. Creo en la responsabilidad subjetiva. Formo parte de ese grupo de hombres ingenuos que siguen creyendo en la vieja teoría de la culpa, de ese sector de la doctrina que ha sufrido una dura pérdida con el fallecimiento del gran maestro Llambías, pero que no está dispuesto a arriar las banderas, y que sigue presentando batalla a los corifeos de las nuevas doctrinas de la responsabilidad civil.

4 - Y formulada esa aclaración, examinemos la relación traumática que se origina en el caso de daño. Aquí hay dos problemas: uno

es saber quién debe reparar, y otro muy distinto determinar quién debe acudir en auxilio de la víctima.

Pedro, sin dolo ni culpa, causó materialmente un daño a Juan. En mi opinión, Pedro no debe reparar, porque la justicia a eso no lo obliga, pero debe acudir en auxilio de Juan, porque la fraternidad se lo impone.

Los juristas modernos aplaudirán la segunda afirmación, y sin duda dirán que eso es precisamente lo que ellos enseñan. Pero entre su pensamiento y el que sostengo hay una radical y profunda diferencia que pone el desnudo el abismo entre ambas concepciones. En la tesis que sostengo, si la fraternidad obliga a Pedro, obliga también a todos los demás, porque todos, incluso el juez, son prójimos de Juan. Pero a los juristas modernos les cabe aquello de "haz lo que yo digo y no lo que yo hago", pues están muy dispuestos a recordarle a Pedro que debe ser fraterno, y olvidarse de hacérselo notar a los demás. Si lo recordaran, cambiaría toda su perspectiva, porque advertirían que en esa fraternidad general queda incluido el propio damnificado, que obligado a tratar fraternalmente a Pedro, no debiera pretender volcar sobre él, todo el peso del infortunio, porque infortunio es el daño no atribuible a la voluntad.

5 - Afirmando que infortunio es el daño no atribuible a la voluntad.

¿En qué época de la historia surge esta idea?

Los juristas modernos, esos que son partidarios de la responsabilidad objetiva, sostienen que no es romana, ni aristotélica, ni tomista. Según ellos, es un invento del racionalismo protestante.

Por supuesto que esa es una acusación que no preocupará ni a los protestantes, ni a los racionalistas.

Pero personalmente, me molesta a mí, que creo ser un fiel hijo de la Iglesia, tanto más cuanto que esa acusación amenaza en convertirse en el caballito de batalla de todos los teóricos modernos de la responsabilidad en la Argentina.

Y porque me molesta, voy a decir algunas palabras.

X - El Derecho Romano

Comencemos con las afirmaciones que se hacen sobre el Derecho Romano, al cual se quiere presentar como un sistema donde la obligación de reparar se basaba no en la culpa, sino en el daño, como la consecuencia de la necesidad de restablecer un equilibrio roto.

De ser así, Roma hubiera sido el paraíso de los modernos teóricos de la responsabilidad objetiva.

Pero, en mi opinión, todo eso no pasa de ser una petición de principio y un desconocimiento de lo que fue el sistema romano.

1 - Por de pronto, no puede hablarse del Derecho Romano como de un cuerpo que haya estado petrificado a lo largo de la historia. Uno fue el Derecho antiguo, otro el clásico, y otro el postclásico.

Si se quiere encontrar una constante a ese desenvolvimiento, la

única que, a mi juicio revela el verdadero espíritu del Derecho Romano, es la que resulta de una comparación entre el contrato y el acto dañoso.

Del mismo modo que el Derecho Romano nunca llegó a elaborar un concepto general de contrato basado en el solo consenso, así tampoco llegó a elaborar un concepto de acto dañoso basado en la sola idea de desequilibrio objetivo. O en otras palabras: así como el *pactum nudo* nunca obligó, así tampoco obligó el desequilibrio nudo (17).

2 - Con lo dicho debiera bastar como suficiente refutación a la tesis de quienes pretendan explicar el sistema romano como dominado por la idea del restablecimiento del equilibrio:

a) Si eso fuera así, no se explicaría la ausencia de una acción general por ruptura del equilibrio. Se ha hablado así, de la posible existencia de una acción general fundada en el dolo, pero obsérvese que ya se requiere un elemento intencional, y se está muy lejos de una responsabilidad objetiva (18).

b) Tampoco se explicaría que la *actio furti* y la *servi corrupti*, fueran dadas sin ruptura del equilibrio, y teniendo en cuenta la sola intención fallida (19).

c) Ni se explicarían las acciones por el doble, el triple y el cuádruple, que se daban en ciertas hipótesis, y que resultan ajenas a la idea de un puro restablecimiento del equilibrio.

3 - De entre todas las fuentes extracontractuales de responsabilidad, detengámonos en una, por vía ejemplificativa: el *furtum*.

Que el *furtum*, para los romanos, exigía la intención, y no ya en grado de culpa, sino de dolo, está fuera de toda discusión. Ello resulta de las Institutas, en reiterados pasajes, comenzando con la definición del delito "*furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia*" y siguiendo con dos célebres pasos, "*quid furtum sine affectu furandi non committatur*" y "*quia furtum ex effectu consistit*" (20).

Claro que ustedes dirán: ¿porqué he elegido el *furtum* y no el *damnum iniuria datum*?

Si he elegido el *furtum* es por la simple razón de que, partiendo de él Santo Tomás elabora luego lo que demás genérico tiene su doctrina sobre el daño, según en breve lo demostraremos.

4 - Pero no rehuyamos el reto y vayamos a la ley *Aquilia*. Mucho habría que hablar sobre ella, y el sentido de la regla sobre la culpa levisima. Pero no tenemos tiempo para eso, y como muestra, me parece suficiente ilustrativo el darles el siguiente ejemplo de Ulpiano: un grupo de romanos está jugando a la pelota, con tanto entusiasmo, que la pelota, violentamente lanzada va a dar sobre la mano de un barbero, en el instante preciso en que éste está afeitando a un esclavo con la navaja a la altura de la garganta, con la consecuencia dañosa que es de suponer (21).

Dada esa hipótesis se pregunta: ¿quién es culpable? La respuesta exige distingos, según el lugar en el que trabajaba el barbero, porque si era del tipo ordinariamente destinado al juego, o expuesto al paso continuo, el culpable es el barbero si él eligió el lugar, o el

esclavo si fue quien decidió afeitarse allí, y si no era ese tipo de lugares, culpable es el que arrojó la pelota.

¿Qué dirían los juristas modernos, tan dispuestos a condenar al propietario de vehículos circulando en la vía pública, en una hipótesis en que la ley Aquilia no hubiera condenado ni al conductor del vehículo? Porque observarán ustedes que con estas nuevas ventiscas de la responsabilidad civil que circulan en nuestro medio, a raíz de lo que estimo una defectuosa y malhadada interpretación del art. 1113, ya ni se hace distingos entre el accidente ocurrido en la acera o en la calzada que una vieja jurisprudencia verificaba. . .

XI - Aristóteles

Pasemos ahora a Aristóteles.

Sinceramente no me explico de dónde se ha extraído que Aristóteles (22) fuera partidario de una responsabilidad objetiva, basada en la pura ruptura del equilibrio. Posiblemente soy torpe de entendederas, pero de la lectura directa de sus obras sólo me ha quedado una duda: que para Aristóteles no bastara ni siquiera con la culpa, y fuera necesario todavía un elemento voluntario más intenso.

Aristóteles se ocupó del tema en el Libro Quinto de la Etica a Nicómaco, que, como ustedes saben, fue comentado por Santo Tomás, por lo que tiene la doble ventaja de permitirnos conocer el pensamiento del Estagirita, y de servirnos, simultáneamente, de introducción al del Santo Doctor (23).

Aristóteles distingue entre las conmutaciones voluntarias y las involuntarias, ubicando entre estas últimas, lo que, en la terminología moderna abarca los actos ilícitos.

Pero no se engañen con la terminología: lo de conmutación involuntaria no significa sin voluntad del autor del daño, sino contra la voluntad del damnificado.

Les leo el siguiente pasaje de Aristóteles, y ustedes juzgarán: "Porque algo será ciertamente injusto, pero acción injusta no es de ninguna manera si no sucede voluntariamente. Por voluntario entiendo como lo he dicho más arriba, lo que alguien obra en su potestad y sabiendo, y no ignorando ni la persona a quien se refiere la acción, ni el instrumento que usa, ni el fin que se propone alcanzar; por ejemplo, no ignorando ni la persona a quien golpea, ni el instrumento con que lo hace, ni para qué lo hace y que cada una de estas cosas no suceda por accidente" (24).

Luego pasa a examinar en modo particular las acciones dañosas, y señala que se puede dañar de tres maneras, por ignorancia e involuntariamente, voluntariamente pero sin elección y voluntariamente y con elección. Ahora bien, cuando el daño ha sido causado paradójicamente, Aristóteles lo declara una desgracia, y Santo Tomás aclara que paradójicamente significa "fuera de toda previsión racional o intención" constituyendo un infortunio (25).

Sobre estos pasajes de Aristóteles hay otro comentario, prove-

niente de Fray Domingo Soto, de la orden de predicadores, confesor que fue de Felipe II, y de cuya catolicidad, pese a la época en la que vivió, no parece que haya razones para dudar. Les leo el comentario: "Puede pues acontecer de dos maneras que alguno, cometiendo lo injusto, no sea injusto. Primero, por defecto de la relación del acto al objeto; a saber, porque el operante no lo intenta, pues el acto por la intención hácese espontáneo y, por consiguiente, humano. De donde, como quiera que no vaya uno más allá, excúsase de ser injusto y quitando el voluntario la ignorancia y la violencia, si alguno, dice Aristóteles, hace por ignorancia o injusto o por violencia, a nadie es injusto" (26).

XI - Santo Tomás

Y vengamos finalmente a Santo Tomás, pues después de todo, es Santo Tomás el que nos interesa. Con el modo de acusar que tienen los juristas modernos, de nada nos serviría el quedarnos en Aristóteles, pues se nos diría entonces que escapamos de las brasas del luteranismo para caer en el fuego del paganismo.

1 - Para comprender el pensamiento de Santo Tomás, deben ustedes tener presente su modo de exponer. Comienza por presentar las dificultades del tema, para luego dar sus respuestas.

Pues bien: los juristas modernos defensores de la responsabilidad objetiva, comienzan invocando la siguiente respuesta de Santo Tomás (cuestión 62, artículo 4): "Quienquiera daña a otro parece que le quita aquello en que lo ha dañado; y el daño proviene de que el poseedor tenga menos de lo que debe tener. . . Por tanto el hombre está obligado a restituir aquello en lo cual causó daño".

Pero esos juristas advierten en qué contexto está dada la respuesta. Aquí el Santo Doctor no está examinando el tema de la voluntariedad del acto, que tratará en otro lugar, sino respondiendo a una dificultad muy concreta. Esa dificultad gira en torno a lo que significa "restituir". Porque el vocablo restituir se aplica con toda facilidad a lo debido por quien tiene algo que tomó de otro, pero ¿se aplicará también al que, sin tomar materialmente nada de otro, sin cometer el furtum en el sentido corriente, se limitó a dañar, "como si alguien echa semilla mala en todo un campo sembrado ya, porque con ello echa a perder la cosecha". Santo Tomás contesta, en esa cuestión que sí, y esa respuesta es congruente con la asimilación que luego hace en la cuestión 64, art. 1, respuesta a la tercera dificultad, entre el daño consistente en matar a un buey, y el robo o rapiña. El que daña a otro, para Santo Tomás, sin tomar nada de él, ya ha cometido furtum, y ello explica que al tratar de los vicios opuestos a la justicia conmutativa, hable de una serie de delitos, como el homicidio, la mutilación de miembros, el robo y la rapiña, y no dedique una cuestión especial a los daños sin apoderamiento de cosas.

2 - Creo haberles demostrado que en ese pasaje tantas veces citado por los modernos, el Santo Doctor no tenía porqué preocuparse

de la voluntariedad, pues no es ese el tema que había suscitado la dificultad.

De la voluntariedad habla en otros lugares, tanto en su Tratado de la ley, como en su Tratado de la Justicia.

a) En su Tratado de Ley, cuestión 105, propone varias dificultades derivadas de textos bíblicos cuyos preceptos jurídicos, obsérvese bien, jurídicos, no morales ni ceremoniales, contradecirían aparentemente los principios "el castigo debe medirse por la grandeza de la culpa" y "el castigo no se ha de dar sino del culpable", y demuestra cómo dichos principios no están contradichos.

b) En su tratado de la Justicia, cuestión 64, art. 8, al hablar del homicidio, se propone una seria dificultad que expone en los siguientes términos: "Parece que el matar accidentalmente a otro es pecado" y cita como ejemplos casos consignados en el Génesis y en el Exodo.

A esa dificultad responde, y con expresa referencia al aspecto jurídico, distinguiendo según que la conducta sea lícita o ilícita, en los siguientes términos: "Por eso, según el Derecho, si alguien está haciendo algo lícito y de ello se sigue un homicidio, aún cuando se hubiese puesto suficiente cuidado, no incurre en culpa de homicidio. En cambio si se está haciendo una acción ilícita, o haciendo una lícita no se tuviese suficiente cuidado, entonces se le imputa el homicidio, si es que por su culpa se sigue la muerte del otro" (27).

c) Y en el mismo Tratado de la Justicia, cuestión 66, art. 5, al hablar del *furtum*, nos enseña que son elementos del hurto, el dolo y el fraude.

3 - Señores, el tiempo se ha excedido, y sin duda alguna estáis fatigados.

NOTAS

¹ El presente trabajo, es, en su substancia, una conferencia dictada en Córdoba, el 9-6-83, en un curso sobre responsabilidad civil organizado por el Colegio de Abogados de la Docta, a la que se han agregado subtítulos y notas, pero considerando conveniente conservar el estilo de disertación.

² Para este tipo de acusaciones: Mosset Iturraspe, J. "Estudios sobre responsabilidad por daños", ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1980, págs. 21 y sgts.; Soto Kloss E. "La responsabilidad pública: Enfoque político" en "Responsabilidad del Estado", Bandeira de Mello y otros, Edic. UNSTA, Tucumán, 1982, págs. 24 y sgts.

A título ilustrativo, exhibimos el siguiente pasaje de Soto Kloss (op. cit. pág. 27) que Mosset Iturraspe (op. cit. pág. 35, nota 27) transcribe parcialmente (basándose en un ejemplar anterior al de la edición que citamos): "Si Santo Tomás fue el gran revelador de la grandeza del orden natural y defensor de las realidades naturales —la gracia no destruye la naturaleza, sólo la perfecciona— este trastocar lo jurídico fundiéndolo con lo moral hasta ser absorbido en éste, es el mentís más rotundo de los fueros propios de la razón, y una desconfianza, yo diría, bien típicamente luterana del hombre como si fuera sólo pasto de pecado, y no polvo redimido".

Sinceramente se nos escapa el sentido de este párrafo, donde parece oponerse un Derecho fundido en la Moral (al que se considera como antiescolástico y luterano) con otro derivado de los fueros de la razón, propio del polvo redimido. Las imputaciones de

luteranismo, desde luego que no preocuparán a los luteranos, pero, como más adelante señalamos en el texto, nos molestan a nosotros, que nos declaramos hijos fieles de la Santa Iglesia.

La bibliografía que ambos autores invocan para fundar sus asertos es impresionante, y copiosas las citas de pasajes de Santo Tomás. Pero, por lo menos en lo que al doctor Angélico respecta, el grueso de las citas que se hacen poco o nada tienen que ver con el tema, lo que deja la duda sobre si el grueso de la bibliografía que invocan se refiere realmente a ello. Por lo demás, con Santo Tomás y su pensamiento, hay que andar con sumo cuidado, para no caer en el tan común error, que recuerda González C. I., (Estudio Introductivo, en "Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes" de Tomás de Aquino, Ed. Porrúa SA., México 1975) de presentar una imagen descarnada, propia del enamorado que para presentar a su novia nos exhibiera una radiografía que sólo interesara a un radiólogo.

Para los clásicos que quieren sacarse de encima la acusación de "luteranismo" (Soto Kloss, loc. cit.) o de "calvinismo", "epicureísmo", etc. (Mosset Iturraspe) bueno será acudir a autores de cuyas concepciones católicas sea difícil dudar, y, desde luego, leer directamente a Santo Tomás. A título de ejemplo, vaya, no la invocación de bibliografía, sino la cita concreta, con indicación controlable de lugares, que pasamos a verificar.

Graneris G. "Contribución tomista a la filosofía del Derecho", EUDEBA, 1977, págs. 43 y sgts.: "... Como primer paso queremos comprobar y afirmar la naturaleza moral del derecho... Si el eje de todo ordenamiento jurídico está en la cosa justa, significa que nace del mismo seno de la justicia y, por lo tanto, de la moral... a un realista como el Aquinatense, porque en su realismo, siendo el derecho ipsa res iusta, lleva incluido en sí como acto de su propio nacimiento, la exigencia moral... La moral será el alimento de que se nutre y la atmósfera que respira el derecho, que o será moral o no será verdaderamente derecho...". Leyendo esta obra de Graneris, nos parece que los que pretenden separar el Derecho de la Moral, basándose en Santo Tomás, no han comprendido la doctrina del doctor Angélico, y han generalizado indebidamente, lo que Graneris llama el "momento de amoralidad" del Derecho y del comprensible *iustum imperfectum*, han pasado a lo que es (valga nuestra expresión) el *iniustum perfectum*. Como señala Graneris (op. cit. pág. 48) "Por lo cual las escuelas kantianas podrán hablar de una amoralidad completa del derecho, mientras que ninguna escuela tomista podrá nunca admitirla, salvo dentro de límites restringidos y bien definidos".

Utz A. F. (de la orden de predicadores) en "Ética Social" (con el imprimatur canónico), señala, entre otros pasajes, págs. 209/11: "En la ética la pena sólo cabe si se concibe la acción moral como un obrar consciente que por razón de su ser intrínseco está referido a una norma fundada en la justicia eterna... Observemos sólo que esta posición inicial no es sólo una opción de fe, sino que ofrece la única posibilidad de explicar coherentemente el fenómeno moral... La acción inmoral crea en nosotros un estado de anti-normalidad que por ser un estado ontológico es al mismo tiempo un castigo". Comprendemos que los partidos de la responsabilidad objetiva dirán que este párrafo se refiere a la pena, y que ellos hablan de indemnizaciones, pero si lo citamos (aparte de nuestra posterior afirmación en el texto de que no se puede ser de un criterio en materia penal y de otro en materia civil), es a los fines de mostrar como en un pensamiento católico ortodoxo no está mal vista la concepción de un Derecho ligado a la moralidad... y muy lejos de ser una visual luterana.

Pero si se quieren textos que hablan directamente del tema, leamos a Maritain, clasificado por los filósofos, como escolástico (véase Jolivet, "Diccionario de Filosofía", ed. Club de Lectores, Bs. As., 1978, pág. 204) quien en "Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral" examina (págs. 206 y sgts.) el concepto de falta, y fija como uno de los elementos de la misma, la culpabilidad, del cual entre otros desarrollos nos dice: "Este elemento en un primer momento ha sido desconocido, en las primeras épocas de la conciencia moral. O más bien, la culpabilidad implicaba una simple relación de causalidad física entre el agente y el acto externo... Pero a medida que la reflexión moral fue creciendo la parte de lo voluntario ha sido reconocida cada vez más... Y con la nueva Ley esta interioridad se manifiesta definitivamente. Es la ley nueva menos dura que la Ley antigua, porque está ahí la gracia y no ya solamente la Ley, pero de suyo exige más, puesto que concierne a los movimientos interiores mismos del alma".

No verificamos aquí transcripciones de las obras de Santo Tomás porque de ello nos ocuparemos más adelante en el texto, y en las respectivas notas.

³ Lucas, X, 25-37. Sobre la importancia de la parábola del buen samaritano, para la doctrina del encuentro: Laín Entralgo P. "Teoría y realidad del otro", ed. Revista de Occidente, Madrid 1968, II, págs. 19/25.

⁴ Exodo 20,17.

⁵ Laín Entralgo, op. cit. II, pág. 20; Profesores de Salamanca, "Bibilia comentada", edit. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962, I, pág. 507.

⁶ Profesores de Salamanca, loc. cit.

⁷ Eclesiástico 18,12.

⁸ Tomamos la cita de la citada "Bibilia comentada" por los profesores de Salamanca, I, pág. 716, a propósito de Levítico 19,18.

⁹ Tricaud F. "L'acussation - Recherche sur les figures de l'agresion éthique", Dalloz, 1977, a quien seguimos muy de cerca en los desarrollos que verificamos sobre Themis y Diké, y en los ejemplos clásicos ofrecidos. Para otras reflexiones sobre el caso de Edipo: Maritain, op. cit. págs. 208/10.

¹⁰ Alusión a la conocida referencia de Llambías sobre el nudismo integral.

¹¹ Homero, "La Ilíada", ed. Losada, Bs. As., 1968, II, pág. 46. Sobre este pasaje, Tricaud, op. cit. pág. 63.

¹² Tricaud, op. cit. pág. 73.

¹³ Séptima Partida, títulos XV y XXV.

¹⁴ Citado por los Mazeaud "Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil", Edit. Colmex, México, 1945, pág. 27.

¹⁵ Tricaud, op. cit.

¹⁶ Tricaud, op. cit. pág. 91.

¹⁷ Ferrini, "Manuale di Pandette", Società Editrice Libreria, Milán, 1917, N° 589.

¹⁸ Comp. Ferrini, op. cit. N° 591 (sobre la a. doli) y N° 592 (sobre la a. iniuriarum); Jors- Kunkel "Derecho Privado Romano", ed. Labor S.A., Barcelona, 1937, párr. 160.

¹⁹ Instituciones, IV, I, 8.

²⁰ Instituciones, IV, I, 1 y 7.

²¹ Ortolán, "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano", Madrid, 1847, II, pág. 499, caso traído por Ulpiano, según Mela.

²² Y, desde luego, tampoco Platón, de quien el inolvidable Llambías, Obligaciones, ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, N° 2.146, nota 57, repite la cita (que ya traía Colombo) de Las Leyes "Porque estoy muy distante de decir que si alguno hace daño a otro sin quererlo y contra su voluntad, cometa una injusticia aunque involuntaria y en mis leyes no colocaré este daño entre las injusticias involuntarias; antes bien diré por el contrario que este daño grande o pequeño, de ninguna manera es una injusticia. Más aún: si mi dictamen preva-

lece, diremos que muchas veces el autor de un servicio, hecho por malos medios, es culpable de injusticia. En efecto, mis caros amigos, de que uno de o tome de otro una cosa, no debe inferirse precisamente, que su acción es justa o injusta, sino que debe examinar el legislador si la intención del que hace bien o mal a otro es recta y justa, y no perder de vista al mismo tiempo estas dos cosas, la injusticia y el daño causado".

²³ Pero sólo de introducción, porque como recuerda Graneris (op. cit. págs. 12/13) no hay que confundir a Santo Tomás comentador, con Santo Tomás autor.

²⁴ Versión en: Santo Tomás de Aquino, "La Justicia - Comentarios al Libro Quinto de la Etica a Nicómaco de Aristóteles", ed. Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946, págs. 202.

²⁵ Op. cit., en nota anterior.

²⁶ Soto, Fray Domingo, "Tratado de la Justicia y el Derecho", edit. Reus, 1922, II, pág. 267.

²⁷ ¿Dónde queda la teoría del riesgo, con la pretensión de que de una actividad lícita, sin que haya culpa, se deba indemnizar? Mucho habría que decir sobre esa famosa teoría del riesgo, a la que en modo alguno acusaremos de luterana, pero en cuyos futuros desarrollos si se quiere prescindir de la culpa, bueno sería reflexionar también con la idea del beneficio creado, si no se quiere caer en el pecado de ingratitud social.