

## TRANSCRIPCIÓN DEL AUDIO DEL DR. ALBERTO BUERES

### “LA EVOLUCIÓN DEL ACTO ILÍCITO”

Soy Alberto Bueres, llevo aproximadamente cuarenta años dictando clases o cooperando con el dictado de clases en esta Facultad. Fui, en los últimos tiempos, profesor titular regular ocupándome, específicamente dentro del departamento de derecho privado, de la asignatura Obligaciones Civiles y Comerciales. Actualmente soy profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Vicedecano de esta casa de estudios.

Me voy a referir muy sucintamente, en estos minutos asignados, a la evolución del acto ilícito desde los siglos fundamentalmente que van desde la conclusión del período bizantino del derecho romano hasta nuestros días. El codificador argentino en un artículo 898 distingue los actos voluntarios según que sean lícitos o ilícitos. Y uno agrega que son acciones voluntarias lícitas aquellas que no han sido prohibidas o reprobadas por la ley. De donde a contrario sensu, los actos ilícitos serían las acciones voluntarias que la ley prohíbe, que la ley reprueba. Si nosotros captamos gramaticalmente este concepto obtendríamos que en él, Vélez Sarsfield quizás se habría referido a las ilicitudes puras, a las meras transgresiones al ordenamiento, por muchos también llamadas ilegalidades. El caso de Alberto Spota, pasar un semáforo en rojo sin causar otro perjuicio que esa mera infracción, pero es evidente que a poco que ahondemos en el análisis de las disposiciones del Código Civil atinentes a la materia, llegaremos a la convicción de que el codificador se refirió concretamente a una especie de acto ilícito, el que algunos autores, como Alberto Trabucchi, denominan acto ilícito *sensu stricto* o acto ilícito dañoso y por tanto fundante de responsabilidad civil. Esto surge del articulado del título octavo del libro segundo, de la sección segunda, a partir del artículo 1066, con el cual se inicia, precisamente, el susodicho título de los actos ilícitos.

Desde otra contemplación, la mayor parte de la doctrina clásica, la doctrina de los años 30, 40, 50 del pasado siglo XX señaló que el acto ilícito debía perfilarse sobre la base de dos pautas a saber: primero la voluntariedad. El acto ilícito tenía que obrarse con discernimiento, intención y libertad y una declaración hacia el mundo exterior. Y segundo la presencia de un criterio legal de imputación, subjetivo, exclusivo y excluyente, culpa artículos 512 y 1.109 del Código Civil o dolo artículo 1.062.

Lo primero: existencia de voluntariedad. Surgiría de la exégesis de algunas disposiciones de la dicción textual. El artículo 898 citado, que divide el acto voluntario según que sea lícito o ilícito, y el artículo 1066, que es el primero del título ya mencionado y que consagra de forma imprecisa el presupuesto de antijuridicidad, dice que ningún acto voluntario (remarcamos esto de voluntario) tendrá carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes, ordenanzas municipales, reglamentos de policía, etcétera, etcétera. En cuanto a lo segundo: la exigencia de que exista un factor de atribución subjetivo u objetivo o conjuntamente esto sería lo aparente porque Vélez Sarsfield no aludió a los factores objetivos de atribución en el código ni ellos eran conocidos por los autores de su época, sin perjuicio de que en una evolución posterior. Ya mucho antes de 1.968, fecha en que se dicta la ley 17.711 que conmovió los cimientos de la responsabilidad civil, incluso del derecho privado. La doctrina y la jurisprudencia habían extraído de la economía del código diversas figuras jurídicas de responsabilidades objetivas.

Ahora bien, la doctrina se ha preguntado si es exacto que el codificador instauró un sistema tan rígido, con esa categoriosidad que pregona la doctrina clásica, voluntariedad y culpabilidad, y la respuesta que se ha formulado hoy desde hace ya algunos años es decididamente negativa. Ciertamente, aunque esos hubieren sido en hipótesis los fines del legislador, la *mens legislatoris*, lo cierto es que una apropiada interpretación funcional de la ley exige adecuar esos fines a la cambiante realidad social reemplazándola por los fines immanentes de la ley, por aquellos que acompañan a la ley durante todo el tiempo de su vigencia. Por de pronto Trigo Represas dice con razón cuando el artículo mil 1.077 del código civil alude al delito y al cuasidelito como tipos subjetivos de acto ilícito, en este caso voluntario, naturalmente, enfoca la cuestión desde el punto de vista de la reparación, del resarcimiento, de la responsabilidad. Dice este texto del artículo mil 1.077 que no habrá acto ilícito punible a los efectos de este código sino hubiere daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar sin que a esos agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Me parece que el texto habla de punible, de punición es un equivalente idiomático defectuoso pero que viene a corresponderse con lo de resarcible, con lo de reparable, en definitiva con la responsabilidad civil. Pero esto no quiere decir que el acto involuntario no pudiera ser lícito u objetivamente ilícito inclusive mucho antes de la ley diecisiete mil setecientos once. El código también dice que los dementes, que los menores de diez años no responden por los perjuicios que causaren, artículo mil 1.076. No obstante reiteramos aún cuando no hubiera responsabilidad antes de 1.978. Estos incapaces de discernimiento, lo cierto es que su acto dañoso era objetivamente ilícito. Prueba de ello es que si un sujeto incapaz de discernimiento, demente, niño menor de diez años, etcétera, etcétera, agrede a otro, este último podrá repeler la agresión e invocar como causa de justificación la legítima defensa, lo que pone a

las claras es que el ataque del agresor es injusto, antijurídico, contrario a derecho. Esto que no había sido avizorado por los civilistas hace no muchos años sí había sido profundizado con más rigor por la doctrina penalista. Para ejemplificar remitimos a la obra de Ricardo Núñez, un clásico, que sostenía que frente a un ataque sin justificativo, sin juridicidad, funciona la legítima defensa para restar tipicidad al hecho, sin que interese el estado mental del agresor sano o demente, mayor, menor, sin que interese su culpabilidad. Por otro lado, utilizamos un argumento hermenéutico de exégesis, un tanto sino decadente cuando menos relegado o relativizado, advertiremos que el artículo 921 del código civil, que se refiere al discernimiento, en su primera parte al discernimiento por razón de la madurez de las personas, habla de actos lícitos practicados por menores impúberes, menores de catorce años, y de actos ilícitos obrados por menores de diez años. Por tanto es evidente que bajo esta óptica el codificador admitió este texto cuando menos que los actos voluntarios podían ser lícitos o ilícitos, no como dice textualmente ese artículo 898 y ya mucho antes de la reforma de la ley 17.711, cuyo tema estructura, ya veremos sintéticamente, la ilicitud podía enraizarse con la involuntariedad.

En otro orden de cosas, es evidente que Vélez Sarsfield no conoció, científicamente hablando, el asunto de la responsabilidad objetiva, cuando menos con el rigor científico y sistemático con que se la conoce en nuestros días. Pero lo cierto es que reguló diversos supuestos de responsabilidades sin culpa de ahí que hasta podría decirse que acaso de manera intuitiva zanjó el problema. Por ejemplo, un texto que permanece inalterado desde 1871, fecha en que entró en vigor el código civil argentino, el del artículo 1.113 párrafo primero del código civil, responsabilidad del principal o del patrón, como se decía antiguamente, por el hecho de sus dependientes. En un primer momento algunos autores sostuvieron que el fundamento de la responsabilidad del principal, del empresario como dicen los españoles, descansaba en la existencia de una presunción iuris tantum de culpa siguiendo criterios de ciertas épocas del derecho romano, la culpa en la elección y en la vigilancia, presunción iuris tantum que por lógica podía desvirtuarse sobre la base de la prueba de la falta de culpa, de la no culpa. Razones de política legislativa llevaron a la doctrina subjetivista a trastocar este concepto liviano diríamos suave de culpa presunta por la idea de culpa legal o culpa objetiva ¿no? El caso de Llambías que quería mantenerse a ultranza en su esquema racionalista de la culpa sin salirse de ella, culpa objetiva es la contradicción in terminis porque la culpa es subjetiva, una culpa legal, invencible, inexcusable, irrefragable, no se puede probar en contra de ella, las deficiencias que supone aceptar una culpa invencible en la medida. Como ya decía Acuña Anzorena, hace muchos años, que no se le puede decir a un sujeto que es culpable si al propio tiempo no se le permite dar la prueba de la no culpa, de su falta de culpa recondujeron a toda la doctrina, por lo menos la actual, a justificar el deber del principal por el hecho de sus dependientes en factores objetivos de atribución, el riesgo en algunos casos.

Borda y Mosset Iturraspe, la garantía legal Brebbia, Bustamante Alsina e incluso otros criterios objetivos de imputación, también el riesgo fue utilizado antes de 1.968 para justificar la responsabilidad de un dueño o guardián de un animal doméstico o feroz y asimismo para dar sustento a la responsabilidad del guardián. Guardián, entiéndase bien, por el hecho de las cosas que dañan autónomamente por su riesgo o vicio dentro del viejo esquema del artículo 1.113 derogado en 1.968, por aquel entonces el nudo dueño, vale decir aquel que había traspasado la guarda a otro sujeto tenía una responsabilidad por culpa presunta razón por la cual podía aducir como límite de responsabilidad, como eximente la falta de culpa. Una evolución similar a la que ocurrió en el derecho francés a propósito del artículo 1.384 del codex civil pero se habló de presunción de responsabilidad luego de culpa presunta, más tarde de culpa legal o culpa objetiva, y finalmente de riesgo creado. Al margen de ello, en materia de responsabilidad obligacional o contractual, como se suele decir más comúnmente, también la doctrina y la jurisprudencia admitían hipótesis de responsabilidades objetivas: la responsabilidad del deudor obligacional por el hecho de sus auxiliares, colaboradores, dependientes, etcétera, que se sustentó en la garantía legal, en la teoría del instrumento, del órgano, de la estructura de la relación obligatoria con sentido objetivista, etcétera, etcétera y asimismo se aplicó, desde hace mucho tiempo en la Argentina, esa creación francesa de la obligación de seguridad como deber jurídico de protección accesorio en ciertos contratos como el de transporte, espectáculos públicos, de juegos de ferias como lo llaman los franceses a los aparatos que existen en los parques de diversiones, instrumentos o artefactos que existen en los parques de diversiones, los contratos concertados entre una clínica o un establecimiento sanitario o un paciente en el cual interviene un médico de la plantilla de la clínica, etcétera, etcétera. Por lo demás hoy día se admite en nuestro país sobre todo pocas contradicciones o con pocas impugnaciones en las obligaciones de resultado la responsabilidad es objetiva. La doctrina tradicional decimonónica de a principios del siglo XX decía que en las obligaciones de resultado, probado el incumplimiento la culpa, se presumía por la culpa pero el demandado para liberarse de responsabilidad sólo podía invocar útilmente el caso fortuito, la causa ajena no imputable, debía destruir el nexo causal. Esto en definitiva no era culpa. Hoy día se razona de otra manera y se dice que probado el incumplimiento en una obligación de resultado la culpa se descarta, queda fuera de cuestión, esa actitud de descarte importa considerar la responsabilidad objetiva, sólo interesa la conducta eficaz, la conducta productora del resultado con total independencia, con total independencia de que el sujeto haya obrado con culpa o sin ella. Hablar en estos casos de presunciones

de culpa entraña un paralogsimo, un sofisma, una ficción que deforma innecesariamente la realidad de las cosas. Como se ha dicho culpa sin culpa, fantasma de la culpa, una subsistencia de nomen iuris, se trata de una estratagema jurídica para rendir tributo a un concepto tradicional de la culpa tan fuertemente arraigado en la vida del derecho.

Bien, entendemos que la acción o la autoría es conducta voluntaria o involuntaria, se trasunta como una emanación de la persona que constituye un reflejo de la personalidad del sujeto, un valor sintomático respecto de la persona, supera entonces ese concepto puramente voluntarista de acción que existe en la filosofía. Y efectuada esta aclaración, creemos haber demostrado con lo dicho, que el acto involuntario del hombre, en tanto acción o autoría, podía ser objetivamente ilícito dentro del articulado del Código Civil y esto resulta inatacable con la sanción de la ley 17.711 puesto que por de pronto contiene un artículo 907, párrafo segundo, que consagra la reparación del daño involuntario, daño ocurrido por demente o por un niño menor de diez años, etcétera, reparación del daño involuntario por razones de equidad, el criterio de imputación en este caso es la equidad. El juez tendrá dos pautas para graduar esta indemnización, uno la importancia del patrimonio del obligado y la otra la situación personal de la víctima. El ejemplo académico que da Borda, verdadero gestor de esta reforma del 68, el teniente millonario, muy millonario si se prefiere, sale a la vía pública y asciende a un coche y embiste a un peatón que es un obrero y que este hombre muere y deja una familia, constituida por mujer e hijos menores, abandonada. Un jurista decimonónico voluntarista individualista diría: "bueno este demente no tiene culpa luego la absorción del daño tiene que quedar en cabeza de los herederos de ese sujeto pasivo". Un jurista de finales del siglo XX y principios del XXI dirá que "esto no es justo, no es razonable" y en consecuencia a ese demente poco le importará que le quiten una porción insignificante si cabe de su patrimonio, ella va a aventajar o subvenir necesidades elementales durante algún tiempo de estas personas que quedan en el desamparo la equidad. Ahí como decía Aristóteles dichosa rectificación de la justicia acude en amparo de las víctimas como razón de justicia, como criterio de imputación para aponer o imputar el daño al agente. Por lo demás nadie discute en nuestro tiempo que el riesgo fue consagrado expresamente en el artículo 1.113, párrafo segundo, último supuesto del Código Civil que consagra la responsabilidad del dueño o guardián por la acción de las cosas riesgosas o viciosas y asimismo también hay responsabilidad objetiva cuando promedia abuso del derecho, artículo 1.071, cuando el acto antifuncional deviene dañoso y la hay en los supuestos de las inmisión o inmisiones, molesto, malos olores, perturbaciones que exceden la normal tolerancia entre vecinos en los términos del artículo 2.618 del mismo Código Civil.

Con todos estos elementos podríamos tratar de reconstruir un concepto de acto ilícito moderno, si cabe la expresión, superador de aquel vetusto criterio del acto ilícito voluntario reprobado por la ley que causa un daño imputable al agente en razón de su dolo o de su culpa o sea subjetiva. Y podríamos señalar entonces que el acto ilícito es la acción autoría causante de un daño, antijurídica y atribuible a un sujeto sobre la base de un criterio de imputación subjetivo, culpa o dolo, u objetivo, riesgo, garantía, equidad, abuso del derecho, etcétera, etcétera. En esta definición como pueden ustedes advertir están contenidos los presupuestos de la responsabilidad civil en su totalidad, la acción, la ilicitud objetiva o antijuridicidad que debe existir. Esto lo reafirmamos porque algunos autores italianos y también algún jurista español, incluso uno en la Argentina que conocemos, ha negado que exista un momento de antijuridicidad en la responsabilidad civil. Entonces repetimos acción o autoría, antijuridicidad, daño, daño injusto, daño resarcible, la relación de causa efecto, el criterio de imputación subjetivo u objetivo, todo esto está intercomunicado con el apropiado fundamento de la responsabilidad civil moderna. Los juristas bizantinos son los de la tercera etapa del derecho romano Justiniano quienes realizaron las obras por él encomendadas, influidos por los padres de la Iglesia y por la filosofía greco helenista, sostuvieron que la culpa era el único factor de atribución del daño. Eso que hablábamos antes, exclusivo y excluyente, la culpa tenía una función moralizadora que al cabo sirvió de fundamento durante siglos a la responsabilidad castigo. El criterio fue mantenido durante la edad media por las escuelas voluntaristas y nominalistas, por la escuela racionalista de derecho natural u Orosio, Pufendorf, también por las escuelas positivistas que desembocan en la sanción del Código Civil francés de 1.804, sus comentaristas, exegetas o dogmáticos dijeron el famoso: "il n'y a pas responsabilité sans faute", no hay responsabilidad sin culpa.

La culpa era fundamento de la responsabilidad civil en el sentido que suponía un pecado. Un castigo que se impartía al infractor, se buscaba a un culpable, al autor del daño para castigarle y se dejaba de cierto lado olvidada a la víctima. El solidarismo jurídico que penetró en nuestros últimos tiempos, en nuestras últimas décadas en todas las legislaciones del mundo como dice Antonio Hernández Gil, se resiste a aceptar estas absoluciones y por tanto se piensa que frente a la realidad concreta de un daño. Este en principio no debe ser soportado por la víctima sino por el victimario. El punto de referencia entonces es el dañado y no el dañador. La responsabilidad ya no es moral sino que es puramente jurídica y ese sostén, o soporte de la responsabilidad civil moderna, descansa en la idea misma de justicia, enfoca al hombre en coexistencia y no en mera existencia, universal y no nominalísticamente, que apunta como se ha dicho a la proporción, a la simetría, al todo, al conjunto. Porque lo justo, dicho por algún ius filósofo famoso francés, es un valor ensemble, un valor de conjunto. En resumidas cuentas la responsabilidad civil de hoy

tiende no ya a castigar a los autores o responsables civiles de un daño sino a reestablecer un equilibrio roto con motivo de una infracción contractual o de la violación de reglas que rigen la convivencia social encarnadas en ese añejo principio atribuido por algunos a Ulpiano, por otros a los juristas paganos, del alterum non laedere, el no dañar a otro. Muchas gracias.