

Elementos de la llamada
“Responsabilidad Subjetiva”

LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO

PRESENTACION

LAS PÁGINAS DE “Jurídica” se ven honradas en esta ocasión con un valioso estudio del ilustre civilista argentino Luis María BOFFI BOGGERO, cuya producción ha sido reconocida, de tiempo atrás por los lectores mexicanos.

El *Tratado de las Obligaciones*, los *Estudios de Derecho Civil*, y los *Estudios Jurídicos*, obras todas del doctor BOFFI BOGGERO, constituyen valiosas fuentes de doctrina consultadas frecuentemente por los estudiosos de nuestro país. La producción científica de nuestro escritor huésped es notable. Más de 200 publicaciones avalan su dedicación y profundos conocimientos, especialmente en el campo del Derecho Civil.

Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata y en la de Buenos Aires, Director del Instituto de Derecho Comparado de La Plata, ha influenciado grande y saludablemente el ambiente jurídico argentino. Su preocupación por la difusión de los estudios de derecho queda patentizada no sólo por su amplia producción en el campo de la literatura, sino también por la fundación de la Revista *Obligaciones* y de la *Revista de Derecho Comparado* en las que pueden leerse estudios de Derecho que en mucho han contribuido al conocimiento de las opiniones de los grandes juristas argentinos.

En el ámbito del Derecho Notarial el profesor BOFFI BOGGERO ha tenido una actuación destacada. Ha sido Representante del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires a las primeras Jornadas Notariales Argentinas (1944) y a las de Solta (1945) y Entre Ríos (1947); Delegado de la Academia Argentina del Notariado al primer Congreso Internacional del Notariado Latino (1948); Presidente de la Academia Argentina del Notariado (1951) y Miembro de las Comisiones de Reformas al Código Notarial.

El 12 de mayo de 1958 don Luis María BOFFI BOGGERO prestó juramento como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, llegando a ser Ministro Decano.

El doctor BOFFI BOGGERO, quien tuvo a su cargo la elaboración del artículo sobre los “Elementos de la llamada Responsabilidad Subjetiva” en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, nos presenta en esta ocasión un estudio sobre la materia; el mismo constituye un meritorio esfuerzo para la construcción

de una de las categorías jurídicas fundamentales, “la responsabilidad subjetiva”, fuente de obligaciones. Sin duda, los estudiosos del tema encontrarán en el trabajo del ilustre jurista argentino, aportaciones muy valiosas e interesantes.

MANUEL BORJA MARTÍNEZ

Elementos de la llamada “Responsabilidad Subjetiva”

1. Es muy conocida la tendencia a estudiar la responsabilidad denominada “contractual” separadamente de la llamada “extra-contractual” como si se tratase de dos fenómenos jurídicos radicalmente distintos¹. No se advierte, al razonar de ese modo, la serie de elementos comunes entre ambos sistemas y, naturalmente, entre los que viven dentro de cada uno de ellos². Se ha impedido, en cambio, un estudio más profundo del *ilícito civil* en sí, es decir con independencia del sistema particular que lo contenga en su seno. Pensamos que la posición contraria es, pues, la aceptable porque analiza más minuciosamente el ilícito y no impide el ulterior examen de las normas particulares de cada rama de la responsabilidad. En otras palabras, siendo el ilícito uno siempre igual en esencia, se va configurando en forma distinta a través de los diversos campos y, más allá todavía, de caso en caso por las circunstancias subjetivas u objetivas que le tiñen de determinado color.

2. La tendencia primeramente aludida fue objeto de réplica por nosotros desde la Cátedra Integral, tanto a través del curso de Obligaciones dictado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires cuanto por conducto del curso de Derecho Civil, Parte General en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata³. Aprovechando las aportaciones de la dogmática penal y adaptándolas cuidadosamente al campo civil, realizamos un estudio acerca de los elementos, diremos mínimos, que configuran el acto ilícito civil en sí, ya asuma la especie de incumplimiento contractual, de transgresión de lo decidido mediante declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, de delito, de “cuasi-delito”... La breve descripción de cada uno de esos elementos mostrará la diferencia entre los resultados que se obtienen con ese enfoque y los que arroja el miraje tradicional. Hemos agregado otro que sin hacer al ilícito en sí, debe computarse para que brote la *responsabilidad subjetiva*; la “no frustración de la indemnizabilidad”.

3. Como lo indica el epígrafe, hemos superado las objeciones de quienes impugnan la concepción “analítica” y hemos, asimismo, circunscripto el examen a la muy importante “responsabilidad subjetiva”, sin penetrar de modo alguno el problema que trae la expresión “responsabilidad objetiva”,

para muchos un caso de “garantía” o de otra figura, pero nunca de *responsabilidad*.⁴

Deslindado así el campo de nuestra investigación —que, sin negar de modo alguno el Derecho Natural, transita por los senderos del Derecho Positivo—, aparecen al examen los siguientes elementos mínimos: a) acción u obrar humano; b) “antijuridicidad”; c) imputabilidad subjetiva; d) culpabilidad, integrada por sus especies; d’) culpa *stricto sensu*, y d’’) dolo; e) daño causado; f) relación de causalidad (imputabilidad objetiva) entre el conjunto de elementos caracterizados hasta la letra d) (en su caso con d’) y, en otro. con d’’) inclusive y el daño causado; g) no frustración de la “indemnizabilidad”.

1. La acción u obrar humano.⁵

Comenzamos con la conducta humana, que puede ser positiva o negativa. El Código Civil contiene normas que regulan el género —“hechos jurídicos”— y sus diversas especies. Los hechos jurídicos son “todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones” (art. 896 del Código Civil). Son los hechos antecedentes a los que la norma jurídica atribuye o imputa una consecuencia que, a su turno, puede ser antecedente de otro hecho consecuente ulterior. Para el Código argentino hay que hacer una distinción sumamente importante entre el hecho jurídico interno o conducta humana y el hecho jurídico externo o natural. Nosotros vemos también el reconocimiento implícito de un hecho intermedio.⁶

Ese hecho jurídico interno o acto, caracterizado por emanar del ser humano —jurídicamente, de la persona— y no de la voluntad del ser aludido, como equivocadamente se ha dicho, debe ser tomado en su torso, en su perfil, con total desconexión de sus elementos subjetivos⁷. Lo mismo puede entrañar movimientos reflejos que las manifestaciones de la más decantada inteligencia. A esa conclusión hemos llegado para aislar el acto en sí mismo. Por ello nos hemos puesto en contra de la más divulgada doctrina penal y, aun, de la civil que se ha ocupado del tema.

Como en nuestra materia se analiza la división entre actos voluntarios e involuntarios, se aprecia cómo penetran en el recinto de este último concepto fenómenos que muchos juristas denominan “no actos”. Con el criterio que sustentamos se evita llamar “no acto” a la actividad de un epiléptico y denominar “acto” al de un “demente a toda orquesta”. Esa actividad carece en absoluto de relevancia para engendrar “responsabilidad subjetiva” porque,

al carecer de imputabilidad subjetiva, no puede hallarse de modo alguno el más mínimo vestigio de culpabilidad.

Quisiéramos terminar este capítulo diciendo que nos referimos tanto a los actos de la persona individual (o "física", "de existencia visible", etc.) cuanto a los de la persona colectiva (o "Mística", o "jurídica", o "de existencia ideal", o "moral", etc.) y que en este tramo puede penetrarse el tema de la relación causal, pero no la del *hecho* y el *resultado* —como lo indican los penalistas— sino la del *hecho* con el *sujeto*. Este fenómeno jurídico es denominado "atribuibilidad" o "suitá" o "mismidad". También puede verse, más adelante, la del *sujeto* con la *culpabilidad*, etc., pero esto sutilizaría excesivamente nuestro análisis al extremo de hacerle perder la necesaria claridad. Sólo nos hemos de detener en el momento oportuno con la relación causal del acto "*antijurídico*", *subjetivamente imputable y culpable con el daño*⁸.

5. "Antijuridicidad"

Variadas expresiones han intentado describir este elemento: una coincide con la del epígrafe, otras son: "antijuridicidad", "ilicitud", "entuerto", "transgresión normativa", etc. Incluso se ha criticado cualquiera de esas terminologías, aunque directamente se lo hiciera con las que denotaban algo "antijurídico". Así, KELSEN manifestó que tanto la licitud cuanto la ilicitud eran fenómenos jurídicos⁹. Pero la claridad de las expresiones y su utilidad conceptual han hecho que el propio KELSEN las utilizara de continuo.¹⁰

En una época clásica se veía la "antijuridicidad" como algo subjetivo. El fundamento consistía en que había una reacción desobediente del sujeto contra el *mandato* del Derecho, es decir que la "antijuridicidad" se buscaba más en el alma del agente que fuera de ella. Pero a partir de 1867 aproximadamente, en línea que puede decirse iniciada por Adolfo MERKEL, se busca la "antijuridicidad" fuera del alma del agente, separando el elemento "objetivo", único interesante para definir la "antijuridicidad", y el elemento "subjetivo", donde debe buscarse la "culpabilidad". La primera, de esa suerte, puede ser culposa o no culposa.

Esta concepción "objetiva" que ve la *contradicción* entre el *acto* y *lo que las normas definen como conducta lícita* —contradicción, podría expresarse a modo sintético, entre hecho y norma— no se lastima porque, así como la norma jurídica encierra elementos llamados específicamente "normativos"¹¹ o "naturales"¹², también ostente elementos "subjetivos".

En este aspecto conviene separar con precisión entre el objeto valorado —hecho— y la valoración —"antijuridicidad", contradicción entre aquel he-

cho y la norma—, porque de lo contrario, como lo pone de resalto una extendida discusión doctrinaria¹³, se puede llegar a fáciles confusiones.

En el Código civil vemos elementos de tipo subjetivo como configurantes de la conducta ilícita. Así, el art. 2291, cuando pone a cargo del gestor oficioso o de negocios el daño originado en caso fortuito “si hubiese obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio”, etc. ¿Continúa siendo objetiva, entonces, la concepción de la *antijuridicidad* como colisión entre el hecho y la norma? Entendemos que sí porque el elemento subjetivo se halla en el campo concreto de la conducta y, con carácter objetivo, en la norma. Esta define esquemáticamente —“objetivando” lo “subjetivo”— y el caso concreto le dota de otros elementos indispensables para penetrar el problema de la culpabilidad. Reiteramos que son dos campos: uno es el de la valoración del objeto y el otro es el objeto de esa valoración¹⁴.

Es dable también observar en las citadas normas civiles elementos de “tipo normativo”. Así, el artículo 1094 configura el “delito... (de) destrucción de la cosa ajena”, lo que exige del juzgador una valoración jurídica¹⁵. Tanto estos elementos, como otros que podríamos llamar “naturales” —acaso, la expresión “heridas” del artículo 1086—, etc.¹⁶, responden en realidad a que el operativo de abstracción que entraña el redactar toda norma ha obligado al jurista a tomar elementos diversos; los llamados “normativos” constituyen una remisión a materiales del mismo plano jurídico, los “naturales” traducen ingredientes de la Naturaleza transformados en *jurídicos* por la adaptación de las porciones o segmentos de esos ingredientes que interesan al Derecho, y así sucesivamente¹⁷. Pero todos esos elementos son igualmente *normativos* desde que el Derecho los hace suyos.

Aclarado ya que la *antijuridicidad* es objetiva, incluso en los casos mencionados que se prestaban a duda, cabe computar una corriente de doctrina que separa una *antijuridicidad* “formal” de otra “material” o “sustantiva”. VOX LISZT puede ser ubicado entre quienes fundaron esa distinción primeramente, siendo para muchos el primero. La *antijuridicidad* “formal” sería transgresión de una norma y la “material” entrañaría una actividad contraria a la sociedad. Esta separación esquemática da origen a diversas direcciones del pensamiento jurídico¹⁸. DOHNA, verbigracia, ve como *antijurídica* la conducta que no traduzca un medio justo para un fin justo¹⁹. MEZGER, de su lado, ve el injusto en lo que se opone al fin último de todo Derecho, cual es la satisfacción de los intereses individuales frente a los de la colectividad²⁰. SAUER estima que la conducta es *antijurídica* cuando en general perjudica en mayor proporción que cuanto beneficia al Estado²¹. MEYER dice que lo es si resulta adversa a una norma de cultura reconocida por el Estado, nor-

mas que hacen a la religión, a la moral, a la costumbre, al comercio social, a las profesiones, a las normas jurídicas²²; ²³ etc.

Por la gravitación que ha tenido es también remarcable lo que sostuvo la posición "finalista" a través de su máximo exponente: "La antijuridicidad es un juicio... 'objetivo', al recaer sobre la conducta típica y realizarse con arreglo a un criterio general: el ordenamiento jurídico"²⁴; expresando también: "La antijuridicidad es sólo objetiva en el sentido de un juicio de valor *general*; su objeto, por el contrario, es una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos".²⁵

Estimamos que la *antijuridicidad* —nos manejamos, ya se dijo, en Derecho positivo— no puede ser nunca *metajurídica*, pero valorando la contradicción entre acto y norma como una en que la *norma* no es solamente su corteza literaria sino también su *sentido*²⁶.

Desde otro punto de vista se ha intentado distinguir entre una *antijuridicidad general* y otra *especial*, siendo ésta la que traduce el enunciado taxativo a través de ciertas figuras del delito considerado singularmente²⁷. Otra corriente admite que sólo hay *antijuridicidad general*²⁸. Nosotros pensamos que la *antijuridicidad* es algo genérico, aunque naturalmente se integra mediante diferentes y específicas contradicciones entre *actos* y *normas*.

En el Derecho penal se ofrece como ingrediente diferencial entre esa rama jurídica y el Derecho civil el fenómeno de la *tipicidad*. Este sería propio de aquel Derecho e impropio de éste. Tal aseveración es compartida generalmente por los cultores del Derecho civil²⁹. Nosotros hemos sostenido al respecto que la tipicidad penal "no se da estrictamente" en civil, pero que en la reunión de elementos configurantes de los diversos ilícitos civiles ya hay "un algo de tipicidad"³⁰ y que en cierta medida se ofrece tipicidad a través de las normas especiales dedicadas por el Código en materia de delitos contra las personas y contra la propiedad³¹, sin defecto de que en el campo de las conductas lícitas aparecen los contratos nominados o típicos³². Sin embargo debemos remarcar que la tipicidad desempeña en materia penal una particular función a través del principio *nullum crimen, nulla pena sine previsa lege penale*, acogida por la Constitución Nacional argentina³³. lo que deriva, verbigracia, en la particular prohibición de la analogía³⁴.

Quisiéramos terminar las referencias a la *antijuridicidad* en sí mediante un análisis de lo que ella significa frente a todo el ordenamiento jurídico. La *antijuridicidad* no surge del cotejo de la *conducta con una sola norma*, sino del cotejo de esa *conducta* con la *totalidad del ordenamiento jurídico*.

Para poner ejemplos del ordenamiento jurídico civil —que es un todo coherente y armónico, como el ordenamiento jurídico total— diremos que en ocasiones una conducta aparece signada como *antijurídica* y un examen

más profundo permite advertir que está validada por otra norma de superior jerarquía del ordenamiento.

Ese examen del ordenamiento jurídico nos lleva entonces a excluir de manera genérica a ciertas conductas que se hallan *justificadas*, aunque una primera impresión las pudiera colocar bajo el calificativo de *antijurídicas*.

Aun cuando el tema ha sido más abordado en Derecho penal que en civil, cabe reconocer que también en nuestra disciplina se lo trata con cierta extensión ³⁵

Algunas de las figuras, llamadas *causas*, que componen la *justificación* ostentan una historia prolongada, como por ejemplo la legítima defensa. Pero paulatinamente los autores, las leyes y los jueces han ido tendiendo a la sistematización de ellas y de otras para construir la teoría general de la justificación, superando así la corriente partidaria de analizarlas sólo en cada figura delictiva ³⁶.

Para circunscribirnos al campo civil —y sin defecto de que algunos conceptos sean trasladables a otras ramas del saber jurídico—, diremos que la *acción justificada es lícita (jurídica)* desde el principio, no pudiendo decirse que se transforma en tal, sino que aparece, reviste el aspecto de *antijurídica* sin serlo ³⁷.

La justificación puede surgir sin necesidad de mención expresa desde que entraña una excepción dentro de otra llamada “antijuridicidad”. Esto último se comprueba por el artículo 19 de la Constitución Nacional ³⁸ en la medida que consagra el principio general de la *licitud* o *juridicidad*.

Decíamos que la justificación surge de un examen de todo el ordenamiento jurídico. Así, aun cuando es norma que nadie puede hacerse justicia por mano propia —de donde quien así actuare incurre en *antijuridicidad*—, el artículo 2470 del Código civil, verbigracia, establece un caso de acción por mano propia que encuentra justificada: “El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuere desposeído podrá recobrarla por propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa” ³⁹. Aquí, como se ve, una norma general traduce una *antijuridicidad* de la conducta consistente en hacerse justicia por mano propia; y una norma especial indica un caso de esa conducta que es *lícita* o *jurídica*. Pero se da el caso inverso. El artículo 621 —norma especial, aunque aplicación del principio general del artículo 1197— permite la fijación de intereses sin establecer una tasa al respecto. Lo hace a propósito de la regulación de obligaciones de dar sumas de dinero. Esa norma especial confiere validez, así, a cualquier conducta fijando el monto de intereses

que fuere. Pero el artículo 953 —que regula el objeto de los actos jurídicos mediante norma general— priva de validez a los intereses cuyo monto sea reñido con las buenas costumbres.⁴⁰ En ambos casos la *antijuridicidad* o la *juridicidad (licitud)* —llamada, más específicamente, *justificación*— lo son desde el comienzo, aparecen ambas conductas enfrentadas *ab initio* con su respectivo opuesto.

Cabe añadir que la justificación es tan *objetiva* como la *antijuridicidad* de que hace excepción en los términos que vimos, no siendo aplicable en Derecho positivo la justificación "supralegal".⁴¹

Analizando a fondo los diversos casos de justificación en el Código civil se ve que ellos se desprenden del artículo 1071, cuya redacción ha sido alterada en 1968.⁴² Dice en la parte que interesa al tema: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. . .". El segundo apartado viene a definir "el ejercicio abusivo de los derechos". Es decir que se está dentro de la *justificación* —y, por ende, *juridicidad*— en los actos que, aparentemente *antijurídicos*, importen "ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal". La mención de los casos y su examen exigiría un tratamiento especial.⁴³

El fundamento en cada caso de justificación es la defensa del interés que el ordenamiento jurídico conceptúa más valioso,⁴⁴ sea actuándolo —así, la legítima defensa—, ya protegiéndolo —verbigracia, estando de necesidad—, es decir, ejerciendo regularmente un derecho o bien cumpliendo un deber legal.⁴⁵

En algunos casos de justificación hay derecho indemnizatorio,⁴⁶ en otros casos no lo hay,⁴⁷ pero en todos se está fuera de la "responsabilidad subjetiva" que estamos analizando por faltar el elemento *antijuridicidad*.

6. Imputabilidad subjetiva.

La materia de la imputabilidad subjetiva se ha abordado desde distintos ángulos y con diferentes criterios.⁴⁸ Penetrar el problema de esa diversidad excedería los límites del presente estudio.

Si la acción es *antijurídica* todavía no hemos dicho cosa alguna acerca del elemento subjetivo. Para penetrar en él debemos comenzar por saber si el agente es o no imputable, apto, "capaz" para comprender que obra indebidamente, con total independencia de que haya o no cometido el acto respectivo. Lo mismo que en materia de capacidad para celebrar actos jurídicos, esta aptitud, que podría denominarse "capacidad para cometer actos

ilícitos que generan responsabilidad subjetiva”, entraña un concepto normativo que transita por nivel diferente al de la capacidad o aptitud natural.

La imputabilidad subjetiva está dada por la posibilidad de *discernir* y esa posibilidad se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico civil al margen de que pudiera o no coincidir con la experiencia natural. En efecto; el artículo 921 del Código menciona cuáles son las personas que carecen de discernimiento, entendiéndose que todas las otras disfrutaban de él. Nosotros nos hemos referido ya al tema. Cabe añadir a los conceptos expresados que el artículo 1070 del Código contiene, aunque con referencia a la embriaguez, un principio general aplicable a todos los casos de privación accidental del discernimiento. Dice textualmente: “No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria”. El “momento consumativo” viene de esa manera a retroceder hasta el instante en que con toda lucidez se realiza la preparación del ilícito ingiriendo alcohol. Es lo que dicen las expresiones romanas *actio libera in causa* o bien *actio ad libertatem relata*. El viejo concepto popular traducido en las expresiones “beber para darse coraje” viene de esa manera a vivir plenamente como un ejemplo expresivo. Es admirable cómo el Código civil argentino, aunque sin usar la terminología adecuada ha separado cuidadosamente, ya en su época, las causas de “inimputabilidad subjetiva” (art. 921 citado) de las causas de inculpabilidad (art. 922), a diferencia de la confusión que hace el muy posterior Código Penal con esas causas entre sí y las de justificación (art. 34, como si todas fuesen causas de inimputabilidad). Esto lo pusimos de resalto largamente en clases con los elogios secuentes a la sagacidad jurídica de VÉLEZ SANSFIELD y lo recogimos después en algunas publicaciones.⁴⁹ Más tarde hizo lo propio un escritor argentino.⁵⁰ Sobre esa distinción entre imputabilidad y su opuesto de un lado, y la culpabilidad y su contrario del otro hay opiniones distintas, aun algunas aparecidas después de las publicaciones que hiciéramos y, todavía, mucho después del desarrollo en las clases⁵¹

Todo obrar *antijurídico*, realizado empero sin el impulso del discernimiento, nos detiene en el proceso antes de alcanzar el plano de la responsabilidad y la seciente “indemnizabilidad” porque el discernimiento es condición inexcusable de la culpabilidad en sentido genérico y, naturalmente, de sus expresiones específicas, que son el dolo y la culpa *stricto sensu*.⁵² Constatada que sea la falta de discernimiento, ya no puede hablarse de la culpabilidad porque ésta carecería de base. Para *ser culpable* hay que empezar

por *poder serlo*. En ese sentido podemos admitir que la imputabilidad subjetiva es *presupuesto*, pero *no integra* la culpabilidad.

7. Culpabilidad.

No basta que el agente sea capaz de comprender la *antijuridicidad*, es menester para ir avanzando en el cúmulo de elementos que lleva a la "responsabilidad subjetiva" que haya ejercido esa aptitud o discernimiento de manera culpable. La primera es una *aptitud*, la segunda es una *actitud*, base subjetiva de la exterioridad.

Para muchos juristas es imposible hablar de culpabilidad en general, debiéndoselo hacer, según ellos, directamente con el dolo y la culpa.⁵³ Ya veremos que esa posición no es correcta, y que debe estudiarse la culpabilidad como género y el dolo y la culpa *stricto sensu* cual especies.

Cuando la conducta es injuiciada con los criterios de aprobación o desaprobación el agente será, respectivamente, inocente o culpable. Habrá, *culpabilidad* si medió *reprobabilidad*, *desaprobabilidad*, *reprochabilidad*, *vituperabilidad*. Es entonces culpable la conducta reprobable, la de quien incurre genéricamente en culpa. El sujeto, que *podía* obrar bien o mal, porque para ello tenía suficiente discernimiento o, en otras palabras, era subjetivamente imputable, *no obró como debía hacerlo*. No respetó la norma jurídica con intención dañosa o por descuido. Le era exigible una conducta y, pudiendo vivirla, eligió otra distinta e indebida. Esa conducta reprobable, según surge de lo expuesto, no tiene siempre la misma gravedad, porque en ocasiones el agente se condujo de mala fe, acaso con designio perverso o simplemente con consciencia del mal —los matices se verán después, pero podemos adelantar que para nosotros la ley imputa siempre en esos distintos casos la intención de dañar— y en otras lo hizo con descuido, negligencia, desaliño, desatención —éstos y otros términos no son intercambiables entre sí para los penalistas, pero no vemos dificultad en usarlos indistintamente en Derecho civil—.⁵⁴ En ambos casos el agente es culpable, su conducta es reprobable, mas en el primero obró con dolo y en el segundo lo hizo con culpa. El dolo y la culpa vienen a ser de ese modo especies distintas de motivación censurable. Algunos juristas, como LOFFLER y MIRICKA, ven otras especies en Derecho penal⁵⁵ y en Derecho civil los hermanos MAZEAUD aprecian una especie distinta entre culpa y caso fortuito, especie intermedia que acompañaría al dolo y la culpa *stricto sensu*.⁵⁶

Cierto es que hay escuelas negatorias de la culpabilidad: positivistas, "defensa social" de F. GRAMATICA, egológica, etc.⁵⁷ y es también exacto que entre quienes aceptan la teoría se discrepa fuertemente entre las de

miraje predominantemente “natural” y las que ofrecen puntos de vista más estrictamente “jurídico”.⁵⁸

Antiguamente se vio una “responsabilidad” sin culpa.⁵⁹ lo que, por razones ya mencionadas, está fuera de nuestro examen del mismo modo en que se encuentra esa misma “responsabilidad” en el Derecho contemporáneo.⁶⁰

Con un sentido general se puede decir que hay dos grandes teorías sobre la culpabilidad. “psicológica” la una, “normativa” la otra. En ambas versiones se encuentran a veces ambos elementos --el psicológico y el normativo-- y su nombre dependerá entonces del ingrediente predominante. Se le añade la teoría finalista, fuera de las doctrinas eclécticas.

Para la teoría psicológica el sujeto es culpable porque su *psique* encierra dolo o culpa; la culpabilidad entraña, pues, una relación psicológica del autor con el hecho.⁶¹

Oponiéndose a la teoría anterior, con origen claramente germánico, aparece la concepción normativa de la culpabilidad. Esta constituye un proceso que se atribuye a una motivación reprochable del agente, mas partiendo del hecho concreto psicológico. Se funda en éste, pues, en los motivos, en la caracterología del agente y en la exigibilidad, consistiendo en un juicio de reproche.⁶²

Las doctrinas eclécticas se caracterizan por atribuir un carácter psicológico a la imputabilidad subjetiva y uno normativo a la culpabilidad, o bien por asignar carácter psicológico al dolo y normativo a la culpa.⁶³

Nosotros pensamos que se ganaría mucho en claridad expositiva diciendo que todos los elementos, aun los que llevan nombre de ciencias naturales, deben actuar con un sentido normativo dentro de la esfera jurídica y, al así hacerlo, son elementos jurídicos. Algo de esto lo hemos apreciado al estudiar la “antijuridicidad”. Y es por ello que preferimos la mención de elementos *subjetivos* que de elementos *psicológicos*.

No se trata, naturalmente, de un mero cambio de palabras. Lo hemos dicho numerosas veces.⁶⁴ Buscamos construir la teoría pensando que los elementos manejados por las ciencias naturales deben experimentar la modificación impuesta por el miraje jurídico, que tiene necesidades propias y fines particulares. Esto sentado, cabría agregar que puede haber mala intención sin que haya dolo y descuido sin que medie culpa *stricto sensu* porque a esas dos actitudes les faltarían otros elementos para que estas dos figuras jurídicas queden integradas: así, que pudiera exigírsele otra conducta a quien se comportó culpablemente. La peor intención y el más extraordinario descuido no serán dolo y culpa *stricto sensu* si no se les hubiese podido exigir otra conducta, si esa intención y ese descuido lo

hubiesen vivido dentro de las exigencias legales. ¿Quién mata en legítima defensa, acaso, incurre en dolo? No, porque no se le podía exigir otra conducta. Obró con *juridicidad*. Se podría decir que el ejemplo es excesivo porque allí, al no haber *antijuridicidad*, mal puede plantearse el interrogante de si hay *imputabilidad subjetiva* y *culpabilidad*. Frente a ello, hagamos la pregunta así: ¿incurrió en culpa quien cometió un error razonable? No, porque no se le podría exigir otra conducta. Claro que los diversos supuestos de inculpabilidad, por ejemplo, derivan del principio referido de no exigibilidad, pero no son —como se ha dicho— en caso alguno casos de "*inculpabilidad supralegal*" sino de *inculpabilidad legal* porque la ley es letra y contenido, expresión y sentido...⁶⁵

El Código civil argentino no define la culpabilidad en sentido lato, sino que lo hace con la culpa en el sentido de especie, junto con el dolo, de la culpabilidad.

Insistiendo en conceptos expresados, diremos que si la imputabilidad es una *aptitud*, la culpabilidad es una *actitud*. Obrar mal es hacerlo con motivación injusta, incorrecta desde que le era exigible otra conducta. Si A actúa para hacer mal o teniendo conocimiento de que lo hace —para nosotros en ambos casos hay intención de dañar en el concepto de la ley—, tenemos dolo. Si en cambio actúa desatendiendo el cuidado que la ley exige, estamos ante la culpa. En ambos casos empleamos el elemento normativo como configurante de la conducta en la cabeza del agente, del mismo modo que antes empleamos el elemento normativo externamente para analizar la *antijuridicidad* objetiva. Asimismo, el deber a cuyo tenor se enjuicia el concreto acto injusto y la exigibilidad no surge de una norma independiente del ordenamiento jurídico (habría "norma de derecho", que apunta al injusto, "norma de deber", que apunta a la culpabilidad), como lo desea GOLDSCHMIDT, sino de una norma que se mira objetivamente por la sociedad (digamos, a través del intérprete judicial) y en suma, subjetivamente por quien tiene el deber de respetar sus extremos, de la misma norma que vale para señalar la *antijuridicidad* en un caso y la *culpabilidad* en el otro.⁶⁶

La culpabilidad no es un juicio de reproche, como se ha dicho, sino el objeto de ese juicio.⁶⁷ Se indagan los elementos de la motivación y la caracterología del agente, verbigracia, y, siempre desde el punto de vista normativo, podremos distinguir la mala intención o el descuido en el obrar —conceptos que puede captar la psicología con un alcance determinado— de la culpabilidad que requiere —ya lo dijimos— la exigibilidad de una conducta distinta desde el punto de vista jurídico. A través del llamado "juicio de reproche" se distinguen diferentes graduaciones de la culpabi-

lidad y, fundamentalmente, la especie más intensa, el dolo, y la más atenuada, la culpa *stricto sensu*.

Cabe añadir que, del mismo modo que vimos causas excluyentes de la imputabilidad subjetiva —es decir, que llevaban a la ausencia de discernimiento—, las cuales hacían innecesario penetrar en la culpabilidad por ausencia de aquélla, aquí puede indagarse si hay causas de inculpabilidad que excluyen sin más, como resulta obvio, la indagación de si hay dolo o media culpa *stricto sensu*.

El codificador argentino —ya lo vimos— separó cuidadosamente, aunque no empleando la terminología adecuada, las causas de *inimputabilidad subjetiva* de las de *inculpabilidad*. Estas, como es obvio, descansan en la inexistencia de las primeras. Un demente, verbigracia, no realiza un acto *antijurídico* sin culpa (ni con culpa) porque lo hace sin imputabilidad subjetiva (sin discernimiento).

Recordemos los elementos de la “voluntad jurídica”. Para nuestro Código civil son: discernimiento, intención y libertad (aparte del “hecho exterior”. Art. 913). Las causas que privan del primero son de *inimputabilidad subjetiva*; las que afectan la intención o quitan la libertad son de *inculpabilidad*.

Las figuras jurídicas de la inculpabilidad son, pues, las que inciden sobre la intención al desviarla y las que lo hacen con la libertad al privar de ella. Inciden sobre la intención la ignorancia o error, éste espontáneo (o propiamente dicho) o el provocado mediante dolo.⁶⁸ Lo hacen sobre la libertad la coacción física y moral.⁶⁹ Para no extendernos excesivamente sobre esta materia nos remitimos a lo ya expuesto en numerosas publicaciones por nosotros.⁷⁰

3. Culpabilidad (continuación): el dolo.

La conducta culposa *lato sensu*, ya lo vimos, puede hallarse informada de dolo o de culpa *stricto sensu*.

La expresión *dolo* traduce la culpabilidad más intensa, pero el Código argentino utiliza el mencionado vocablo con significaciones distintas: como *vicio de la voluntad jurídica* o, en nuestra materia, *causa de inculpabilidad* (en otra, verbigracia, *causa de anulación del acto jurídico*, que puede conllevar responsabilidad para quien usó las artimañas); como *elemento del delito civil*, en que el Código menciona la conducta realizada “a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (art. 1072); como *parte del incumplimiento de decisiones privadas lícitas* (verbigracia, contratos⁷¹) finalmente, podría mencionarse un *dolo* en sentido figurado.

como integrante de ciertos contratos aleatorios, como el juego permitido.⁷² A nosotros interesan la segunda y tercera acepciones.

La *historia* del elemento dolo arranca desde antiguo, apareciendo justamente como esencia de la responsabilidad subjetiva. Ya en la definición del homicidio en Roma el dolo es elemento esencial: "*si qui liberum hominem dolo sciens morti duit parricida est*",⁷³ sancionándose con penas de carácter público a los delitos dolosos.⁷⁴ El dolo comenzó como engaño⁷⁵ y se transformó en toda intención encaminada al delito.⁷⁶ La culpa *stricto sensu* estuvo al principio vinculada con el *casus*.⁷⁷ En Derecho germánico primitivo se llegó a distinguir entre los hechos malos, donde se presumía la intervención dañosa (*willenswerke*) y los hechos fortuitos, comprensivos del *casus* y de la culpa (*Ungefahrswerke*).⁷⁸ Importantes incorporaciones científicas pertenecen al Derecho Canónico, llegando a decir PESSINA que es "el que realmente desarrolló en toda su plenitud el concepto del dolo".⁷⁹ pensamiento del que participa la mayor parte de la doctrina.⁸⁰ En Derecho intermedio se recuerdan los estatutos, así como diversas corrientes doctrinarias: glosadores, post-glosadores, prácticos italianos y alemanes, antiguos juristas franceses, COVARRUBIAS, de eminente inspiración en Santo Tomás de Aquino.⁸¹ En los Derechos moderno y contemporáneo se afina la elaboración del concepto de dolo y se separa la culpa del *casus*.

La *estructura* del dolo ha originado diversas escuelas, algunas ofreciendo distinciones sutiles, de menor utilidad en Derecho civil. Veamos algunas de las principales en manera sintética:

1) *Doctrina de la voluntad*: imperante en Derecho romano, etc., se dice que es la primera desde el punto de vista cronológico. Expresa que el autor debe *conocer* los hechos y su sentido, con lo que comprende la relación y el carácter delictuoso del hecho, así como tener *intención* de realizar la actividad con miras a un resultado, siendo este segundo elemento el que propiamente caracteriza la doctrina.⁸²

2) *Doctrina de la representación*: esta teoría reemplaza a la *voluntad* del resultado por la *representación* —de ahí su nombre— o *previsión* de él. No es necesario un examen introspectivo, siendo bastante que se haya representado el daño para que se lo considere querido.⁸³

3) *Doctrina del consentimiento, de la aceptación o del asentimiento*: se fundamenta en la previsión o representación de un resultado como probable, pero le basta el consentimiento, la aceptación o el asentimiento sin necesidad de intención.⁸⁴

Siempre moviéndonos en el campo del concepto jurídico y no natural, diremos que pueden apreciarse en el dolo un elemento intelectual (conoci-

miento) y otro afectivo (querer o querer con base en lo conocido). Ese conocimiento debe ser así en su *núcleo central*, pero también en las *circunstancias de hecho respectivas*, en la *cadena de causalidad* y en la *significación lesiva del acto*. El artículo 923 del Código civil y su extensa nota aclaran la cuestión,⁸⁵ debiéndose con todo establecer que el error sobre el acto en sí puede excusar, mas no el que incide sobre las consecuencias de ese acto.⁸⁶ Pero, además del conocimiento, el dolo exige “voluntad” de actuar con la base de aquél, “voluntad” que puede, como tantas veces lo hemos dicho,⁸⁷ no coincidir con la psicológica. En el artículo 1072, ya mencionado, el dolo delictual contiene una “voluntad” que llega a la intención de producir el daño. En el incumplimiento de lo decidido por acto lícito, por cima de diferencias en la doctrina y de la expresión “maliciosa” del nuevo artículo 521, pensamos que también para la ley media decisión de dañar por el hecho de que se tenga conciencia de que se incumple. En ambos supuestos de dolo, por otra parte, es indispensable la conexión con la “antijuridicidad objetiva” puesto que, al ser aquél una especie de la culpa *lato sensu* —como vimos— le alcanza el elemento “exigibilidad de otra conducta” por disposición del ordenamiento jurídico. Es a mérito de ello que con ejercicio —desde 1968 la “reforma” exige que se diga “regular”— del “derecho propio o... cumplimiento de una obligación legal” no pueda hablarse de culpa *stricto sensu* en la mayor imprudencia ni de dolo en la peor intención dañosa porque ambos supuestos revelan que no se podía exigir al agente otra conducta distinta que la concretada por los caminos de la ley. El agente que obró con dolo, comienza transgrediendo a desigmo las normas que llevan hasta la que protege el derecho ajeno y finaliza violando este último.

Las *especies* de dolo son variadas y no descamamos extendernos en ellas: dolo “generalis” y dolo “indirectus”, dolo bueno y dolo malo, dolo acreditado y dolo presunto, dolo impulsivo o pasional, repentino, deliberado o premeditado, inicial, coetáneo, subsiguiente, principal y accesorio, determinado, indeterminado, inmediato, indirecto, alternativo, de peligro, mediato, eventual, “contractual”, “extracontractual”, etc.⁸⁸ Cabe añadir el caso del delito preterintencional, en que algunos ven dolo,⁸⁹ otros dolo y culpa.⁹⁰

Dejamos de lado otros temas conexos porque excederían nuestro esquema y, en algunos casos, porque nos introducirían en un tema de título distinto como sería el de la llamada “responsabilidad objetiva”: dolo del principal y del subordinado, presunciones, dispensa del dolo y sus consecuencias, prueba del dolo, dolo del acreedor, etc.⁹¹

9. Culpabilidad (continuación): la culpa "stricto sensu".

Es la especie más leve de la culpa *lato sensu*, de la culpabilidad. En Derecho civil especialmente la doctrina acostumbra a ver la culpa como sinónimo de negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia de reglas, etc. No así en Derecho penal.⁹²

Antiguamente vinculada al *casus*, como dijimos, ya aparece la culpa en el antiquísimo Código de Hammurabi (artículos 72, 75 y afines del siglo XI), entre los hebreos, agipcios, griegos, Código de Manú,⁹³ pero en Roma adquiere su concepción de mayor envergadura. Para algunos nace el concepto en la Ley Aquilia, cuerpo normativo que se ocupa de la culpa por acción y no por omisión.⁹⁴ Se mencionan la culpa grave, la leve y la levísima en medio de gran discusión.⁹⁵ En Derecho germánico se progresó poco en la idea,⁹⁶ encontrándose rastros en la vieja legislación española⁹⁷ y en el antiguo Derecho francés.⁹⁸ El Derecho Canónico elaboró la teoría de la culpa, entendiendo que en algunos casos se hallaba muy cerca del dolo (Cánones 2199 y 2203).⁹⁹ En la Edad Media puede mencionarse como interesante al Derecho italiano¹⁰⁰, los post-glosadores, la Carolina de Alemania,¹⁰¹ etc.

¿En qué consiste la culpa *stricto sensu*? Numerosas son las teorías que pretenden responder, pero nos hemos de circunscribir a cuatro fundamentales:

1) *Defecto intelectual*: el agente culposo carece de reflexión por un defecto de inteligencia. ALMENDINGEN desarrolló esta tesis a fines del siglo XVIII.¹⁰² Inspirados en esa corriente algunos autores llegaron a sustraer el fenómeno de la culpa del campo de la responsabilidad.

2) *Defecto de la voluntad*: puede decirse que es la teoría clásica, centrada en la deficiencia volitiva del agente, por no haber previsto lo que era previsible.¹⁰³

3) *Doctrina de VON LISZT*: se traduce en que la culpa *stricto sensu* es la falta de previsión del resultado previsible al momento en que se manifestó la voluntad.

4) *Doctrina de JIMÉNEZ DE ASÚA*: La culpa *stricto sensu* "es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), por falta del deber de atención y previsión no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá (o de la consecuencia del no hacer), sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor (o de sus omisiones) que se producen sin querer el resultado antijurídico (o lo injusto de la inacción) y sin ratificarlo".¹⁰⁴

Hay varias *especies* de culpa *stricto sensu*, no ya grados de ella: consciente o inconsciente, mediata e inmediata, por acción o por omisión. “contractual” y “extracontractual”. “precontractual”, “post-contractual”, etc.¹⁰⁵ Omitemos *brevitatis causa* el examen de cada especie.

El Código civil define la culpa *stricto sensu* mediante un artículo de los más celebrados que contiene. Puede decirse que el codificador más allá del deseo de no definir, lo ha hecho una y otra vez de manera satisfactoria, sin que ello signifique no pudieran haber reparos al texto legal. Dice el artículo 512, ubicado en la parte general de las Obligaciones: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Su extensa nota revela la sagacidad jurídica de VÉLEZ SANSFIELD.¹⁰³ El criterio seguido es, como se ve, el de la culpa *in concreto*, no *in abstracto*, apartándose así de las concepciones antiguas que radicaban el concepto en una operación comparativa con un ente ideal: buen padre de familia, honorable comerciante, etc. Al establecer las diligencias exigibles a la conducta honrada y normal, el Código comienza a referirse a las que derivan de la *naturaleza de la obligación*, en virtud de que una determinada “naturaleza” exigirá un determinado tipo de previsión o cuidado, diferente del urgido por otra “naturaleza” distinta. Prosigue en seguida con los elementos circunstanciales subjetivos u objetivos, advirtiendo que las situaciones *personales* o el *tiempo* o bien el *sitio* pueden entrañar diferentes exigencias para que la conducta se considere prudente. Es decir: se toma en cuenta el cúmulo de factores que hacen, interna o externamente, al vínculo obligacional que se examina, dando pautas a los órganos jurisdiccionales para que no empleen en el juzgamiento de cada caso el excesivo rigor o la extrema benevolencia.

Este criterio del artículo 512 entraña exigir una vigilancia de la conducta para que el agente procure el respeto a la norma, lo que significa que su *transgresión es la de las normas de prudencia necesarias para obtener el respeto de las otras normas obligatorias*. Pero tal afirmación no surge de la propia letra sino del sentido. El artículo 512 debió ser más explícito porque puede haber omisión de las diligencias que indica; pero el caso no ser más que descuido porque, con éste y todo, cumplió la prestación. Le faltaría la condición genérica de exigibilidad de otra conducta, aplicable tanto al dolo como a la culpa *stricto sensu* desde que es requisito de la *culpabilidad*. Y la conducta exigida se cumplió. En suma, el artículo citado debió ser más claro para distinguir entre el fenómeno *psicológico* del descuido y el *jurídico* de la culpa *stricto sensu*.

La norma del artículo 512 se aplica a toda clase de culpas y comprende, de suyo, tanto la culpa *stricto sensu* en el campo "contractual" y en el "aquiliano". Una de las pruebas evidentes la constituye el hecho de que en esta última órbita no hay definición de "culpa".

Si bien, como dijimos, el concepto de culpa *stricto sensu* es el de culpa *in concreto*, hay casos que viven el otro concepto: arts. 902¹⁰⁷, 909¹⁰⁸, 2202¹⁰⁹, 2291¹¹⁰.

Cabe aún añadir que el mencionado concepto del artículo 512 es comprensivo de todas las especies de culpa *stricto sensu* mencionadas, así como unifica —algo habíamos adelantado— los conceptos que distinguen los penalistas de "negligencia", "impericia", "imprudencia", "inobservancia de los reglamentos", etc.¹¹¹. Asimismo, en el Código Penal se tiene un concepto esencialmente igual al del artículo 512¹¹², con las variantes del artículo 1103 del Código para los casos en que —de acuerdo a un plenario¹¹³— los jueces civiles tuviesen criterio distinto al de los jueces penales para evaluar la culpa.

La extensión del artículo 512 cubre, naturalmente, así la culpa del acreedor como la del deudor.

En cuanto a la culpa concurrente, caso que se da con harta frecuencia, el órgano jurisdiccional ejerce aquí un poder de apreciación muy extenso para valorar la porción de culpa de cada agente.

No entraremos ahora, como no lo hicimos con referencia al dolo, en problemas conexos.

10. El daño.

Se trata de una acepción multívoca en el lenguaje general y en el jurídico. Ello exige aclaraciones para precisar qué daño integra el cuadro de elementos que estamos analizando.

En Derecho romano se recuerda el texto de PAULO¹¹⁴, de aguda concordancia con otros del Digesto y la Instituta¹¹⁵. De todos ellos se desprende la noción de daño emergente o pérdida directamente sufrida y lucro cesante o frustración de una ganancia razonablemente esperada¹¹⁶. Pueden computarse normas parecidas en la Partida V del Derecho español¹¹⁷ y recordar que el Código francés llama daño e intereses o daños intereses a los que nacen del incumplimiento contractual y daños a los que surgen de delitos o "cuasi-delitos"¹¹⁸.

Hay un daño *de hecho* y otro *jurídico*, no siendo fuente de sanción el primero pero sí el segundo. El Derecho, en efecto, no acuerda indemnización en favor del comerciante a quien un tercero le privó por homicidio de un

(daño de hecho), pero si lo acuerda, por ejemplo, a la esposa (daño jurídico).

El daño de derecho o jurídico puede ser indemnizable y no indemnizable. Siempre origina sanciones. En el primer caso es la indemnización. En el segundo caso puede ser la anulación del acto jurídico, etc.¹¹⁹.

El daño jurídico puede ser material (afecta al patrimonio) o moral (afecta la personalidad en cualquiera de sus atributos). El primero puede ser emergente (“pérdida que (se) haya sufrido”, art. 519 del Código Civil) o lucro cesante (“utilidad que haya dejado de percibir”, art. cit.).

El daño puede ser común (igual para todos los que se encuentren en una situación análoga) y propio (deriva de causas subjetivas, que bien pudieran llamarse intransferibles). Asimismo puede ser directo o indirecto desde tres mirajes diferentes: naturaleza del bien afectado, si se perjudica o no al sujeto activo del derecho transgredido, si el que causa el daño lo es por hecho propio o ajeno; interesando el primero al definir el daño directo como el causado en las personas o cosas por el hecho mismo, al paso que el indirecto es el que ulteriormente repercute en la parte no afectada del bien o en cualquier otro bien de ese u otro patrimonio. Es daño inmediato el que acontece “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901 Código precitado) y mediato el que proviene “solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto” (art. cit.). Son daños previstos los que el agente previó, siendo imprevistos los que no reconocen sino los caracteres opuestos. Son previsibles los que razonablemente se pueden prever e imprevisibles los que carecen de esa cualidad. Alguna vez se ha dicho que puede un daño ser imprevisto para la generalidad, pero previsto o previsible para determinada persona. Son daños intrínsecos los experimentados en la misma prestación y extrínsecos los ocasionados en otros bienes del deudor. Son presentes los producidos durante el acto y futuros los que acontecen después, pudiendo subdividirse éstos en necesarios, contingentes y temidos. Se vincula esta definición con las distinciones entre instantáneos y sucesivos, pudiendo estos últimos provenir de un hecho único o bien de hechos diversos continuos o discontinuos. Hay daños determinados e indeterminados, clasificación que no necesita mayores explicaciones. Hay daño por interés negativo (el daño que surge de una frustración contractual) y positivo (el perseguido por el contratante al celebrar el contrato). Hay daño legítimo e ilegítimo, siendo el primero causado mediante lo que PLANIOL llama “derecho de perjudicar” y el otro el originado sin derecho alguno. Pero con esta clasificación estamos otra vez en el daño jurídico y el no jurídico. Y, así, podríamos seguir, a veces con innecesaria sutileza, encontrando otras clasi-

ficaciones. Unas son útiles —y hasta fundamentales—, otras son puramente teóricas.

El Código argentino, que se refiere al daño con expresiones distintas¹²⁰, ofrece tres sistemas generales: a) el vinculado con el daño por incumplimiento "contractual" en que la prestación no fuese de dar sumas de dinero (arts. 520, 521 y afines del Código civil); b) el que regula un caso casi idéntico al anterior, con prestación que, precisamente, consista en dar sumas de dinero (art. 622 y afines del Código cit.); c) el que ordena lo alusivo al daño producido por delito o "cuasi-delito" (arts. 1067, 1068, 1069 y afines del Código aludido).

Para una doctrina el daño se opera, con independencia de menoscabo moral o material, cuando se transgrede un derecho. Otra exige ese menoscabo. En la primera puede haber indemnización si el menoscabo existe, así como otras sanciones para el caso contrario. En la segunda, que el Código acoge en los artículos 519, 1068 y afines, se está ante la figura del *daño privado indemnizable*.

El daño material —al moral nos referiremos después— debe reconocer certeza, entrañar la lesión de un derecho subjetivo y ser personal del accionante. El derecho argentino no admite el requisito de que el daño no sea excesivamente pequeño. Cualquiera fuese su dimensión el daño será indemnizable¹²¹.

Para fijar la existencia del daño o bien su cuantía, es menester realizar una operación llamada "compensatoria". Es la que se presenta en el caso siguiente: el mismo ilícito provoca el daño y genera beneficio para la víctima. Si ambos rubros ostentan igual valor, asistimos entonces a la extinción del daño. Si el daño es mayor se estará ante la necesidad de disminuir su monto a los efectos indemnizatorios.

Este operativo, llamado *compensatio lucri cum damno*, no es la compensación como medio extintivo de las obligaciones estrictamente. Requiere para su procedencia la reunión de los siguientes elementos: a) daño y beneficio han de fluir del mismo ilícito; b) éste, consecuentemente, ha de ser *causa* y no *ocasión* del nacimiento de ellos; c) la compensación no se encuentra excluida por la vigencia de algún otro principio legal, verbigracia el expresado mediante la frase *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*¹²².

Se ha discutido si el daño moral debe ser indemnizado por razones diversas que no debemos reproducir aquí en detalle¹²³. La doctrina se divide con respecto a lo que es daño moral: si lo es algo intangible o abstracto, o es violación de un derecho extrapatrimonial o bien el perjuicio en elementos morales aunque lo fuese mediante transgresión de un derecho patrimonial.

Entendemos correcta la tercera teoría, porque puede haber un derecho moral transgredido con daño moral (así, calumnias), uno patrimonial violado que es acompañado de un daño patrimonial (deterioro de un automóvil), otro moral perforado al que se anexe un daño patrimonial (la misma calumnia, aparte del daño moral, puede traer como consecuencia una merma en la clientela del profesional) y un otro, todavía, patrimonial cuya desobediencia se vincule con daño moral (destrucción de un objeto que se conserva como recuerdo de familia).

Se ha discutido si en Roma procedía o no indemnización del daño moral¹²⁴, hallándose claros preceptos en el antiguo Derecho español¹²⁵, bases para afirmarlo en Derecho germánico antiguo¹²⁶, se discute en el clásico Derecho francés¹²⁷, etc. En la actualidad las direcciones del pensamiento jurídico son las que siguen: a) debe repararse en todo caso de responsabilidad; b) debe hacerse en la responsabilidad "aquiliana", pero en la "contractual" sólo si el cumplimiento se hallase vinculado con servicios públicos: transportes, etc.; c) procede en la responsabilidad "aquiliana" y en caso de incumplimiento "contractual" si ese incumplimiento entraña delito penal; d) cabe en todos los casos de responsabilidad "aquiliana", haya o no delito penal; e) es viable en los casos de responsabilidad "aquiliana" si media delito penal; f) es procedente en los casos de delitos civiles que sean delitos penales¹²⁸.

El Código civil argentino admitía, según interpretación plenaria de la Capital Federal, verbigracia, el sistema de la letra e)¹²⁹, mas para nosotros, *de lege lata*, cabía el indicado por la letra d)¹³⁰. La "reforma" de 1968, que hemos criticado en diversas oportunidades, ha dado un salto atrás en la medida que deja a la potestad judicial el decidir si se sanciona o no con indemnización el daño moral por incumplimiento de contrato (art. 522 nuevo). Con el Código era posible la interpretación acorde con la indicada por la letra d), estableciendo la obligación de fijar la indemnización por daño moral. *De lege ferenda* preferimos la obligación de hacerlo en todos los casos de daño moral¹³¹.

11. *La relación de causalidad.*

La relación de causalidad entre el obrar positivo o negativo y el daño ha sido estudiada con cierto rigor científico desde hace más de un siglo. Ello fue obra fundamentalmente de los penalistas, al punto de que en otras ramas del saber jurídico, verbigracia el Derecho civil, no se cuentan numerosos autores que se dedicaran al tema de manera más o menos equivalente, y mucho menos analizando la relación de causalidad más allá de la llamada "responsabilidad aquiliana".

Reiterando conceptos, diremos que no interesa a este capítulo analizar la "atribuibilidad" o "mismidad" ni la relación causal entre el obrar humano o la acción y la culpabilidad, así como otros vínculos comunes, sino concretamente el estudio del vínculo causal entre ese *obrar humano* o *acción* (*hecho interno* o *acto*) y el resultado, es decir para nuestra materia el *daño*. El Código argentino concede relevancia en la materia; como hemos de ver, a la relación causal de ese acto, pero no en sí mismo, sino con los elementos "antijuridicidad", imputabilidad subjetiva y culpabilidad —formando, así, un verdadero hecho jurídico complejo— y el daño.

Los juristas de Derecho penal tratan el tema comúnmente dentro de la acción y a manera de nexo entre éste y el resultado delictivo. De ese modo prescinden de los otros elementos mencionados —"antijuridicidad", etc.— y, como es lógico ante el criterio diferente del Derecho civil y del Derecho Penal, del daño privado que se ocasionara. Por las diferencias anotadas entre el enfoque del Derecho penal y del Derecho civil nosotros hemos de analizar la relación de causalidad a esta altura y no lo hicimos en oportunidad del examen del primer elemento.

A partir de los primeros impulsos sistemáticos la doctrina se ha visto enriquecida por un conjunto de teorías que no siempre son perfectamente separables y no siempre, tampoco, son útiles a la estructura normativa del Derecho civil¹³². La discrepancia comienza con la clasificación de las diversas doctrinas, desde que para ANTOLISEI y SOLER, entre otros, las hay "individualizadoras" y "generalizadoras"¹³³, prosiguiendo la distinta apreciación con el número de las que se reconocen con un grado suficiente de autonomía conceptual¹³⁴.

El problema de la causación, del principio causal y de la doctrina causal han variado considerablemente con el tiempo. La causación es una categoría que traduce la conexión causal de causa a efecto; el principio causal constituye la causalidad o enunciado de la ley de causación; y la doctrina causal afirma la validez universal del principio¹³⁵. La causación viene a ser gnoseológica, pero también ontológica. Se han formado tres corrientes en redor de este problema: una, sosteniendo que la causación es la única categoría de la determinación, es necesidad del pensamiento o principio *a priori*; otra, estimando que no hay explicación causal y se divide en empírica —la causación es sucesión temporal de experiencias— e indeterminista —no hay vínculo legal de causalidad—; la tercera, por fin, sostiene que la causación tiene validez parcial y se divide en ecléctica —la causación es válida solamente dentro de cierto campo—, funcionalista —se aíslan vínculos simples por abstracción de la interdependencia general— y de determinismo general —la causación es solamente una de entre las categorías interrelacionadas del pro-

ceso de la realidad. La primera es llamada tesis del *causalismo* o *paraitismo*. la segunda es el *anaitismo* y la tercera es el *hemiaitismo*¹³⁶. El desarrollo de estas posiciones excedería notoriamente el propósito de la presente investigación.

Veamos el problema en el Código civil argentino. Este legisla sobre la causalidad en forma que suscitó y suscita variadas opiniones. Se refiere en forma categórica o de modo menos terminante en los artículos 520, 900, 903, 904, 905, 906, etc. La doctrina nacional generalmente no se ocupa de la relación causal, habiendo comenzado una reacción en los últimos tiempos, fundamentalmente en materia de delitos y “cuasi-delitos”¹³⁷.

Antes de exponer las diferentes doctrinas digamos que el Código civil argentino exige que el daño *se causare* o se hubiese *ocasionado* o *causado* a otra persona (arts. 508, 521, 1068, 1109, 1111, 1113, 1114, etc.). Es decir que esa relación constituye uno de los presupuestos de la “responsabilidad subjetiva”.

AGUIAR estima que el Código se funda en los ejes de la “causalidad adecuada”, pero acepta “la presunción de la *conditio sine qua non*, propuesta por ENNECERUS” en el artículo 903¹³⁸; ORGAZ sostiene que el artículo 520 del Código reconoce influencia de la teoría de la causa próxima, pero los artículos 901 y siguientes siguen la de “causalidad adecuada”¹³⁹; para SALVAT se está en “una cuestión de hecho”¹⁴⁰; LAFAILLE tampoco tiene una posición firme con respecto a la teoría que sigue el Código¹⁴¹; BORDA se decide por la “causación adecuada”¹⁴²; LLAMBÍAS lo hace por la “condición preponderante”, con rectificaciones¹⁴³; SPOTA vacila entre una doctrina u otra¹⁴⁴; etc.

Entendemos pertinente expresar algunas consideraciones para cerrar el capítulo.

Por de pronto la relación causal es obra de una abstracción. No solamente la que hemos analizado a propósito de la tarea jurídica con los materiales de la Naturaleza, sino también en la propia concepción natural, donde también se abstrae desde que se dejan de lado muchos elementos de los fenómenos enlazados por esa relación y en alguna medida se modifica el propio objeto. El concepto logrado es entonces sólo aproximativo, en gran parte por las limitaciones de la investigación humana¹⁴⁵.

En el mundo jurídico, como quedó adelantado varias veces a través del presente estudio, aunque la teoría se base en el mundo físico, hay una necesaria adecuación normativa, dejándose de lado los elementos que interesan a la relación causal de la Naturaleza, pero son irrelevantes para el mundo del Derecho.

Analizando las diversas teorías de la relación causal, muchas elaboradas en ausencia de normas expresas que se decidieren por alguna, vemos a

menudo una superposición de conceptos sobre esa relación con los que se corresponde más a la teoría de la culpabilidad. La excusa de que son correctivos no quita validez a nuestra afirmación. El propio Código argentino legisla acerca de la imputabilidad de las consecuencias "de los actos libres" y "de los hechos reprobados por las leyes" (arts. 903 a 906 inclusive), "la estimación de los hechos voluntarios" y "la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (arts. 909 y 902 respectivamente), mencionando la obligación de prever las consecuencias o el hecho de haberlas previsto (art. 904, etc.). Se ve claramente que esas normas no regulan solamente actos para vincularlos con resultados —como la dogmática penal lo hace— sino que se manejan con actos voluntarios y, a veces, específicamente, con actos voluntarios ilícitos. Además, los actos libres, en el lenguaje del artículo 903, son algo más que libres, puesto que la "voluntad jurídica" se integra con discernimiento, intención, *libertad* y hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta (arts. 897 *in fine* y 913). Por eso, cuando el Código menciona la relación de causalidad sin darle ese nombre, lo hace con dicha relación en forma distinta del Derecho penal. Estos ven *acción* por un lado y *resultado* por el otro. Descubierta la relación causal entre esos dos elementos, analizan luego los demás. El Código civil argentino maneja otra técnica: pone de un lado el *obrar humano o acción* (o *hecho jurídico interno o acto*) *antijurídico, imputable, subjetivamente culposo* (sea a través de dolo o culpa *stricto sensu*) y coloca del otro el *daño*. Si el complejo antes mencionado *causó el daño*, hay relación de causalidad. Para saber si procede la indemnización debe analizarse si hubo o no *frustración de la indemnizabilidad*.

No es, pues, que se considere objetivamente imputable (relación causal) solamente a las consecuencias inmediatas, mediatas o casuales (la "reforma" de 1968 incorpora la expresión "remotas") de acuerdo con los distintos casos, sino que se corta la cadena causal, que puede ser la misma en diversas oportunidades, según factores que exceden la causalidad misma para penetrar, verbigracia, la culpabilidad. Así, medie o no previsibilidad, hay relación causal con las consecuencias mediatas en todos los casos, y nadie puede negarlo, pero al Código *solamente le interesa establecer la relación mencionada si hubo previsión o previsibilidad*. De ahí que cuando alguna vez se dice que hay diversos sistemas de causalidad, en rigor se está confundiendo a esos sistemas con los de *responsabilidad* por transgresión de lo decidido por acto voluntario lícito o por violación de la ley, mediante dolo o culpa, etc.

Esas normas generales (arts. 901 y ss.) se refieren a todos los casos de "responsabilidad subjetiva", pero en ocasiones se presentan disposiciones

especiales distintas que dejan sin efecto el alcance de aquéllas en la única medida, naturalmente, de su singularidad.

12. *La no frustración de la "indemnizabilidad"*.

El hecho jurídico complejo que lleva a la posibilidad de obtener indemnización se integra, todavía, con un elemento sumamente heterogéneo en su composición y que ostenta carácter negativo (hecho jurídico negativo): la *no frustración de la "indemnizabilidad"*.

Este hecho jurídico consta de elementos que son *originarios* desde que operan al producirse la acción o, aún, antes, y otros que son *ulteriores* al nacimiento del derecho a la indemnización.¹⁴⁶

Nuestro Código civil contiene varios casos pero a título de ejemplo hemos de citar solamente uno.

El artículo 1088 del Código dice textualmente: "Si el delito fuere de estupro o de rapto, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente. Esta disposición es extensiva, cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquier mujer honesta, o de seducción de mujer honesta, menor de diez y ocho años". Como se ve, construido todo el complejo de hecho desde la acción hasta la relación causal, sin embargo la ley *frustra la indemnización* si el matrimonio entre la ofendida y el transgresor se celebra.¹⁴⁷

Y, así, podríamos mencionar otros casos.

13. Como síntesis de lo expuesto, podemos decir que la potestad de entablar demanda por indemnización surge como elemento resultante del conjunto o hecho jurídico complejo que describimos de la manera más sintética. No vamos a entrar, lo dijimos, en el examen de la bien o mal llamada "responsabilidad objetiva". Nos cabe añadir que en la llamada "responsabilidad por hecho ajeno" —todas cuyas hipótesis de presunción *juris et de jure* serían casos de "responsabilidad objetiva" para muchos— el *hecho ajeno* debe como principio contar los requisitos del hecho jurídico complejo que hemos descrito: acción u obrar humano, etc.

14. La teoría que esquemáticamente hemos expuesto aspira a la concepción general del *ilícito civil* con todas las importantes consecuencias señaladas. Las normas singulares de algunos ilícitos civiles completarán, con las necesarias modificaciones parciales, el esquema que hemos trazado.

N O T A S

¹ Comenzamos esta primera nota diciendo que la insistencia en citar nuestros propios estudios —el aludir a lo propio es inelegante muchas veces— se funda en que de ese modo evitamos desarrollos más extensos en el texto.

La separación de ambos sistemas de responsabilidad es tan persistente que las citas de los numerosísimos Tratados y otros estudios aparecidos en los diversos países dilataría con exceso e inútilmente esta nota.

Sobre una refutación de esas líneas ver Boffi BOCCERO, L. M., *Estudios Jurídicos. Primera Serie*. Bs. As., 1960, p. 75 y ss., donde se halla un estudio que, publicado en 1959, recoge las lecciones impartidas en las dos Facultades de Derecho que el texto menciona.

Sólo añadiremos como dato ilustrativo de tipo histórico la verdadera unión primitiva de ambos sistemas de responsabilidad. Así lo pusimos de resalto en Revista La Ley, tomo 115, p. 1099. Puede verse también a JENKS, Edward *A short history of English Law from the earliest times to the end of year 1938*". Dice este autor que en el viejo Derecho inglés no se distinguía entre delito y ruptura de contrato. Las distinciones agudas vendrán más adelante, sólo que —añadimos— fueron más allá de las necesarias separaciones entre los elementos singulares de cada responsabilidad para llegar indebidamente hasta enfrentarlas con desconocimiento de su comunidad histórica y conceptual. Una cosa es señalar diferencias, otra es hacerlo sin partir de la base de la identidad esencial del concepto de "responsabilidad". Este, con las debidas adaptaciones, es común al ordenamiento jurídico.

² Los sistemas mínimos de responsabilidad en el Código civil argentino son: 1) el que regula el incumplimiento de lo decidido por acto voluntario lícito (contrato, declaración unilateral de voluntad, acto lícito semejante a un acto jurídico, etc.); 2) el caso anterior, mas con la variante de que el objeto entraña suma de dinero; 3, el que rige los delitos; 4) el que gobierna los "cuasi-delitos"; 5) el que abre una opción para el acreedor o damnificado entre cualquiera de los casos señalados por los números 1 y 2 —el que correspondiese— y cualquiera de los mencionados con los números 3 y 4 —el primero si hay dolo, el segundo si media culpa—.

La opción recientemente aludida se halla regulada por el artículo 1107 del Código civil. Esa opción no había sido analizada sino esporádicamente por la doctrina nacional (Ver nuestros *Estudios Jurídicos...* cit., p. 85, texto y nota). Pero en Febrero de 1959 resolvimos, ante esa circunstancia, publicar las ideas desarrolladas durante las clases y lo hicimos en *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires con el título *Sistemas de responsabilidad civil en el Código argentino*, números 10 y 11 (hay separata). De ahí en más pudo apreciarse que el propósito había sido logrado, apareciendo diversas investigaciones sobre el tema, entre otras la del entonces ayudante de nuestra Cátedra Integral de Obligaciones Atilio Aníbal ALTERINI que, en la revista *Obligaciones*, Buenos Aires-Montevideo, Noviembre-Diciembre 1962, I, p. 57 y ss., se ocupa con detenimiento del derecho de opción. Posteriormente aún el propio ALTERINI lo hace en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, en *Responsabilidad civil. Límites de la responsabilidad civil*, Bs. As., 1972, No. 145 y ss.; y se refieren al tema, asimismo, Mosset ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Parte General*. Bs. As., 1971, I, No. 116 y ss., LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma del Código civil. Ley 17.711*, Bs. As., 1969, p. 138, nota 140 con argumentos no siempre compartibles. Nosotros desarrollamos más la materia en la voz de la *Enciclopedia Jurídica Omeba* llamada *Opión o cúmulo* y en el tomo II del *Tratado de las Obligaciones*. El problema que resuelve el artículo 1107 es de una extraordinaria importancia, pero los límites del presente estudio impiden que nos ocupemos de analizarlo.

La justamente criticada "reforma" de 1968 no se ocupó del referido artículo 1107. Si indebidamente las autoridades decidieron modificar el Código civil, en esa línea

debieron entonces ocuparse de una norma tan fecunda pero cuya redacción no ha sido sino muy pocas veces de acuerdo con lo que entendemos es su recto sentido.

Debemos recalcar las grandes líneas comunes entre los aludidos tipos de responsabilidad, sea agrupando los casos 1 y 2 para comparar el conjunto así formado con el constituido por los casos 3 y 4, fuere realizando la comparación entre cada uno de esos cuatro sistemas con el resto. De esas operaciones quedan, como elementos comunes mínimos, los mencionados en el texto.

Nosotros hemos refutado la clasificación bipartita en oportunidades distintas (ver nota 1). Lo hicimos tanto por su terminología cuanto por su contenido. Con la calificación "contractual", verbigracia, se dejan fuera casos que se rigen por esas normas, como el incumplimiento de lo decidido mediante declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones (ver BOFFI BOGGERO Luis M., *La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones*, Bs. As., E.B.A., 1942), y por actos lícitos semejantes a los actos jurídicos (ver la voz *Actos lícitos*, que redactáramos para la Enciclopedia Jurídica Omeba ya citada). Asimismo con la calificación de "extracontractual" se aplican las normas de delitos y "cuasi-delitos" a los casos que se han excluido de las normas contractuales. Y es de toda evidencia que gravita más la *licitud* de ambas fuentes que el carácter *contractual* o no *contractual* ostentado por ellas.

³ Nosotros implantamos en las aludidas Facultades el sistema pedagógico llamado "Cátedra Integral", permitiendo de ese modo una íntima *integración* del alumno y del egresado con los Profesores para, todos juntamente y cada uno en su posición, constituir la Cátedra. Dirigida por el Profesor Titular, asistido por los Profesores Adjuntos, la Cátedra seguía integrándose con egresados y alumnos, éstos no solamente como asistentes a las clases sino, cuando demostrasen condiciones de discípulos, pasando a ser ayudantes y subayudantes. En estos dos caracteres se encontraban, precisamente con los egresados. Publicaciones vernáculas y foráneas se han ocupado de esta experiencia pedagógica, que movilizó una masiva adhesión estudiantil por cima del hecho cierto de las mayores exigencias que se imponían al estudiante. Esa adhesión —que revela hasta dónde puede rendir el potencial humano cuando se le asigna el rango de copartícipe en una obra y que honra, a todas luces, al estudiante— se mantuvo en permanente aumento. Como no constituye ésta la oportunidad apropiada para extendernos al respecto, nos hemos de remitir a lo que dijimos, verbigracia, en: *Universidad de Buenos Aires, Homenaje a la Revolución de Mayo y su sesquicentenario. Acto Académico*, Bs. As., 1960. p. 22 y ss., especialmente y en *Los derechos humanos y la Universidad. Dos temas de la vocación de Alfredo L. Palacios. Editado por la Fundación Alfredo L. Palacios*, 1971. de manera especial p. 45 y ss.; etc. Sólo quisiéramos agregar muy breves conceptos más. Esa Cátedra Integral realizó Congresos de intercambio docente de Buenos Aires y Montevideo con el "Seminario de Obligaciones y Contratos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo a cargo del malogrado Profesor José SÁNCHEZ FONTÁNS (véase nuestra conferencia *El Doctor Sánchez Fontáns como civilista y pedagogo*, editada por Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1966). Asimismo dicha Cátedra editó la Revista *Obligaciones* citada en nota 2, de igual modo que formó muchos discípulos que sobresalieron, nos place destacarlo, en el país y en el extranjero. Al ser desconocida la autonomía universitaria en 1966 la mayoría de los discípulos siguió actuando fuera del recinto físico de la Universidad ante la renuncia de quien escribe estas líneas. A esta mayoría brindo el recuerdo emotivo porque considero que se condujeron y se siguen conduciendo con el alto sentido ético que informa las bases de la Cátedra Integral. Pensamos, así, que las notas de renunciamento

constituyen la mejor lección impartida y, naturalmente, la doctrina que ha de impulsar las futuras realizaciones.

Fuera, entonces, del recinto físico aludido, la Cátedra aludida siguió sus funciones investigadoras, surgiendo "Ilicitud e indemnización", Bs. As., Editorial Jorge Alvarez, 1968 de un examen realizado entre civilistas y penalistas bajo nuestra dirección. Posteriormente comenzó el análisis de los requisitos de la acción de *in rem verso*.

⁴ A lo extenso de los numerosos cursos de Derecho Civil, Parte General y Obligaciones, expusimos la necesidad de profundizar la estructura del *ilícito civil* como un todo y para ello mencionamos la conveniencia de utilizar, con las debidas adaptaciones, los progresos de la dogmática penal. (Descamamos dejar en claro que, por razones de unidad del Derecho, el *ilícito* es uno, al margen de las variantes que se aprecien en Derecho civil, Derecho penal, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, etc.). Es que esa dogmática hacía esencia del estudio del delito y había llegado hasta la sutileza en muchas de sus construcciones. Varias veces aplicamos ese criterio en nuestras clases, o anticipándonos a ellas mediante publicaciones, en oportunidades recogiendo en éstas lo desarrollado durante las clases. Así: *Aspectos de la nulidad del acto jurídico en el Código Civil Argentino*, Paraná, 1950; *Introducción al tema de la nulidad y anulabilidad absolutas y relativas*, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, No. 3 del año 1951 y No. 1 del año 1952; *Estudios Jurídicos. Primera Serie*, cit., I, p. 75, 147 y afines; *Esquema de la ilicitud que genera "indemnizabilidad"*, Bs. As., 1966; *Responsabilidad. Conceptos generales con especial referencia al Derecho Civil*, en la Enciclopedia Jurídica Omeba cit. (hay separata); estudio aparecido en Revista La Ley, tomo 135, p. 1257 y ss, nota 46 (ésta en p. 1267); *Ilicitud e indemnización*, cit.; *Tratado de las Obligaciones* cit., II; etc.

No era costumbre seguir, sobre todo en nuestro país, una línea semejante, al punto de que los juristas de cada disciplina trabajaban sobre ella desentendiéndose de las investigaciones de las demás. Pero últimamente se viene a coincidir con la corriente doctrinal que defendemos. Así, ORGAZ contiene conceptos muy expresivos respecto a la necesidad de utilizar en Derecho civil, con las necesarias adecuaciones, la dogmática penal (véase *La culpa (actos ilícitos)*, Bs. As., 1970, p. 33 entre otras); algo semejante acaece con MOSSET ITURRASPE, (*Responsabilidad por daños*, Bs. As., 1971), etc. No aparece utilizada con claridad la línea por J. BUSTAMANTE ALSINA (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., 1972), y, menos aún, por LLAMBIÁS (*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., 1967 o, después, su *Compendio de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., 1971, escrito con dos colaboradores).

La Escuela analítica de Derecho Penal, partidaria del estudio de los elementos constitutivos del delito, ha sido criticada con fuerza por los partidarios de la teoría egológica (así: AFTALIÓN y LANDAGURI). Sobre la posición de ellos y su contestación nos remitimos a nuestro estudio *Responsabilidad...* cit., p. 29 y ss. Pero nos interesa tomar a vuelo un concepto de ALFATIÓN, quien dice que con el criterio analítico deberían mencionarse como elementos al *Juez* y la *pena*.

Nosotros pensamos que ello no es así y tiene su lógica la Escuela analítica en excluirlos de sus elementos. En cuanto a la *pena* porque no podemos incluirla entre los integrantes del complejo que, precisamente, le da nacimiento. La pena no puede encontrarse, simultáneamente, dentro y fuera del complejo aludido. La pena no puede ser, en otro lenguaje, hecho antecedente de sí misma. Lo mismo debemos decir con referencia al *Juez*, que aplica la *sanción*, decretándola y, en su caso, haciéndola eje-

cutar. Quien así obra ha debido analizar el complejo que forma el ilícito civil y, dándolo como acreditado, disponer que se viva la consecuencia sancionatoria. Nada añade a la elevadísima función judicial desde el punto de vista axiológico el colocarlo dentro de la estructura del ilícito.

Aunque la naturaleza de esta nota impide penetrar más a fondo este apasionante tema, nos place recordar que hemos puesto de resalto en numerosas oportunidades la función *gubernamental* del Juez, no solamente en los votos emitidos durante nuestras funciones como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —y, antes, juez en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires—, sino también en publicaciones diversas (entre otras, ver el libro que publicáramos en 1964 con el título *Tres Centenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Bs. As., Editorial Omeba). Los profesores titulares de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires que aceptaron esa tesis con mayor decisión se llaman Segundo V. Linares Quintana y G. Bidart Campos, sobre todo este último. En cambio, el Profesor Adjunto de esa Facultad Jorge Reinaldo Vannosi, que fuera nuestro Secretario en la Corte Suprema de Justicia antes mencionada, ha mostrado, en alguna publicación más reciente, una posición contraria al juzgamiento por el órgano judicial en casos que son para nosotros perfectamente “justiciables”. (Confrontar ello con p. 232 de su estudio *Régimen constitucional de los tratados*, donde admite la revisión de “aquellos actos que originen causas o casos a raíz de la lesión de derechos subjetivos públicos o privados”, es decir con criterio bien lato).

Pero si hemos mantenido con énfasis esa función gubernamental, insistimos en cambio que el Juez no integra el acto ilícito. Decir que, promovida la causa, el delito se configura cuando sentencia firme así lo decida —verdad elemental— no significa que el Juez integra el cuadro ilícito. Es la fuente, sí, de la llamada “norma individual” constituida por la sentencia y en ésta se analizó el *ilícito* y se *dispuso* la *sanción*. El problema de saber la fuente de esa “norma individual” excede esta nota.

La dogmática vernácula ha presentado los elementos del ilícito con escasa variedad en cuanto al número y generalmente con alusión a delitos y “cuasi-delitos”. Veamos, por ejemplo: LAFAILLE expresa que los elementos son la violación de la ley, el dolo o la culpa y el nexo causal (*Derecho Civil. Tomo VII. Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., 1950, vol. II, No. 1221, 1226, 1227 y ss.; 1232/4); SALVAT menciona la imputabilidad (dolo o culpa), el daño causado y la relación de causalidad entre hecho y daño (*Hechos ilícitos. Enriquecimiento sin causa. Apuntes para el curso de 1937*, Bs. As., 1937, No. 14 y ss.); ORGAZ se decide por “la ilicitud, la culpabilidad y el daño” (*El daño resarcible (actos ilícitos)*, Bs. As., ed. 1952, p. 31 y ed. 1960, p. 29), otra vez por añadir la *causalidad* (ver Revista *La Ley*, tomo 135, p. 1595 y ss., nota 12 en p. 1598), otra vez, todavía, se ocupa ya abiertamente también de la *imputabilidad* (ver *La culpa...* cit.); BORDA observa un acto positivo o negativo, el daño causado, la relación de causalidad entre hecho y daño e imputabilidad (*Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, Bs. As., 1966 No. 1309 y ss.); MOSSET ITURRASPE penetra más y aprecia “la acción u obrar humano”, la “antijuridicidad”, la “imputabilidad: culpa o riesgo”, el “daño”, la “causalidad” (*Responsabilidad...* cit.); BUSTAMANTE ALSINA ve como elementos comunes a la “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual” (a ésta le llama “acto ilícito”, refiriéndose en esa forma a lo que considera órbita de esa responsabilidad): “1o. Antijuridicidad. 2o. Daño. 3o. Relación de causalidad entre el daño y el hecho. 4o. Factores de imputabilidad o atribución

legal de responsabilidad" (*Teoría general de la responsabilidad...* cit., p. 74); LLAMBIÁS ve como "presupuestos" de la responsabilidad atribuida al deudor: "incumplimiento del deudor;... imputabilidad del incumplimiento en razón de su culpa o dolo; daño sufrido por el acreedor; relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor" (*Tratado...* cit., No. 98; reiterado en el *Compendio...* cit., No. aludido) y, con referencia a lo que llama "acto ilícito" (se refiere exclusivamente a delitos y "cuasi-delitos"), menciona como elementos: "violación de la ley;... imputabilidad del acto al responsable;... daño causado...; relación de causalidad entre el hecho y el daño", advirtiéndose así, fuera de su apego por la terminología tradicional, que la única diferencia entre ambos sistemas de responsabilidad estaría dada por el "incumplimiento" en el primero y la "violación de la ley" en el segundo. Estos dos términos son especies del género "transgresión normativa" o "antijuridicidad objetiva". A este respecto Atilio Aníbal ALTERINI, que ahora acompaña como Profesor adjunto a LLAMBIÁS en la Facultad de Derecho donde antes nos acompañara como auxiliar, primero, y Profesor adjunto, después, escribió en su momento la monografía *El incumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil)*, Bs. As., Edición de la Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1963, donde ya desde el título y, luego en algunos pasajes, viene a contestar por anticipado a LLAMBIÁS.

En Derecho foráneo, frente a una posición clásica cuya difusión hace innecesario que se la mencione concretamente, podemos ver reacciones doctrinarias de distinta envergadura. Así, para citar dos entre los muchos escritores modernos de Derecho civil, veamos lo que dicen el alemán K. LARENZ y el español F. PUIC PEÑA. El primero estudia por separado la responsabilidad que corresponde al deudor y la que deriva del injusto (para él, actos ilícitos). En aquélla estudia "la culpabilidad y la responsabilidad objetiva", así como analiza la "infracción dolosa", y la negligencia o culpa, la "capacidad exigida para ser responsable" (*Derecho de las Obligaciones*, Madrid, I, parágrafo 19) y, antes, el daño (parágrafo 14); en la segunda responsabilidad analiza "la acción", "la antijuridicidad", "la culpabilidad" (parágrafo 65). Como se ve, hay influencia de la dogmática penal —aunque no muy grande— para penetrar los elementos configurantes de la responsabilidad, no extrayéndose mayor provecho, en nuestro concepto, porque antes no buscó la serie de elementos comunes a los que LARENZ divide en dos tipos de responsabilidad. PUIC PEÑA, en cambio, avanza mucho más en el camino. Expresiones aparte —sigue mencionando "el incumplimiento" por un lado y la "responsabilidad extracontractual" o "aquiliana" por el otro, verbigracia—, este autor menciona como "caracteres del incumplimiento" —que considera capítulo del *injusto* genérico o, para emplear sus propias expresiones, "una modalidad de lo injusto"— a los siguientes: una acción u omisión como actividad, una obligación preexistente, una "Culpabilidad" y una "Antijuridicidad" (*Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. I. Teoría general de la Obligación, Madrid, I, 200*) y, como "elementos" de la "responsabilidad extracontractual", menciona a "la manifestación de la voluntad en forma de acción u omisión, un resultado y una relación de causa a efecto entre ambos" —lo que engloba en la expresión "actividad"—, a la "culpabilidad", a la "antijuridicidad" (ob. cit., II, p. 571 y ss.). Vemos en esta última obra, a salvo los reparos que surgirán implícitamente del cotejo entre sus muy pensadas conclusiones y las que ofrecemos en el texto para contribuir al esclarecimiento de tan arduo problema, un adelanto científico indudable.

Acercar de la expresión "responsabilidad" y su uso en el lenguaje jurídico, ver nuestro libro *Estudios Jurídicos...* cit., p. 77. Sobre la expresión "garantía" y otras afines,

ver *Garantía por hecho ilícito ajeno*, en la citada Enciclopedia Jurídica Omeba. Asimismo, nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit. tomo I.

Para mencionar, de entre las numerosas publicaciones vernáculas o foráneas, solamente algunas últimas aparecidas en el país, mencionaremos a MOSSET ITURRASPE, ob. cit.: BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit.: ORCAZ, *La culpa...* cit., con gran claridad expositiva la última de las nombradas: etc.

⁵ Ver nuestro *Tratado...* tomo II. La doctrina nacional ofrece menos elementos y, como se vio en nota anterior, prácticamente da por sentada la acción u obrar humano sin mencionarla. Sólo por excepción encontramos individualizado este elemento autónomo. Es claro, de todas maneras, que en la realidad de los hechos el Juez no analiza los elementos en el orden indicado. Incluso es lógicamente correcto establecer otro orden. Pero el criterio del Código Argentino es el que seguimos en el texto.

⁶ Ver nuestra *Teoría general del hecho jurídico*, Bs. As., 1962, p. 78. Esta doctrina, con la que hemos añadido un nuevo término a la clasificación de los hechos jurídicos, fue analizada en la Revista *Obligaciones* cit., p. 82, por dos destacados alumnos de nuestra Cátedra Integral: los señores Jorge Dubove y Juan I. Flecha.

⁷ Ver nota 5. Nos parece que somos consecuentes con la concepción objetiva, también aplicable a la conducta. No encontramos compartible la posición de ORCAZ cuando dice que la persona es sinónimo de "capaz de conducta, en otros términos, de "actos" en que se traduce su esencia espiritual" y que "el derecho no considera al individuo humano como mera fuerza física" (*La culpa...* cit. p. 15) o cuando afirma, con evidente influencia penalista, que debe distinguirse entre la coacción física que transforma a la víctima en "mero instrumento material para la causación del daño" y la que coloca al sujeto en posición carente de libertad, mas "con voluntad psíquica", diciendo que en el primer caso "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" (ob. cit., p. 89/90); en cambio hallamos propicias las afirmaciones que, a la inversa, expresa en p. 37: "todo en el derecho es jurídico" (de donde la mención de la "voluntad psíquica" no hallará sitio), página que recoge la conocida expresión de BEKKER: "¡Dios nos libre de una escuela de civilistas psicólogos!" (nota No. 9).

Preferimos la concepción del texto. El propio ORCAZ, que sostiene la personalidad jurídica desde el nacimiento y no, como lo dice el artículo 63, desde la concepción (criterio de ORCAZ que no compartimos), se atiene a la letra y sentido legales cuando admite que es persona el ente que ofreciere "signos característicos de humanidad" (art. 51) (*Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, Bs. As. 1946, p. 29 y 31). Con el concepto que el profesor de Córdoba acepta, ya no es persona solamente el "capaz... de "actos" en que se traduce su esencia espiritual", sino, todo aquél cuya exterioridad es humana, actúe al nivel más cercano de la vida somática o se eleve a las zonas más sublimes de la inteligencia y sensibilidad. Todo lo que haga es acto humano, porque, si no lo fuese, sería o "situación jurídica" (ver nota 6) o hecho externo o natural. El hecho interno o acto cubre una zona muy amplia: movimientos reflejos, estados fisiológicos, movimientos puramente fisiológicos, *vis absoluta*, expresiones demenciales, de niñez, de plena inteligencia, bajo estado de necesidad, etc. En los casos primeramente mencionados la alternativa es acto o hecho natural y, ante ella, optamos por el primer término. Natural, en cambio, es la coloración de la piel impuesta, precisamente, por la Naturaleza, etc. Imaginemos que una persona vomita y mancha

el traje a un tercero. ¿Se negará que hay acción? Imaginemos que se desea sancionar a una persona por el color natural de su piel. ¿Se negará que no hay acción sino fenómeno puramente natural? Además, si los movimientos reflejos o los estados fisiológicos o los movimientos puramente fisiológicos (movimiento del tórax, etc.) se consideraran "no actos" porque no son, en el lenguaje penalista que algunos civilistas siguen, manifestaciones de voluntad, cabría preguntar por qué al sonámbulo se le desconoce la realización de un *acto* y se considera *acto* al del demente a toda orquesta? Para ello tenemos que penetrar sutilezas —filosóficamente admisibles, sin duda— pero que contrarían la estructura normativa del Código civil. Un ejemplo de esas sutilezas lo da el propio LARENZ cuando refiere al acto "la producción de un resultado mediante un movimiento corporal inconsciente o involuntario, en tanto se ve la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad" (ob. cit., II, p. 564). Por otra parte, qué diferencia habría, para aplicar la *actio libera in causa*, entre el caso del sujeto que se embriaga para darse coraje y cometer el ilícito y el que va de expreso a un lugar donde las condiciones o la comida que voluntariamente ingiere le provocarán —él lo sabía— un vómito dañoso a terceros?. Nadie duda que el ebrio realiza un *acto*, nadie debe dudar que quien vomita también lo realiza.

Hemos dicho que debe tomarse la doctrina penal, utilísima, pero con precauciones. Una de ellas rige para el "no acto". El penalista tiene una preocupación muy grande, ante los valores que juegan en su esfera, por apartar rápidamente lo que pueda no ser punible. Por algo rige la vieja sentencia de que en la duda se está en favor del "reo" (art. 13 del Cód. de Proc. en lo Criminal de la Capital Federal). Pero en lo civil se elimina en esos casos la sanción sin apelar a esas precauciones de política jurídica. Esos "no actos" del Derecho penal —"actos" del Derecho civil— son o inimputables o inculpables, según ha de verse. Justamente un caso de estos últimos es el de la *vis absoluta*.

El Código argentino dice en el artículo 897: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad". El artículo 922 expresa: "Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación". Al penetrar detalles que hacen a los vicios de la intención y de la libertad, se refiere claramente a "hechos" por "actos". Ahora bien; se concibe que el Código ocupe alguna norma para regular la falta de libertad en los casos de "fuerza" y "temor" si fuesen "no actos". Evidentemente está aludiendo a *actos*, así sea el realizado cuando el agente constituye un proyectil humano. La vidriera fue rota por quien la atravesó, sin defecto de que no tenga culpa y ésta recaiga exclusivamente en quien le empujara.

Además de lo expuesto, cabe preguntarse: ¿y los actos de la "persona jurídica"? El Código civil la hace responsable (el artículo 43 fue "reformado" en 1968 de modo que mereció agrias críticas) por los actos dañosos de "quienes las dirijan o administren" o "por los daños que causen sus dependientes...". Sabemos que la ley imputa normativamente una voluntad a quien, se dice, no la tiene psíquicamente. Los razonamientos anteriores sobre el "acto" y no "acto" deberán trasladarse a quienes obliguen con su actividad a la "persona jurídica", sea como si ésta hubiese actuado directamente o cual responsabilidad refleja.

MOSSET ITURRASPE, de su lado, dice que tanto para nuestro Código cuanto "para la unanimidad de la doctrina de la época, para que un acto externo se considere como acción es necesario el concurso de la voluntad". Enseguida da como base de su mani-

festación el artículo 900, que establece la inexistencia de obligación en los actos involuntarios, y la nota al pie de esa norma, que equipara el hecho sin “discernimiento” ni “libertad” como un no acto, cual “un acontecimiento fortuito” (ob. cit., p. 11/2). En párrafos anteriores de esta misma nota hemos refutado este concepto, que no es, como se vio, el del Código. Insistiendo en una respuesta que dimos hace tiempo, diremos que si esa equiparación —esfuerzo metafórico del codificador en una nota, que naturalmente no es ley— fuese exacta, ¿por qué se anula el acto jurídico hecho por un demente, un razonablemente equivocado, un constreñido indebidamente, y en cambio no se anula el rayo?

Ante la evidente dificultad para sostener esa tesis, opta por la que enseña F. ANTO-LISEI y distingue entre los actos voluntarios tres categorías: en una, estarían los “actos reflejos”, en otra los “actos instintivos” y en la otra “los habituales”. Los primeros “no expresan de ninguna manera el carácter y las tendencias del autor; no tienen ninguna significación o valor sintomático respecto de la constitución psíquica del individuo” (movimientos patológicos o fuerza irresistible). No constituyen acciones. Los segundos, “pese a desarrollarse fuera de la zona lúcida de la conciencia, tienen valor sintomático respecto a la personalidad humana” como “determinados por impulsos internos”. Los terceros “son los que siendo originariamente voluntarios se hacen automáticos”. Estos dos últimos grupos constituyen actos. Pasando a ejemplos prácticos, agreguemos que considera actos al sueño, sonambulismo, hipnosis, epilepsia, estados provocados por estupefacientes o alcohol, etc. (ob. cit., p. 15/17).

Como se ve, el autor citado —que menciona como nosotros “la acción u obrar humano”— reconoce que el Código tiene como “no actos” a los celebrados sin discernimiento, intención y libertad (en lo que se equivoca, a nuestro entender), pero a renglón seguido adopta otro criterio bien distinto, no *de lege ferenda* —lo cual hubiese sido legítimo— sino *de lege lata*, interpretación que no podemos compartir. Para nosotros, en cambio, las tres categorías mencionadas por MOSSET ITURRASPE encierran *actos* para el Código.

⁸ Esta doctrina, explicada detalladamente, y acerca de la cual insistimos en el texto, fue publicada ya en nuestro *Esquema de la ilicitud...* cit.; en *Responsabilidad...* cit., en el *Tratado...* cit., II, etc.

⁹ Ver *Estudios Jurídicos. Primera Serie...* cit., p. 75, nota 1. Asimismo, *Tratado...* cit., I.

¹⁰ Ver nota anterior. Atilio Aníbal ALTERINI, en *El incumplimiento...* cit. —las expresiones que usa en el título fueron introducidas por nosotros en el programa de estudios de la materia— realiza un meritorio esfuerzo. En el punto concreto que nos ocupa ALTERINI maneja tres conceptos cuya lectura puede inducir en error. Menciona la “transgresión normativa” (“disconformidad en sentido objetivo”), la “ilicitud” (“el acto ilícito”) y la “antijuridicidad” (“transgresión normativa dañosa, imputable con prescindencia de la subjetividad del sujeto obligado”), a cuyo efecto debe leerse la p. 19.

Pensamos que se puede, sobre todo tratándose de expresiones claramente multívocas, usar lo que parezca más conveniente para la exposición, salvo está, que se optara por procedimientos ilógicos, y éstos por serlo, confundan al lector.

Decir *transgresión normativa*, *ilicitud* y *antijuridicidad* es para nosotros afirmar lo mismo. Siempre es la cualidad “desvaliosa” de la conducta que transgrede la norma: ley, lo decidido mediante acto lícito, etc. Pero, aun admitiendo que la división de ALTERINI fuese exacta, pensamos que nunca pudo llamar *ilicitud* —cualidad “desvaliosa”,

según vimos al acto mismo que esa ilicitud califica (como no se puede llamar *error al acto erróneo*, etc.).

Por otra parte, cuando se alude a los cuatro elementos del *ilícito civil* que hemos destacado en la Cátedra y en un fallo que cita (p. 15, notas 15 y 16), lo es con olvido de cuanto dijéramos en las mismas clases. Siendo la Cátedra Integral una organización pedagógica cuyos propósitos fundamentales eran llevar gradualmente a los alumnos los conocimientos necesarios que elevaran el nivel medio de cultura jurídica —por cierto, también, el superior—, siempre iba suministrando los datos progresivos compatibles con la receptividad de alumnos acostumbrados a los textos clásicos. De ahí que explicáramos al principio los elementos que tradicionalmente usara buena parte de la doctrina —algunos, todavía, utilizaban un menor número—, mientras íbamos insinuando la conveniencia de penetrar los estudios del Derecho penal sobre elementos del delito, como el propio ALTERINI lo reconoce (p. 15, texto y nota 16). Con referencia al fallo que cita, todavía añadimos fuera de que los pronunciamientos judiciales no deben caer en "doctrinarismo" si las circunstancias no lo exigen, en el caso entonces resuelto era innecesario penetrar más allá de los cuatro elementos que ALTERINI recoge.

¹¹ Puede verse la descripción minuciosa en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El delito.*, Bs. As., 2a. ed, p 895, así como muy abundantes citas: Se trata de "hechos jurídicos naturales" o "externos", en los que obviamente no participa la actividad humana.

¹² Se trata de hechos jurídicos "naturales" o "externos", en los que obviamente no participa la actividad humana, en los producidos, como dijo VÉLEZ, "por una causa que se halle enteramente fuera del hombre" (nota a la Sección 2a. del Libro 2o.).

¹³ Ver *Ilícitud e indemnización...* cit., p. 165 y ss.

¹⁴ Ver la nota anterior.

¹⁵ La expresión "ajena" es empleada claramente en sentido jurídico.

¹⁶ No-otros nos hemos referido numerosas veces a ese fenómeno de adaptación de los elementos naturales al Derecho. Así aconteció ante la común confusión del plano *natural* con el *cultural*. Claro que en ningún modo establecemos desconexión entre ambos planos. Para demostrarlo sería necesario que desvirtuáramos esta nota al conferirle una extensión incompatible con su carácter. Sólo añadiremos que las teorías "psicologistas" son adictas a manejarse mediante conceptos propios de las ciencias de la Naturaleza, siendo diferente la proporción en que lo hacen unos y otros.

¹⁷ Ver nota anterior.

¹⁸ Ver *Responsabilidad...* cit., p. 75; *Tratado de las Obligaciones...* cit. II.

¹⁹ Ver nota anterior.

²⁰ Ver nota 18.

²¹ Ver nota 18.

²² Ver nota 18.

²³ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal...* cit., No. 1248 y ss. Este autor proclama "el concepto *supralegal* de lo injusto" (No. 1259) y lo hace ajeno a "la menor vacilación", lo que no significa, dice, que sea noción "*metajurídica*", puesto que parte del bien jurídico, como *fin* del precepto de la ley, en cada caso concreto. Si en un tipo dado descubrimos, mediante el método teleológico —añade—, el bien jurídico que le corresponde, habremos conseguido saber el sentido del tipo y nos será fácil interpretarlo como *síntesis*" (No. cit.). Dice que la tarea interpretativa de la ley —recordemos que para la teoría "egológica" esa tarea lo es de la conducta en interacción intersubjetiva mentada por la norma— parte de la ley misma, pero que ésta

no es “capaz de agotar *todo el Derecho*”. A nosotros nos parece más clara la exposición del texto porque la mención de lo “supralegal” puede confundirse, quíerese o no, con lo metajurídico. Y ello es así porque la ley no es solamente su palabra sino también su sentido y éste se vincula estrechamente —al punto de traducirlos— con los valores que esa ley defiende y con los “disvalores” que esa ley ataca. Por otra parte, la mención de los valores como algo superior a la ley puede llevar imperceptiblemente a una interpretación que trasciende el Derecho positivo y ello no es legítimo en cuanto se pretenda formular teorías sobre tal Derecho, sin defecto de que lo sea total y legítimamente al analizar Derecho Natural.

Nos da razón la expresión de que la ley no agota la totalidad de Derecho. Si se quiere decir que hay otras fuentes de Derecho Positivo, de acuerdo. Pero si se desea decir que puede irse más allá de la ley para regular lo que a la ley asignó el ordenamiento jurídico, entonces es válida la objeción que apuntamos. Los límites de esta investigación nos impiden penetrar más este apasionante tema.

²⁴ El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Ed. Ariel, p. 48.

²⁵ *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Berlín, 4a. edición, p. 44.

²⁶ En Derecho civil —y especialmente en la llamada “responsabilidad contractual”— la *antijuridicidad* puede consistir en un *retardo* —o cumplimiento tardío— o en un *incumplimiento* de lo decidido por acto voluntario lícito. Si, además del retardo o del incumplimiento se dan los otros elementos que se describen en el texto —culpabilidad, etc.— tenemos las dos fases de la conducta sancionable. Se habla entonces de *mora* y de *falta*, que *muestran la antijuridicidad* pero presuponen los demás elementos, es decir que no se agotan en la sola *antijuridicidad*. Claro que entre esos elementos no ha de figurar en principio el hecho jurídico negativo “no frustración de la indemnizabilidad”, que hace más a la sanción que a la conducta sancionada.

La doctrina ve por lo general muy pocos elementos de la mora. Nosotros los hemos examinado detenidamente en el Tratado de las Obligaciones... cit., II, por lo que nos remitimos a él *brevitatis causa*. El error de enfoque que atribuimos a quienes ven menos elementos deriva de que no analizan la mora y la falta desde el punto de vista de la teoría general del ilícito civil y, por ende, no perciben que tanto uno como otro fenómeno jurídico son dos *situaciones jurídicas complejas*, que necesitan de todos los elementos —reiteramos, a salvo algunos casos de “no frustración de la indemnizabilidad”— mencionados en el texto para constituirse. Tanto la mora como la falta, entonces, muestran en su estructura una acción u obrar humano, una “antijuridicidad” objetiva, una imputabilidad subjetiva, una culpabilidad (sea dolosa o culposa *stricto sensu*), un daño causado y una relación de causalidad y, en algunos casos, la “no frustración de la indemnizabilidad”.

Como ejemplo de la tendencia que no compartimos hemos de decir que inclusive un profundo espíritu analítico como el de PUIG PEÑA (ob. cit., I, p. 222 y ss.) solamente describe, en lo que él llama “situación” —término que, como se vio, compartimos— tres elementos: a) “*Que exista un retraso en el cumplimiento de una obligación*”; b) “*Que el retraso... sea culpable*”; c) “*Que por la naturaleza de la obligación o el requerimiento del acreedor la deuda deba ser ya satisfecha*”.

²⁷ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1261.

²⁸ Ver nota anterior.

²⁹ La generalidad de la doctrina hace innecesario que se mencionen los autores.

³⁰ Ver nuestros estudios *Esquema... Responsabilidad...*, ambos citados, *Tratado de las Obligaciones...*, citada asimismo.

³¹ Ver cita anterior.

³² Ver cita No. 30.

³³ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, No. 774. Consultar, asimismo, AFTALIÓN, estudio en *Revista La Ley*, tom, 83, p. 1070 y ss., de modo especial p. 1078 y 1079; nuestro estudio *Responsabilidad...* cit., p. 77.

³⁴ A diferencia de esa prohibición penal, el Código civil admite expresamente el uso de la analogía (art. 16).

³⁵ Aparte de nuestras publicaciones, pueden verse las páginas que dedica ORGAZ a la materia en *Revista La Ley*, tomo, 141, p. 997 y ss.; MOSSET ITURRASPE, ob. cit., No. 17; etc

³⁶ Un examen minucioso en JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1268 y ss.

³⁷ Cuando nosotros planteamos el problema de la justificación en un estudio dirigido a los estudiantes —prolongando así las enseñanzas que transmitíamos en las aulas— con el título *Sistemas de responsabilidad...* cit., No. 1, dijimos, al referirnos concretamente al ejemplo del art. 2470 del Código civil, "que el acto, en principio teñido de ilicitud, se transforma en uno lícito merced a la norma especial prevaleciente". Las expresiones usadas en una obra pedagógica tenían como único objeto facilitar la evolución mental del estudiante que, al ver primero un ilícito, descubriera su licitud al computar una norma prevaleciente. Pero de ninguna manera indicaba, para un lector iniciado, que el acto fuese ilícito al principio y se transformara en lícito con ulterioridad. *Había nacido y era lícito desde su origen, aunque en principio pareciera ilícito*. No obstante el claro sentido de la afirmación, ella fue tomada prácticamente al pie de la letra, por algunos discípulos, lo que nos obligó a formular las explicaciones expuestas. Puede verse para más detalles nuestro *Tratado...* II.

³⁸ Dice la norma citada: "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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

³⁹ Ver *Responsabilidad...* cit., p. 76 y 77, donde analizamos el caso.

⁴⁰ Ver *Responsabilidad...* cit., p. 77, donde exponemos el caso. Cita ALTERINI el ejemplo traído en la nota anterior (*El incumplimiento...*, p. 17), haciendo lo propio con este ejemplo en la misma página. MOSSET ITURRASPE, de su lado, también trae este último ejemplo (*Responsabilidad por daños...* cit., p. 23, nota 2).

⁴¹ En materia de injusto se ha expuesto ya la doctrina, para nosotros errónea, que se menciona en el texto. Son aplicables esos conceptos a la justificación del injusto. Ni éste ni aquélla pueden surgir sino de la norma positiva.

⁴² Dice la norma "reformada" en 1968: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Sobre una crítica de la modificación, ver LAQUIS, Manuel A., *El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código civil*", en Coordinadores Augusto M. Morello, Néstor L. Portas, Redactores Luis F. Bouzat, Jorge A. Carranza, Pedro N. Cazeaux, Manuel A. Laquis, Augusto M. Morello, Néstor L. Portas, Félix A. Trigo Represas, Antonio A. Tróccoli, "Examen y crítica de la reforma del Código Civil. I. Parte General", La Plata, Editora Platense, 1971, p. 385 y ss.; asimismo, en p. 373 y ss. aparece un inte-

resante estudio sobre el tema de Jorge A. CARRANZA; puede verse también ORGAZ, A. en Revista La Ley, tomo 143, p. 1210 y ss.; LLAMBIAS, *Estudio de la reforma...* cit., p. 73 y ss. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad...* cit., p. 357 y ss.; etc.

⁴³ El estudio de ORGAZ, aludido en la nota anterior, es ilustrativo al respecto. Puede verse nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁴⁴ Nosotros pensamos que cada solución legal entraña la opción por un valor o algunos valores sobre otro u otros. Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁴⁵ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1276; etc.

⁴⁶ Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit. II.

⁴⁷ Ver nota anterior.

⁴⁸ Nosotros hemos denominado así la materia para distinguirla claramente de la llamada "imputabilidad objetiva" o "relación causal", que analizaremos más adelante. La doctrina no es uniforme, ni mucho menos, para analizar este elemento. JIMÉNEZ DE ASÚA menciona la "imputabilidad" (ob. cit., No. 1485 y afines), lo mismo hace NÚÑEZ (*Derecho Penal Argentino. Tomo segundo. Parte General*, Bs. As., 1960, p. 24 y ss.), otro tanto ORGAZ (*La culpa...* cit., p. 31 y ss.), puede decirse cosa análoga de BUSTAMANTE ALSINA, aunque confusamente desde que la define como "autoría moral de un hecho", ve un caso de "culpa" en el del art. 1070 —que no lo es de modo alguno— para decir finalmente "que luego de establecer las condiciones de imputabilidad que venimos de analizar, se entrará a considerar la cuestión de culpabilidad" (ob. cit., No. 753, 768 y 769 respectivamente), pronunciándose MOSSET ITURRASPE por el término "imputabilidad" como "comprensivo de la imputabilidad moral o subjetiva, cuyo factor es la culpabilidad (compresiva de la culpa y del dolo) y de la imputabilidad física u objetiva, cuyo factor es el riesgo creado" (ob. cit., p. 55); etc. Como se ve, opiniones no coincidentes en su totalidad y, a veces, expuestas sin la necesaria nitidez conceptual.

No podemos pasar por alto una cita de importancia, sin que ello vaya en mengua de muchas otras. Se trata de la obra de Fernando DÍAZ PALOL intitulada *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, con un enfoque enciclopédico del tema.

Para más detalles, ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit. II.

⁴⁹ Ver el artículo que nos publicara la Revista La Ley, tomo 135, p. 1257 y ss., concretamente sobre el punto p. 1267, texto y nota 46.

⁵⁰ ORGAZ, *La culpa...* cit., p. 33, 71 y ss., así como afines.

⁵¹ MOSSET ITURRASPE, en correspondencia con la posición que vimos en nota 48, pone como causas de inimputabilidad subjetiva a los casos de menores 10 años, dementes, situaciones de inconsciencia, ignorancia o error de hecho, la intimidación o fuerza (ob. cit., No. 44 y ss.); etc. Es la misma confusión que ofrece el artículo 34 del Código penal y a la que ORGAZ llama "verdadero batiborrillo" (ob. cit., p. 33, nota 2).

⁵² Naturalmente que no pueden decir lo mismo quienes confunden la *imputabilidad subjetiva* con la *culpabilidad* misma.

⁵³ Es, por otra parte, la posición de la mayoría de los civilistas argentinos. Coincide con nuestros desarrollos en clase y publicaciones mencionadas la posición de ORGAZ (ob. cit., p. 61 y ss.), aunque no nos cite de manera expresa. En su desarrollo, empero, se desentende de la polémica entre "psicologistas", "normativistas" y otras escuelas, y penetra casi inmediatamente a las especies dolo y culpa, con lo que la posición metódica adoptada —la culpabilidad y, después de ubicarla en toda su problemática, el dolo y la culpa— no encuentra armonía en el desarrollo.

⁵⁴ Ver las diferencias en NÚÑEZ, op. cit., II, p. 78 y ss. Expresa dicho autor que "la ley no prevé... (las) cuatro formas para todos y cada uno de los delitos imputables a título de culpa. Por ejemplo, mientras que para el homicidio y la lesión las admite a todas (art. 84 y 89), respecto de los incendios y estragos excluye la inobservancia de los deberes del cargo (art. 189)..., en tanto que en la malversación incluye esta forma, pero elimina la impericia (art. 262); en la violación de sellos y documentos las reduce a la imprudencia y negligencia (arts. 254, III, y 255, II)... y en la evasión prevé sólo esta última (art. 281, II, p. 79). En páginas siguientes establece la distinción. JIMÉNEZ DE ASÚA contiene sobre el tema interesantes reflexiones (ob. cit., No. 1651 y ss.). Para nosotros la elasticidad del artículo 512 del Código civil es comprensiva de esas "sub-especies" de culpa, pudiéndose añadir la voz *menosprecio* a que adhiere el conocido autor español (No. 1651).

⁵⁵ Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁵⁶ Ver nota anterior.

⁵⁷ Ello es lógico porque la metodología jurídica ha experimentado con el tiempo muy profundas variaciones. El escogimiento de un método propio de la Ciencia Jurídica demandó y sigue demandando serios esfuerzos. Pueden verse al respecto, nuestros *Estudios Jurídicos...* cit., p. 178/9, nota 3.

⁵⁸ Sobre éstas y las otras teorías pueden verse los minuciosos desarrollos de JIMÉNEZ DE ASÚA en ob. cit., No. 1499 y ss.

⁵⁹ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1473. Hoy ha reaparecido a través de la llamada "responsabilidad objetiva", aunque con mayor aportación cultural, por supuesto.

⁶⁰ Ver nota anterior, parte final.

⁶¹ Ver detalles en JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1506, así como afines.

⁶² Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1507 y ss.

⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, atribuye carácter psicológico a la imputabilidad y normativo a la culpabilidad. Para nosotros son, ambas, *normativas*.

⁶⁴ Presupone, en cambio, una cuestión esencial, que hace a la necesaria pureza —concepto siempre relativo en las cosas humanas— del método jurídico, apto para el Derecho, ya de suyo, pero no para la Biología.

⁶⁵ Ya nos hemos referido a este importante aspecto en nota 23.

⁶⁶ Hay un desarrollo minucioso en JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1520 y afines.

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA define el instituto del siguiente modo: "*La culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas*" (ob. cit., No. 1487). Nosotros pensamos que el reproche no es la culpabilidad sino que traduce un juicio sobre ésta. Es, como decimos en el texto, *objeto del juicio* y no el juicio mismo. La culpabilidad pertenece al agente, el juicio de reproche a quien le encuentra culpabilidad, así sea el mismo agente.

En No. 1488 JIMÉNEZ DE ASÚA pasa revista a criterios equivocados para enfocar el problema de la culpabilidad: confundir la culpabilidad con el dolo, separar radicalmente lo intencional y lo negligente, independizar la culpabilidad del dolo y la culpa, etc. Entendemos que la síntesis lograda en el texto nos ha permitido sortear estos obstáculos en la medida necesaria para dar un esquema útil al Derecho civil. Esa fue nuestra intención.

⁶⁸ Nos remitimos a cuanto dijéramos en el *Tratado de las Obligaciones...* cit., I y II. Pueden verse los desarrollos de ORCAZ (*La culpa...* p. 71 y ss.; y MÖSSER IRT-

MARASPE, (*Responsabilidad...* cit., p. 113/4), sobre todo el primero, que examina incluso la moderna teoría sobre el error de derecho y la coteja con la del Código civil argentino. Estima el jurista cordobés que el artículo 20 del Código (“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por ley”) y el 923 (“La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”) exigen la inexcusabilidad salvo excepciones expresas. Estas, añade, se dan en normas de actos lícitos (art. 784; 796 y ss.; 858; 3428), pero no en normas de actos ilícitos. Nosotros entendemos que todo acto “voluntario” viciado por error afecta la voluntad en uno de los elementos —la intención— y configura en el sentido objetivo un acto *antijurídico*. Por ello se trata de uno de los tantos actos *ilícitos* en el concepto lato que estamos manejando. Para tomar uno de los ejemplos que trae ORGAZ —el del artículo 858, al que nos referimos, juntamente con otros, en nuestro *Tratado de las Obligaciones...*, I. p. 287—, diremos que se trata de un ilícito que provoca anulación y que, si reuniere los demás requisitos que se estudian en el texto, originará acción indemnizatoria. No vemos, entonces, como el profesor cordobés lo indica, que la ley no ofrezca excepciones expresas al principio del art. 20 en materia de actos ilícitos.

⁶⁹ MOSSET ITURRASPE, después de transcribir el artículo 936 del Código civil argentino (“Habrà falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible”), añade por su cuenta y, en nuestro sentir, contra el sentido de la propia ley transcrita, que esa “fuerza o violencia física —*vis absoluta*— obsta a la calificación del hecho como acción u obrar humano, y lo deja relegado a la condición de mero movimiento” (ob. cit., p. 115). Nosotros nos hemos ocupado del tema en la nota 7 y a ella nos remitimos. Los conceptos allí expresados alcanzan también a las manifestaciones formuladas por ORGAZ (ob. cit., No. 34). Puede verse también lo que decimos en nuestro *Tratado de las Obligaciones...*, I, p. 297/8 y nota 2 (en p. 300 y ss.), frente a lo cual no puede oponerse la distinta redacción de FREITAS que ORGAZ señala.

⁷⁰ Ver notas 68 y 69.

⁷¹ Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., I.

⁷² Ver cita anterior. El llamado “bluff” integra muchos jurgos.

⁷³ Las fuentes de esta antigua norma son, según PESSINA, *Elementos*, p. 329), diferentes. Así, FESTUS, V, *parrie quastores*, p. 221, ed. Mueller.

⁷⁴ Esto demuestra la importancia o gravedad que se le asignaba.

⁷⁵ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1541. Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...*, II.

⁷⁶ Ver cita anterior.

⁷⁷ Ver cita anterior. Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* II.

⁷⁸ WILDA, *Das Strassrecht der Germanen*, p. 1544; etc.

⁷⁹ *Elementos*, cit., p. 330.

⁸⁰ Esta afirmación es para nosotros exacta, por cima de la posición que adopta JIMÉNEZ DE ASÚA (ob. cit., No. 1543).

⁸¹ *Opera Omnia*, Salamanticae, 1578.

⁸² Véase el minucioso desarrollo de JIMÉNEZ DE ASÚA en ob. cit., No. 1558.

⁸³ Ver análisis de JIMÉNEZ DE ASÚA en ob. cit., No. 1559.

⁸⁴ Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁸⁵ Las citas del texto son incidentales, porque el tema ya había sido abordado con anterioridad.

⁸⁶ Ver nota anterior.

⁸⁷ En este mismo estudio lo hemos reiterado varias veces.

⁸⁸ Ver un análisis en JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1578 y ss. Asimismo, nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁸⁹ Ver el examen de la cuestión en voz "Delito preterintencional", Enciclopedia Jurídica Omeba.

⁹⁰ Ver nota anterior.

⁹¹ Desarrollamos esos temas y, todavía, otros que le son conexos, en nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁹² Ver nota 54.

⁹³ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1610.

⁹⁴ Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II.

⁹⁵ Ver nota anterior.

⁹⁶ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1612.

⁹⁷ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1614.

⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1613 y ss.

⁹⁹ Cons. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1612.

¹⁰⁰ Cons. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1613.

¹⁰¹ Ver nota anterior.

¹⁰² Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., No. 1623 y afines.

¹⁰³ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit. No. 1625; nuestro *Tratado de las Obligaciones...* cit., II. ORGAZ, que trata someramente el tema, dice que se acostumbra ver "la culpa como un defecto de conducta o de voluntad (y no sólo del intelecto)" (ob. cit., No. 46). Nos parece que conducta y conducta voluntaria no son sinónimos. Por otra parte, al no haberse ocupado con minucia de la culpabilidad, no aclara qué papel asigna a la exigibilidad de otra conducta.

¹⁰⁴ Ob. cit., No. 1641. No nos parece lógico decir que la culpa *stricto sensu* "es la producción de un resultado..." porque culpa es lo que hace al agente producir el resultado, mas no la producción misma. A desoye las normas de la prudencia y da muerte a una persona. La muerte de la persona no es la culpa sino que lo es la desobediencia de esas normas de prudencia.

¹⁰⁵ Pueden verse las voces respectivas en la Enciclopedia Jurídica Omeba.

¹⁰⁶ En ella el codificador se ocupa de analizar la evolución del concepto y dice que se ha limitado a proyectar "un consejo a los jueces, de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación, sino los cuidados razonables".

¹⁰⁷ Dice el artículo citado: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

¹⁰⁸ Expresa el artículo aludido: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes".

¹⁰⁹ Manifiesta el artículo mencionado: "El depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias".

110 El artículo citado en el texto se expresa así: “El gestor de negocios responde de toda culpa en el ejercicio de la gestión, aunque aplicase su diligencia habitual. Pero sólo estará obligado a poner en la gestión del negocio el cuidado que en las cosas propias cuando se encargase del negocio en un caso urgente, o para librar al dueño de algún perjuicio si nadie se encargara de sus intereses, o cuando lo hiciera por amistad o afección a él”.

111 En todos estos casos hay una omisión por descuido de las debidas diligencias. Para un examen de las expresiones del texto en Derecho penal, ver NÚÑEZ, ob. cit., II, p. 78 y ss.

112 Ver artículo 84 y 94 del Código penal, con su redacción antigua (legal) y la moderna (ilegal).

113 Ver Revista Jurisprudencia Argentina, año 1946-I, p. 803.

114 Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...*, cit., II.

115 Ver cita anterior.

116 Ver cita No. 115.

117 Ver cita No. 115.

118 Ver cita No. 115.

119 Ver cita No. 115 En *El incumplimiento...*, cit. ALTERINI expresa “que el daño entraña subjetividad”, que es objetivo “en cuanto se refiere al agente”, pero que es subjetivo porque “ese daño, ese menoscabo, hiere la subjetividad de la víctima, y en ese sentido configura un elemento subjetivo; de subjetividad pasiva... por oposición a una subjetividad activa que pueda darse en el agente” (p. 14, texto y nota). Nosotros hemos expuesto esa posibilidad conceptual en clase, pero advertíamos que era más claro considerar el daño como elemento objetivo del complejo de elementos que lleva a la “indemnizabilidad”. En alguna medida todos los elementos son subjetivos u objetivos, pero la relatividad de los conceptos humanos nos obliga a calificarlos según el elemento predominante. Con el criterio de ALTERINI, ¿acaso la relación causal no es subjetiva en el extremo que incide sobre el sujeto pasivo?. Por otra parte, entendemos que el daño o menoscabo no hieren “la subjetividad de la víctima”, sino que constituyen la herida misma, ya en su persona, ya en sus bienes.

120 Ver nota No. 115.

121 Ver nuestro estudio *Esquema de las consecuencias “anormales” de las Obligaciones*, en Revista La Ley, tomo 142, p. 871 y ss., esp. 874, nota 14.

122 Ver nuestro *Tratado de las Obligaciones...*, cit., II.

123 Ver nota anterior.

124 Ver nota No. 123.

125 Ver nota No. 123.

126 Ver nota No. 123.

127 Ver nota No. 123.

128 Ver nota No. 123.

129 Ver nota No. 123.

130 Ver nota No. 123.

131 Ver nota No. 123.

132 Ver nota No. 123.

133 Ver nota No. 123.

134 Ver nota No. 123.

135 Ver nota No. 123.

- 136 Ver nota No. 123.
- 137 Ver nota No. 123.
- 138 Ver nota No. 123.
- 139 Ver nota No. 123.
- 140 Ver nota No. 123.
- 141 Ver nota No. 123.
- 142 Ver nota No. 123.
- 143 Ver nota No. 123.
- 144 Ver nota No. 123.
- 145 Ver nota No. 123.
- 146 Ver nota No. 123.
- 147 Ver nota No. 123.