

mente de ilicitud, por lo que aun en caso de error excusable podría llegar a operar la responsabilidad en virtud de los factores de enriquecimiento sin causa y equidad (conf. art. 907, CCiv.). Otro tanto podría decirse de quien actúa intimidado por su superior, vale decir, amenazado con sufrir un mal grave e inminente en caso de desobedecer la orden. Estaríamos siempre frente a un supuesto de involuntariedad o inculpabilidad, la intimidación del art. 937 del Código Civil y del art. 34, inc. 2º *in fine* del Código Penal. En suma, podemos concluir que en los supuestos de invocación de la obediencia debida como causal de justificación, ésta sólo opera como tal cuando la orden que se debe cumplir es formal y sustancialmente legítima —v.gr., el oficial de justicia que allana un domicilio en virtud de una orden del juez competente—, en cuyo caso estaríamos frente al regular cumplimiento de una obligación legal y por lo tanto no existirá responsabilidad por operar, como decíamos más arriba, una suerte de “falta de la víctima” que originó la orden obedecida que le causa el perjuicio. En caso de no tratarse de una orden formal o sustancialmente legítima, no habrá cumplimiento regular de una obligación legal por la simple razón de que el ordenamiento jurídico autoriza y hasta obliga a desobedecer el mandamiento por su contradicción con normas de mayor jerarquía. En tales casos, siempre habrá antijuridicidad en la conducta, es decir, acto ilícito, sin perjuicio de que en caso de existir error excusable o intimidación, el agente no será responsable por involuntariedad o inculpabilidad del acto, salvo en virtud de lo dispuesto por el art. 907.

## VI. LA RESPONSABILIDAD POR ACTO INVOLUNTARIO Y POR ACTO LÍCITO

Luego de haber recorrido los apartados anteriores, en varios de los cuales hemos hecho referencia a la diferencia entre antijuridicidad e involuntariedad, fácil resulta comprender que la responsabilidad por acto lícito es bien diferente de la que deriva de los actos involuntarios. Retornemos una vez más al carácter objetivo de la antijuridicidad. Ésta es una condición objetiva de la responsabilidad, sólo exige la contradicción entre una conducta y el derecho positivo considerado como ordenamiento integral <sup>72</sup>, con total independencia del motivo subjetivo de su autor y de las condiciones internas del mismo: de su culpabilidad y de su imputabilidad <sup>73</sup>. Claramente lo expresa Palmero al decir que “la apreciación objetiva de lo ilícito prescinde de toda otra consideración o circunstancia, y las acciones delictuosas que

<sup>72</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la ilicitud”, cit., p. 734.

<sup>73</sup> Según cita de SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, Tea, 1987, p. 392, en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., pág. 136.

cometa el inimputable no perderán el carácter de ilícitas, aunque el agente se libere de las consecuencias civiles o penales en mérito de la excusa absolutoria que legitima su estado”<sup>74</sup>. Vale decir que la antijuridicidad es un presupuesto necesario para la responsabilidad civil, ya que como hemos visto la misma está presente siempre, ya sea en el acto o en la situación que el acto ocasiona; mientras que la voluntariedad de la acción es un presupuesto de la culpabilidad, pero dado que puede existir responsabilidad civil sin culpabilidad —baste pensar en los casos de factores de atribución objetivos—, la voluntariedad no es un elemento necesario para que el agente responda civilmente de sus actos. Sí lo es para responder penalmente, ya que no hay responsabilidad penal si no se ha obrado voluntaria y culposamente<sup>75</sup>. Cabe entonces expresar que en todos los casos de responsabilidad por actos involuntarios estamos en presencia de actos involuntarios ilícitos o de actos involuntarios lícitos que generan una situación antijurídica por la que se debe responder —p.ej., el daño necesario causado por un demente o en su beneficio, si bien veremos más adelante la indiferencia de la involuntariedad en este último caso—.

Consecuentemente, sólo a partir de una postura “subjetivista” de la antijuridicidad puede llegar a confundirse o a considerarse la responsabilidad por los actos involuntarios como una especie dentro del género de la responsabilidad por acto lícito, por cuanto se consideran como tales a los actos sin voluntad. Ello trasunta claramente de lo expuesto por Moisset de Espanés, quien precisa: “no creemos que pueda hablarse con propiedad —en nuestro sistema jurídico— de ‘obrar ilícito de inimputables’, refiriéndose a casos en que el sujeto carecía de voluntariedad o que ‘no podía incurrir en culpa’, pues sólo los hechos voluntarios pueden ser ilícitos (art. 898), y tampoco se puede hablar de acto ilícito si al agente no se le puede imputar dolo, culpa o negligencia (art. 1067)”<sup>76</sup>. No insistiremos más en la crítica que esta posición nos merece, adhiriendo así a la postura objetivista de la ilicitud sostenida en la actualidad por la mayoría de la doctrina civilista, tal como hemos explicado en los apartados precedentes. Sí nos parece ilustrativo, aunque exceda en cierta medida el propósito de este trabajo, detenernos en forma particularizada en los distintos casos de responsabilidad por daño involuntario para poder comprender de un modo más acabado su diferencia con la responsabilidad por acto lícito.

<sup>74</sup> PALMERO, J. C., cit., ps. 32-33.

<sup>75</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 135.

<sup>76</sup> Ver opinión de MOISSET DE ESPANÉS en su comentario bibliográfico a la obra *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, de ZAVALA DE GONZÁLEZ, en JA 1981-II-826.

Un primer supuesto es el de los actos ilícitos cometidos por menores de edad, en cuyo caso el art. 921 del Código Civil establece la edad de diez años como límite para considerar tales actos como efectuados con discernimiento. Es de destacar que la propia norma diferencia la edad de madurez psicofísica a partir de la cual se actúa con discernimiento según se trate de actos ilícitos y lícitos —catorce años, conforme remisión al art. 127, CCiv.—, lo cual constituye una pauta más para entender que los actos involuntarios no son lícitos por el mero hecho de que en los mismos se opere sin discernimiento por la minoría de edad. Otro caso es el de los actos ilícitos efectuados sin discernimiento por pérdida permanente de la razón, el caso de los dementes. Debe recordarse aquí que el art. 140 del Código Civil establece que ninguna persona será considerada demente a los efectos del Código si la demencia no fuera verificada y declarada por juez competente, lo cual importa un regla general. Sin embargo, con criterio práctico y realista el art. 921 en su segunda parte dispone que sólo serán reputados actos sin discernimiento los de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, precepto con el cual armoniza exactamente el art. 1070 en su primera parte al estipular que no son involuntarios los actos ilícitos practicados por dementes en lúcidos intervalos aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio. Es decir que para el Código sólo son dementes los declarados judicialmente como tales, pero no todos los actos de estos dementes declarados judicialmente se reputan involuntarios, ya que son considerados voluntarios los ejecutados en intervalos lúcidos. Esto último es una cuestión de *onus probandi*, dada la presunción de involuntariedad de los actos realizados por un demente declarado judicialmente <sup>77</sup>.

Un tercer supuesto de responsabilidad por daño involuntario es el de aquellos actos efectuados sin discernimiento debido a la pérdida accidental de la razón. Los mismos están previstos también en los arts. 921 y 1070, *in fine*, en ambos casos. El art. 921 expresa en su parte final que son hechos sin discernimiento los actos practicados por quienes, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Como antes se hizo referencia a la hipótesis de los dementes, cabe entender comprendidos aquí a aquellos que sin ser dementes judicialmente declarados cometieren actos sin uso de razón, lo cual resulta armónico con el párrafo precedente, que considera con discernimiento los actos de los dementes hechos en intervalos lúcidos. Es decir, a los fines de los arts. 921 y 1070, lo fundamental para calificar a un acto como involuntario, efectuado sin discernimiento, es si al momento de su ejecución el agente se encontraba o no en uso de razón, más allá de estar o no declarado

<sup>77</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., p. 40.

judicialmente como demente. Haremos una rápida revisión de los distintos casos que pueden presentarse bajo este supuesto de pérdida accidental de la razón, para lo cual seguimos la obra de Palmero <sup>78</sup>. Una primera hipótesis que se nos presenta es la de la hipnosis. Palmero expresa que en esta hipótesis ha de valorarse si se llegó al estado de hipnosis en forma voluntaria, o si fue por motivos de necesidad —tratamiento médico— o contra la voluntad del hipnotizado. En el primer caso, en principio, los daños ocasionados deben reputarse como causados por hechos o actos propios, y se responderá por acto ilícito involuntario en virtud del art. 907 del Código Civil. Merece una especial consideración el supuesto particular de quien quiso hipnotizarse para causar un daño, en cuyo caso hubo voluntad no sólo para someterse al trance sino también para causar el daño. En el supuesto de no mediar una disposición voluntaria al estado hipnótico, se puede reputar que ni siquiera hay autoría, sino directamente un hecho del hipnotizador <sup>79</sup>. Otro supuesto es el de la epilepsia, pudiendo distinguirse si la enfermedad es total, en cuyo caso se produciría un estado de inconciencia completa por lo que ni siquiera habría autoría <sup>80</sup>, de los casos de epilepsia parcial, en los cuales la persona mantiene plena conciencia de sí mismo por lo que estamos frente a un acto aunque involuntario <sup>81</sup>. Los supuestos de sonambulismo y drogadicción plantean análogas cuestiones a las de la hipnosis, por lo que en principio los actos realizados bajo tales estados, en la medida que importan pérdida temporaria de la razón, se reputan involuntarios, respondiéndose de acuerdo al art. 907 por los daños ocasionados; habrá que ver en todo caso si existió culpabilidad del sujeto en omitir las precauciones pertinentes en el caso del sonambulismo y en provocar el estado de inconciencia en el supuesto de la drogadicción <sup>82</sup>. Idéntica reflexión merece la hipótesis de la embriaguez, con la diferencia de que la misma ha sido objeto de expresa regulación normativa en el art. 1070 *in fine*, cuyo texto *contrario sensu* reputa involuntarios los actos ilícitos practicados en dicho estado si se probare que la embriaguez fue involuntaria. Ante todo procede aclarar que el estado de embriaguez debe ser de tal intensidad que prive totalmente de discernimiento; si se alcanza tal efecto y se llegó a dicho estado en forma involuntaria, sólo se responderá conforme al art. 907; si la ebriedad fue consecuencia de la voluntad de la persona, se es responsable por los preceptos generales de

<sup>78</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., ps. 43/50.

<sup>79</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., ps. 44/45.

<sup>80</sup> BUERES, A., *El acto...*, cit., p. 43.

<sup>81</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., p. 45.

<sup>82</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., ps. 46/47.

la responsabilidad civil <sup>83</sup>. Finalmente, en lo que respecta a estos supuestos de pérdida accidental de la razón, cabe también distinguir los actos instintivos y habituales, a la sazón involuntarios y susceptibles de originar responsabilidad en los términos del art. 907, de los actos reflejos o realizados en estado de inconsciencia total —como apuntaríamos más arriba respecto de la epilepsia—, en los cuales no procede considerar que exista autoría y en consecuencia causalidad adecuada con el daño <sup>84</sup>.

El error esencial como causa obstativa de la intención también convierte en involuntarios los actos ilícitos realizados en perjuicio de otros. Expresamente prevé esta situación el art. 930: “En los actos ilícitos la ignorancia o error de hecho sólo excluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito”. Palmero cita como ejemplo de esta hipótesis poco común el del cartero que por encargo de un vecino lleva comida envenenada —ignorando la existencia del veneno, claro está— al perro del vecino colindante y lo mata <sup>85</sup>. Resulta obvio que el error recayó sobre el hecho principal —la comida que causó la muerte al can—, por lo que se trata de un acto antijurídico involuntario y como tal el agente sólo sería pasible de responsabilidad por el art. 907. La involuntariedad del acto puede también ser inducida por un tercero. Encontramos bajo esta especie los supuestos de falta de libertad en el acto por motivos de violencia. El Código prevé la fuerza y el temor. Respecto de la primera, el art. 936 establece: “Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible”. Entendemos junto con Bueres y Zavala de González que en los casos de ejercicio de una fuerza irresistible —*vis absoluta* o *vis corporis illata*—, quien aparece como agente inmediato del acto en realidad no lo es, porque en realidad no hay autoría de su parte y por ende no existe relación de causalidad adecuada con el daño, ya que el mismo debe ser atribuido a quien emplea la fuerza <sup>86</sup>. Así ocurre en el conocido caso de quien está parado frente a una vidriera y la rompe al ser empujado de atrás por otra persona. Por lo tanto, consideramos que la hipótesis del art. 936 no puede catalogarse como acto involuntario sino como un supuesto de falta de acción. Distinto cariz presenta el art. 937, que regula el supuesto de falta de libertad en la acción por temor causado por la intimidación de un tercero. Expresa la norma que “Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir

<sup>83</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., ps. 48/49.

<sup>84</sup> Ver BUERES, A., *El acto...*, cit., p. 43.

<sup>85</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., ps. 50/51.

<sup>86</sup> BUERES, A., *El acto...*, cit., ps. 30 y 43, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la ilicitud”, cit., ps. 736/737.

un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos”. Se trata, por ejemplo, del caso de quien conduce un rodado y es apuntado con un arma de fuego a fin de que atropelle a otra persona. Como se ve, aquí hay obstrucción de la libertad en el acto, pero el acto es atribuible a quien guía el automotor, hay autoría, más allá del dolo atribuible a quien intimida. El conductor comete un acto ilícito involuntario por lo que sólo sería pasible de responsabilidad en virtud del art. 907. Deben recordarse los requisitos que la norma establece para la existencia de la intimidación: injustas amenazas, temor fundado y posibilidad de sufrir un mal inminente y grave <sup>87</sup>.

Es de destacar, en cuanto hace a la diferenciación entre el daño involuntario y el causado por acto lícito, que ha sido materia de confusión la hipótesis de la falta de libertad por constreñimiento moral —intimidación— con el estado de necesidad. Esta confusión es producto de una concepción subjetivista del estado de necesidad. En la intimidación existe una “necesidad”, entendida en su acepción lata, mas la “necesidad” que está presente en el “estado de necesidad” es de carácter restringido <sup>88</sup>. La concepción subjetivista del estado de necesidad considera que el agente necesario es un inimputable, en razón de haber obrado en la emergencia privado de su libertad, cuando en realidad el estado de necesidad importa una causal de justificación y por ende es de carácter objetivo. El único punto en común entre el daño involuntario y el necesario, según Palmero <sup>89</sup>, es el del factor de atribución, que radica en la equidad —aunque veremos más adelante que en el caso del estado de necesidad en realidad el factor de atribución es la solidaridad social—. Sin embargo, ello no permite que se identifiquen dos supuestos totalmente distintos, ya que el daño involuntario por falta de libertad es causado por un acto ilícito inculpable e importa responsabilidad en los términos del art. 907, mientras que el daño necesario es causado por un acto lícito, aunque, atento a la falta de una norma expresa en nuestro ordenamiento, bien puede hallarse el fundamento de la responsabilidad del agente necesario en forma analógica en el art. 907 en cuanto resulta una aplicación del principio que veda el enriquecimiento a expensas de otro o del de la equidad, en cuyo caso también se recurre por analogía al art. 1069 para justificar la reducción de la indemnización <sup>90</sup>.

Finalmente, nos parece apropiado terminar este apartado, en donde hemos indicado las diferencias entre la responsabilidad por acto involuntario

<sup>87</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., p. 56.

<sup>88</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., p. 58.

<sup>89</sup> PALMERO, J. C., *El daño...*, cit., p. 62.

<sup>90</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 154/155.

y por acto lícito, haciendo alusión a un supuesto de conjunción de acto lícito e involuntario. Se trata del daño necesario ocasionado por un inimputable. Al respecto consideramos que, siendo el estado de necesidad una causal de justificación, dicho acto debe considerarse lícito, y será involuntario cuando el inimputable sea el agente necesario y no el beneficiado por el acto necesario. Zavala de González expresa que la responsabilidad por el acto necesario de un inimputable no cae bajo la previsión del art. 907, ya que dicha norma prevé una responsabilidad por acto involuntario ilícito. Por lo demás, se llegaría al absurdo, según la jurista cordobesa, de que en el actual sistema jurídico argentino el inimputable responda por daño necesario y no lo haga el imputable<sup>91</sup>. No compartimos esta última idea, por cuanto entendemos junto a Vázquez Ferreryera que en el actual ordenamiento jurídico civil existe responsabilidad por el daño necesario sea que por éste responda un imputable o un inimputable<sup>92</sup>. Por lo demás, el art. 907 no contiene una mención expresa a actos —el texto dice hechos, término que debe ser entendido como un sinónimo— ilícitos involuntarios, sino a hechos involuntarios que causen a otro algún daño, por lo que puede tener cabida dentro de su regulación el acto necesario —lícito— involuntario que causa un daño injusto, es decir, una situación ilícita o antijurídica. Sí compartimos la objeción de Zavala de González en cuanto interpreta que si se considera que el daño necesario involuntario es reglado por el art. 907, podría entenderse que existe un doble sistema para dos hechos de idéntica naturaleza. Así, el agente inimputable debería responder por el daño necesario involuntario aunque él no fuese el necesitado, mientras que en caso de daño necesario voluntario no responde el agente sino el beneficiado con su acto<sup>93</sup>. Sin embargo, consideramos que dicha interpretación no es sostenible. Claro está, y así se interpreta por la doctrina mayoritaria, que en el caso de daño necesario quien debe responder es el necesitado, es decir, el interesado, aunque no fuere el agente<sup>94</sup>. Por lo tanto, consideramos que en caso de daño necesario involuntario, el art. 907 es aplicable si el agente inimputable es además el interesado, razonamiento que por lo demás se compadece con la letra del artículo, ya que en su primer párrafo establece indemnización si el autor del hecho se hubiera enriquecido con el daño. No obstante lo dicho, volvemos otra vez a adherir a lo expuesto por Zavala de González en el sentido de que en la responsabilidad por daño necesario es realmente indiferente la

<sup>91</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, "El daño necesario", cit., ps. 203/204.

<sup>92</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 153/155.

<sup>93</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, "El daño necesario", cit., ps. 204/205.

<sup>94</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, "El daño necesario", cit., p. 169.

inimputabilidad tanto del agente como del necesitado <sup>95</sup>, ya que este último debe responder siempre, sea imputable o inimputable, o que el acto necesario fuere voluntario o involuntario. Ello es así porque la antijuridicidad radica en la situación en la que permanece la víctima y además porque el factor de atribución es objetivo —la solidaridad social— y como tal ajeno a la existencia de culpa del agente, la que obviamente no podría existir por tratarse de un acto lícito. Creemos que, en cuanto a la objetividad del factor de atribución, existe paralelismo con la responsabilidad por riesgo de la cosa, en la cual es indiferente que el dueño o guardián sea imputable o inimputable a los efectos de su responsabilidad. En este supuesto también hallamos presente dicha indiferencia en cuanto a la imputabilidad o no del responsable. Nuestra diferencia con la autora cordobesa pasa por considerar, al igual que Vázquez Ferreyra, como dijimos párrafos arriba, que dicha responsabilidad existe actualmente en nuestro sistema, mientras que ella la enuncia como *de lege ferenda*.

#### VII. DAÑO JUSTO CAUSADO POR ACTO LÍCITO

En el apartado IV, al explicar la antijuridicidad presente en la situación injusta en la que permanece el damnificado por ciertos actos lícitos —v.gr., estado de necesidad—, hicimos mención acerca de que se justificaba distinguir entre el acto y el resultado que el mismo provoca —la situación— por cuanto existen actos lícitos que originan situaciones antijurídicas o ilícitas y otros actos lícitos que si bien ocasionan un perjuicio o daño, tales daños no importan una situación antijurídica, por cuanto el daño causado puede reputarse como un “daño justo” y por ende los referidos actos no generan responsabilidad alguna. Es decir que en estos casos estamos frente a causales de justificación que no sólo eximen de antijuridicidad al acto, a la conducta humana, sino que además eximen de antijuridicidad a la situación o resultado que dichos actos provocan.

Al referirnos, en el apartado V, al abuso del derecho, al exceso en el ejercicio del derecho y a ciertas situaciones de obediencia debida —concretamente a la obediencia prestada a órdenes sustancialmente ilegítimas—, expresamos que se trataban de “aparentes” casos de acto lícito, que en realidad existía un componente ilícito en tales conductas, por cuanto en verdad se trata de hipótesis en las cuales se actúa en violación al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Estos supuestos tienen en común la característica de importar “excesos” o “desviaciones” de las causales de justi-

<sup>95</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El daño necesario”, cit., p. 206.

ficación establecidas en los arts. 1071 del Código Civil y 34, inc. 4º, del Código Penal, esto es, el ejercicio regular de un derecho propio y el cumplimiento —agregaríamos nosotros, también regular— de una obligación legal. Pasamos a considerarlos.

En cuanto al ejercicio del derecho, dice Orgaz que por una cuestión de mera lógica, el ejercicio de un derecho no puede ser contrario a derecho, es decir, ilícito, y que obviamente dicho ejercicio debe ser “legítimo”, término que utiliza la legislación penal y que prefiere al de “regular”, que establece el Código Civil <sup>96</sup>. Continúa diciendo el jurista nombrado que, en principio, el titular de un derecho puede ejercerlo ampliamente, aun cuando dicho ejercicio amplio no le reporte beneficio propio o prive a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer o le traiga algún inconveniente. Da así los ejemplos de los arts. 2516 y 2517 del Código Civil, que permiten al propietario de un inmueble no sujeto a servidumbre a impedir el paso por el mismo a terceros aunque ese impedimento les ocasione molestias (art. 2516) y a remover sin previo aviso la cosa ajena que se hubiese puesto en su inmueble sin su consentimiento aunque no invoque ningún perjuicio propio y la remoción lesione un interés del dueño de la cosa (art. 2517). También brinda el ejemplo, salvo en situaciones de emergencia locativa declarada por ley, del propietario que se niega a alquilar una casa deshabitada aunque no la utilice de ningún modo y existan interesados en locarla <sup>97</sup>. Los límites del ejercicio del derecho están dados por los derechos de los otros, límite que en caso de ser traspuesto importaría exceso en dicho ejercicio y por ende “ejercicio irregular”, por lo que cesaría la causal de justificación como eximente de antijuridicidad —pasaría a ser un acto ilícito— y lógicamente como eximente de responsabilidad. Ahora bien, siguiendo siempre a Orgaz <sup>98</sup>, diremos que el principio general es que el derecho ajeno no puede ser lícitamente afectado por el ejercicio del derecho propio, pero existen excepciones en las cuales el ordenamiento jurídico reconoce supremacía axiológica a uno de los derechos en conflicto y entonces autoriza la intromisión, como, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad, que serán objeto de análisis más adelante. Existen además otros supuestos en los cuales la colisión de derechos se da por recaer sobre un mismo objeto, en los cuales la ley establece un orden de preferencia —primeros acreedores privilegiados o embargantes frente a los restantes—, o una satisfacción parcial de todos —acreedores quirografarios en el proceso concursal—. El conflicto

<sup>96</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 61/62.

<sup>97</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 64/65.

<sup>98</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 66/67.

también puede entablarse entre derechos e intereses, en cuyo caso se privilegia el derecho, como acontece en el art. 2514 del Código Civil, que establece el ejercicio irrestricto de las facultades derivadas del derecho de dominio aunque ello acarree perjuicios a meros intereses —ventaja, comodidad, placer, inconvenientes— a terceros. Para terminar con la consideración del ejercicio regular de un derecho como causal de justificación del daño causado a otra persona, entendemos que una aplicación concreta —expresamente legislada— de esta causal en el campo obligacional es el ejemplo suministrado por el art. 1201 del Código Civil, que establece el “derecho” de no cumplir una obligación contractual si la otra parte no hubiese hecho lo propio con la obligación a su cargo o estuviere en mora en dicho cumplimiento. Se trata de la *exceptio non adimpleti contractus*, que importa el derecho de no cumplir porque la otra parte no cumplió antes. La evidencia de la “justicia” del daño derivado del incumplimiento se manifiesta en la lógica del impedimento que tiene el “damnificado” de reclamar la obligación que se le debe cuando él ha incumplido la debida por su parte hacia el otro cocontratante.

Otro supuesto de “daño justo” causado por acto lícito que se suele distinguir es el de la acción directa, que en verdad no deja de ser una “especie” del ejercicio regular de un derecho. Nuestra legislación civil regula distintos casos, generalmente vinculados a los derechos reales. Según Orgaz se incluyen bajo tal denominación “todos aquellos casos que la ley autoriza de protección y satisfacción de derechos individuales exclusivamente por la acción privada, esto es, sin intervención de la autoridad pública”, agregando que junto con la legítima defensa importan un resabio de la justicia privada, fundamentado en la necesidad de reconocer al individuo el derecho a la propia protección en aquellos casos en que el auxilio de la autoridad pública sería ineficaz o tardío, o en conveniencias prácticas y la escasa peligrosidad de la situación planteada <sup>99</sup>. Bustamante Alsina trata esta causal de justificación bajo el nombre de “autoayuda”, señalando entre las condiciones que legitiman dicha conducta las siguientes: que se procure proteger una pretensión o derecho reconocido por la ley, que exista peligro de que sin la autoayuda ese derecho se frustre irreparablemente o se dificulte de manera manifiesta su efectividad y que no haya tiempo para acudir a las autoridades públicas <sup>100</sup>. Orgaz divide a la acción directa en defensiva y ofensiva. Respecto de la defensiva encuentra su regulación expresa en la legislación civil en el art. 2470, que dispone: “El hecho de la posesión da el de-

<sup>99</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 187/188.

<sup>100</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., ps. 118/119.

recho 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 fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”. Como se aprecia, se trata de un caso particular de la legítima defensa, ya que las condiciones generales de la ley penal se encuentran presentes en este supuesto: 1) agresión ilegítima, 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y 3) falta de provocación por parte del que se defiende. Además, se da una situación de necesidad que se halla presente tanto en el derecho penal como en el civil, consistente en la imposibilidad de recurrir al auxilio oportuno de la autoridad <sup>101</sup>. En cuanto a la acción directa ofensiva, el maestro cordobés entiende que bajo esta hipótesis pueden reunirse el derecho de retención de cosas ajenas que la legislación le otorga al locador y al posadero (arts. 1558 y 3886, CCiv.), la remoción de cosas que autoriza el art. 2517 o el corte de raíces que permite el art. 2629 <sup>102</sup>. También aquí se puede observar que se trata del ejercicio de derechos por mano propia, lo que supone la existencia de una falta del damnificado (conf. art. 1111) —si mediare un contrato como en la locación o en el contrato de hospedaje, la norma de justificación análoga sería el art. 1201, por haber operado un incumplimiento de quien debe tolerar la acción directa—. Es por ello que existe “justicia”, “licitud”, en el daño ocasionado amén de ser lícito el acto que lo causa, por estar expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico, por lo que se trata de supuestos que no generan responsabilidad alguna.

Podemos incluir, siempre siguiendo a Orgaz, como otra hipótesis de causal de justificación y por ende de acto lícito y que ocasiona un daño también lícito, el consentimiento prestado por el damnificado a la acción dañosa. Dicho consentimiento sólo es válido respecto de bienes disponibles, esto es, de bienes que la ley tutela únicamente en aras de intereses particulares y no generales <sup>103</sup>. Resulta relevante al efecto el carácter de los bienes, si se trata de bienes personales o patrimoniales. En relación a los primeros, el principio general es que éstos no son disponibles. Se trata de la vida, la salud e integridad corporal. Si el daño es inferido por el propio damnificado —suicidio, automutilación—, en tales casos sí es lícito disponer de tales bienes, ya que el ordenamiento jurídico considera tales conductas como lícitas, podríamos decir con más precisión que son conductas permitidas, ya

<sup>101</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 188/189.

<sup>102</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 196/202.

<sup>103</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 158/159.

que ninguna prohibición existe al respecto y por lo tanto, y en la medida que de ellas no trasunte ningún perjuicio a terceros, están amparadas por el art. 19 de la Constitución Nacional. Distinto es el caso de la instigación al suicidio, reprimida por la ley (art. 83, CPen.). Pero cuando hablamos de consentimiento, nos referimos a la conformidad prestada por el damnificado para que otro le ocasione el perjuicio. Respecto del bien de la vida humana, entendemos que dicho consentimiento no exime de antijuridicidad la actividad dañosa ajena que esté orientada directamente a causar la muerte —el ejemplo más elocuente sería la eutanasia—. En todo caso, habría licitud en aquella conducta médica a la que se somete voluntariamente una persona con fines altruistas —p.ej., para atender con urgencia a la preservación general de la salud—<sup>104</sup>, pero en tal caso la actividad dañosa no tiene por finalidad causar la muerte, sino que conlleva el riesgo de que la misma acontezca. En caso de que el bien en cuestión sea la salud o la integridad corporal, el consentimiento de la víctima exime de antijuridicidad al acto, siempre y cuando el acto dañoso tenga por finalidad preservar la propia salud del damnificado —mutilación a fin de evitar la muerte— o la salud de un tercero —transfusión de sangre, transplantes de órganos—. En este último caso, habrá que considerar la legislación específica que establece las condiciones y requisitos para la práctica de estas intervenciones médicas. Además, habrá de atenderse a la validez del consentimiento que involucra el deber de información del médico a quien se expone a tales prácticas. En cuanto a los bienes patrimoniales, toda vez que el art. 2506 establece que las cosas y bienes se hallan sometidos a la voluntad y a la acción de la persona que ostenta sobre ellos el dominio, así como que el propietario tiene derecho a dañarlos o destruirlos, también lo tiene a prestar el consentimiento para que un tercero lo haga, claro está, siempre que tal conducta no implique daños a terceros, en cuyo caso habría exceso o abuso de derecho, debiéndose recordar al respecto la función social de la propiedad. En materia contractual, esta causal de justificación encuentra amplia aplicación en las llamadas cláusulas de irresponsabilidad, las que son válidas a los fines de dispensar el dolo ya producido pero no al momento de contraerse la obligación (conf. art. 507, CCiv.), mientras que en caso de dispensar la culpa, en principio no habría impedimento legal, a menos que por ellas se permita eludir obligaciones legales de orden público —responsabilidad médica— o que importen una dispensa total de la culpa —cláusula excluyente—<sup>105</sup>. Creemos que la licitud del daño inferido con consentimiento del damnificado contratante, en los

<sup>104</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 160/161.

<sup>105</sup> Ver BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., ps. 242 y 252/253.

casos en no exista prohibición legal, no es más que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1198, CCiv.), y como tal, tanto la conducta como el daño que ésta genera carecen de antijuridicidad. En definitiva, se puede concluir en que el consentimiento del damnificado, siempre que el mismo se preste en las condiciones y con los requisitos que la ley lo autorice o no lo prohíba expresamente, importa el ejercicio regular de un derecho y como tal un acto lícito que transmite su licitud al resultado que ocasiona, no derivando responsabilidad del acto dañoso consentido.

Otro supuesto de acto lícito causante de daño justo es el consistente en el cumplimiento de una obligación legal, tal como lo establece el art. 1071. Ya nos hemos referido a esta causal de justificación, al examinar las desviaciones o excesos en tales cumplimientos —obediencia debida a órdenes ilegítimas o ejercicio irregular de una autoridad o cargo—<sup>106</sup>, en cuyo caso dijimos que se trataba de responsabilidad por “aparente” acto lícito, de allí que así como se habla de ejercicio regular de un derecho, para referirnos a esta causal de justificación debería expresarse cumplimiento regular de una obligación. La licitud o justificación del daño proviene, al igual que en el ejercicio regular de un derecho, de que previamente existe una conducta antijurídica atribuible al damnificado —falta en los términos del art. 1111—, que viene a justificar el comportamiento dañoso del agente. Así lo apreciamos en los ejemplos brindados por Orgaz y arriba citados, del testigo que declara hechos ciertos que lesionan el honor del delincuente, o el inspector que clausura el negocio porque el comerciante vende mercadería en mal estado. Consecuentemente nos remitimos a lo reflexionado en la oportunidad antedicha, reiterando que se trata de casos que no generan responsabilidad alguna.

Hemos querido dejar para la consideración final de este apartado el supuesto, quizá más paradigmático, dentro de las hipótesis de “daño justo” causado por acto lícito, que es el de la legítima defensa, la cual puede considerarse un particular caso de ejercicio regular de un derecho. El Código Civil no contiene ninguna norma que justifique el daño causado en legítima defensa, salvo una aplicación concreta al tema de la defensa privada de la posesión (art. 2470). Claro está que se la prevé expresamente en el Código Penal (art. 34, inc. 6°), guardando semejanza con el estado de necesidad, del que se diferencia por cuanto en este último se produce un perjuicio a una persona ajena al hecho, mientras que en la legítima defensa el daño se causa a quien ataca al agente. Las condiciones necesarias para que se dé la causal justificatoria de legítima defensa están contenidas en la norma pertinente de

<sup>106</sup> Ver apartado V.

la legislación penal: 1) se debe obrar en defensa propia o de sus derechos, 2) debe mediar una agresión ilegítima, 3) debe existir necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y 4) no debe haber provocación suficiente por parte del que se defiende. El art. 34, inc. 7º del Código Penal extiende la legítima defensa a la persona o derechos de otro, siempre que concurren los requisitos señalados en 2) y 3) y en caso de que haya existido una previa provocación suficiente por parte del agredido, que el tercero defensor no haya participado en ella. La antijuridicidad no está presente en el acto defensivo, ya que el ordenamiento expresamente autoriza a actuar en legítima defensa: es una acción lícita, conforme a derecho.

Al fundamento de esta causal de justificación se lo ha querido ubicar en un supuesto “conflicto de derechos o intereses”, prevaleciendo el de quien se defiende frente al de quien ataca. Sin embargo, bien dice Orgaz que el interés del que ataca no es legítimo, por lo que no hay verdadero conflicto de derechos o intereses en sentido jurídico, sino que el derecho subjetivo y el interés legítimo de quien se defiende es el único protegido, por lo cual para este autor, como expresáramos al comienzo de este párrafo, el fundamento consiste en el ejercicio de un derecho (art. 1071, CCiv.)<sup>107</sup>. No nos explayaremos en el análisis particularizado de los requisitos de la legítima defensa porque el mismo excede el marco de este trabajo, sólo diremos que cualquier tipo de bien es susceptible de legítima defensa<sup>108</sup>, que al exigirse que exista una agresión ilegítima del dañado, dicha agresión debe entenderse como ilícita, antijurídica, por lo que su apreciación es de carácter objetivo, pudiéndose así ejercer la legítima defensa contra agresiones de un demente o personas privadas accidentalmente de discernimiento<sup>109</sup> y que la necesidad racional requerida lo es en un doble aspecto: en cuanto a la necesidad de la defensa misma —que impone una racional proporción entre los bienes en pugna— y al medio empleado —ya que la falta de proporción racional constituye exceso en el ejercicio de la defensa (art. 35, CPen.)—<sup>110</sup>. El daño causado por el agente que actúa en legítima defensa puede considerarse “justo”, no hay antijuridicidad en la situación que resulta del acto, ésta es lícita, por ello la legítima defensa es un acto lícito del que no se deriva reparación alguna. En cuanto al fundamento, consideramos que análogamente se puede basar en el art. 1111, en cuanto ha existido una falta de la víctima, un hecho antijurídico de ésta, consistente en la agresión

<sup>107</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 110/111.

<sup>108</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 112/113.

<sup>109</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 117.

<sup>110</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 118/121.

ilegítima, no obstante la opinión en contrario de Zavala de González, quien entiende que dicha agresión es una causa mediata de la lesión <sup>111</sup>. Sin embargo, entendemos que, si bien la agresión ilegítima es una de las condiciones para que opere el instituto de la legítima defensa, a los efectos de la eximición de responsabilidad civil, es determinante para considerar lícito el daño inferido al agresor ahora dañado, ya que el proceso que supone la acción en legítima defensa tiene inicio con la agresión ilegítima, siendo reprochable al agresor el daño que se le ocasiona. Debemos también recordar que aquí no hay conflicto de derechos o intereses, sino que el agresor actúa sin derecho o interés legítimo alguno.

Finalmente, deseamos culminar el breve tratamiento efectuado de la legítima defensa haciendo referencia a una hipótesis que nos remite al tema de la antijuridicidad en el resultado de la acción. Habíamos señalado en el apartado IV que una acción efectuada en legítima defensa podía derivar en la muerte del agresor ilegítimo y, a la vez, la misma acción, en un daño a un tercero inocente. Es decir, se trata de una acción con dos daños distintos. Si se tratare de la muerte del agresor estaríamos frente a un daño no resarcible por ser un daño “justo”, “lícito”, derivado de un acto lícito amparado en la causal de legítima defensa. En el caso de un daño patrimonial o a un derecho personal, mientras no sea la vida humana del tercero ajeno, estaríamos frente a un supuesto de estado de necesidad, y consecuentemente, tal como lo veremos *infra*, es un supuesto de daño resarcible. Este ejemplo nos demuestra la posibilidad de que un mismo acto —lícito: ya sea legítima defensa o estado de necesidad—, ocasione dos situaciones jurídicas: una lícita no reparable y otra ilícita reparable. Pensemos que el tercero no tiene derecho a impedir, por ejemplo, que se dañe su propiedad por parte del agente en legítima defensa —así, si éste se defiende con un objeto contundente de un tercero a falta de otros elementos—, pero sí a que se le resarza el daño causado a la cosa. Ahora bien, si del acto efectuado en legítima defensa derivase además de la muerte del agresor ilegítimo el deceso de un tercero ajeno, ya no podríamos hablar en este último caso de estado de necesidad, porque dicha causal justificatoria no “cubre” el mal ocasionado a la vida humana, ya que, objetivamente, todas las vidas humanas tienen el mismo valor, por lo que no puede considerarse a la muerte de un tercero inocente como el “mal menor” frente a la muerte del agredido a los efectos del art. 34, inc. 3º del Código Penal. Piénsese que en caso de entenderse lo contrario debería negársele al tercero la legítima defensa, ya que debería sopor-

<sup>111</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad por el daño necesario”, p. 110, nota 7.