

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿QUE ES EL ACTO ILÍCITO CIVIL?

LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO

Como será posible apreciar, todos los temas, más allá de su visible diversidad expresiva, reconocen una íntima y común vinculación con el acto ilícito civil.

Pero, ¿qué es el acto a que hemos aludido? Si preguntamos, por ejemplo, acerca de cuáles son sus especies, brotará de inmediato una respuesta generalizada conteniendo la mención exclusiva de los delitos y "cuasi - delitos". ¿Es ello exacto? ¿Responde en rigor a lo que acontece dentro de la sistemática de nuestro prestigioso y más que centenario Código Civil? Estimamos que no, y al abrigo de esa convicción, nos apresuramos a intentar demostrarlo en forma bien sintética. Desde largos años ha hemos desarrollado el tema y una de las últimas oportunidades lo fue en el estudio enviado a la docta Córdoba durante el mes de abril del año inmediatamente anterior.

Aclaremos desde ya que si con la mención exclusiva de los delitos y "cuasi - delitos" se desea emplear la terminología familiarmente usada por el codificador en sus notas y que de común transita en contenido por las normas del Código, ninguna objeción podría formularse a nuestros interrogados. Expresarían una verdad. Pero si mediante ello - y es lo que a menudo acontece - se quiere manifestar y sostener que esas figuras constituyen los únicos ilícitos civiles considerados en la estructura y sustancia de ese cuerpo normativo, entonces disenteríamos con una posición que, entendemos, conspira contra el estudio ordenado y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profundo del entuerto y lleva a una injusticia en las soluciones frente a la ilicitud porque desconoce el profundo sustrato común de toda conducta "contraria a derecho".

Mirando ese océano normativo que es el Código Civil podemos advertir, como mínimo, dos grandes conjuntos de actos ilícitos, los que a su turno se hallan constituidos respectivamente por variadas e importantes especies de agudas diferencias entre sí.

A) En un primer conjunto, unidos por una estructura esencialmente igual desde cierta perspectiva, conviven los ya mencionados delitos y "cuasi-delitos" con los incumplimientos culposos de contratos, de declaraciones unilaterales de voluntad, etc.

¿Cuál es la estructura que exhiben los componentes de este primer conjunto? Ella se integra con los siguientes elementos mínimos: a) una acción u obrar humano, conducta a la que se calificará de acto ilícito; b) una "antijuridicidad" objetiva, que se limita a mostrar la disonancia de esa conducta y lo que el ordenamiento jurídico señala como lícito, pero sin penetrar para nada las calidades del sujeto; c) una imputabilidad subjetiva o discernimiento o aptitud para distinguir lo lícito y lo ilícito; d) una culpabilidad genérica o reprobabilidad, desaprobabilidad, vituperabilidad, reprochabilidad, que ostenta dos especies: la más grave o dolo y la más leve o culpa stricto sensu; e) un daño causado, o menoscabo material, a veces moral, provocado por el conjunto de elementos hasta aquí aludidos; f) una relación de causalidad entre el mencionado conjunto y el daño que ocasionare para que se conozca con certeza cuál es la conducta dañosa o, en otras palabras, a fin de que no se cargue el daño en la cuenta de una conducta que no le originó.

B) En un segundo conjunto se hallan los actos ilícitos cuya estructura muestra la carencia de uno o más elementos que formaban las conductas del conjunto anterior.

Conjunto A

Comencemos por el primero y veamos qué factores han incidido con mayor envergadura en la limitación de sus especies a delitos y "cuasidelitos" y, en un orden análogo, a desconocer la existencia de los elementos caracterizantes en un grupo y otro.

Desde ya decimos que esos factores son variados y afines, influyendo unos de manera directa y otros a modo indirecto. Nuestro rápido esquema ha de limitarse, por elementales razones de tiempo, a los que aparecen dotados de mayor envergadura.

Un factor es, sin duda alguna, el uso indiscriminado de las teorías "jusfilosóficas", aptas, desde luego, en su importante campo y altamente orientadoras en el también valioso orbe científico, pero a condición de que se las utilice teniendo en cuenta su misión de ayudar y no de sustituir a la ciencia. Nos bastará para mostrarlo con traer al recuerdo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunas definiciones sobre ilicitud emanadas de "jusfilósofos" que navegan en distintas corrientes de pensamiento. Kelsen, por ejemplo, nos dice: "El acto ilegal o antijurídico es la conducta del individuo contra quien es aplicada la sanción". Legaz y Lacambra, de su lado, opina del modo que traducen estas palabras. "Cuando el sujeto de derecho, desde una situación jurídica cualquiera, se comporta de un modo contrario o extraño a la misma y este comportamiento le acarrea una consecuencia desfavorable, se dice que ha realizado una conducta contraria a Derecho, una acción antijurídica." Vilanova, a su turno, expresa lo que sigue : "Nos encontramos. . . en un punto de vista opuesto al kelseniano: en lugar de definir la transgresión en función de la sanción, estamos definiendo, aunque sólo sea en parte, a la sanción, en función de la transgresión". Y así podríamos seguir recordando numerosas definiciones, todas las cuales elaboran, como las mencionadas, conceptos que no tienen en cuenta estructuras de un Código determinado sino que intentan, por vía de abstracción generalizadora, comprender la sustancia mínima de todos los actos ilícitos de cualquier ordenamiento.

Otro factor que perturba la materia es la confusión entre Derecho positivo y norma moral. ¿Quién puede desconocer sensatamente la importancia decisiva de los postulados éticos y la necesidad imperiosa de que ellos alimenten cada vez más a las normas de aquel Derecho? Sin duda que nadie. Pero ello no conduce a desconocer que el Derecho positivo transita muchas veces en disonancia con los imperativos morales. Es a veces muy justo, es en oportunidades pleno de injusticia. No olvidemos que, desde un determinado miraje, se ha dicho y repetido que el Derecho consistía en un minimum de ética...

Cuando Sourdat expresó, por ejemplo, que la responsabilidad civil "supone... un atentado al orden moral, que constituye la violación de un deber del hombre en sociedad . . . ", a la par que tradujo una sensibilidad afinada, vino a confundir lo que la ciencia debe cuidadosamente separar para que el elevado ideal traducido por esa sensibilidad no se esfume en un esfuerzo infecundo. Hay que acertar en los fines científicos, pero también debe hacérselo en los medios para lograrlos.

Algunas tendencias que militan dentro de un campo que consideramos impreciso piensan que hay un tertium genus entre el acto lícito y el ilícito. Y así se ha leído que el acto "ilegal" no es lícito ni ilícito pues "no va contra el derecho, sino que va por un camino donde no se encuentra la protección del derecho: no se resuelve contra otro interés jurídicamente protegido, sino que omite realizar las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica de un interés propio". Pensamos que la transcripción es bastante para advertir que el llamado "acto ilegal" es ilícito, pues si "va por un camino donde no se encuentra la protección del derecho" es porque dicha protección se le niega, precisamente, al conceptuarlo como ilícito. Consideraciones semejantes deben formularse contra otras doctrinas que pretenden exceder en un término o más la división bipartida de licitud - ilicitud.

A esta altura parece conveniente recordar la tesis que no ve en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incumplimientos contractuales, por ejemplo, actos ilícitos. Frente a esta respetable pero, pensamos, equivocada posición es lógico citar el elocuente razonamiento de Hénoc D. Aguiar. Decía el jurista mencionado: "Nadie duda... que los actos o las omisiones de incumplimiento de las obligaciones de origen contractual crean derechos y generan obligaciones distintas de la obligación incumplida, como es la de resarcir, y que estos actos tienen, necesariamente, que ser ubicados en una de estas dos categorías: De lícitos o de ilícitos; y como no están dentro de los de la primera, en razón de que atacan el derecho ajeno... ineludiblemente, tienen que ubicarse dentro de la segunda categoría, desde que el derecho no admite otra especie diversa de las dos enunciadas".

Otra opinión subsume el concepto "antijuridicidad" o "ilicitud" en la noción de "culpa", con lo que se disuelve nada menos que el elemento de donde toma su nombre el acto que estamos analizando. Esta corriente doctrinaria ofrece dos fundamentales aspectos: a) muy especialmente en autores franceses, la *faute* encierra la "antijuridicidad" o "ilicitud"; b) ésta se halla inescindiblemente unida al concepto de "culpa".

El primer aspecto queda claramente expresado, sin necesidad de más ejemplos, con la clásica definición de Planiol, para quien la "culpa es la violación de una obligación preexistente". En el segundo aspecto recordemos que la dogmática penal, desde alrededor de 1867 con Adolfo Merkel y autores afines, separa como regla la "antijuridicidad" - que ahora es objetiva - de la "culpabilidad". Ya no se piensa, como lo hacían los subjetivistas, en una reacción desobediente ante un mandato que sólo podían comprender los asistidos de discernimiento, sino en esa reacción como "antijurídica" tanto si la vivía quien gozara de la mencionada facultad de razonar cuanto si brotaba de personas carentes de esa aptitud. Este fundamental progreso científico, mucho más fecundo que cuanto pudiera expresar su lacónica mención, se hallaba ya claramente consagrado en el Código Civil Argentino. El artículo 1066 dice, aun cuando refiriéndose al "acto voluntario" pero con evidente alcance mayor, que el carácter ilícito surge de hallarse "expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía", es decir, norma emanada de autoridad pública o "ley material"; y el artículo 1197 expresa, con generalidad superior al mundo contractual donde tiene su sitio, que la decisión de los agentes posee nivel semejante "a la ley misma", con lo que la transgresión de las estipulaciones privadas se equipara a la que experimenta la norma del propio Estado. Ambas disposiciones están señalando categóricamente la "antijuridicidad objetiva", que lo mismo puede cometerla el normal y el demente, el mayor que el niño... Y los artículos 506, 512 y 1067, verbigracia, regulando la culpabilidad a través de sus especies *dolo* y *culpa stricto sensu*, lo están haciendo sistemáticamente con la culpabilidad. Por eso - y valga el ejemplo por muchos - es que el demente puede cometer un acto ilícito pero no puede incurrir en delito o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"cuasi - delito" porque, al carecer de imputabilidad subjetiva (o discernimiento en el lenguaje del Código), no se podrá hallar culpabilidad (dolo o culpa) en su conducta.

También contribuye a confundir nuestra materia la posición del procurador belga Leclercq, para quien la culpa no se separa del daño o la ilicitud y, en otro nivel, la afirmación interesante pero equívoca de que hay actos lícitos acompañados de consecuencias ilícitas. Como esta última ha llevado a confusiones mayores, circunscribiremos a ella nuestra respuesta.

Nosotros podemos apreciar, en un tránsito por el Código Civil, que hay actos lícitos generadores de daños y, en ocasiones, que ellos deben indemnizarse. Para mencionar uno solo diremos que el artículo 2553 permite a quien reclame como propio un tesoro ubicado en predio ajeno, indique el sitio y garantice "la indemnización de todo daño al propietario", para que penetre en ese fundo y realice las actividades que razonablemente conduzcan al hallazgo. En cambio, la doctrina que comentamos menciona el acto lícito de consecuencias ilícitas, concepto éste que la norma aludida no contiene. El ya citado Aguiar nos dice al respecto: "Por ejemplo: Quemo mi campo para librarlo de malezas - acto lícito - y una ráfaga de viento lleva las llamas al campo vecino y destruye las sementeras existentes en él. El daño no se habría originado si previamente, en previsión del accidente ocurrido, yo hubiese dado contrafuego en el linde de ambas heredades. El daño es consecuencia de esta culpa o negligencia mía - prosigue Aguiar -, y mi obligación de indemnizar es una sanción a ella y no al hecho de quemar mi campo". Reconociendo la hondura y el ingenio del razonamiento transcripto, pensamos que el acto traído a colación es perfectamente ilícito. Un acto se juzga lícito o ilícito tomado en su conjunto, con la unidad de segmentos que le constituyen. De lo contrario será imposible ver un acto ilícito sin tramos lícitos o viceversa - lo que es exacto, pero irrelevante para la sanción - y de ese modo se dirá que el conductor de un rodado está ejerciendo el más elemental derecho de tránsito y la consecuencia ilícita es haber embestido por negligencia a un particular ocasionándole heridas. En rigor, no se sanciona la culpa aisladamente, sino al acto completo del que la culpa, como vimos, es una parte constitutiva e inescindible.

Otros equívocos surgen de considerar que la "relación de causalidad" es ajena al acto ilícito, lo que resulta más extraño cuando simultáneamente se considera que el daño lo integra. Pensamos que negar a la citada relación ese carácter es equiparable a sostener que la cohesión constituye un elemento ajeno a la cosa porque solamente sirve para mantener unidas las partículas de ella.

Y así, señoras y señores, podríamos mostrar otras corrientes doctrinarias que en nuestro sentir impiden también, ya directa, ya indirectamente, la comprensión de la doctrina que estamos sosteniendo.

Abandonando ahora el pensamiento general y más abstracto y orientándonos en busca de casos concretos, hemos de mostrar algunos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donde se aprecian sanciones muy distintas y, a veces, acumulables. Veamos la Parte General del Derecho Civil. Ahí tenemos, por ejemplo, la "selva obscura del Derecho", la anulación de los actos jurídicos. Cuando éstos se celebran viciosamente, es decir, transgrediendo las normas que especifican los requisitos de su celebración lícita - de ahí que una doctrina mencione el "acto jurídico lícito" o el "negocio jurídico lícito" - la ley establece una sanción denominada "nulidad". Merced a ella el acto viciado no llega a producir las consecuencias que la ley considera "decididas" por los agentes y, en cambio, se le enlazan otras que la propia ley "decide" o impone. Pero ese pretendido acto jurídico, si bien no puede valer como tal por las razones apuntadas, en cambio es capaz de reunir algunas veces elementos que entrañan, por ejemplo, tipos ilícitos que generan indemnización, como acontecería en el caso de haberse configurado un delito o un "cuasi - delito". Este es uno de los alcances del artículo 1056 cuando dice: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas". Es decir, que a la sanción anulatoria se le añade en algunos supuestos la que consiste en indemnizar.

Conjunto B

Habíamos dicho que un segundo conjunto de actos ilícitos se hallaba constituido por conductas a las que faltaran uno o más elementos de los mencionados en el primero. Recordemos otra vez que ellos eran: acción u obrar humano, "antijuridicidad" objetiva, imputabilidad subjetiva, culpabilidad, relación causal de los elementos mencionados y el daño. Este otro conjunto, ya lo habíamos expresado, reconoce variados sectores, de los que mostraremos algunos dotados de claro relieve.

a) Hay actos ilícitos cometidos por personas carentes de "voluntad", es decir, privadas de discernimiento o, si asistidas de esa aptitud, víctimas de desviación en el elemento intencional o coartadas en su libertad por vía de error o coacción respectivamente. El agregado hecho al artículo 907 en la llamada "indemnización de equidad" ofrece una norma reguladora de este supuesto, cuyo examen nos demandaría un tiempo excesivo para el asignado a estas palabras.

b) Otro subconjunto de actos ilícitos estaría dado por los casos de "enriquecimiento sin causa", donde tampoco se exige el elemento "voluntad" (y, por ende, imputabilidad subjetiva o culpabilidad), pero que, en lugar de una indemnización regular o de equidad, hace gravitar la acción de in rem verso - limitada a la coincidencia entre montos de enriquecimiento y pérdida -, tema que también nos exigiría demasiado tiempo.

c) Hay asimismo otro subconjunto, del que varios artículos ofrecen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejemplos claramente demostrativos: artículos Nros. 10, 12, 93 de la ley de matrimonio, 296 del Código Civil, 2517, 3291 de dicho Código y tantos otros.

Elijamos, para que nos confiera la pauta, el artículo 12 de la ley de matrimonio, cuyo texto nos dice: "El tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviera aquél bajo su guarda hasta que fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hiciera, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor, sin perjuicio de su responsabilidad penal". Como puede apreciarse, la sanción pecuniaria no significa propiamente una indemnización desde que se impone con prescindencia del elemento "daño jurídico".

Señoras y señores: El conjunto de casos extraídos desde las más diversas partes del Código no agota, ni mucho menos, la cantidad de actos ilícitos configurados en ese importante cuerpo normativo. Por el contrario, solamente traduce algunos exhibidos a título de ejemplo con el propósito de mostrar que el acto ilícito civil excede con mucho a las figuras del delito y "cuasi - delito" desde que reúne, con sus debidas divisiones, a todas las inconductas que tienen un fondo común y deben ser reguladas teniéndolo debidamente en cuenta. Así ¿una persona promete públicamente mantener la oferta de vender una cosa hasta cierta fecha y, antes de que ese plazo se extinga, la destruye? ¿Alguien incumple un contrato? ¿Uno de los esposos desoye sus deberes? ¿Lo hace uno de los padres? ¿Un incapaz celebra un acto jurídico? ¿Alguien, cuerdo o demente, clava su puñal a otro en una pelea? ¿Un conductor embiste por descuido a un extraño con su automóvil? Esos casos - y muchísimos más - son actos ilícitos. Habrá sanciones distintas, individualmente o combinadas: a veces, la indemnización de daños; en ocasiones, una suspensión o pérdida de la patria potestad o de su ejercicio; en oportunidades, el divorcio culposo; en ciertos casos, la anulación del acto jurídico, etc.

Esperamos que ustedes y el reloj expresen de consuno que hemos cumplido con el propósito de formalizar una síntesis. La Cátedra Integral enseñó sus principios en los cursos de Buenos Aires y La Plata. Hoy tuvo el honor de exhibirlos en una casa ilustre, como que es cobijo y expresión del prestigioso notariado de la capital de la República. Así como el médico estudia y enseña una dolencia para aconsejar que se la prevenga o se la cure, el jurista hace lo propio con la ilicitud y se apresta a combatirla en todos los terrenos. Un factor peraltado en ese capítulo de "la lucha por el Derecho" lo constituye la actividad de los escribanos. Tanto por el nobilísimo magisterio de la fe pública cuanto a través de la muy elevada función de recoger y modelar jurídicamente la voluntad auténtica de las personas, a veces muy íntima y casi postrera, el escribano impone su señorío en el combate silencioso y decisivo contra la ilicitud.

Señoras y señores:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dios quiera que el examen realizado esta tarde por la Cátedra Integral contribuya, en un mundo apasionante de transición amenazado de peligros, pero también protegido por nobles esperanzas, a exaltar el reinado de las normas jurídicas con sus excelsos valores permanentes de Justicia y de Paz.

Nota única: El tema, como se dijo en el texto, es apenas un esbozo. Para ampliar sus diversos puntos nos remitimos a cuanto expresamos en: a) el tomo segundo del Tratado de las Obligaciones, parágrafos 385 y sigts.; b) "El acto ilícito en el Código Civil argentino", estudio de marzo de 1975 enviado a Córdoba para su publicación en el homenaje a la memoria del doctor Pedro León organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; c) "Responsabilidad. Concepto general, con especial referencia al Derecho Civil", en Enciclopedia Jurídica Omeba (hay separata); d) "Elementos de la llamada «responsabilidad subjetiva»", estudio enviado a México en 1972 y publicado en Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 5, julio 1973, págs. 87 y sigts., habiendo separata y últimamente reproducido en Revista Notarial, N° 820, págs. 707 y sigts.; etc.