

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO

ALDO LUIS DE CUNTO

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad indagar acerca de la manifestación del elemento antijuridicidad en los supuestos de la denominada responsabilidad por acto lícito. Con la expresión “acto lícito” estamos haciendo referencia a un acto que es acorde con el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, lícito es lo contrario a antijurídico, ya que es antijurídico cualquier acto contrario al orden jurídico¹. Como se puede apreciar, la mera denominación de responsabilidad por acto lícito resulta contradictoria con la existencia del elemento antijuridicidad, por cuanto si se trata de un acto lícito no puede ser antijurídico a la vez. El tema ha sido tratado enjundiosamente por cierta doctrina a la que hemos de referirnos a lo largo de este opúsculo. Lo cierto es que si partimos de considerar que “lo lícito” es incompatible con “lo antijurídico”, vislumbramos dos conclusiones excluyentes entre sí. La primera radica en que si se reconoce que es posible la existencia de responsabilidad por acto lícito, entonces se habrá de colegir que la antijuridicidad no es un elemento o requisito necesario de la responsabilidad por daños. La segunda, contraria a la anterior, consiste en considerar que en la responsabilidad por acto lícito está presente el elemento antijuridicidad, que el mismo es un requisito de la responsabilidad por daños y por lo tanto no existe “tal” licitud. Ahora bien, si nos quedamos con esta última conclusión como válida, no habría motivo alguno para distinguir la responsabilidad por acto lícito de la responsabilidad por acto ilícito. Sin embargo, esto no es así. Existe algún elemento diferenciador en los supuestos de responsabilidad por acto lícito que motiva dicha denominación autónoma, así como un tratamien-

¹ Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 124.

to conceptual diverso. Reiteramos, pues, que nos proponemos examinar la presencia de "lo antijurídico" en la responsabilidad por acto lícito, lo que nos conducirá a distinguir ciertos supuestos de actos lícitos por los que se debe responder, de otros actos lícitos que no generan responsabilidad alguna, así como a diferenciar dicha responsabilidad de la generada por actos "aparentemente" lícitos.

II. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Si como dijéramos en el apartado anterior, el tema de la responsabilidad por acto lícito pone en "crisis" la consideración de la antijuridicidad como elemento necesario de la responsabilidad por daños, nos parece conveniente dedicar algunos párrafos a tales elementos. La obra de Vázquez Ferreyra a la que ya hemos citado y que seguiremos en muchas de nuestras consideraciones, consiste justamente en un análisis exhaustivo de los elementos de la responsabilidad por daños. En ella el autor comienza por considerar la antijuridicidad como el primer presupuesto de la responsabilidad, o de la reparación, ya que como el mismo expresa, en el derecho privado, responder implica reparar, por cuanto no se trata de imponer una sanción al que ocasiona el daño, sino de indemnizar a quien lo experimenta ². Los elementos enumerados por este jurista son cuatro: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad ³.

Algunos autores anteponen a la antijuridicidad la acción o conducta humana como elemento de la responsabilidad, es decir, la autoría. Al respecto, Bueres entiende que no cabe distinguir entre hecho humano y acto, sino que los hechos son naturales o humanos y estos últimos son siempre actos, con prescindencia de la voluntariedad o no de los mismos, ya que basta para que exista autoría o acción que el comportamiento humano refleje la personalidad del sujeto ⁴. Lo expuesto tiene su importancia ya que si se considera que sólo los actos voluntarios pueden ser considerados como tales, se excluiría de plano a los actos involuntarios de la teoría general de la responsabilidad, ya que ni siquiera existiría autoría. Sin embargo, siguiendo siempre a Bueres, diremos que los actos pueden ser voluntarios e involuntarios y como veremos tanto unos como otros son susceptibles de ser calificados como lícitos o ilícitos, es decir que podemos estar en presencia de un acto involuntario antijurídico, como el cometido por un demente o un

² Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...* cit., ps. 43/44.

³ Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...* cit., ps. 111/113.

⁴ Conf. BUERES, Alberto, *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 31.

menor de diez años, o los actos instintivos y habituales ⁵. En cambio, no existiría autoría en los actos reflejos, los realizados en estado de inconsciencia total o producto de una fuerza irresistible —v.gr., art. 936, CCiv.— ⁶. Sin embargo, bien dice Vázquez Ferreyra que el problema de la autoría en todo caso se subsume en el elemento causalidad ⁷, ya que si aquélla estuviera ausente, no habría nexo causal, por cuanto estaríamos en presencia de un caso fortuito o del hecho de un tercero ⁸. En definitiva, hemos hecho referencia a la postura que considera como elemento de la responsabilidad a la autoría para remarcar que la misma involucra a los actos involuntarios, por lo cual éstos son susceptibles de ser antijurídicos y de ocasionar un daño —relación de causalidad—, por lo que lejos de estar excluidos de la teoría de la responsabilidad, la integran, sin perjuicio de señalar, como haremos más adelante, la diferencia entre la responsabilidad por actos involuntarios y por actos lícitos.

Efectuada la aclaración anterior, pasemos ahora sí a la antijuridicidad, de la que haremos una breve referencia conceptual, ya que será objeto de análisis más profundizado en los capítulos siguientes. Sólo diremos que la antijuridicidad importa toda contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos especializados ⁹. De esto se deduce que no existe el ilícito constitucional, el civil, el penal, el administrativo, sino que el fenómeno de la ilicitud es único, referido a su disconformidad con todo el ordenamiento jurídico. En cuanto a qué integra dicho ordenamiento, Vázquez Ferreyra otorga una idea sumamente amplia, ya que según este autor comprende “las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural” ¹⁰.

El segundo presupuesto que consideraremos es el daño. El mismo consiste en toda lesión a un interés jurídico, el cual es a su vez todo interés humano cuya legitimidad amerita la protección y tutela del ordenamiento jurídico, y que por su naturaleza sólo puede ser de índole patrimonial o espiritual; este último también denominado extrapatrimonial para excluir los reparos de carácter filosófico que pueda generar el término espiritual. De

⁵ Conf. BULRES, A., *El acto...*, cit., ps. 46/47, y PALMERO, Juan Carlos, *El daño involuntario*, Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 32/33.

⁶ Conf. BULRES, A., *El acto...*, cit., p. 43.

⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 119.

⁸ Ver en BULRES, A., *El acto...*, cit., p. 30.

⁹ Ver en BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, 2ª ed., p. 52.

¹⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 131.

allí que de acuerdo al tipo de interés que se afecte, el daño puede ser patrimonial o moral ¹¹.

El tercer elemento es el factor de atribución, esto es, el fundamento, el motivo, la razón por la cual se debe “responder”, se debe reparar el daño ocasionado ¹². También aquí sólo nos limitaremos a señalar que existen factores de atribución subjetivos —culpa y dolo— y objetivos, los que no son taxativos en cuanto a su enumeración. La importancia de los factores de atribución radica no sólo en que nos permiten conocer por qué se debe reparar el daño, sino también quién debe hacerlo, ya que en el caso de los factores objetivos, dicha obligación se extiende a personas distintas al que ocasionó o contribuyó a ocasionar el daño con su conducta negligente o dolosa.

Por último, diremos que la causalidad o nexo causal es la relación de causa-efecto que existe entre un hecho antecedente —ocasionado por una persona o cosa— y un resultado que es el daño ¹³. De allí su íntima vinculación con la autoría, ya que establecido el nexo causal, el daño puede ser atribuido a una persona o cosa; en este último caso responderá quien ostente una especial relación con la cosa —en el art. 1113, CCiv., lo es el dueño o guardián—. Claro está que un mismo resultado puede tener numerosas causas o estrictamente hablando “concausas”. En dicha hipótesis importará la relevancia jurídica de cada una de éstas. Así, por ejemplo, el chofer de colectivo que atropella a un transeúnte porque se encontraba distraído en cuanto a las contingencias del tránsito debido a su estado emocional puesto que el día anterior su mujer se había marchado con su amante, no puede pretender que la responsabilidad sea atribuible a estos últimos. Posiblemente, si no hubiera sido abandonado por su cónyuge, dicha mañana habría estado atento y evitado el accidente. Sin embargo, no es jurídicamente relevante, si bien podría serlo desde una óptica psicológica, el hecho del abandono conyugal como causa del daño causado al transeúnte. De allí que la causa deba predicarse como adecuada para ser tenida como tal. Distinta sería la situación si el accidente se originara en la maniobra desaprensiva de otro conductor de la cual derivó la del chofer, en cuyo caso habrá que examinar si el primer hecho fue totalmente determinante como para interrumpir el nexo causal entre el daño y la última maniobra, en cuyo caso no habría existido autoría por parte de quien la ejecutó, o si sólo fue una concausa parcial.

¹¹ Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 173 y 178.

¹² Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 193 y ss.

¹³ Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 219, 220 y 223.

III. EL ELEMENTO ANTIJURIDICIDAD

Dijimos en el apartado precedente que la antijuridicidad consiste en toda contradicción con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Existe consenso en la doctrina en que la antijuridicidad es de carácter unitario, esto es, que no existen distintas antijuridicidades, cada una correspondiente a cada rama o sector del derecho, sino que lo que es antijurídico lo es para todo el derecho ¹⁴. Esto significa que lo que es antijurídico o ilícito para el derecho civil, también lo es para el penal, el constitucional o el administrativo. Eso que reputamos como antijurídico usualmente es una acción o conducta —en el campo de la responsabilidad civil, podrá ser un incumplimiento contractual o un acto ilícito independientemente de toda relación obligacional, es decir, de carácter extracontractual—. Pero cabe recordar que es antijurídica toda contradicción con el ordenamiento jurídico y no solamente las acciones contradictorias con el mismo. Nos explicamos. Pueden existir contradicciones al ordenamiento jurídico que no consistan en actos de las personas, sino en situaciones o estados personales. Y esas situaciones generalmente son consecuencia de actos. No abundaremos en este tema para analizarlo con más profundidad en el capítulo siguiente. Sólo agregaremos —una vez más— que la antijuridicidad debe ser entendida como toda contradicción con el ordenamiento jurídico que puede manifestarse en cualquier ámbito de la realidad humana, esto es, una conducta o un estado o situación que experimenta un ser humano. Así, dice Tale ¹⁵ que en la vida de los hombres se presentan realidades jurídicas distintas a las conductas, se trata de “situaciones” o “estados de cosas” antijurídicos, y tales realidades deben ser corregidas para que sean “conformes” a derecho, para que dejen de ser antijurídicas ¹⁶. Y dichas situaciones son antijurídicas en tanto importan que una persona deba soportar o tolerar una disminución de sus derechos —de propiedad, de ejercer industria lícita, de trabajar, etc.— sin que exista motivo o razón alguna atribuible a la misma que fundamente dicha limitación de sus derechos. La consideración de este aspecto de la antijuridicidad como una característica que no sólo pueda predicarse de las conductas o actos, sino también de situaciones o estados personales, reviste particular trascendencia en el campo del derecho civil, ya que no existe responsabilidad civil sin daño; vale decir que el derecho civil no se ocupa de los actos antijurídicos

¹⁴ Ver ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud*. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1974, p. 19; VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 129; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por el daño necesario*, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 5 y 140; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 143/144.

¹⁵ Ver TALE, Camilo, “El concepto de antijuridicidad”, ED 111-899 y ss.

¹⁶ TALE, C., “El concepto...” cit., ps. 903/904.

que no generen daño alguno, que no ocasionen una situación antijurídica —en eso consiste el padecimiento de un daño sin estar obligado a soportarlo—¹⁷. En cambio, sí lo hace el derecho penal, que sanciona conductas, antijurídicas por cierto, sin que causen un daño concreto a nadie —v.gr., tentativas, tenencia de armas de guerra—, por lo cual no se derivaría de ellas responsabilidad civil. Es decir que, en derecho penal, la mera conducta antijurídica puede generar responsabilidad sin que la misma ocasione una situación antijurídica o injusta¹⁸. Nos detendremos aquí para volver sobre estos temas al tratar de la responsabilidad por acto lícito.

Otro carácter que reviste la antijuridicidad es la objetividad. Sobre ello también existe consenso mayoritario en la doctrina¹⁹. La objetividad de la antijuridicidad implica que la disconformidad que la misma importa respecto del ordenamiento jurídico es independiente de la situación de quien comete la acción o, en términos de responsabilidad civil, de quien causa el daño. Es decir que la antijuridicidad se diferencia completamente de la culpabilidad, en la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo. No interesa que no se haya querido dañar, ni que se tomaran las precauciones del caso o, más aún, que no se comprendiera la ilicitud de la conducta realizada —v.gr., dementes, menores de diez años—. La ausencia de tales elementos no quita al acto la condición de antijurídico, la que se da por la mera disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a la caracterización de la antijuridicidad, debe recordarse que, por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional, toda prohibición legal debe ser expresa²⁰, por lo que para que pueda reputarse un acto como ilícito, el mismo debe estar expresamente prohibido (conf. art. 1066, CCiv.). Ahora bien, en el derecho civil dicha prohibición no tiene por qué predeterminedar el ilícito, como ocurre en derecho penal en virtud del presupuesto de la tipicidad. Basta con que la prohibición sea expresa, mas puede ser genérica por la mera referencia al principio *alterum non laedere*, que se deriva de la concordancia de los arts. 1066 y 1109, CCiv. Y dentro del campo civil, cabe manifestar que en materia extracontractual la antijuridicidad se manifiesta por la violación directa del orden jurídico, mientras que en el área contractual se viola, en primer lugar, la norma indi-

¹⁷ Ver citas de Bueres y López Olaciregui en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 137/139.

¹⁸ Ver TALE, C., "El concepto..." cit., ps. 906/907.

¹⁹ Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 136; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 76, nro. 176; ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 20; ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la ilicitud", JA 1981-IV-733/734; PIZARRO, R. D., *Responsabilidad...*, cit., ps. 143/147.

²⁰ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Reflexiones...", cit., ps. 740/742.

vidual que surge del contrato (conf. art. 1197, CCiv.) y, en forma mediata, el orden jurídico que le otorga fuerza vinculante al pacto privado ²¹.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO

La denominada responsabilidad por acto lícito nos plantea una cuestión de debate doctrinario en torno al elemento antijuridicidad. En principio, diremos que existe consenso mayoritario en considerar que los actos lícitos pueden dar lugar a que se responda por ellos; en términos del derecho civil, a que se repare el daño causado al ejecutarse tales actos. Sobre lo que no existe consenso es en entender que el presupuesto de la antijuridicidad está presente en este especial tipo de responsabilidad. Una primera aproximación al tema parece conducirnos a la conclusión de que si estamos en presencia de actos lícitos, estamos en presencia de actos conformes a derecho, al ordenamiento jurídico. Y si hemos conceptualizado a la antijuridicidad como aquello que contradice el ordenamiento jurídico, debe descartarse que el acto sea antijurídico, porque no puede ser lícito e ilícito a la vez. Como nos hallamos dentro del ámbito del derecho civil, debemos recordar que estamos hablando de actos dañosos, es decir, susceptibles de generar responsabilidad civil, por lo tanto no debemos olvidar que la alusión a actos lícitos se circunscribe a los actos lícitos dañosos, aquellos que generan una lesión a un interés humano. Para una mejor comprensión del tema, pasaremos revista a algunas opiniones doctrinarias que consideramos relevantes en este asunto.

Orgaz parte del principio general establecido por el art. 1109 del Código Civil de que toda acción u omisión que causa un daño a otro es ilícita, y que por excepción la ley “justifica” dichos actos dañosos, los que en consecuencia son considerados lícitos ²². Es decir que los actos lícitos dañosos, que son los que nos interesan, son una excepción al principio general que deriva la antijuridicidad de la existencia de un daño; sin embargo, el mismo Orgaz se encarga de explicar que en realidad la ilicitud o antijuridicidad es una excepción al principio de la libertad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, de allí que los casos de ilicitud deben resultar de prohibiciones y mandamientos “expresos”; con lo cual los actos lícitos dañosos son excepciones de esta excepción y como significan un “retorno” al principio de la libertad no necesitan ser expresas ²³. En cuanto a la existencia del presupuesto antijurídico en caso de que deba responderse por daños causados mediando una causal de justificación, ninguna duda cabe por lo expuesto

²¹ Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 127/128.

²² Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 47.

²³ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 49/50.

precedentemente que para Orgaz no existe ilicitud en el acto y tampoco considera que pueda hallarse en la consecuencia del acto, esto es, en el daño, ya que es de la opinión de que si el acto es lícito también ha de serlo su consecuencia ²⁴. Sin embargo, si bien con esta opinión se muestra partidario de no “separar” el acto de sus consecuencias, al tratar el tema del estado de necesidad, dice, parafraseando a Savatier, que “la necesidad justifica el acto de intromisión en bienes ajenos, pero no justifica lo que no tiene nada de necesario, esto es, el desplazamiento de la incidencia definitiva de ese daño” ²⁵. Ahora bien, la incidencia definitiva del daño es una consecuencia del acto necesario y si no es justificable cabe suponer que no es arreglado a derecho que el tercero víctima padezca el daño, por lo que tácitamente se está aceptando que un acto lícito puede originar un resultado ilícito.

Bustamante Alsina trata la justificación del hecho, del acto, como una hipótesis de justificación del daño, incurriendo desde mi punto de vista en ciertas contradicciones, al menos terminológicas ²⁶. Así, entiende que el daño está justificado en el sentido de que no debe repararse en los casos de inimputabilidad e inculpabilidad —con lo cual introduce el elemento subjetivo en la antijuridicidad—, de incausalidad —con lo que penetra en otro presupuesto de la responsabilidad, que es el nexo causal— y cuando el hecho esté justificado. Esto último puede ser por la ley o por consentimiento del damnificado, incluyendo en el primer caso entre otros supuestos al estado de necesidad. Y al tratarlo manifiesta que el daño causado en estado de necesidad queda legitimado, pero que ello no justifica que quien lo cause no deba contribuir a soportarlo, ya que lo contrario atentaría contra “la equidad y el simple buen sentido” ²⁷. Ahora bien, si el daño está legitimado importa que es lícito al igual que el acto necesario, mas su falta de reparación pareciera que es antijurídica, con lo cual nos interrogamos: si se considera ilógico distinguir entre el acto y el daño —su resultado—, argumentándose que si el primero es lícito el segundo también debe serlo, ¿no infringe aún más las reglas de la lógica distinguir entre el daño y su reparación, manifestándose que el daño está justificado pero no su falta de reparación? Entendemos que si la falta de reparación es ilícita, lo es porque es antijurídico o injusto el daño.

Mosset Iturraspe, al tratar el tema del estado de necesidad, entiende que constituye un típico caso de responsabilidad sin antijuridicidad, supuesto

²⁴ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 34/35.

²⁵ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

²⁶ Ver BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., ps. 116/118.

²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 118.

que también percibe en el caso de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos²⁸, por lo que estima que existe una excepción a la presencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Zavala de González brinda argumentos muy sólidos por los cuales considera que no puede predicarse la licitud del hecho o del acto y la ilicitud de su consecuencia. Al tratar el tema del estado de necesidad como causal de justificación²⁹, entiende que la reparación del daño necesario no se puede fundamentar en la separación del acto y del daño que causa. Arguye, siguiendo a Orgaz, que contraría toda lógica distinguir entre el acto y su consecuencia, ya que ambos constituyen una unidad inescindible, por ello sólo puede hablarse de daño “justo” o “injusto”, “lícito” o “ilícito” por extensión de dicho carácter del acto que lo causa. De allí que pueda existir daño resarcible sin ilicitud, pero no puede haber daño resarcible lícito o ilícito en sí mismo. Concretamente, respecto del estado de necesidad, argumenta que la ley autoriza a causar un mal, vale decir, un daño, sin el cual la justificación carecería de sentido³⁰. Por último, enuncia una argumentación que parece casi irrefutable. Distinguir entre acto y daño para caracterizar al primero de lícito y al segundo de ilícito importaría contradecir el principio de unidad del concepto de antijuridicidad, ya que, por ejemplo, lo que sería lícito para el derecho penal —el acto necesario—, no lo sería para el derecho civil, conclusión errónea a la que se arriba por calibrar la antijuridicidad en función de la sola justicia o injusticia de la lesión para el damnificado y no de su amplia y objetiva confrontación con todo el ordenamiento jurídico³¹. Coherente con su pensamiento, la autora cordobesa considera que en el derecho civil argentino actual el daño necesario es irresarcible y que debería disponerse una excepción legal, estableciéndose la reparación de dicho daño, lo que importaría una excepción al presupuesto de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad³². En definitiva, Zavala de González se muestra acérrima defensora de la postura de la unidad entre acto y consecuencia —daño—, considerando que no puede existir acto lícito y daño ilícito o injusto, por lo que los casos de responsabilidad por acto lícito son una excepción a la teoría general de la misma e importan supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad.

²⁸ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos”, LL 1979-C-220.

²⁹ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por el daño necesario*, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 138/140.

³⁰ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 139.

³¹ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 140.

³² ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., ps. 155/158.

En una posición diversa, en el sentido de que admite la distinción entre acto y daño, se ubica Bueres. Este jurista ³³ entiende que en la responsabilidad civil el meollo de la antijuridicidad se da en el daño, destacando que si bien no existe daño ilícito o antijurídico, sino sólo conductas antijurídicas, sí existe daño injusto, en cuyo caso, a pesar de provenir de un acto lícito, debe resarcirse. Y siempre que se exija la reparación de un daño, éste debe ser reputado como injusto. De lo contrario, en caso de estar frente a un daño justo, nos enfrentamos a un “derecho a dañar” (*droit de nuire*). En la misma posición se ubican Agoglia, Boragina y Meza ³⁴. Dichos autores expresan que en la reparación de daños causados a damnificados por actos lícitos, se advierte que la lesión perpetrada puede ser injusta, no porque fuera injustamente causada —ya que el acto lesivo es lícito—, sino porque es incompatible con la idea de justicia que las consecuencias derivadas de tal proceder queden en cabeza del lesionado. Del mismo tenor son las consideraciones que efectúa Huberman ³⁵. Este autor considera que el problema de la responsabilidad civil debe ser enfocado desde el punto de vista de la víctima y no del autor del hecho, de allí que haya que partir del daño hacia el autor y no a la inversa, por lo que la antijuridicidad puede encontrarse en el daño mismo, en el resultado del hecho o incluso en un segmento posterior, es decir, en la situación en la que queda la víctima. Así, el juez puede valorar como “ilícito” que nadie distinto al titular del bien dañado repare lo ocasionado.

Esta última idea esgrimida por Huberman nos acerca a la concepción que plantea Tale y que, según consideramos, es completada por Vázquez Ferreyra. Tale, en su trabajo que ya citáramos ³⁶, considera que la antijuridicidad es una calidad que se puede atribuir a una conducta y a una situación ³⁷. Cuando se refiere a “situación antijurídica” brinda ejemplos como el del propietario expropiado sin que se le oble la correspondiente indemnización. Y agrega que la situación antijurídica tiene una prioridad lógica, mientras que la conducta antijurídica tiene un carácter derivado; de allí que la situación antijurídica “transmita” la antijuridicidad a la conducta o acto. Como corolario de su razonamiento enuncia que en derecho civil no todo

³³ Ver BUERES, Alberto, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de daños. Homenaje a Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, ps. 158 y ss.

³⁴ AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por hecho ajeno*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 89/90.

³⁵ Ver HUBERMAN, Carlos, “Lo ilícito y la conducta antijurídica en la responsabilidad civil”, LL 138-85/87.

³⁶ Ver TALE, C., “El concepto...”, cit., ps. 904-907.

³⁷ Huberman hace referencia a la situación en la que queda la víctima como un segmento posterior al daño.

aquel que es responsable lo es por haber obrado antijurídicamente, pero sí lo es para corregir una situación antijurídica. Mientras que en derecho penal, la antijuridicidad debe estar siempre presente en la conducta. Vázquez Ferreyra, apoyándose en los conceptos que aduce Tale, los completa y a nuestro entender perfecciona³⁸. El autor rosarino revela que en materia de responsabilidad civil la mera conducta aislada resulta intrascendente, por lo que debe focalizarse, más que la conducta, el conjunto de ésta con su resultado, y con el daño que provoca. De allí que la antijuridicidad debe predicarse de ese conjunto: Vázquez Ferreyra habla de "*factum*" dañoso. Es así que a veces la antijuridicidad radicarán en la conducta y por ende su resultado también lo será. Otras, el acto es ajustado a derecho pero la situación resultante no lo es. Este argumento es lo que permite a este autor fundamentar que en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, lo que ocurre es que ésta se ubica no en la conducta sino en su resultado, en la situación que de ella deriva.

Efectuada esta reseña de opiniones doctrinarias, a la hora de hacer un balance de las mismas consideramos que en la responsabilidad por acto lícito existe el presupuesto antijuridicidad, por lo que no se altera la teoría general de la responsabilidad civil en cuanto a este punto. Entendemos que efectivamente cabe hablar de situación antijurídica para referirnos al estado en que permanece la víctima inocente de un daño causado por un acto o conducta lícita mientras dicho daño no le sea resarcido. Como expresáramos más arriba, la antijuridicidad debe ser entendida como toda contradicción con el ordenamiento jurídico, y dicha contradicción puede patentizarse tanto en una acción como en una situación. Ahora bien, lo dicho merece ciertas precisiones. Tale incurre, a nuestro modo de enfocar el tema, en ciertas conclusiones erróneas. Dicho autor otorga primacía lógica a la situación antijurídica frente al acto ilícito, por lo cual se infiere que si el resultado es antijurídico la acción que lo provoca debe serlo también³⁹. Por lo tanto, debería considerarse ilícito el acto efectuado en estado de necesidad ya que la situación en la que se sitúa al damnificado es antijurídica. Otro tanto cuadraría señalar de los actos lícitos del Estado y que lo hacen pasible de responsabilidad cuando sus efectos importan una situación que contradice el principio de igualdad ante las cargas públicas. Asimismo, aunque no lo dice expresamente, el autor citado permite deducir que existe una antijuridicidad civil y otra penal⁴⁰, lo que contradice el carácter unitario del concepto. No se nos esca-

³⁸ Ver VAZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 139/140.

³⁹ TALE, C., "El concepto...", cit., p. 904.

⁴⁰ TALE, C., "El concepto...", cit., ps. 906/907.

pa que la diferenciación entre acto y situación antijurídica es pasible de críticas sólidas, tal como lo hemos expresado al pasar revista a la postura de Zavala de González. Intentaremos hacernos cargo de tales críticas y procurar disiparlas. Dicha autora entiende que no puede separarse el acto de su resultado por conformar ambos una unidad inescindible y porque se atentaría contra el carácter unitario y objetivo de la antijuridicidad ⁴¹. Considero que la posición de la jurista cordobesa no termina de explicar la razón por la cual considera que el daño necesario debe ser resarcible y, por ejemplo, por qué no debe serlo el causado por un acto de legítima defensa. A menos que se recurra al concepto de inequidad e injusticia, como ella misma lo hace. En efecto, al explicar los fundamentos de la resarcibilidad del daño necesario, Zavala de González entiende que “es legítimo obligar a soportar el hecho dañoso, pero inequitativo no reparar sus consecuencias”, para luego agregar “que la obligada pasividad impuesta al damnificado, quien debe tolerar el mal que se le irroga, no es en sí misma injusta, pero sí lo es negarle la posibilidad de pedir su reparación” ⁴². Como se puede observar, se califica como injusta e inequitativa a la situación en la que queda el damnificado que no es resarcido. Y al decir injusticia o inequidad, ¿estamos diciendo antijuridicidad? Entiendo que sí. Para ello debe recordarse que la antijuridicidad es toda contradicción con el ordenamiento jurídico, incluyendo éste la ley escrita, las costumbres, así como los principios generales del derecho y las reglas del orden natural, como expresa Vázquez Ferreyra ⁴³. No cabe duda de que la justicia y la equidad integran el ordenamiento jurídico, ya sea como reglas del orden natural o principios jurídicos que emanen del sistema. Pero además, existen supuestos, como el de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en los cuales la situación en la que queda un ciudadano o contribuyente es violatoria de una norma constitucional expresa que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional), por lo que no merece dudas que estaríamos frente a una situación antijurídica y otro tanto cabe decir del damnificado por el agente necesario, cuya situación contraviene el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas o detrimento de otro ⁴⁴. Como se ve, estamos frente a situaciones antijurídicas, contrarias a derecho. Distinta es la hipótesis del damnificado por un acto ejecutado en legítima defensa, ya que él fue el agresor ilegítimo y como tal debe

⁴¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por el daño necesario*, cit., ps. 138/140.

⁴² ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 156.

⁴³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 131.

⁴⁴ Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 154 y 164/165.

soportar las consecuencias que provocó con su conducta, por lo que su situación no resulta ni injusta ni antijurídica. Para resaltar la validez de la distinción entre el acto y su consecuencia, supongamos el disparo de quien en ejercicio de la legítima defensa mata a su agresor y la misma bala —hipótesis fácticamente posible— hiere a un tercero o daña el bien de un tercero. Entendemos que la acción es una, lícita, por mediar una causal de justificación, pero la situación en la que queda el tercero damnificado es distinta a la muerte provocada al agresor. Frente a éste se trata de un daño justo por haberse inferido en legítima defensa, frente al tercero inocente podría tratarse de un caso de estado de necesidad y como tal podría obligarse al agente a abonar una indemnización al tercero en virtud del factor de atribución de la solidaridad social, o podría haber mediado una interrupción del nexo causal por caso fortuito o también estar frente a un homicidio culposo, si el resultado es la muerte del tercero inocente, según se presenten las circunstancias. Creemos que el ejemplo dado es indicativo de que resulta válido diferenciar el acto de su resultado y asignar a éstos distinto carácter en cuanto a su licitud o ilicitud.

Resta por tratar la objeción de Zavala de González en cuanto a que la distinción efectuada contradice el carácter unitario y objetivo de la antijuridicidad. Consideramos que ello no es así. En principio y en cuanto a la unidad del concepto, no pensamos como Tale que la situación antijurídica “transmite” su antijuridicidad al acto, con lo cual, por ejemplo, el acto necesario seguirá siendo lícito tanto para el derecho penal como para el civil, lo que no quita que la situación en la que permanece el damnificado sea antijurídica, injusta. Lo que ocurre es que dicha situación antijurídica en cuanto a su corrección sólo interesa al derecho civil y no al penal. Es claro que el derecho penal prevé que se cause un mal necesario —está en la esencia de la causa de justificación, como se verá más adelante—, pero una vez producido dicho mal, se desentiende en cuanto a indagar la reparación de la situación, que como tal sólo es aprehendida por el derecho civil. En el caso de la responsabilidad por acto lícito del Estado, no existen dudas de que a la luz del derecho constitucional y administrativo, el Estado está habilitado para, por ejemplo, tomar medidas modificatorias de la política económica, y como tal lícitas, sin perjuicio de reputarse antijurídica la situación de los damnificados que habían celebrado operaciones comerciales antes de dichas medidas, las que se aplican a sus relaciones pendientes y que les generan un daño patrimonial ⁴⁵. Dicha situación es antijurídica desde el derecho civil, pero

⁴⁵ Ver Corte Sup., 15/5/1979, “Cantón, Mario v. Gobierno Nacional”, LL 1979-C-219.

también desde el derecho constitucional que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas. Que una misma rama jurídica, el derecho constitucional, juzgue lícita una actividad del Estado e ilícita una situación que aquélla provoca, ¿atenta contra el carácter unitario de la antijuridicidad? Entendemos que no, porque según hemos expuesto precedentemente es válida la distinción entre el acto y la situación que provoca, por lo que al calibrarse la ilicitud de ambos, una misma rama del ordenamiento las aprehende como realidades autónomas. Lo contrario implicaría considerar que el art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional debe ceder frente al art. 75, inc.1º, que atribuye al Congreso la facultad de legislar en materia aduanera —el caso citado se trataba de medidas restrictivas a la importación—, lo que es un despropósito por tratarse de normas constitucionales y por consiguiente de igual jerarquía ⁴⁶. Por lo tanto, no se contraviene la unidad de la antijuridicidad, ya que no se trata de una misma realidad de la que predica su ilicitud y licitud a la vez, sino de dos realidades distintas que como tal son “aprehendidas” por el ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto al carácter objetivo de la antijuridicidad, debe recordarse que el mismo importa deslindar el concepto de la situación del agente, de quien ejecuta el acto. Pero en nada contraviene dicho carácter atender a la situación del damnificado, más aún cuando se atribuye el mismo a dicha situación y no al acto que la causa. Por ello una situación antijurídica lo es a la luz del ordenamiento y con relación a la “aprehensión” objetiva que dicho ordenamiento realiza respecto de la víctima del hecho dañoso. La situación del tercero damnificado por el daño necesario siempre será “injusta”, “antijurídica”, para el ordenamiento, ya que es ajeno al acto que le provocó el perjuicio. La situación del agresor damnificado por un acto de legítima defensa siempre será “aprehendida” como “justa” por el orden jurídico, ya que él originó el acto que lo perjudica. Como se ve, se trata de una “aprehensión” objetiva de la situación que ocupa la víctima respecto del hecho que la daña, a la luz de las normas del ordenamiento y no de introducir un elemento subjetivo para apreciar la antijuridicidad de la situación analizada, como, por ejemplo, si se atendiera a que si la víctima es un menor o un demente. En definitiva, como conclusión de este apartado podemos expresar que en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, la que se evidencia en la situación en la que permanece el damnificado, la cual “exige”, axiológicamente, su corrección o reparación. Y dicha antijuridicidad es de carácter unitario, es decir que una situación no puede

⁴⁶ Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1994, t. I, ps. 139/140.

ser lícita e ilícita a la vez para el ordenamiento, y objetivo, por cuanto la misma se aprecia a la luz de tal ordenamiento por la relación establecida entre el damnificado y el hecho que lo daña, y no por características de orden interno, subjetivo de la víctima.

V. LA RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE “APARENTE ACTO LÍCITO”

En este apartado pretendemos analizar aquellos supuestos de responsabilidad que en una primera aproximación podrían aparecer como provenientes de actos lícitos, pero que, en verdad, no lo son, adelantando desde ya nuestra opinión de que se trata de casos de ilicitud. De allí que nos pareció apropiado englobarlos como hipótesis de responsabilidad por “aparente acto lícito”, si bien esta terminología carece de tradición y desarrollo doctrinario.

El primer supuesto que consideramos en este lote de “especies” de responsabilidad es el de la responsabilidad por riesgo. Hablamos de riesgo “a secas” y no de “riesgo de la cosa”, porque los supuestos que encontramos en este grupo exceden los de daños causados con cosas, existiendo consenso doctrinario en incluir —por ejemplo— a la responsabilidad por actividades riesgosas⁴⁷. No cabe duda, en la actualidad, de que la responsabilidad por riesgo no implica responsabilidad proveniente de conducta lícita, pero algunas disquisiciones al respecto llevaron a que ciertos autores así lo entendieran. Así, por ejemplo, Pizarro, quien revirtió su postura, interpretaba que la responsabilidad del dueño o guardián por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa lo era por actos lícitos, ya que partía de la noción de licitud presente en la utilización de tal cosa riesgosa —automotor— o en el ejercicio de una actividad riesgosa —industria—, aunque de ella pudieran provenir daños a terceros⁴⁸. Admite luego, según cita que efectúa de Zannoni, que en realidad la actividad riesgosa es potencialmente dañosa y mientras se mantenga en tales términos es lícita, pero, una vez que causa el daño, es actualmente dañosa e ilícita, ya que se infringe de dicha manera el principio *alterum non laedere*⁴⁹. El criterio de considerar a la responsabilidad por riesgo como responsabilidad por actividad lícita responde a la concepción subjetivista de la antijuridicidad, como bien lo explica Vázquez Ferreyra⁵⁰, por cuanto para esta corriente sólo habría ilicitud, contradicción

⁴⁷ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 195 y ss.

⁴⁸ PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, Universidad, Buenos Aires, 1983, ps. 14/15.

⁴⁹ Ver ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, p. 7, según cita de PIZARRO en *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, cit., p. 151.

⁵⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 144.

con el orden jurídico, si se obrare con culpa o dolo, cuando en realidad la actividad riesgosa sólo es lícita en abstracto, mientras es potencialmente dañosa, pero cuando dicha potencialidad dañosa se hace efectiva en un daño concreto, la mentada actividad riesgosa pasa a ser ilícita, es decir, antijurídica.

Bustamante Alsina hace referencia en conjunto a la responsabilidad por riesgo y en virtud del deber de garantía que se tiene por los actos del dependiente, considerando que en ambos hay una ilicitud potencial, ya que no son actos ilícitos “porque violen la ley sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona” y agrega que “su ilicitud es potencial”⁵¹. En realidad, cabe decir que lo que es potencial es el carácter dañoso de la actividad, pero como citáramos en el párrafo anterior, una vez efectivizado el daño se da la ilicitud, por lo tanto no cabe distinguir entre la actividad riesgosa y la dolosa y negligente en este aspecto, porque las tres son potencialmente dañosas hasta que producen el perjuicio, y una vez causado son ilícitas. Por lo tanto, se pretende “descubrir” una ilicitud potencial en el riesgo, ilicitud que también se da en el caso de los factores de atribución subjetivos, dándose también en ellos la antijuridicidad actual al producirse el daño, al igual que si se tratase del riesgo. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad de quien debe resarcir un daño con fundamento en el deber de garantía, ya que por lo general, lo hace porque el dependiente obró en virtud de un factor subjetivo de atribución (conf. art. 1109, CCiv.), aunque hoy se admite que el daño pueda ser endilgado al dependiente sobre la base de un factor objetivo⁵².

Mosset Iturraspe, de manera tangencial, al examinar la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, hace referencia a que dicho tipo de responsabilidad debe diferenciarse de la que es atribuible al Estado a título de culpa o riesgo creado, ya que en tales casos la misma “surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello”⁵³. Para Bueres, en los casos de atribución de responsabilidad por riesgo, es claro que estamos frente a un comportamiento ilícito de los sujetos implicados en el mismo, ya que en tales supuestos hay autoría humana y no de la cosa riesgosa: “hay indudablemente una inmediatez material y pragmática que está dada por el hecho de la cosa, pero la mediatez trascendente descansa en la conducta de quien puso el riesgo en acción (el dueño o guar-

⁵¹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 78.

⁵² Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, ps. 27/29.

⁵³ MOSSET ITURRASPE, “Daños derivados de actos lícitos de la administración”, JA 1975-28-350.

dián)”⁵⁴. En términos más o menos concordantes, Zavala de González también “conecta” la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa con el accionar humano del dueño o guardián, explicando que en el trasfondo de esta responsabilidad existe en forma subyacente una conducta humana que incurre en cierta negligencia —v.gr., colocar una maceta en forma peligrosa, no reparar el vehículo, en general no custodiar convenientemente la cosa—⁵⁵. En otro párrafo, la autora cordobesa destaca: “que el riesgo de la cosa (art. 1113) nunca es la causa exclusiva del daño, justamente por ser un peligro abstracto y no concreto. El daño resulta siempre de una agravación o deformación del riesgo que encierra la cosa: manipuleo o uso erróneos, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia de la cosa, en suma, de actos que desencadenan la potencialidad dañosa de la cosa”⁵⁶. Como se puede apreciar, se remarca la conjunción del riesgo con un acto humano en concreto que “actualiza” la potencialidad dañosa de la cosa o de la actividad. En síntesis, existe consenso doctrinario en considerar a la responsabilidad con fundamento en el factor objetivo del riesgo como un supuesto de responsabilidad por acto ilícito por cuanto no debe confundirse la licitud de desarrollar una actividad riesgosa —p.ej., actividad industrial— o de utilizar una cosa riesgosa —p.ej., conducir un rodado—, con la ilicitud de los actos concretos realizados al desarrollar la actividad o al utilizar la cosa y que causan un daño. Es así que es impropio considerarla como un supuesto de responsabilidad por acto lícito.

Dedicaremos un comentario más a la responsabilidad en virtud del deber legal de garantía, si bien al hacer referencia a la opinión de Bustamante Alsina ya hemos puesto en claro que tampoco se trata de un caso de responsabilidad por acto lícito. Para remarcar esa idea nos parece esclarecedor lo expuesto al respecto por Bueres. Este jurista entiende que la ilicitud del proceder del dependiente se comunica al principal, puesto que es ilícito que el dependiente cometa un ilícito y es ilícito dañar por intermedio de otro⁵⁷. Ahora bien, hemos dicho que se responde por el hecho ajeno no sólo cuando el responsable directo causa un daño por obrar dolosa o culposamente: también se debe la garantía en caso de que éste sea responsable por el riesgo de la cosa de la que es dueño o guardián —v.gr., el sereno que mata con su revólver—. Y cabe extender este deber de garantía a los daños causados por los actos lícitos de los dependientes. Concretamente, se han ocupado de

⁵⁴ BUERES, A., *El acto...*, cit., p. 63.

⁵⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo*, cit., p. 36.

⁵⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad...*, cit., ps. 60/61.

⁵⁷ BUERES, A., *El acto...*, cit., ps. 63/64.

este tema Agoglia, Boragina y Meza, quienes consideran —acertadamente, a mi juicio— que el principal responde por los daños ocasionados por el dependiente por acto lícito, es decir, mediando una causal de justificación —p. ej., estado de necesidad—, en cuyo caso el dependiente en ejercicio o con motivo de sus funciones daña a un tercero inocente para evitarse un mal de mayor entidad, respondiendo el principal no como beneficiado sino como garante, dado que si bien el dependiente actuó en defensa de intereses propios, ha existido relación causal entre el acto dañoso y la función⁵⁸. Como conclusión, podemos establecer que los casos de responsabilidad por hecho ajeno no importan *per se* responsabilidad por acto lícito o ilícito, sino que dicho carácter dependerá del tipo de responsabilidad del agente por el que se debe garantía, más allá de que por lo general se responda por actos ilícitos del responsable directo.

Una tercera especie de responsabilidad que puede conducir a su inclusión, desacertada desde ya, dentro de los casos de responsabilidad por acto lícito es el caso del abuso del derecho. Sabido es que esta figura se reguló expresamente con la ley 17.711, que modificó el art. 1071 del Código Civil. El mismo, en su texto actual, reza: “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 contraríe 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”.

Tal como se puede apreciar, la norma comienza por establecer un supuesto de licitud y por ende —en principio— de irresponsabilidad. En efecto, se establece que no es acto ilícito aquel que es ejecutado en el ejercicio regular de un derecho o en el cumplimiento de una obligación legal, por lo que los daños causados en tales situaciones no son —en principio— resarcibles, por mediar una causal de justificación, tal como lo disponía el Código de Prusia en la nota de Vélez al viejo art. 1071: “El que ejerce un derecho conforme a las leyes no responde del perjuicio que resulte de ese ejercicio”. Pero seguidamente, agrega el nuevo texto, se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, de lo cual se infiere que dicho ejercicio es contrario a la ley y como tal ilícito, antijurídico. Finalmente, se ejemplifica acerca de las pautas para reconocer ese ejercicio como abusivo.

Orgaz consideraba que el abuso del derecho no es tema de ilicitud, sino de justificación de un daño causado a otro y sobre la base de tal criterio opinaba que debía receptarse legislativamente con un agregado al art. 1109 del

⁵⁸ AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad...*, cit., ps. 91/94.

Código Civil que dispusiera: “No hay obligación de reparar el daño causado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, salvo, en este último caso, que el derecho se ejerciere con el manifiesto propósito de perjudicar”⁵⁹. Lo cierto es que no alcanzamos a ver la distinción en considerar al abuso del derecho como un tema de ilicitud o de justificación de un daño causado a otro, ya que las causales de justificación, según dijera el propio Orgaz⁶⁰, son excepciones a la excepción de la ilicitud que entraña dañar al prójimo. Y con dicho argumento, si consideramos al abuso del derecho como una excepción al ejercicio regular del derecho, vendría a ser una nueva excepción, por lo que el mismo importa ilicitud. De todas formas, entendemos que el texto del art. 1071 es sumamente claro al respecto en el sentido de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, por lo que no cabe duda de que tal ejercicio importa acto ilícito, violatorio de la ley.

Bustamante Alsina tiene para sí que el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución de la responsabilidad y como tal ajeno a la culpa, por lo que convierte en ilícito el acto, “desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es contrario a los fines para los que el derecho fue instituido, o de lo que ataca a la moral y a las buenas costumbres o excede los límites de la buena fe”⁶¹. Por último, haremos referencia a la opinión de Vázquez Ferreyra, quien de manera categórica señala el carácter antijurídico del obrar, del ejercicio abusivo del derecho, en el sentido de que, según cita de Jossierand, “el acto abusivo es el que cumplido en virtud de un derecho determinado, de un derecho subjetivo, es sin embargo contrario al derecho considerado en conjunto, a la juridicidad”⁶², por lo que como vemos está presente en el acto y no en el resultado la contradicción con el ordenamiento jurídico integralmente considerado. En definitiva, sólo una óptica, hoy superada, de estricto apego a la literalidad de la ley puede considerar al abuso de derecho como un supuesto de responsabilidad por acto lícito, cuando en verdad lo que ocurre es que se ejerce un derecho del que se es titular pero en forma contradictoria a la dispuesta o tenida en mira por el ordenamiento jurídico globalmente comprendido. Basta pensar en los casos de responsabilidad de los medios de comunicación, que en ejercicio del derecho de libertad de expresión del que son titulares pueden causar perjuicio no ya con la intención de dañar, en cuyo caso creemos que hay un exceso de los límites legales y no abuso en el ejercicio, sino por el hecho de

⁵⁹ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 102/103.

⁶⁰ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 49/50.

⁶¹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 362.

⁶² Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 132/133.

no informar con la seriedad o con los recaudos que el respeto a los derechos ajenos exige. Como lógico corolario de lo expresado, forzoso es concluir en que si el abuso del derecho importa acto ilícito, más aún lo es el ejercicio excesivo del derecho, es decir, cuando se actúa más allá de los límites del derecho subjetivo del que se es titular, por ende, cuando se actúa no teniendo tal derecho ⁶³.

Por último, en cuanto al tratamiento de este tema, haremos un referencia a otra situación que, al igual que el abuso de derecho, puede inducir a erróneas interpretaciones y considerarse que se trata de actividad lícita. Es el caso de la obediencia debida. En realidad, la obediencia debida es un supuesto particular de la causal de justificación más genérica del cumplimiento de una obligación legal y esta última en cuanto tal encuentra su regulación en el ya citado art. 1071, párr. 1º, CCiv., el que dispone que dicho cumplimiento no puede constituir como ilícito ningún acto. Esta causal de justificación genérica del derecho civil es contemplada en forma particularizada por el Código Penal, que en el art. 34 individualiza tres situaciones: el cumplimiento de un deber, el ejercicio de una autoridad o cargo (inc. 4º) y la obediencia debida (inc. 5º). Es obvio que en cualquiera de las tres situaciones es factible causar daños a otras personas. Así, siguiendo a Orgaz ⁶⁴, el testigo que declara hechos ciertos que afectan el honor o al patrimonio de una persona (arg. *a contrario sensu* art. 275 del Código Penal) o el depositario de una cosa que niega la restitución al depositante que perdió la administración de sus bienes y los entrega a quien ahora los administra (art. 2214, CCiv.) actúan lícitamente e incluso podemos decir que el daño que causan es “justo”, ya que se daría una suerte de “falta” de la víctima (arg. art. 1111, CCiv.), que motiva en uno y otro caso a que se cause el perjuicio —en el primer caso el perjudicado ejecutó los hechos deshonrosos relatados por el testigo y en el segundo dio motivo suficiente para ser separado de la administración de sus bienes—.

Otro tanto cabe manifestar con relación al ejercicio de una autoridad o cargo. Dice Orgaz que en realidad la autoridad es el género y el cargo, la especie, ya que la primera comprende tanto la autoridad pública (cargo) como la privada (v.gr., la de padres, tutores y curadores) ⁶⁵. Claro está que en ejercicio de esta autoridad se pueden ocasionar daños: así, el funcionario que decomisa mercaderías en mal estado o el padre que corrige a su hijo “perjudican” patrimonialmente al decomisado y espiritualmente al hijo —en este

⁶³ Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 68/69.

⁶⁴ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 204.

⁶⁵ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 205.

último caso puede ser la prohibición de efectuar una actividad placentera para el hijo—. Como se puede apreciar, al igual que en la causal de cumplimiento de una obligación —en definitiva, el ejercicio de la autoridad conlleva tal cumplimiento⁶⁶— y podríamos decir que al igual que el ejercicio de un derecho, los daños ocasionados en el ejercicio regular de la autoridad no hacen responsable a quien los realiza porque existe una “falta” de la víctima que es la razón fundante de la acción perjudicial —en los casos citados, la venta de mercadería en mal estado del decomisado y la mala conducta del hijo—. Pero ello siempre y cuando se trate de un ejercicio regular de la autoridad —recordemos que el art. 1071 habla de “ejercicio regular de un derecho”—, por lo que bien podría añadirse “cumplimiento regular de una obligación legal”. Hacemos esta aclaración porque lógicamente, y en modo análogo a lo que ocurre con el exceso y abuso de derecho, puede existir exceso y abuso de autoridad. Es ilógico considerar un correcto ejercicio de la autoridad paterna la prohibición al hijo de ingerir alimentos por una semana, en cuyo caso se infringiría lo dispuesto expresamente por el art. 278 del Código Civil. Otro tanto cabe decir del inspector municipal que excediendo sus facultades clausura un comercio, lo que constituiría una abierta infracción al art. 1112 del Código Civil. En consecuencia, es absolutamente reconocible la existencia de actos ilícitos en estas últimas hipótesis y por lo tanto la procedencia de la responsabilidad por dichos actos.

Fácil es deducir, luego de lo razonado hasta aquí, que los supuestos de obediencia debida son los que más dificultades presentan a la hora de evaluar la licitud o ilicitud de la acción. Ello es así, porque como dice Orgaz, en el caso de la obediencia debida no estamos frente al cumplimiento de una obligación impuesta “directamente” por la ley, sino de una “orden individual y concreta” dictada por un superior jerárquico⁶⁷. Es decir que el vínculo con la ley es “mediato”, o para decirlo más precisamente “formal”, ya que la ley impone la obligación de obedecer la orden recibida pero no otorga el contenido de dicha orden, actividad que la ley delega en el funcionario que imparte la misma. El “conflicto” para el subordinado se da cuando debiendo cumplir con la orden impartida por la autoridad competente —es decir, quien tiene la facultad de dictarla—, cumplimiento que le es ordenado por la ley, advierte que dicha orden es ilegal o ilegítima. Según Orgaz, es innegable que el subordinado no tiene obligación de cumplir las órdenes ilegítimas, por cuanto la obediencia que impone la ley para sí misma —y nosotros agregaríamos, el orden jurídico en su totalidad, porque puede exis-

⁶⁶ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 205.

⁶⁷ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 208.

tir una ley inconstitucional— es mayor que la que corresponde por la relación jerárquica ⁶⁸. Sin embargo, advierte que los subordinados en la mayoría de los casos no están autorizados a revisar la legitimidad o ilegitimidad de la orden, por lo que si la misma fue expedida dentro del ámbito real o aparente de las atribuciones del superior y con observación de las formas legales, no habría responsabilidad del inferior si luego se concluye en la ilegalidad de la manda ⁶⁹. En sentido más o menos coincidente, Marienhoff entiende que el subordinado tiene derecho de examen al “contenido” de la orden, y si de dicho examen resulta manifiesta la ilegalidad de la misma, el inferior tiene el deber y el derecho de desobediencia, pero remarca el carácter “manifiesto” de la ilegalidad del contenido ⁷⁰. Al profundizar la eventual responsabilidad del inferior que causa un daño en cumplimiento del deber de obediencia a un superior, Orgaz entiende que en caso de estar legalmente facultado a revisar la legitimidad de la orden y de ejecutarse ésta en la creencia de que era legítima, sólo habrá eximición de responsabilidad en razón de un error excusable (arts. 929 y 930, CCiv., y 34, inc.1º, CPen.), en todo otro caso habrá responsabilidad ⁷¹.

Creemos que si bien el carácter manifiesto de la ilegalidad de la orden impartida puede llegar a ser un elemento trascendente, debe recordarse que el error de derecho no excusa la responsabilidad por los actos ilícitos (conf. art. 923, CCiv.). Para graficarlo con un ejemplo grosero, el inferior que tortura porque erróneamente considera que el tormento está permitido como un medio para lograr la confesión es responsable de los perjuicios que ocasiona. Y consideramos que en gran medida el conflicto que se da en el caso de la obediencia debida es un conflicto de normas, vale decir, la orden impartida es formalmente válida —emana de autoridad competente—, pero es sustancialmente inválida porque viola una norma de mayor jerarquía. Por lo tanto, en muchas ocasiones el inferior no podrá eximirse de responsabilidad aduciendo que la ilegalidad no se le apareció “manifiesta”, si de lo que se trata es de un error de derecho. Sin embargo, reconocemos que existen casos en que la diafanidad de “lo ilegal” de la orden pueda depender de circunstancias de hecho, donde en tales casos sí podrá alegarse el error de hecho excusable previsto en los arts. 929 y 930 del Código Civil. Pero no obstante la excusabilidad del error, ello no impide que el acto en cuestión sea anti-jurídico, por cuanto el error es una causal de inculpabilidad y no una exi-

⁶⁸ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 209.

⁶⁹ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 209-210.

⁷⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 232.

⁷¹ ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 210.