

## 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 jurídico<sup>1</sup>. 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-

<sup>1</sup> 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 <sup>2</sup>. Los elementos enumerados por este jurista son cuatro: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad <sup>3</sup>.

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 <sup>4</sup>. 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

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

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

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

menor de diez años, o los actos instintivos y habituales <sup>5</sup>. 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.— <sup>6</sup>. Sin embargo, bien dice Vázquez Ferreyra que el problema de la autoría en todo caso se subsume en el elemento causalidad <sup>7</sup>, 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 <sup>8</sup>. 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 <sup>9</sup>. 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” <sup>10</sup>.

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

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

<sup>6</sup> Conf. BULRES, A., *El acto...*, cit., p. 43.

<sup>7</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 119.

<sup>8</sup> Ver en BULRES, A., *El acto...*, cit., p. 30.

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

<sup>10</sup> 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 <sup>11</sup>.

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 <sup>12</sup>. 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 <sup>13</sup>. 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.

<sup>11</sup> Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 173 y 178.

<sup>12</sup> Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 193 y ss.

<sup>13</sup> 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 <sup>14</sup>. 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 <sup>15</sup> 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 <sup>16</sup>. 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

<sup>14</sup> 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.

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

<sup>16</sup> 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—<sup>17</sup>. 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 injusta<sup>18</sup>. 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 doctrina<sup>19</sup>. 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 expresa<sup>20</sup>, 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-

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

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

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 <sup>21</sup>.

#### 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 <sup>22</sup>. 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 <sup>23</sup>. 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

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

<sup>22</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 47.

<sup>23</sup> 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 <sup>24</sup>. 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” <sup>25</sup>. 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 <sup>26</sup>. 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” <sup>27</sup>. 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

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

<sup>25</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

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

<sup>27</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 118.

que también percibe en el caso de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos<sup>28</sup>, 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 justificación<sup>29</sup>, 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 sentido<sup>30</sup>. 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 jurídico<sup>31</sup>. 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 responsabilidad<sup>32</sup>. 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.

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

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

<sup>30</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 139.

<sup>31</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 140.

<sup>32</sup> 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 <sup>33</sup> 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 <sup>34</sup>. 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 <sup>35</sup>. 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 <sup>36</sup>, considera que la antijuridicidad es una calidad que se puede atribuir a una conducta y a una situación <sup>37</sup>. 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

<sup>33</sup> 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.

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

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

<sup>36</sup> Ver TALE, C., “El concepto...”, cit., ps. 904-907.

<sup>37</sup> 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 perfecciona<sup>38</sup>. 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 también<sup>39</sup>. 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 penal<sup>40</sup>, lo que contradice el carácter unitario del concepto. No se nos esca-

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

<sup>39</sup> TALE, C., "El concepto...", cit., p. 904.

<sup>40</sup> 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 <sup>41</sup>. 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” <sup>42</sup>. 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 <sup>43</sup>. 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 emanan 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 <sup>44</sup>. 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

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

<sup>42</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 156.

<sup>43</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad...*, cit., p. 131.

<sup>44</sup> 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 <sup>45</sup>. Dicha situación es antijurídica desde el derecho civil, pero

<sup>45</sup> 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 <sup>46</sup>. 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

<sup>46</sup> 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 riesgosas<sup>47</sup>. 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 terceros<sup>48</sup>. 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*<sup>49</sup>. 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 Ferreyra<sup>50</sup>, por cuanto para esta corriente sólo habría ilicitud, contradicción

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

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

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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”<sup>51</sup>. 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 objetivo<sup>52</sup>.

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”<sup>53</sup>. 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-

<sup>51</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 78.

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

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

dián)”<sup>54</sup>. 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—<sup>55</sup>. 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”<sup>56</sup>. 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 otro<sup>57</sup>. 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

<sup>54</sup> BUERES, A., *El acto...*, cit., p. 63.

<sup>55</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo*, cit., p. 36.

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

<sup>57</sup> 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 función<sup>58</sup>. 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

<sup>58</sup> 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”<sup>59</sup>. 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 Orgaz<sup>60</sup>, 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”<sup>61</sup>. 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”<sup>62</sup>, 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

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

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

<sup>61</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 362.

<sup>62</sup> 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 <sup>63</sup>.

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 <sup>64</sup>, 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) <sup>65</sup>. 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

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

<sup>64</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 204.

<sup>65</sup> 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 cumplimiento<sup>66</sup>— 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 jerárquico<sup>67</sup>. 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-

<sup>66</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 205.

<sup>67</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 208.

tir una ley inconstitucional— es mayor que la que corresponde por la relación jerárquica <sup>68</sup>. 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 <sup>69</sup>. 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 <sup>70</sup>. 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 <sup>71</sup>.

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-

<sup>68</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 209.

<sup>69</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 209-210.

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

<sup>71</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 210.

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.

tar el mal que se le ocasiona <sup>112</sup>. El interrogante que se plantea es respecto de la calificación jurídica de este último supuesto. Creemos que podría ser calificado como homicidio culposo o bien concluir que no existió nexo causal adecuado —habrá que ver la trayectoria del objeto que provoca la muerte, como una bala—, en cuyo caso estaríamos frente a un caso fortuito. Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias fácticas podemos estar en presencia de un acto ilícito o considerar que no hubo nexo causal entre el acto del agente defensivo y la muerte del tercero inocente. ¿Atenta esta conclusión contra el principio de unidad y objetividad del concepto de antijuridicidad? Creemos que no. Ello por cuanto el ordenamiento considera al acto como lícito en cuanto es causa de la muerte del agresor ilegítimo —legítima defensa— y como ilícito —homicidio culposo— o eventualmente consagra la ausencia de nexo causal adecuado, en cuanto causa la muerte de un tercero inocente, por lo que se trata de dos realidades distintas, por lo tanto no hay una doble calificación contradictoria de una misma realidad, no atentándose contra la unidad de la antijuridicidad. Y tampoco se viola la objetividad de dicho concepto por cuanto ya hemos expresado que la objetividad se relaciona con la independencia del acto respecto de la situación personal del agente, pero no con la situación en la que permanece la víctima de dicho acto.

#### VIII. DAÑO INJUSTO CAUSADO POR ACTO LÍCITO

En este apartado desarrollaremos el último de los temas que, consideramos, incluye la temática objeto de este trabajo, puesto que el próximo hará las veces de resumen de las conclusiones a extraer en forma global. El tratamiento del daño injusto causado por acto lícito representa el meollo de la responsabilidad civil por acto lícito. Hasta ahora hemos analizado el concepto de la antijuridicidad en la responsabilidad por acto lícito y luego hemos hecho referencia a distintos supuestos de responsabilidad susceptibles de ser confundidas —erróneamente— con la originada por acto lícito. Finalmente, en el apartado precedente examinamos los supuestos de daño justo causado por acto lícito, habiendo concluido que en tales hipótesis no existe responsabilidad civil alguna, justamente porque la situación o resultado generados por el acto lícito no es dable de reputarse antijurídicos. Es así que la responsabilidad por acto lícito se patentiza solamente cuando de dicho acto lícito resulta una situación antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. Una regla que esbozamos en las consideraciones ya efectuadas es que en

<sup>112</sup> Ver en ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Responsabilidad por el daño necesario", ps. 59/63.

estos supuestos el damnificado está obligado a soportar la actividad lícita, por lo que no puede oponerse legítimamente a la causación del daño, pero ello no implica que no pueda reclamar el resarcimiento de dicho perjuicio.

Comenzaremos por tratar los diversos supuestos de responsabilidad por acto lícito que prevé el Código Civil, para luego acometer con las dos grandes áreas, a nuestro entender, de este tipo de responsabilidad, que son: el daño necesario y el causado por la actividad lícita del Estado. El Código Civil contiene distintas normas aisladas, sin un tratamiento orgánico del tema, que disponen la indemnización de un daño cuya causación es permitida por el ordenamiento jurídico. Así, el art. 2553, que autoriza, sin consentimiento previo, la búsqueda de un tesoro en predio ajeno siempre que se garantice todo daño al propietario del inmueble. Otro tanto cabe manifestar del art. 2618, en cuanto dispone la indemnización por las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o daños similares en inmuebles vecinos aunque mediante autorización administrativa para las mismas; o del art. 3077, que establece que quien, para edificar o reparar su casa, tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino puede obligar a este último a sufrirlo con la condición de satisfacer el perjuicio que se causare; y del art. 3082, que impone la obligación de otorgar servidumbre de acueducto en favor de la heredad, del pueblo o del establecimiento industrial que carezca de aguas necesarias, con el cargo de una justa indemnización en favor del predio sirviente. Como bien dice Vázquez Ferreyra <sup>113</sup>, a quien seguimos en este análisis, los daños descritos en las normas enunciadas nada tienen de “lícitos” o de “no injustos”, o para decirlo más claramente no son daños “justos”, como el inferido al agresor ilegítimo en la legítima defensa. Ello es así porque los damnificados pueden ser obligados a sufrir el daño pero no a que no se les resarza el mismo. La situación en la que permanece el dueño de un predio que ha sido profundamente excavado para buscar el tesoro (art. 2553) es antijurídica, injusta, por lo que debe reparársele el daño, a menos que él haya sustraído el tesoro y lo escondiera, en cuyo caso se podría invocar la falta de la víctima (conf. art. 1111). Lo mismo procede decir de las otras normas enumeradas. En definitiva, en los ejemplos citados encontramos actos perjudiciales lícitos, autorizados por el ordenamiento, que no pueden ser resistidos por las víctimas, pero que generan perjuicios injustos —situaciones antijurídicas—, los cuales deben ser debidamente indemnizados ya que los damnificados han sido ajenos o no dieron origen mediante una conducta antijurídica al acto lícito que ocasiona el daño. En cuanto al factor de atribución, entiendo que

<sup>113</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 145/148.

pueden invocarse la equidad y la solidaridad social y en el particular ejemplo del art. 3082, cuando el favorecido por la servidumbre —el “dominante” en los términos del art. 2973— sea un pueblo, considero que cabe argumentar el principio de la igualdad ante las cargas públicas, ya que se ocasiona un daño a un particular en beneficio de la comunidad.

Pasamos ahora a tratar la causal de justificación del estado de necesidad. Esta causal, al igual que la legítima defensa, se encuentra legislada expresamente por el derecho penal pero no ha recibido regulación expresa en la legislación civil, lo que explica que haya sido la doctrina penal y no la civil la que se haya ocupado con mayor extensión y profundidad de este instituto. Dentro de los civilistas, Zavala de González tiene en su haber un meduloso estudio orgánico del tema, al que hemos hecho referencia más arriba<sup>114</sup>, analizando desde el derecho civil la responsabilidad por los daños causados en estado de necesidad. En este trabajo sólo nos proponemos bosquejar los aspectos más importantes de esta responsabilidad civil sin entrar en un análisis profundizado del instituto. El art. 34, inc. 3° del Código Penal consagra que no es punible quien causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. Su naturaleza jurídica corresponde a la de una causal de justificación, esto es, el ordenamiento jurídico autoriza el acto necesario, lo ampara, lo considera lícito<sup>115</sup>; el fundamento de la justificación radica en la desproporción de los males en juego en cuanto a que el que se ocasiona es menor que el que se evita, por lo que el ordenamiento considera tal conducta como axiológicamente valiosa<sup>116</sup>. Una primera conclusión de la licitud del acto necesario es que quien sufre el mal menor, el damnificado, no puede oponerse legítimamente al mismo.

En cuanto a los requisitos del estado de necesidad, Zavala de González enumera: 1) la situación de necesidad creada por un mal mayor e inminente que amenaza un bien del agente o de un tercero y respecto del cual el autor o agente es extraño, es decir que no le es reprochable la causa de dicho mal<sup>117</sup>; 2) el hecho necesario, consistente en la causación de un mal menor, lo que se evidencia en la lesión a un bien cuya titularidad es indiferente, siendo solamente exigible que no sea de dominio del propio agente, en cuyo caso se trataría de un acto de abnegación y no de estado de necesidad<sup>118</sup>; 3) que exista una desproporción objetiva y racional entre el mal mayor que se evi-

<sup>114</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad por el daño necesario”, ya citado.

<sup>115</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 136/140.

<sup>116</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad por daño necesario”, ps. 99/102.

<sup>117</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 10/30.

<sup>118</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 30/36.

ta y el menor que se ocasiona, haciendo la salvedad de que el estado de necesidad no puede amparar como mal menor la lesión a la vida humana por cuanto no es posible considerar objetivamente inferior una vida frente a otra <sup>119</sup>; 4) la necesidad del hecho para evitar el mal mayor <sup>120</sup> y 5) la finalidad del agente que debe obrar para evitar dicho mal mayor <sup>121</sup>. Escapa al propósito de esta obra distinguir el estado de necesidad de otras instituciones jurídicas, solamente entendemos conveniente recordar lo expuesto en el apartado VI, en cuanto a la diferencia entre el daño involuntario por coacción o intimidación en el agente y el daño necesario. En el primer caso, recordamos que se trata de un acto antijurídico involuntario; en el segundo, estamos en presencia de un acto lícito autorizado por el ordenamiento jurídico. La intimidación es una causal de inculpabilidad y por ende de índole subjetiva; el estado de necesidad es una causal de justificación y de carácter objetivo, pues dicha objetividad radica en la desproporción entre los males en juego <sup>122</sup>. La otra distinción —las hay más— que deseamos destacar es la del estado de necesidad respecto de la legítima defensa <sup>123</sup>. Ambos institutos son causales de justificación, por lo que los actos defensivos y necesarios son de carácter lícito; sin embargo, los resultados o situaciones que se derivan de ellos son diversos. La víctima en la legítima defensa es el agresor ilegítimo y como tal le es reprochable el daño que se le ocasiona, por lo que es factible referirse al mismo como un “daño justo” o “situación lícita”, mientras que el damnificado necesario es ajeno al mal mayor que se evita con la lesión a su bien; consecuentemente, si bien no le es dado oponerse legítimamente a sufrir el mal menor, resulta injusto no resarcirlo, su situación es antijurídica.

En cuanto a la reparación del daño, bien dice Orgaz que si el agente necesario ha ocasionado con su conducta, de alguna u otra forma, el mal mayor que se pretende evitar con el acto necesario, no estamos en presencia de un estado de necesidad, ya que faltaría la “ajenidad” con relación al mal inminente y por ende el agente resulta responsable del daño por dolo, culpa o algún eventual factor objetivo como el riesgo <sup>124</sup>. Y si el damnificado necesario fue quien originó la situación de necesidad, no hay obligación alguna de indemnizar ya que éste tampoco ha sido ajeno al mal mayor inminente, por lo que bien puede fundarse la situación en el art. 1111, tal como

<sup>119</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 39/45 y 55/64.

<sup>120</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 69/77.

<sup>121</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 77/81.

<sup>122</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 112/113.

<sup>123</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 108/110.

<sup>124</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 148.

expresamos respecto de la legítima defensa. Bien dice Orgaz que los casos que plantean la especial reparación que se debe por el daño necesario son aquellos en los cuales existe un agente y un damnificado necesarios inocentes, es decir, ajenos a la situación de necesidad presentada, lo que involucra un “conflicto de intereses”, porque aquí, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, sí tenemos dos intereses legítimos encontrados, por lo que ambos merecen protección para el ordenamiento jurídico <sup>125</sup>. Debe recordarse que estamos frente a un acto lícito, es decir, autorizado por el ordenamiento, por lo tanto al damnificado no le está permitido resistir el acto necesario. Dice Savatier, citado por Orgaz, 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 del daño <sup>126</sup>. El fundamento del resarcimiento del daño necesario reside en que el damnificado no tiene por qué contribuir con sus bienes a la salvación de bienes ajenos, no existe ninguna obligación legal ni conducta reprochable que lo haga pasible de tal contribución. Orgaz lo dice claramente: la necesidad individual no es por sí misma un título que obligue a la solidaridad <sup>127</sup>. Por dicha razón, es esa misma solidaridad social como factor de atribución <sup>128</sup> la que ahora sí obliga al beneficiado por el acto necesario, sea o no el agente, a indemnizar al damnificado, ya que es de toda lógica que quien ha sido beneficiado por una solidaridad impuesta por la ley a quien no tenía obligación personal o legal alguna retribuya —indemnice— solidariamente el beneficio recibido mediante la reparación pertinente del daño ocasionado. Coincidimos con Vázquez Ferreyra y Zavala de González en que el obligado a resarcir, el responsable, debe ser el interesado o beneficiado necesario, sea o no el agente <sup>129</sup>. En cuanto a la extensión de la reparación, compartimos la tesis amplia enunciada por Orgaz, para quien no hay razón para variar dicha solución, que expresamente está prevista para los supuestos de los arts. 2553, 3077 y 3082 <sup>130</sup>, sin perjuicio de que es factible prever una reducción equitativa de la reparación en virtud del art. 1069 <sup>131</sup>.

Resta por tratar, con relación al daño necesario, si dicha responsabilidad halla regulación en nuestro sistema civil actual. Zavala de González

<sup>125</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 148.

<sup>126</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>127</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>128</sup> Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155.

<sup>129</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 165/169.

<sup>130</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>131</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 155; VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad ...”, cit., ps. 172/173.

entiende que en nuestra legislación civil vigente no existe posibilidad alguna de responsabilizar por el daño causado en estado de necesidad. Creemos que su posición es coherente con su opinión acerca de la imposibilidad de que un acto lícito tenga o genere consecuencias ilícitas, por lo que al tratarse de una responsabilidad ajena al principio general de la ilicitud o antijuridicidad, ésta debe estar expresamente contemplada por la ley, por lo cual, mientras no lo esté, no es posible fundarla en norma alguna del sistema actual <sup>132</sup>. Consideramos, al igual que Vázquez Ferreyra, que existe antijuridicidad en la situación en la que permanece el damnificado mientras no se le repare el daño, sobre lo cual ya nos hemos explayado en el apartado IV, por lo tanto no consideramos que deba existir una expresa excepción en la legislación. Al igual que el autor rosarino, consideramos que el principio del “empobrecimiento injustificado” sirve de cabal fundamento para esta responsabilidad, ya que dicho empobrecimiento es el reverso del “enriquecimiento injustificado” <sup>133</sup>. Dicho principio no ha recibido tratamiento orgánico en la legislación pero está presente en numerosas normas del Código Civil, que sirven de fundamentación analógica para la indemnización del daño causado en estado de necesidad —v.gr., arts. 499, 784, 2301, 2302, 1165, 2588, entre otros—. Sin embargo, entendemos que el daño necesario genera una responsabilidad que no se agota en la acción *in rem verso*, ya que si se circunscribiera a ella, la reparación estaría limitada por el resultado benéfico obtenido por el interesado, lo que contradice la tesis de la reparación amplia a la que adheriéramos en el párrafo anterior. Es así que partiendo de que la situación en la que se coloca al damnificado es ilícita, antijurídica, encontramos que existe daño resarcible en los términos de los arts. 1068 y 1069, párr. 1º, del Código Civil. Se podrá argumentar que tales normas presuponen la existencia de un acto ilícito que ocasione el daño (conf. arts. 1066 y 1067, CCiv.), en cuyo caso creemos que son de aplicación analógica en cuanto argumento fundante las normas de los arts. 2553, 3077 y 3082 del Código Civil, ya que las mismas prevén supuestos similares en cuanto a que se trata de actos lícitos, permitidos por el ordenamiento, pero causantes de daños injustos, de situaciones antijurídicas. Finalmente, diremos que la responsabilidad por el daño necesario es pasible de generarse en el ámbito contractual, en cuyo caso cabe también adherir a la tesis de reparación amplia sin circunscribirnos al supuesto del enriquecimiento sin causa —el que está expresamente previsto en el art. 895—, claro está con las limitaciones pro-

<sup>132</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 155/164.

<sup>133</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 154/155.

pías de la materia contractual en cuanto a la extensión del resarcimiento (conf. arts. 520 y 521, CCiv.)<sup>134</sup>.

Para culminar con este apartado, nos referiremos a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ámbito en el cual la jurisprudencia ha tenido mayores oportunidades de explayarse con relación a la responsabilidad por acto lícito. En el campo doctrinario han sido los administrativistas más que los civilistas quienes le han dedicado mayor atención a la cuestión y existe una profusa bibliografía sobre el tema. Obviamente no es el objeto de este trabajo realizar un estudio profundizado de la cuestión, que merece un tratamiento autónomo al igual que el daño necesario, por lo que nos limitaremos a cotejar el elemento antijurídico en este tipo de responsabilidad, sin perjuicio de hacer mención a sus características particulares. Ante todo cabe ubicar la responsabilidad del Estado por acto lícito dentro del capítulo más amplio de la responsabilidad del Estado. Aunque resulte una obviedad, debe partirse de que el Estado es responsable por todos sus actos en general, sin que existan en principio diferencias ni un régimen especial por tratarse del Estado, de otra persona jurídica o de una persona física, la que tenga que responder. Esto que nos parece una consecuencia natural del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), recién fue aceptado de manera conteste a partir de la década del 30 en nuestro país. Recuerda Marienhoff que la responsabilidad contractual del Estado, ya se tratara de contratos de derecho público o privado, era aceptada, en cuanto la existencia de un vínculo contractual impone su cumplimiento y no su violación<sup>135</sup>. Pero en el ámbito extracontractual se comenzó por admitir la responsabilidad estatal en el derecho privado, pero no en el público, como consecuencia del principio de que el Estado soberano no puede dañar —“*the king can do not wrong*”—, por lo que en este ámbito regía la irresponsabilidad del Estado y sus funcionarios<sup>136</sup>. Hoy es pacíficamente aceptada la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ya sea en el ámbito contractual y extracontractual, así se trate de su actuación en el derecho privado como en el público. Los fundamentos de la admisión de esta responsabilidad son la clara vigencia del principio de igualdad ante la ley, frente al cual no existe motivo alguno para privilegiar al Estado como una excepción a la regla, ya que los principios del Estado de Derecho someten tanto a los particulares como al propio Estado, que debe subordinarse al ordenamiento jurídico<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 199/203.

<sup>135</sup> MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 691.

<sup>136</sup> MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., ps. 692/693.

<sup>137</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., ps. 698/702 y VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 156.

La distinción entre responsabilidad del Estado por su actuación en el derecho privado y en el derecho público, tan cara a la doctrina administrativista, no parece que tenga bases sólidas a la luz de lo expuesto respecto de los principios del Estado de Derecho que sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado en general. La distinción apuntada se apoya en que el Estado, ya sea en su responsabilidad contractual como extracontractual, puede actuar como persona de derecho privado. Así, dice Cassagne que cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil su responsabilidad se rige por el derecho civil, mas si la causa generadora de la responsabilidad reside en la actuación del Estado dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de ésta, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando admite que pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad el art. 1112 del Código Civil <sup>138</sup>. Así, según esta concepción, a modo de ejemplo habría responsabilidad contractual del Estado de derecho privado en caso de que no abone un alquiler por un inmueble que arrienda, y sería un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado de derecho privado la colisión entre un rodado de propiedad estatal no utilizado en algún servicio oficial y otro vehículo que resulte dañado, en cuyo caso habría responsabilidad del Estado como dueño de una cosa riesgosa (art. 1113). En cambio, habría responsabilidad contractual de derecho público si el Estado no cumple con las obligaciones a su cargo en un contrato de concesión de un servicio público, por ejemplo, si no entrega en el plazo convenido las instalaciones necesarias para que el concesionario pueda comenzar a explotar el servicio. Y estaríamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual de derecho público si la autoridad competente clausura un local comercial con exceso en el ejercicio de sus funciones o, de acuerdo a lo dicho por Cassagne, si el rodado del Estado protagonista de un choque era utilizado en dicho momento en algún servicio oficial. Esto último se nos representa como un ejemplo de la sinrazón de la distinción señalada ya que, para la víctima del choque —claro está que no haya mediado falta por parte de ésta— le es indiferente que el rodado estatal estuviera en servicio —móvil policial de patrulla— o no, ya que el daño es el mismo. Esto nos lleva a considerar que el régimen de la responsabilidad estatal, ya sea que actúe como persona de derecho privado o público, no escapa a la teoría general de la responsabilidad y que aun cuando existan normas de derecho público que contemplen expresamente o fundamenten la responsabilidad del Estado, es aplica-

<sup>138</sup> Ver CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-941.

ble siempre por analogía o en forma supletoria el derecho común. Esta posición es mayoritaria en la doctrina privatista y fue resumida en forma harto clara por Bueres en ocasión de un plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal respecto de la prescripción de la acción por indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual lícita del Estado <sup>139</sup>. En comentario a dicho fallo, Mosset Iturraspe manifiesta que la distinción de la responsabilidad del derecho público dentro del derecho de daños responde a diferencias que carecen de entidad suficiente y a posturas que bajo tal distingo pretenden otorgar un tratamiento más favorable al Estado respecto de otros sujetos responsables <sup>140</sup>. En definitiva, si el fundamento de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que giró desde la irresponsabilidad del Estado hasta hacerlo responsable tanto de sus actos como persona de derecho privado como de los efectuados en el ejercicio de sus funciones públicas fue la vigencia de los principios del Estado de Derecho, el sometimiento del Estado al derecho y al principio de igualdad ante la ley, distinguir dicha responsabilidad de acuerdo con el ámbito de actuación del Estado, con las consecuencias correspondientes, en especial en materia de reducción de la extensión del resarcimiento, importa una rémora del equivocado principio de la infalibilidad del Estado y un privilegio, atenuado pero privilegio al fin, respecto de la señalada igualdad en el sometimiento a la ley.

Expuestos los motivos por los cuales consideramos que la responsabilidad del Estado no merece un estatuto diverso dentro de la teoría general de la responsabilidad, resulta más comprensible entender que, así como los particulares pueden ser responsables tanto por actos ilícitos como por actos lícitos, lo mismo cabe decir del Estado. Así, el Estado responde por actos ilícitos, ya sea en el ámbito de los contratos o de la responsabilidad aquiliana, como por actos lícitos también en los dos ámbitos, siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para que se genere la responsabilidad. Y tales presupuestos son los que enumeramos en el apartado II: antijuridicidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución. Nos abocaremos al análisis de los ribetes específicos que estos factores presentan en el tipo de responsabilidad que estamos examinando.

En cuanto a la antijuridicidad, debe recordarse que hablamos de actividad lícita del Estado porque la misma está autorizada, permitida por el ordenamiento. Es decir, de acuerdo con lo que expresáramos en apartados

<sup>139</sup> C. Nac. Civ. en pleno, 3/3/1988, "Ricci, Carlos v. Municipalidad de la Capital", JA 1988-II-347.

<sup>140</sup> MOSSET ITURRASPE, "La prescripción de la acción por indemnización derivada de la actividad extracontractual lícita del Estado. ¿Responsabilidad o expropiación?", JA 1988-II-360.

anteriores, existe una causal de justificación por la cual la actividad dañosa del Estado, al igual que si se tratara de los particulares, está justificada y consecuentemente el damnificado está obligado a soportar dicha actividad. Esto es la consecuencia natural de la existencia de una causal de justificación, sea que se ocasione un daño justo —legítima defensa, ejercicio de un derecho— o un daño injusto —estado de necesidad, supuestos de los arts. 2553 o 3077—. No obstante haber dicho que la clasificación de la responsabilidad del Estado según resulte de actos de derecho privado o derecho público carece de entidad suficiente para extraer de ella consecuencias jurídicas relevantes, a los efectos del análisis de dicha responsabilidad, si nos parece conveniente señalar que cuando hablamos de actividad lícita del Estado hacemos referencia a los actos ejecutados en virtud del cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, ya sea la función administrativa, la legislativa o la judicial, es decir que ubicamos a esta responsabilidad dentro de la actuación del Estado en el derecho público. Esto no significa negar la posibilidad de que el Estado actúe lícitamente en el sector del derecho privado. Así, en el área de la responsabilidad contractual al Estado le cabe como a los particulares el ejercicio del derecho de incumplir su prestación en virtud del art. 1201 del Código Civil. Y en el sector extracontractual, al Estado como propietario le asiste el ejercicio del derecho que resulta de los arts. 2516 y 2517, aunque de ello derive un daño, justo en estos casos. Si nos referimos a daños injustos ocasionados por actividad lícita podría darse el supuesto del art. 3077, en el que sea el Estado el propietario que tenga la necesidad de edificar y la obligación de indemnizar el perjuicio; o en la hipótesis del art. 3082, si el “dominante” es un pueblo, bien puede el Estado comunal exigir la servidumbre de acueducto también con el cargo de la debida indemnización. Como se puede apreciar, la actividad lícita del Estado es susceptible de ejercerse cuando actúa como sujeto de derecho privado, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual, y tanto cuando origine “daños justos” o “daños injustos”, en cuyo caso será responsable como lo son los particulares. Resulta claro que cuando se habla de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, no se hace referencia a “toda” su actividad lícita, sino a aquella que se desempeña en ejercicio de las funciones del poder estatal. Usualmente, se hace referencia a la actuación administrativa del Estado, sin embargo, ello obedece a que evidentemente es la actividad desarrollada en dicha función la que genera mayores contactos, y por ende mayores eventuales daños, con los particulares <sup>141</sup>. Pero

<sup>141</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1973, ps. 725/726.

ello no empece a que la actividad lícita del Estado genere daños que se tengan que resarcir por cumplimiento de la función legislativa —un cambio de legislación que afecte derechos adquiridos, como el citado fallo “Cantón” en la nota 45—, o de la función judicial —una orden judicial que ordena allanar una vivienda de un tercero inocente donde se ocultan delincuentes y como consecuencia del allanamiento se ocasionan daños a la misma—<sup>142</sup>.

Una vez aclarado que cuando nos referimos a la responsabilidad por actividad lícita del Estado nos circunscribimos a la actividad lícita que se ejecuta en cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, fluye naturalmente que estamos frente a una causal de justificación en cuanto los actos referidos son lícitos porque hacen a la competencia de los órganos estatales titulares de dichas funciones. Bien lo explica Bidart Campos<sup>143</sup> al expresar que el poder del Estado se ejerce por hombres y a tales hombres se les llama órganos, componiendo el conjunto de los mismos el gobierno y los órganos tienen un área de competencia que es la asignación de “su” función a cada órgano, la que involucra un conjunto de atribuciones y facultades. Y continúa diciendo el prestigioso constitucionalista que el uso del poder “fuera” de la competencia provoca exceso o abuso de poder y el uso del poder “dentro” de la misma pero con un “fin” distinto importa desviación de poder, agregando que dentro de la competencia hay facultades como obligaciones constitucionales, es decir, competencias de ejercicio potestativo u obligatorio<sup>144</sup>. Como se puede apreciar existe una fuerte analogía entre la causal de justificación prevista en el art. 1071 del Código Civil —ejercicio regular de un derecho y cumplimiento de una obligación legal— con la causal de justificación que legitima la actividad lícita del Estado, que bien podríamos denominar ejercicio regular de una competencia, ya sea potestativa u obligatoria. La analogía es tan evidente que también aquí encontramos la posibilidad de exceso, abuso o desviación de competencia, en cuyo caso estaríamos frente a una actividad ilícita al igual que el exceso y abuso de derecho o cumplimiento de una obligación ilegítima. Esto no significa que la competencia de los órganos estatales sea un derecho subjetivo de los mismos porque en principio el Estado no es titular de derechos<sup>145</sup>, pero ello no obsta a que a los efectos de la consideración de la causal de justificación pertinente entendamos que el ejercicio de la competencia ope-

<sup>142</sup> Con relación a la responsabilidad del “Estado-legislador” y del “Estado-juez”, ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 733/773.

<sup>143</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 9.

<sup>144</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., ps. 9/10.

<sup>145</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., p. 10.

re de la misma manera que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal. Sí debe distinguirse que la fuente normativa de esta causal de justificación es directamente constitucional, ya que en la parte orgánica en general y en los artículos que establecen las atribuciones de cada órgano en particular (arts. 75, 99 y 116 a 119 de la Constitución Nacional en lo referente al Estado nacional) se atribuyen las competencias respectivas, sin perjuicio de que en un grado inferior, normas legislativas o administrativas, puedan precisar el contenido de las mismas. Ahora bien, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal, como vimos en el apartado precedente, generalmente no producen un “daño injusto” por lo que no originan responsabilidad alguna. Pero a veces sí, como vimos al inicio de este apartado al considerar las normas de los arts. 2553, 2618, 3077 y 3082. Creemos que como se advirtiera en tales normas, la actividad que el Estado realiza a través de sus órganos en cumplimiento regular de las competencias constitucionales atribuidas a éstos comprende lógicamente actos lícitos, autorizados y a veces obligados por el ordenamiento jurídico, y en el más alto nivel de éste, pero ello no empece a que tales actos puedan generar situaciones antijurídicas, daños injustos. Y si la causal de justificación encuentra su fundamento normativo en la Constitución, es comprensible que la antijuridicidad de la situación o perjuicio que se origina también tenga base constitucional. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina que en forma mayoritaria acepta la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se fundamenta en el principio de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional) <sup>146</sup>. Creemos que se puede esclarecer lo expuesto con la siguiente consideración. Si el ordenamiento constitucional asigna determinadas competencias a los órganos estatales, lo hace en función de los postulados enunciados en el Preámbulo de la misma, entre los cuales se destaca el bienestar general, que en terminología tomista es el bien común como fin del Estado. Y en el bien común los hombres recogen su propio bien particular, “participan” del bien común, el que “se distribuye” entre ellos, lo que conlleva a que todo lo que es común —bienes y males— se reparte entre los mismos <sup>147</sup>. Consecuentemente, el individuo recibe algo del bien común, de acuerdo con el lugar que ocupa en la sociedad, o soporta las cargas según la misma igualdad de proporción <sup>148</sup>. Se aprecia así que existe una razón filosófica, de filosofía política, que da

<sup>146</sup> Ver citas jurisprudenciales y doctrinarias en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 161/165.

<sup>147</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Derecho político*, 2ª ed., Aguilar, Buenos Aires, 1967, p. 285.

<sup>148</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Derecho político*, cit., p. 285.

sustento al principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas contenido en el art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional. En forma coincidente con el razonamiento que hemos desgranado, dice Mosset Iturraspe que “el fundamento ético y teórico de la indemnización (de los daños derivados de actos lícitos de la Administración) se busca en un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo”<sup>149</sup>. Si realizamos un cotejo con el fundamento filosófico de la justicia del resarcimiento del daño necesario, se puede decir que en el estado de necesidad existe una razón de “justicia conmutativa”, ya que la persona que se ve beneficiada por el perjuicio debe reparar a la damnificada por el mismo; mientras que tratándose de daños causados por la actividad lícita del Estado el principio es de “justicia distributiva”, ya que la beneficiada es toda la comunidad pero el perjudicado es un individuo o un grupo menor a la sociedad toda. Y entonces volvemos al argumento de la situación antijurídica que desarrolla Vázquez Ferreyra. El acto es lícito, está amparado constitucionalmente ya que el ordenamiento en el máximo nivel otorga, y a veces obliga, a los órganos estatales a desempeñar determinadas competencias. Pero ello no obsta a que el mismo ordenamiento, en el mismo nivel constitucional, sea contradicho por la situación que genera el acto, en tanto importa una violación al precepto de la igualdad ante las cargas públicas. Y reiteramos que esto no implica infringir el concepto objetivo y unitario de la antijuridicidad, porque se trata de dos realidades distintas que son valoradas por el derecho no en función de quien realiza el acto —la licitud de los actos no surge de que el agente sea el Estado, sino de que éste obre dentro de sus competencias—, sino atendiendo a la relación del damnificado con el perjuicio que se le ocasiona, relación que debe ser de ajenidad en cuanto no dio ocasión con su accionar a la intervención del Estado, de allí que su situación *a posteriori* de dicha intervención sea reputada antijurídica. Para finalizar con el tema de la antijuridicidad, creemos clarificar lo expuesto con un ejemplo. Si el Estado se ve obligado a “derivar” aguas provenientes de una inundación por un fenómeno natural a fin de “salvar” a una población, el propietario del campo hacia el cual se derivan las aguas tiene derecho a ser indemnizado. Mas si la inundación fue provocada por ese mismo propietario quien obstruyó con obras la “natural” corriente de las aguas, bien puede invocarse el art. 1111 como eximente de responsabilidad por parte del Estado.

<sup>149</sup> Ver MOSSET ITURRASPE, “Daños derivados de actos lícitos de la Administración”, JA 1975-28-351.

En cuanto a la relación de causalidad, Marienhoff considera que debe existir una relación directa e inmediata de “causa a efecto”<sup>150</sup>. Más allá del alcance que se le pueda otorgar al término “directo e inmediato”, no entendemos que deba exigirse un nexo causal más fuerte que el requerido en la responsabilidad en general, habiendo dicho que lo acertado es calificar a dicho nexo como adecuado. Exigir un nexo más íntimo en el tipo de responsabilidad que estudiamos importa “beneficiar” al Estado responsable no existiendo razones jurídicamente trascendentes para dicha solución. El factor de atribución es el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas, el cual es obviamente de índole objetiva. Adherimos así a lo opinado por Vázquez Ferreyra<sup>151</sup> y consideramos que con lo razonado en el párrafo que antecede hemos reforzado esta opinión. Resta tratar el presupuesto del daño, el que presenta ciertas aristas de controversia. La mayoría de la doctrina administrativista entiende que el resarcimiento en estos casos no debe ser integral o amplio, en parte fundada por la analogía que encuentran entre esta responsabilidad y los principios que rigen el instituto de la expropiación. Así, explícitamente dice Cassagne que es justo —en cuanto a los daños causados por actuación estatal legítima— que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas<sup>152</sup>. Entendemos que más allá de las analogías que puedan encontrarse con el régimen expropiatorio, lo cierto es que sobre este instituto existe una regulación legal expresa —ley 21.499—, mientras que no la hay para la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en general, por lo que deben aplicarse las normas del derecho común, amén de que los principios constitucionales lejos de fundar una limitación en la reparación la refuerzan. En efecto, del principio de igualdad ante las cargas públicas se deriva que toda la comunidad debe contribuir en forma proporcional y razonable para la satisfacción de las necesidades públicas, y ello se efectiviza a través de las contribuciones que prevé el art. 4º de la Constitución Nacional, las que son impuestas por el Congreso, no pudiéndose exigir otro servicio personal, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (art. 17). Por lo tanto, si se supone que el damnificado contribuye tributariamente a solventar las necesidades generales, toda otra merma o disminución que sufra en su patrimonio que no esté establecida expresamente en la ley no debe ser soportada

<sup>150</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 709.

<sup>151</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 213/214.

<sup>152</sup> CASSAGNE, J. C., “En torno...”, cit., p. 942.

por él. En términos coincidentes, Guastavino expresa que existen numerosas especies de actividad estadual lícita lesiva indemnizable, que si bien presuponen normas expresas o tácitas que les confieren licitud, no están dotadas de regímenes normativos propios o completos, por lo que los problemas que plantean hallan solución aplicando cláusulas constitucionales, principios generales y aun disposiciones análogas <sup>153</sup>. Cassagne argumenta que si se le reconocen otros rubros más allá del daño emergente se produciría un beneficio para el particular por causa de utilidad pública <sup>154</sup>. Disentimos con dicha opinión por cuanto si la actividad lícita estatal produjo un perjuicio al particular —ya sea daño emergente, lucro cesante, daño moral, etc.— su reparación nunca puede ser interpretada como un enriquecimiento injustificado, sino como la recomposición de su situación al estado anterior al acto dañoso. Para reforzar los conceptos expuestos, consideramos que pueden existir supuestos en los cuales el perjuicio originado consista solamente en rubros ajenos al daño emergente, como el lucro cesante del propietario de una playa de estacionamiento ubicada en una arteria posteriormente incluida en un área peatonal. Barra, en una posición más amplia, entiende que deben repararse todos los daños que sean consecuencias inmediatas atento la ausencia de cualquier reproche subjetivo, por lo que no debe descartarse la reparación del lucro cesante <sup>155</sup>. Como dijéramos, creemos que no existen motivos para apartarse de los principios generales del derecho común, por lo que se deberán reparar las consecuencias inmediatas y necesarias sólo en caso de responsabilidad contractual, pero en la extracontractual el resarcimiento alcanzará también las mediatas. Puntualmente, respecto del resarcimiento del lucro cesante en un supuesto de responsabilidad contractual, la Corte Suprema hizo lugar al mismo arguyendo que no eran aplicables analógicamente las normas y principios de la expropiación ya que la misma supone una restricción mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a expropiación <sup>156</sup>. En el referido caso se trataba de una revocación de un contrato administrativo por razones de oportunidad, por lo que existía un acto lícito dañoso dentro del ámbito contractual <sup>157</sup>. En síntesis, entendemos que no hay razones suficientes para apartarse de los principios generales del derecho común al momento de

<sup>153</sup> Ver GUASTAVINO, Elías P., "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", ED 118-204.

<sup>154</sup> CASSAGNE, J. C., "En torno...", cit., ps. 942-943.

<sup>155</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", ED 142-937.

<sup>156</sup> Ver Corte Sup., 20/9/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA v. Dirección Nacional de Vialidad", ED 111-550/559.

<sup>157</sup> Ver BARRA, R. C., "Responsabilidad...", cit., ps. 938/940.

evaluar la extensión del resarcimiento en este tipo de responsabilidad, y en muchos casos cuando se quiere “limitar” la reparación al “daño directo”, creemos que “flota” una confusión con el problema de la causalidad, la que repetimos debe ser adecuada, no procediendo el requerimiento de un nexo más íntimo que se aparte de las reglas comunes para la responsabilidad en general.

Por último, es dable referirnos a ciertas características de esta especie de responsabilidad. En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1986 se dictaminó que este tipo de responsabilidad es directa y objetiva <sup>158</sup>. La objetividad resulta evidente por la condición del factor de atribución que es el principio de igualdad ante las cargas públicas. Y el carácter directo deriva de la circunstancia de que los órganos estatales carecen de personalidad jurídica, que corresponde al Estado, por lo que al actuar aquéllos, actúa éste directamente <sup>159</sup>. Finalmente, cabe aclarar que la responsabilidad del Estado por su actividad lícita ha recibido especial atención por parte de la doctrina en el ámbito aquiliano, mas la misma es susceptible de manifestarse en el contractual, como lo hemos verificado en el fallo de la Corte citado en el párrafo anterior, siendo en efecto el caso más corriente el de las revocaciones o rescisiones administrativas de contratos de la misma índole sin culpa del contratista y por razones de oportunidad o conveniencia <sup>160</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

Nos parece conveniente culminar este trabajo efectuando una suerte de resumen de los conceptos que consideramos más fundamentales —en el sentido de básicos—, aunque no por ello los más importantes de todo cuanto hemos tratado de reflexionar en los apartados precedentes. A tal efecto, y sin que implique un catálogo completo de conclusiones, haremos una enumeración de tales conceptos, tal como se expone a continuación.

1) Los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil son: la antijuridicidad, el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. Podría agregarse como un primer presupuesto fáctico el acto humano, pero su consideración a los efectos de la responsabilidad es irrelevante porque queda subsumido en el análisis del nexo causal, el cual quedará interrumpido si no medió autoría.

2) La antijuridicidad importa contradicción, disconformidad con el ordenamiento jurídico en general. Ésta es de carácter objetivo, ya que

<sup>158</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 159.

<sup>159</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 494/495.

<sup>160</sup> Ver GUASTAVINO, E. P., “Indemnizaciones...”, cit., ps. 204/205.

no depende de la situación personal del agente, y de carácter unitario por cuanto no existen distintas antijuridicidades de acuerdo con cada rama del ordenamiento sino que una realidad es antijurídica respecto de todo el ordenamiento, es decir, para todas sus ramas.

3) En el supuesto de los actos lícitos, existe conformidad de la acción con el ordenamiento jurídico. Como la regla en la responsabilidad civil es que no se debe dañar a otro, en los actos lícitos dañosos se da siempre una causal de justificación que permite ocasionar ese daño, por lo que el acto es conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no empece a que el resultado que deriva de dicho acto pueda ser contradictorio con el ordenamiento jurídico y en consecuencia se trate de una situación antijurídica, situación que se reputa de la víctima. Esta conclusión no infringe la objetividad de la antijuridicidad porque no toma en cuenta la situación personal del agente, así como tampoco contradice su unidad ya que se trata de un “sector” de la realidad distinto al acto que lo origina, por lo cual no hay dualidad de antijuridicidades de acuerdo con las distintas ramas del derecho.

4) Existen hipótesis de “aparentes” actos lícitos que engendran daños por los que se debe responder, pero en realidad se trata de supuestos de responsabilidad por actos ilícitos. Así ocurre con la responsabilidad por riesgo, por el deber legal de garantía —en cuyo caso lo relevante es si el acto que se garantiza origina responsabilidad, sea lícito o ilícito—, por abuso o exceso de derecho y con el cumplimiento irregular de una obligación, lo cual comprende la obediencia a una orden ilegítima.

5) Los actos involuntarios no son lícitos *per se*, ya que su condición de tales no depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico sino de la situación del agente en cuanto a su obrar sin discernimiento, intención ni libertad. De allí que la responsabilidad por este tipo de actos reconoce un factor de atribución objetivo: la equidad.

6) Los actos lícitos en cuanto originan situaciones que no son contradictorias con el ordenamiento jurídico, en cuanto causan “daños justos”, no generan responsabilidad. Las distintas hipótesis de tales actos, es decir, las causales de justificación, importan de una u otra forma el ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal (art. 1071), involucrando como “especies” diferenciables la acción directa, el consentimiento del damnificado y la legítima defensa. En todos estos supuestos la irresponsabilidad del agente se encuentra en el fondo ligada a una conducta anterior de la víctima (conf. art. 1111) que justifica el proceder dañoso por lo que la licitud del acto también se presenta en la situación que genera.

7) Finalmente, encontramos actos lícitos, es decir, conformes, autorizados, permitidos por el ordenamiento jurídico, que originan situaciones anti-

jurídicas, “daños injustos”, ya que el damnificado es completamente ajeno al acto dañoso. No obstante ello, por tratarse de actos lícitos, los debe soportar, tolerar, mas tiene derecho a que se le repare el daño, dada la injusticia de la situación que se le ocasionara. En ellos también hay una causal de justificación que es lo que impregna de licitud al acto. Cuando hablamos de responsabilidad por acto lícito, nos referimos a este tipo de actos, radicando así la antijuridicidad en el resultado creado. Entre los supuestos que caen bajo este tipo reunimos distintos casos expresamente previstos en normas aisladas del Código Civil (arts. 2553, 2618, 3077 y 3082), que en puridad importan ejercicio de un “derecho a dañar” pero “condicionado” a reparar el daño: el estado de necesidad y la actividad lícita del Estado en cuanto produce quiebres a la igualdad que debe existir entre las situaciones de los ciudadanos ante las cargas públicas impuestas por dicha actividad.