

## LO ILÍCITO (a)

SUMARIO: — 1 PRENOCIONES: *A Orden jurídico* — *B Carácter de las actividades individuales* — *C Objeto de la norma de derecho* — *D Clasificación de las normas de derecho* — *E Reacción social ante la violación de la ley normativa* — *F Condición de estabilidad del orden jurídico.* — 2 LO ILÍCITO. — 3 LO LÍCITO Y LO ILÍCITO Y MODO DE REALIZARLOS. — 4 ILÍCITO CRIMINAL E ILÍCITO CIVIL. — 5 CARACTERES AL ACTO ILÍCITO CRIMINAL Y CIVIL. — 6 EL ACTO ILÍCITO CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. — 7 ES ACTO ILÍCITO EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ORIGEN CONTRACTUAL. — 8 USO DEL DERECHO. — 9 DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO. — 10 EL CÓDIGO CIVIL Y EL PENAL EN LA CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS. — 11 LEY QUE RIGE EL ACTO ILÍCITO CON RELACIÓN AL TIEMPO.

### 1 — PRENOCIONES:

*A - Orden jurídico* — No se concibe la vida social, por simples, por múltiples o diferenciadas que sean las actividades que los individuos despliegan bajo la presión de la necesidad o de aspiraciones individuales o colectivas, como medios de satisfacerlas o de realizarlas, sin la perfecta delimitación del área dentro de la cual tales actividades pueden legítimamente ejercitarse.

Cada una de esas actividades se encuentra circunscripta y contenida en su esfera por los sentimientos, quererres y aspiraciones de la comunidad que las regula y encauza con su influencia moral

---

(a) Capítulo de la obra en preparación: "Actos ilícitos".

o con su poder coercitivo; de modo que al posibilitar la coexistencia de las de los particulares entre sí y la consecución de los ideales que la colectividad persigue, sea guardado y mantenido un cierto orden dentro de ella.

Cuando de acuerdo con una norma legalmente coercitiva, existe un orden social en el que las actividades individuales, sean físicas o intelectuales, se desenvuelven en una relación de recíproca compatibilidad y, al mismo tiempo, en armonía con los fines sociales, económicos o morales perseguidos por el Estado — entidad representativa del todo social — ese orden constituye el orden jurídico (1).

Conviene destacar, desde luego, que la regla de derecho que regula dicho orden, como obra de una voluntad común que se sobrepone a las voluntades individuales, debe responder, si quiere ser acatada y respetada, a un cierto estado de conciencia social en el lugar, en el tiempo y en el medio en que ella se transforma en norma de derecho positivo, norma que para ser eficaz debe tener por base el sentimiento moral de la colectividad; de manera que no sea otra cosa que la concreción del principio ya hecho carne en la conciencia social, como una aspiración o como una realidad, a tal punto que “los contraventores representen una mínima parte de los miembros de la comunidad y que la masa preste al orden establecido una sumisión voluntaria” (2), ya que, como se ha dicho, “ningún orden ni ningún poder del mundo, aunque se haya impuesto primeramente por la fuerza, es capaz de perdurar si no encuentra alguna base en los sentimientos y en las ideas de la comunidad” (3).

---

(1) Jorge del VECCHIO—“*El concepto del derecho*”, ed. esp. 1914, pág. 79—se refiere sólo a la compatibilidad de las acciones u omisiones de los particulares entre sí. Nosotros no hablamos de omisiones porque éstas constituyen lo que hemos llamado *actos negativos* y agregamos a su definición “la compatibilidad de esas acciones — positivas o negativas — con los fines perseguidos por el Estado”, con lo que creemos dar un concepto más cabal del orden jurídico que, de otra manera, quedaría incompleto. Alexandre LEVI—“*La société et l'ordre juridique*”, ed. 1911, pág. 193—define el orden jurídico como un sistema de valoración de las acciones humanas, de forma constante y de contenido variable, existente en toda sociedad humana y que deriva de su composición, en virtud del cual las mismas acciones se dividen en dos categorías: Las unas garantizadas como lícitas y que engendran una pretensión; las otras, sancionadas como ilícitas y que engendran una responsabilidad particular a cargo de su autor”.

(2) L. TANON: “*L'évolution du droit et la conscience sociale*”, ed. 1911, pág. 170.

(3) Icilio VANNI: “*Filosofía del derecho*”, ed. esp., pág. 72. — Fr. GENY: “*Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*”, ed. esp., 1902, pág. 97.

*B - Carácter de las actividades individuales* — La regla de derecho contempla siempre dos aspectos de la convivencia: a) El de los individuos entre sí; b) El de la convivencia de los individuos con el grupo social en lo que respecta a los fines que la comunidad persigue y que necesariamente debe cumplir como condición de su existencia y en cuya comunidad el hombre se encuentra comprendido y vinculado con la relación de la parte al todo.

Es indudable que el último aspecto enunciado es de mayor trascendencia social que el primero, sin que tal afirmación importe restarle a éste importancia de la misma especie, puesto que del desarrollo normal y regular de todas las actividades del hombre, en uno y otro aspecto de la convivencia, depende la seguridad, el progreso y la estabilidad sociales.

“Sin duda, afirma Duguit, que el hombre es un ser individual, autónomo, que tiene conciencia de esta autonomía; pero es al mismo tiempo, un ser social. Olvidarlo importa desconocer toda una parte de la realidad” (4) y, por lo tanto, entre las manifestaciones de su actividad hay unas que tienen un carácter social y, otras, una puramente individual, en el sentido que se refieren a las relaciones de los individuos con la sociedad o las de ellos entre sí, en cuanto hacen posible o dificultan la compatibilidad de sus respectivas actividades individuales.

Además, los particulares ejercitan otras diversas actividades que sin ser esenciales al orden jurídico, por no referirse a uno u otro de los aspectos enunciados de la convivencia social, con él se vinculan de una manera indirecta más que por sí mismas, por sus resultados o consecuencias, por lo cual se deja a los espontáneos impulsos de los individuos el realizarlas o no. Su realización o su omisión no alteran aquel orden, aunque puedan contribuir, respectivamente, al progreso o estancamiento de la comunidad, sin que por ello hagan peligrar su existencia o su estabilidad dentro de ese orden.

Aun cuando el hombre haya ejecutado actos de esta última especie, siempre que con ellos haya establecido vinculaciones jurídicas con otros hombres o con la comunidad, queda irrefragable-

---

(4) L. DUGUIT: “*Traité de droit constitutionnel*”, ed. 1921, tomo I, § 5.

mente ligado por ellos: Su voluntad, por sí sola, es impotente para romper el vínculo que él mismo anudó; sus actividades, en tal sentido, ya no quedan libradas a la espontaneidad de sus impulsos, deseos o conveniencias, sino en cuanto compatibles con los derechos e intereses creados en beneficio de otros por sus propios actos.

Así, las actividades individuales se caracterizan, según se encuadren, en uno u otro de los diversos aspectos de la convivencia que hemos enunciado, pudiéndolas dividir en dos grupos distintos: 1° Actividades regladas para posibilitar las de los individuos entre sí y la consecución de los fines que la comunidad persigue como condición de su normal desenvolvimiento y existencia y, 2° Actividades regladas, pero cuya realización se deja a los espontáneos impulsos de los individuos.

*C - Objeto de la norma de derecho* — Las manifestaciones de la actividad individual con carácter o con trascendencia social, directa o indirecta, son las únicas objeto de la norma de derecho, desde que ellas, solamente, constituyen o pueden constituir el hecho jurídico (5), ya que nadie discute que todo lo que es jurídico sea social, como que todo lo social no siempre es jurídico.

La regla de derecho tiene una finalidad eminentemente práctica: No es otra que la garantía de las condiciones que la vida social exige para su normal desenvolvimiento dentro del dinamismo armónico de los intereses e ideales individuales y colectivos, que encuentran su protección y tutela en la fuerza coercitiva del Estado puesta a su servicio.

*D - Clasificación de las normas de derecho* — En las reglas de derecho, como en los distintos aspectos de la convivencia, se advierte un doble carácter: Mientras unas mandan o prohíben la ejecución de ciertos actos sin dejar margen alguno a la libertad individual, otras, al contrario, se limitan a suplir lo olvidado en las expresiones de la voluntad para fijar el alcance y los efectos de la relación de derecho que fué objeto de la manifestación; en fin, otras que bajo ciertos aspectos se confunden con estas últimas, se proponen asegurar, en la medida de lo posible, la aplicación de la regla de derecho, creando, en una palabra, las *vías de derecho*.

(5) René DEMOGUE: "*Traité des obligations en général*", tom. I, No. 11.

Se sostiene por algunos que las vías de derecho se refieren, solamente, a la norma que manda o prohíbe (6), mientras que otros piensan que tienen por objeto tanto el hacer efectivas las sanciones de una norma de esta especie, cuanto el obtener el reconocimiento del derecho y alcanzar su realización práctica en las normas que suplen las manifestaciones de la voluntad individual, por la interpretación de ésta, de acuerdo con la regla.

A la regla de derecho que manda o prohíbe se la ha llamado *regla absoluta* o también *imperativa* o *normativa*; a la que suple las manifestaciones de la voluntad individual, *regla supletoria* (7) y, por fin, la que consagra las vías de derecho, refiriéndose a la ley normativa, ha sido llamada por Duguit — siguiendo a Georges Scelle — *regla constructiva*.

Cuando se lesionan, únicamente, intereses individuales, queda librado a la voluntad de los particulares agraviados, recurrir o no a las vías de derecho para reclamar la reparación del agravio, ya que se ha considerado que ellos pueden renunciar a las acciones emergentes del hecho ilícito cuando su ejercicio tiene por objetivo un interés privado (artículo 1100); de manera que la regla constructiva queda comprendida en aquéllas a las que, por un acto de espontánea voluntad, pueden o no recurrir los particulares.

Al contrario, la regla normativa o absoluta tiene un carácter de necesidad social, regla que, pudiéndose referir a las instituciones de derecho, a los intereses políticos, o a las condiciones necesarias a la convivencia por el respeto a la costumbre, a los principios de la moralidad del grupo, a la observancia de las condiciones que la regla contempla como indispensables a la vida normal de la sociedad, etc., liga irrefragablemente a todos los individuos de tan estrecha e invariable manera que, como dice Savigny, no deja espacio alguno a la libertad individual; al paso que, como se ha dicho, la regla supletoria o la constructiva contemplan siempre el ejercicio de una facultad de la que, por ser tal, pueden o no usar los particulares en cuyo exclusivo beneficio ha sido establecida.

Hemos dicho que la regla normativa se expresa por un man-

(6) León DUGUIT: Op. y tom. cit., § 7.

(7) M. F. C. de SAVIGNY: "Derecho Romano actual", ed. esp., tom. I, § XVI. — COLLIN et CAPITANT: "Cours élémentaire de droit civil français", tom. I, ed. 1921, pág. 52, 2°.

dato o por una prohibición, los que en la realidad no son nada más que formas diversas de un solo y mismo concepto jurídico, dado que tanto las acciones como las omisiones son actos, positivos o negativos; y así, la *prohibición* es un *mandato*, una *orden* de una cierta abstención y el *mandato* es la *prohibición* de una cierta abstención, o en otros términos, la primera es la prohibición directa de ejecutar el acto y el segundo, la prohibición de omitir el cumplimiento de un hecho (8).

*E - Reacción social ante la violación de la ley normativa* —

Esta ley, como se ha dicho, se expresa por una orden o por una prohibición de hacer algo y la garantía de su cumplimiento está en la sanción o pena que inflige a los que la infringen o en las que fulmina contra los actos mismos realizados en desprecio de sus mandatos.

Tan esencial al normal desenvolvimiento de la vida social se considera el cumplimiento de los preceptos de la ley normativa, que el vínculo con que ata a los individuos no puede ser roto sin que se perturbe el orden jurídico que la regla garantiza; porque su obediencia es condición *sine qua non* del mantenimiento y progreso sociales en cuanto descansan sobre ese orden. Por eso cuando se la viola, la sociedad reacciona por sí, y pone en manos de los particulares lesionados por la infracción, los medios necesarios — son las vías de derecho — para restablecer el orden jurídico alterado por la violación de la ley normativa.

Tales transgresiones, como hechos extraordinarios, anormales y repugnantes al sentir y querer del grupo, al par que provoca una reacción social en contra del transgresor — como se ha dicho — hieren profundamente la imaginación, tan marcadamente, que la inteligencia, por primitiva y rudimentaria que sea, se da cuenta de la anormalidad del hecho, conoce su carácter, se representa sus consecuencias y las aprecia como incompatibles con el orden social; al paso que no sucede lo mismo con los actos normales y ordinarios de la vida jurídica, con los reglados por la ley supletoria o la constructiva, que se refieren a actos cuya ejecución u omisión pueden

(8) R. F. ROUSSET: "Apuntes de derecho civil", ed. 1906, pág. 288. — León DUGUIT: Op. cit., § 7.

pasar inadvertidas, ya que no interesan sino de un modo indirecto a la comunidad social y, en consecuencia, no provocan reacción alguna individual ni social; y como tampoco hieren profundamente la imaginación es preciso, para su conocimiento pleno, un mayor grado de desarrollo de la inteligencia, una mayor experiencia de la vida y una más grande agudeza intelectual.

Como lo acabamos de hacer notar, unas veces, la transgresión de la ley normativa provoca una reacción de la comunidad, reacción que, imperativamente, la obliga a ella misma a aplicar por medio de los organismos creados, la sanción que la regla autoriza en el caso producido y, otras, deja a los espontáneos impulsos de los particulares, lesionados por la acción o por la omisión, la facultad de reclamar o no la aplicación de la sanción que trae aparejada el hecho violatorio de la norma de derecho absoluta.

Parecería que este doble modo de reaccionar en frente de la transgresión comportase un distinto fundamento de la norma, en uno y otro caso, porque en el último, librada su aplicación a la libre y espontánea decisión de los individuos lesionados, indicaría que su existencia no es necesaria al orden social desde que éste puede continuar subsistiendo a pesar de la transgresión no reparada; en una palabra, que la norma y la sanción, en caso tal, no fuesen condiciones esenciales para el mantenimiento de dicho orden.

Sin embargo, siendo uno el fundamento, cabe reconocer una diferencia de magnitud en la alteración que se produce en el orden jurídico, según que la norma transgredida se refiera a la convivencia de los individuos entre sí, o a las relaciones de éstos con respecto a la comunidad. Es indudable que todo avance de la actividad de alguien sobre el área del derecho de otro, al romper el equilibrio jurídico e interrumpir el desenvolvimiento armonioso de esas actividades dentro de su propio campo de acción, altera el orden jurídico; pero como la norma, al establecer la sanción, lo ha hecho en mira de salvaguardar, principalmente, el derecho de los individuos, éstos al consentir la lesión, restablecen dicho orden, el que, en virtud de ese acto de consentimiento, se considera como si no hubiera sido perturbado. Es la legítima consecuencia del postulado *scienti et volenti nulla fit iniuria*, único caso en el que, en el estado actual del derecho, es de estricta aplicación el principio que la má-

xima consagra y siempre que el consentimiento se preste respecto de los intereses *privados* que con la *iniuria* hubiesen sido menoscabados: Es así, que no pueden ser objeto de las transacciones la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, ni sobre el estado de familia, etc. (artículos 842 a 845); porque sobre estas materias no sólo están en juego intereses individuales, sino los del individuo en frente de los de la sociedad (9).

Mas si la transgresión se refiere a la norma que regla las vinculaciones del individuo con la sociedad, de la parte en presencia del todo organizado, como éste tiene necesariamente que existir (10), no le está permitido renunciar a la efectividad de ninguna de las condiciones que hacen posible su existencia. Por ello, la violación de la norma que atañe a esas relaciones adquiere una trascendencia que commueve el organismo entero del grupo social donde aquélla se produjo y, a veces, es de tal magnitud la perturbación, que salvando los límites de los estados, despierta inquietudes y alarmas en la sociedad universal de los hombres; tan unidos se encuentran por el vínculo de la solidaridad social.

Ordinariamente, aunque miran intereses distintos, se confunden en una sola la norma que regula las actividades de los particulares entre sí con aquella que fija la de éstos con relación a la comunidad, y sólo por excepción, se encuentran algunas exclusivamente de esta especie, como las que se refieren al orden político, por ejem-

(9) La máxima *scienti et volenti nulla fit iniuria* fué extraída de un texto de Ulpiano —*Dig.*, Lib. 47, Tit. X, Ley I, § 5 — que la aplica a la *iniuria* cuando este delito afecta únicamente a la persona contra quien se dirige. En el derecho actual se distinguen aquellos delitos en los cuales es elemento esencial la circunstancia que el hecho se realice en contra de la voluntad del que lo sufre, como el robo, la estafa, el abuso de confianza, la violación, el atentado violento al pudor, etc., de aquellos otros en que la voluntad privada de la víctima no es condición determinante de la criminalidad del hecho, para aceptar la aplicación de la máxima en los primeros y rechazarla en los segundos: "La facultad de consentir una renuncia válida a un derecho personal encuentra una doble limitación, en el derecho de otro y en el interés público. No es posible renunciar un derecho cuando por esta renuncia se lesiona el derecho de otro; así, el padre no puede renunciar a ninguna de las facultades de la potestad paterna; porque a su derecho personal corresponde un deber respecto de otro y la renuncia a ese derecho sería al mismo tiempo la violación de un deber. Tampoco es permitido renunciar un derecho en el mantenimiento del cual está interesado el orden público: *ius publicum privatorum voluntate mutari nequit*. R. GARRAUD: "*Droit Pénal Français*", ed. 1898, pág. 568.—Octavio GONZÁLEZ ROURA: "*Derecho Penal*", ed. 1925, Tom. II, No. 118.—Ver Antonio MENDER: "*El derecho civil y los pobres*", ed. esp. 1898, pág. 386.

(10) J. KOHLER: "*Filosofía del derecho e historia universal del derecho*", ed. esp. 1910, pág. 190.

plo, o — respecto a las primeras — las referentes a las normas que reglan las transgresiones a las convenciones celebradas en virtud de aquellas facultades de que hemos hablado.

A pesar de ello, no siempre se permite a la sociedad o al individuo pedir la efectividad de la sanción, ya porque la intervención de ella produciría una mayor conmoción y escándalo públicos, ya porque los intereses privados de los particulares no fueron heridos directamente, no obstante el trastorno producido en el orden jurídico existente.

Dentro de ese concepto, se desenvuelve la doctrina que no permite iniciar de oficio al ministerio público las acciones penales que tienen su origen en los delitos criminales de violación, estupro, raptó y ultraje al pudor a que se refiere el artículo 72 del Código penal; o las acciones privadas por los delitos de adulterio, calumnias o injurias, violación de secretos y concurrencia desleal sobre que legisla el artículo 73 del mismo Código; o la que únicamente permite a los herederos proseguir la acción civil por los delitos que no causen sino agravio moral, cuando hubiese sido incoada por el difunto (artículo 1099); o la que no permite iniciar la acción por adulterio sino al cónyuge ofendido, que son los directamente agraviados por la injuria, la calumnia o el adulterio.

*F - Condición de estabilidad del orden jurídico* — La vida social contemporánea ha adquirido mayor complejidad por los numerosos y nuevos factores aparecidos en el campo de su actividad y así, nuevas formas del orden económico han modificado las relaciones jurídicas entre el capital y el trabajo, entre productores y consumidores <sup>(11)</sup>; con las nuevas necesidades han nacido nuevos derechos y con la multiplicación de aquéllas y el afán cada día creciente de satisfacerlas con el menor esfuerzo, se han ideado nuevos medios de enriquecimiento, a base de la ingenuidad, la impericia o el descuido de los demás, de la explotación de las pasiones o de la mera sensualidad de los explotados, medios todos tendientes, al mismo tiempo, a alcanzar un mayor bienestar y a eludir las sanciones del derecho; y en presencia de estas nuevas formas de delincuencia, la sociedad amenazada ha extendido progresivamente el campo del derecho criminal, comprendiendo dentro de su esfera actos que antes es-

(11) Raymond SALEILLES: *Prólogo a la Op. de GENY*, antes citada.

taban fuera de ella; las voluntades han exigido un aumento de autonomía, al mismo tiempo que ha sido necesario dar preponderancia al factor sociológico o al económico, limitando, restringiendo y hasta anulando las exteriorizaciones de la voluntad individual para dar mayor estabilidad y fijeza al orden jurídico.

En consecuencia, a las normas que regulan y encauzan la vida social dentro del orden y a fin de poder mantenerlo, ha sido preciso ampliarlas y aún hacer más estrictas sus sanciones, de tal modo que tan complejos y múltiples fenómenos no se produjesen fuera de la regla de derecho, y que la sociedad se encontrase, en todo momento, armada de los medios propios para su defensa “que se concreta en el restablecimiento del derecho contra los actos u omisiones de quienes lo infrinjan” (12).

En síntesis, es condición de estabilidad del orden jurídico que las actividades individuales se desenvuelvan en una relación de recíproca compatibilidad entre sí y con los fines que la comunidad social está llamada a cumplir como condición de su propia permanencia y duración, y la existencia de organismos jurídicos llamados a consagrar el triunfo del derecho sobre la injusticia por medio de la sanción puesta al lado de la norma, como sistema preventivo, y por la coacción social organizada, tanto para prevenir las transgresiones, cuanto para restablecer el orden alterado después de la violación, por una omisión o por una acción, en contra de lo mandado o de lo prohibido.

## 2 — Lo ILÍCITO.

De las prenociones expuestas se infiere, sin esfuerzo, que todo acto ejecutado u omitido en contravención a la norma de derecho que, respectivamente, lo prohíbe o lo ordena, constituye una *iniuria privada* o una *iniuria pública* o social (13), según que la transgresión afecta intereses puramente individuales o intereses de la colectividad, o sea, que la regla infringida se refiera al derecho privado o al derecho público, para usar de los vocablos corrientes.

(12) Federico CASTEJÓN: “Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil”, ed. 1913, pág. 7.

(13) Edmond PICARD. “Le droit pur”, § 67.

Ahora bien: Como en nuestras actuales sociedades, aunque la norma de derecho resulte obra de un querer colectivo, ordinariamente son los poderes legislativos los que la sancionan bajo la forma de ley, la contravención a la ley normativa o absoluta constituye la ilícito en un sentido técnico.

La noción de lo ilícito no es nada más que la noción de lo inmoral restringido a un minimum ético indispensable para la vida de la sociedad humana. Por lo tanto, lo ilícito es obra del hombre que lo puede consumir por actos en su doble forma de positivos o de negativos; esto, descartado todo factor de orden espiritual o moral y ateniéndonos, por ahora, a la relación puramente mecánica de causa o efecto, a la materialidad de la transgresión, como era considerado el delito en los primeros tiempos del derecho romano.

En verdad, para que el acto merezca el calificativo de ilícito en el sentido enunciado, no es necesario tener en cuenta el elemento subjetivo del mismo, en cuanto a la conciencia del agente sobre el acto que realiza y sobre sus consecuencias, conciencia que sólo deberá considerarse, en la mayoría de los casos, para determinar su imputabilidad; porque independientemente de ésta, la transgresión existe, *formalmente*, con todos sus caracteres externos y, como resultado de la transgresión, la alteración del orden jurídico, causa determinante, a su vez, de la reacción individual o social en contra del transgresor.

La circunstancia que, en ciertos casos, en razón de esa imputabilidad, no pueda restablecerse el equilibrio roto por el acto ilícito, no modifica el carácter del acto en sí mismo, ni en cuanto a sus efectos relativamente al orden jurídico, desde que ya produjo la incompatibilidad de las acciones individuales entre sí o con relación a los fines colectivos, que la sociedad persigue y que está obligada a alcanzar y salvaguardar.

La involuntariedad del acto agrava la situación, creada por la transgresión, al individuo que sufre sus consecuencias irreparables, justamente, por la irresponsabilidad del agente y no la modifica con relación a la colectividad social, cuyo orden jurídico ha sido perturbado, ya que no puede restablecerlo por la aplicación de la sanción creada para hacer respetar la norma violada. Por ello, se ve obligada, en múltiples casos, a recurrir a *sustitutivos* que tienden, más a prevenir en lo futuro la comisión de hechos semejantes por el mis-

mo transgresor, que a la aplicación de un pena, como son todas aquellas medidas que establecen los nuevos códigos penales, determinadas por las circunstancias individuales, particularísimas del agente, que lo colocan en el llamado “estado peligroso”.

Aquella es la razón por qué, en los casos de actos involuntarios de esa especie, no se dice “no hay delito”, sino “no son punibles” (Código penal argentino, artículo 34); el mismo Código civil, no obstante ubicar los actos ilícitos entre los actos voluntarios, o sea, entre los ejecutados con discernimiento, intención y libertad (artículos 897 y 1066), al referirse a los llevados a cabo por personas sin voluntad, como los dementes y los menores de diez años, se limita a declarar que “no son responsables de los perjuicios que causaren”; de manera que la voluntariedad del acto es solamente un factor de su imputabilidad a su autor, incapaz de modificar los efectos propios de la transgresión, como perturbadora del orden jurídico.

No obstante ello, y considerando lo ilícito desde el punto de vista de su imputabilidad — es el que interesa al derecho en cuanto crea responsabilidades — podemos fijar como elementos esenciales y comunes a toda especie de actos ilícitos, los siguientes:

a) Uno *objetivo*, que consiste en el acto injustamente omitido o realizado y que la disposición legal ordena o prohíbe, respectivamente, bajo la amenaza de una sanción;

b) Otro *subjetivo*, que se refiere a la voluntariedad del acto y a la conciencia o a la posibilidad de tenerla, respecto de sus consecuencias.

### 3 — LO LÍCITO Y LO ILÍCITO Y MODOS DE REALIZARLOS.

La regla general en materia de actos es que todos los que no están prohibidos están permitidos.

Concordantemente con dicha regla, un precepto constitucional, el del art. 19—base y fundamento de todas las instituciones fundadas bajo su amparo—ha establecido que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”; y dentro de esta norma cimental, el artículo 53 del Código civil, refiriéndose a la capacidad de las personas de existencia visible, a su vez, ha dicho que a éstas “les son

permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos"; de manera que la actividad humana, dentro del orden jurídico, no tendría más límite que la prohibición.

Cuando la ley habla de prohibición, lo hace en el concepto enunciado más arriba (nota 8); porque la libertad de acción "se la restringe tanto, prohibiéndose actos que sin la prohibición sería posible practicar, como exigiéndose actos que sin una ley imperativa, podrían dejarse de practicar" (14).

Lo lícito sería pues, *todo lo no prohibido, expresamente por la ley* y lo ilícito, todo lo prohibido expresamente por ella. Aquélla se realiza, ordinariamente, por acción, salvo casos excepcionales; mientras que ésto puede serlo por acción o por omisión.

Los actos ilícitos, cualquiera que sea su especie — delitos o cuasidelitos — pueden consumarse por acción o por omisión. Por ello, el precepto del artículo 1073, aplicable a una y otra especie de actos ilícitos, a virtud de la disposición del artículo 1108, establece que "el delito puede ser un hecho negativo o de omisión o un hecho positivo"; de manera que el acto ilícito puede revestir la forma de acción o de omisión; pero para que lo constituya, es necesario, en cuanto a la acción, que la ley la prohíba y, en cuanto a la omisión, que la misma ley imponga al agente "la obligación de cumplir el hecho omitido" (artículos 1066 y 1074).

"Los actos lícitos *son acciones*, y como tales se consideran aún los de la expresión tácita de la voluntad. Los actos ilícitos pueden ser acciones u omisiones, *acciones* cuando se hace lo que la ley prohíbe, *omisiones* cuando no se hace lo que la ley manda. Los actos lícitos son acciones no prohibidas por la ley, los actos ilícitos siempre son acciones u omisiones prohibidas. Los actos lícitos sólo se consideran en el derecho cuando pueden producir alguna adquisición, modificación o extinción de derechos u obligaciones. En los actos ilícitos no hay distinción que hacer. Su objeto es antijurídico, pero sus consecuencias jurídicas están subentendidas" (15).

La doctrina expuesta por Freitas en el párrafo transcripto, reproducido por Vélez Sársfield en la nota (a) al título "De los actos ilícitos", es contraria en lo que se refiere a los actos lícitos al

(14) Augusto TEIXEIRA de FREITAS: "Esboço", nota al art. 36.

(15) Ib. Id.: Op. cit., nota al Art. 444.

precepto claro y preciso del artículo 945 que divide los actos jurídicos — que son por definición *actos lícitos* — en positivos y negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto para que un derecho comience o acabe, los cuales no podrían ser obrados por *omisión*, a estar a las conclusiones a que llega Freitas en la transcripción anterior; pero la verdad se encuentra en el artículo 945, desde que existen *omisiones lícitas con efectos jurídicos*, por ejemplo: Entre los actos jurídicos, está el de la extinción de las obligaciones de *no hacer* la que se opera por una abstención voluntaria lícita, realizada con el propósito de liberarse, al mismo tiempo que de extinguir el derecho del acreedor; y entre los actos ilícitos con efectos jurídicos, que no son actos jurídicos, se encuentra la abstención del propietario o del acreedor durante el tiempo necesario para que la prescripción se opere, que permite la adquisición del derecho por el poseedor o la liberación del deudor y, correlativamente, la extinción de los derechos del propietario o del acreedor.

Demostrando lo inexacto de la afirmación de Freitas, aceptada por Vélez Sársfield, para distinguir lo lícito de lo ilícito, no podemos buscar la diferencia en el carácter del acto — positivo o negativo — sino que tendremos que referirnos al elemento objetivo, o sea a la disposición legal que lo rige, y ver si está o no prohibido por ella, y según que exista o no la prohibición directa o indirecta, con relación al acto obrado, éste será, respectivamente, lícito o ilícito.

#### 4 — ILÍCITO CRIMINAL E ILÍCITO CIVIL.

Desde el punto de vista del doble aspecto de la convivencia social que contempla la regla de derecho absoluta, fácil parece distinguir lo ilícito criminal de lo ilícito civil, no obstante la identidad esencial del propósito que persigue en ambos casos, la norma sancionadora: El mantenimiento del orden jurídico, aunque sean diversos los medios empleados a ese objeto.

Cuando la regla transgredida se refiera a las relaciones de convivencia y de compatibilidad de las actividades de los particulares entre sí, habrá ilícito civil, y cuando aquélla verse sobre la conducta que los individuos deben observar con relación al todo social, habrá ilícito criminal, o sea, como se ha dicho: “El delito civil no debe confundirse con el penal; éste lesiona el interés social, mien-

tras que en aquél no hay ofensa más que al derecho individual” (16).

Esta distinción no está exenta de críticas, más o menos fundadas, no en lo que respecta a lo fundamental de la distinción, que conceptuamos verdadero desde que parte de aquello que constituye lo permanente e invariable de la naturaleza y carácter de los hechos que la norma considera en uno y otro caso, sino en razón de las dificultades prácticas que se presentan para establecer específicamente cuándo hay transgresión al interés social únicamente y cuándo la hay, exclusivamente, al interés individual.

El distingo que se ha hecho en consideración a la forma de la violación o al ánimo que mueve al autor de la infracción vuelve, abiertamente, la espalda a la realidad que objetivan los hechos: Así, se ha demostrado que las mismas formas de transgredir la norma pueden ser empleadas para llevar a cabo lo ilícito en ambas especies y que el dolo no es factor privativo de lo ilícito criminal (17).

Es indiscutible que existe un *dolo civil*, cuyos caracteres, hemos afirmado por nuestra parte, que son más graves, en ciertos casos, que en el dolo criminal (18); por lo cual tampoco podría hacerse la distinción sobre la base de la gravedad de los hechos constitutivos de la infracción, en cuanto capaces o aptos para vencer las cautelas ordinarias, como medios para prevenir o evitar el avance ilegítimo de otro dentro de la esfera de nuestro propio derecho.

Manteniendo pues, la diferenciación teórica de lo ilícito criminal con lo ilícito civil sobre la regla básica enunciada, dentro de un orden práctico, presentaremos un diferente aspecto de ambos ilícitos que, si no es valedero para fundar una distinción de aquella especie, servirá para caracterizarlo por condiciones que no son comunes en el concepto de la ley positiva, conforme a la cual hay actos ilícitos que son, al mismo tiempo, civiles y criminales y actos ilícitos criminales que no lo son civilmente y viceversa.

Para que exista un acto ilícito civil es preciso que además de los elementos *objetivo* y *subjetivo* comunes a todo ilícito, éstos se complementen con un nuevo elemento que les es específico, que cons-

(16) FRANCISCO RICCI: “*Derecho civil teórico y práctico*”, ed. esp., tom. 13, No. 84. — F. LAURENT: “*Principes de droit civil français*”, tom. XX, No. 385. — DEMO-LOMBE: “*Cours de Code Napoléon*”, tom. XXXII, No. 454.

(17) FEDERICO CASTEJÓN: Op. cit., págs. 17 y 19.

(18) “*La voluntad jurídica*”, No. 65.

tituye su *elemento externo*, el que se caracteriza por un daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar; al paso que para la existencia de lo ilícito criminal, no es necesario que se produzca un daño, es suficiente que la violación de la norma que ordena o prohíbe se verifique por un hecho imputable al agente; de manera que ambos tienen de común los elementos objetivo y subjetivo y se diferencian prácticamente por el elemento externo que puede o no existir en los actos ilícitos del derecho criminal; y en consecuencia, donde no hay un daño causado u otro hecho exterior que lo pueda causar, puede afirmarse con certidumbre que no hay un acto ilícito civil. Por ejemplo: La tentativa, cuando no se ha desistido voluntariamente de ella, así como el abuso de armas, aunque no se hiera a nadie, son delitos criminales (artículos 42, 43, 104 y 105 Código penal) y sin embargo, no constituyen delitos civiles, en cuanto no han causado daño.

Lo ilícito criminal trae aparejada la aplicación de una pena al agresor, juntamente con la obligación de reparar el daño patrimonial o moral que hubiere causado. Lo ilícito civil, exclusivamente, sólo obliga a reparar el daño patrimonial que con él se hubiere ocasionado, no como pena, sino como indemnización, y si el acto reúne ambos caracteres, es independiente la aplicación de la pena, de la condena a resarcimiento.

En lo ilícito criminal debe existir siempre absoluta identidad entre el autor material o moral del hecho y el condenado. En lo ilícito civil pueden ser diversas la persona autora del hecho y el condenado a indemnizar y así, por razones múltiples — individuales o sociales — la ley impone a alguien la obligación de responder por las consecuencias perjudiciales de los hechos ajenos y hasta por el de las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado.

Se dirá — y lo hemos demostrado en otra oportunidad — que el condenado a indemnizar es autor por culpa de ese hecho y que de ésta, que es suya, surge la obligación de reparar; pero aceptada la verdad de la doctrina, como no puede dejar de serlo, resulta que el Código penal—en el sistema por él adoptado para legislar la penalidad del acto culposo, juntamente con cada hecho reprobado—lo castiga siempre que sea consecuencia de un hecho culpable o negligente del *mismo autor* del hecho inculpatado; y que no legisla un

solo supuesto en el que por negligencia *de uno*, se haya hecho posible la comisión del delito *por otro*.

En efecto: La pena, invariablemente, se impone al mismo que por su imprudencia o negligencia *realiza* el hecho prohibido, como se ve en los casos en que se *matare* o se *causare* a otro algún daño en el cuerpo o en la salud; en que se *causare* un incendio u otros estragos, un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en el capítulo respectivo (artículos 84, 94, 189 y 196 Código penal); en que se *envenenare* o *adulterare* aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales; en que se *vendiere*, *entregare* o *distribuyere* medicamentos peligrosos para la salud; en que se *propagare* una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas (artículo 203 C. P.); en que se *diere* a conocer los secretos que la ley menciona o cuando un funcionario *favoreciere* la evasión de un detenido (Arts. 223 y 281 C. P.), etc. En todos estos casos, el autor del delito y por ende, el responsable es — como se ha dicho — la misma persona que por su culpa realiza esos hechos.

Sin embargo, cuando por nuestra culpa o imprudencia se hace posible la comisión de un delito del derecho criminal *por otra persona*, si es verdad que no estamos sujetos a una responsabilidad de esta especie, ello no importa liberarnos de la responsabilidad civil consiguiente por el daño que el delito ha ocasionado a la víctima, lo que comprueba — una vez más — la verdad de la tesis enunciada.

##### 5 — CARACTERES COMUNES AL ACTO ILÍCITO CRIMINAL Y CIVIL.

No obstante las diferencias anotadas entre el acto ilícito criminal y el civil, podemos marcar caracteres comunes a uno y otro que han hecho que en tiempos primitivos se los confundiese hasta tal punto, que la reparación revestía las modalidades de una pena privada, cuya efectividad sólo tenía lugar si la reclamaba el ofendido.

En uno y otro ilícito es indispensable la existencia de un acto — positivo o negativo — realizado, no solamente sin derecho, sino también en contra del derecho de otro: *agere sine iure, id est contra ius*; es preciso que el límite fijado por la norma de derecho a las

actividades personales sea ultrapasado y además, que con esa extralimitación se ofenda un derecho individual o social.

El acto, por otra parte, debe ser voluntario y sus consecuencias imputables al agente en razón de su dolo o de su culpa, porque si le faltase el conocimiento del acto y de sus consecuencias o no lo hubiera podido tener, a pesar de la atención y diligencia empleadas para alcanzarlo, no habría ilícito ni civil ni criminal, en cuanto imputable.

La diferenciación aparece desde el momento que se considera, como lo hemos dicho, la naturaleza de la ley violada y si el acto ha producido o es capaz de producir un perjuicio susceptible de valoración pecuniaria.

Así, son comunes a los ilícitos civil y criminal los elementos objetivo y subjetivo, ya que el daño que caracteriza a lo ilícito civil puede existir en lo ilícito criminal, aunque éste no lo tiene como elemento esencial, como ya se ha dicho.

#### 6 — EL ACTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

Acto ilícito, dentro de los preceptos y doctrina del Código civil, es todo acto voluntario que hubiese causado un daño a alguien u otro acto exterior que lo pueda causar, expresamente prohibido por disposición de autoridad competente, e imputable al agente en razón de su dolo, culpa o negligencia.

La definición que se acaba de estampar en el *abstractum* del precepto de los artículos 1066 y 1067 que, respectivamente, establecen: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”. “No habrá acto ilícito para los efectos de este Código si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

En primer término, según reza la disposición del artículo 1066, el acto *debe ser expresamente prohibido por “las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía”*, terminología esta última que, por inexacta e incompleta, como lo demostramos en segui-

da, hemos sustituido por la más comprensiva: “por disposición emanada de autoridad competente”.

La enumeración hecha en el artículo, tomada a la letra, parecería no comprender, entre los actos ilícitos, otros que los ejecutados en contravención a “las leyes ordinarias, municipales y reglamentos de policía”, dejando fuera de la definición los realizados en contra de los decretos o resoluciones del poder ejecutivo o del poder judicial de la Nación o de las provincias, aunque ellos fuesen dictados en uso de las facultades que la respectiva constitución o ley les atribuyen; pero tal interpretación, al restringir la órbita de lo ilícito, se volvería en contra del espíritu que anima la disposición.

Ésta fué tomada de los artículos 822 y 823 del Proyecto de Freitas que respectivamente establecen: “Ningún hecho voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por la ley” y “A ningún acto ilícito será aplicable ninguna pena o sanción de este Código si no hay una disposición de la ley que la haya impuesto”; de manera que el calificativo “*ordinarias*”, agregado al sustantivo leyes, y lo referente a leyes “municipales y reglamentos de policía” no están en la fuente, y dado que no son leyes, en su concepto técnico, las resoluciones municipales y los reglamentos de policía, lo agregado no puede considerarse como una enumeración taxativa, sino, simplemente, como una ejemplificación que permite comprender en la definición, por una interpretación analógica, las resoluciones de autoridades que como las policiales o municipales, no dictan leyes, cuando las expiden dichas autoridades dentro del círculo de sus atribuciones constitucionales o legales.

Leyes ordinarias, en contraposición a leyes constitucionales, en su sentido corriente, son las dictadas por el poder legislativo: *Stricto sensu*, no serían leyes las disposiciones dictadas por las municipalidades y, mucho menos, los llamados edictos de policía. Por lo tanto, con esa enumeración, simplemente, se habría querido manifestar que no sólo son actos ilícitos los realizados en contra de la prohibición de aquéllas, sino también todos los prohibidos por autoridad con atribución constitucional o legal para hacerlo, porque desde el momento que una autoridad procede a fijar normas de conducta de conformidad con las atribuciones y deberes que le son propios, sus resoluciones obligan como la ley misma que le atribuye dicha facultad.

Esto es una consecuencia del concepto de la ley, fijado *lato sensu*, como una regla establecida por la autoridad que, de acuerdo con la constitución política, tiene el poder de mandar, prohibir o permitir en toda la extensión del Estado <sup>(19)</sup>, o como una regla establecida por una autoridad a la cual se está obligado a obedecer <sup>(20)</sup> y, por lo tanto, es de acuerdo con este concepto como debe ser entendida la palabra *ley* cuando se aplique a las relaciones que surgen de los hechos, materia de este tratado.

Queda, así, justificado el contenido de la definición que hemos dado del acto ilícito, en cuanto a su elemento objetivo, la que se encuentra, por otra parte, apoyada entre nosotros, por la grande autoridad de Segovia, quien afirma que “parece que toda disposición prohibitiva dictada por autoridad competente, debe constituir ilícito un acto” <sup>(21)</sup>.

Para formar un cabal concepto de la definición, es necesario profundizar el análisis de sus términos, único método capaz de llevarnos a la plena posesión de la verdad, sobre asunto de tanta trascendencia en el derecho civil.

El precepto del artículo 1066 parece exigir, para que el acto sea ilícito, no solamente que él sea prohibido, sino que lo sea *expresamente*, lo que supondría una previa enunciación de los actos prohibidos u ordenados, de conformidad a la doctrina más arriba expuesta (nota 8), ya que la regla es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, o como dice el artículo 53 del Código Civil, refiriéndose a las personas de existencia visible, que “les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren *expresamente* prohibidos” y, en consecuencia, quien realizase un acto o dejase de cumplir otro no comprendido en el catálogo de actos prohibidos, directa o indi-

(19) DEMOLOMBE: Op. cit., tom. I, No. 2.

(20) Alexandre DURANTON: “Cours de droit français suivant le Code civil”, tom. I, No. 29.

(21) *Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, nota 1 al art. 1067.—Raimundo SALVAT: “Tratado de derecho civil argentino” — Parte general — ed. 1925, No. 16. — ZACHARLÆ: “La droit civil français”, tom. I, § 29, nota 2. — DURANTON: Op. y tom. cit., No. 77. — *El Código penal* — Ser. apartado, artículo 77 — establece que “le expresión “reglamentos y ordenanzas” comprende todas las disposiciones de carácter general, dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten”.

rectamente, aunque fuese perjudicial a alguien, no obraría ilícitamente dentro de los términos literales de la definición legal.

Según ella, la ley prohibitiva viene a ser elemento objetivo del acto ilícito, como se ha dicho, de manera que en ausencia de una ley de esta especie, al acto dañoso, culpable o doloso, le faltaría uno de sus factores esenciales para quedar comprendido en la definición de los actos ilícitos.

Aun considerando, como lo hemos hecho, que el mandato lleva en sí la prohibición de abstenerse de obrar el acto ordenado, siempre sería también precisa la catalogación de los actos ordenados, así como la de los prohibidos y sólo la abstención o la acción en contra de lo ordenado o de lo prohibido sería ilícita.

Cuando se habla en la ley de actos *expresamente prohibidos*, se querría decir que los que no se encuentran en esas condiciones no entran en la categoría de los actos así calificados, por más motivos de semejanza que una interpretación analógica pudiera descubrir entre los *expresamente prohibidos* y los no comprendidos, enumeradamente en la prohibición expresa — directa o indirecta — ya que, como se ha recordado, a las personas de existencia visible “les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren *expresamente prohibidos*”, regla que es base y fundamento de la libertad civil; regla que al estrechar el círculo de la interpretación, parecería cerrar con doble llave toda puerta que haga posible sustituir el criterio de la ley con el arbitrio judicial, informado en su espíritu o en razones de analogía.

Si a esto se agrega que el mismo artículo 1066 establece que “a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto”, se llegaría a las ineludibles conclusiones siguientes:

1° Que no hay para el Código civil acto ilícito sino cuando se ejecuta o se omite lo expresamente prohibido u ordenado, respectivamente;

2° Que aun cuando el acto fuere ilícito, no se le podrá aplicar pena o sanción si no hubiese una disposición de la ley que la hubiese impuesto;

3° Que habrían, en consecuencia, actos ilícitos civiles que pueden escapar a toda pena o sanción, igualmente civil.

La segunda y tercera conclusiones parten del supuesto que

puede existir un acto ilícito civil sin pena o sanción del Código, desde el momento que éste determina que sólo podrá aplicársele cuando la ley las hubiere impuesto.

En la realidad, siendo el daño condición esencial para que exista el acto ilícito civil, no queda uno solo sin pena o sanción del Código, ya que la responsabilidad que consagra el artículo 1109 comprende, en la amplitud de sus términos, a todos los hechos que ocasionen un daño a otro, cualquiera que sea la especie dentro de la cual se los ubique, incluso aquellos no comprendidos en una *prohibición expresa* de la ley; aún más, aquellos permitidos por la misma, darían lugar a la reparación del perjuicio, siempre que éste hubiera sido ocasionado por culpa o negligencia del agente del acto causa del daño, y con mayor razón si éste se hubiera producido con dolo, ya que siendo — como lo dice el mismo Vélez Sársfield — el dolo superior en sus efectos al error (nota al artículo 926), lo es también con mayor motivo, a la culpa.

La ley interviene, en el caso, para sancionar expresa y directamente la responsabilidad del autor del hecho perjudicial, y de una manera indirecta, si no la ilicitud del mismo, la de sus consecuencias, en cuanto establece una sanción en contra del que las produjo, porque ella no se concibe respecto de consecuencias lícitas, o sea de aquellas derivadas de actos realizados en virtud de un derecho propio o en cumplimiento de una obligación legal (artículo 1071) cuando en el daño que se causa a otro no hay culpa imputable al agente.

De esta manera se demuestra que la ilicitud del acto no depende exclusivamente de la circunstancia que sea ejecutado *en contra* de una disposición expresa de la ley que lo prohíbe o que lo ordena, sino que la ley tiene otra forma de declararla, cual es, la de establecer una sanción o una pena civil en contra de los que realizan cierta especie de actos que ella misma define y que producen una consecuencia ilícita, a pesar de ser ellos lícitos.

Lo mismo puede decirse de la nulidad, que es una sanción civil con que la ley fulmina ciertos actos, ya sea que previamente los haya prohibido u ordenado de una manera general o especial, ya sea que, independientemente de una disposición semejante, los declare nulos o anulables como, por ejemplo: En los casos de error, dolo o violencia en los que, sin existir disposición expresa que prohiba que se realicen actos en tales condiciones, los fulmina, sin em-

bargo, con una nulidad dependiente de sentencia (artículo 1045).

En consecuencia, los actos contrarios a una ley prohibitiva o imperativa, constituyen un grupo de actos ilícitos que podríamos llamar *por disposición expresa y directa*; al paso que otros resultan tales a virtud de la pena civil o de *la sanción* de responsabilidad que pesa en razón de su consecuencia sobre el acto o sobre la persona que lo ejecuta o que lo omite.

La estrechez de la definición del artículo 1066 queda así rota por otro precepto del Código que la complementa y que extiende la noción de lo ilícito a otros actos que aquellos designados expresamente en la disposición prohibitiva o imperativa emanada de autoridad competente, para comprender en la amplitud de su concepto todos aquellos actos que violan por sí o con sus consecuencias los principios fundamentales del derecho y que el mismo nunca deja sin sanción a pesar de no haberlos, previamente, prohibido u ordenado, o sea todo aquello que importa *agere sine iure, id est contra ius*.

Es condición además, dentro de la doctrina del Código civil, para la caracterización de lo ilícito civil, que haya un daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar, y que exista una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, de tal manera que éste sea, o pueda ser, la consecuencia de aquél. No es indispensable que el daño se haya producido ya, que sea presente, puesto que el daño futuro y cierto, que deba producirse como consecuencia de un acto ya realizado, basta para caracterizar la ilicitud de éste.

Por fin: El daño efectivo o posible, como consecuencia del acto consumado, debe ser imputable al autor del acto voluntario en razón de haber tenido o podido tener conocimiento de sus resultados perjudiciales al realizar el acto, que no otra cosa constituye, respectivamente, el dolo y la culpa de que nos habla el artículo 1066.

Sobre estas dos últimas condiciones haremos un estudio detenido en los capítulos en que expongamos el daño y la imputabilidad de los actos ilícitos.

## 7 — ES ACTO ILÍCITO EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ORIGEN CONTRACTUAL (22).

Resuelta la cuestión de lo que debe entenderse por ley en cuanto constituye el elemento objetivo de los actos ilícitos civiles, se presenta este nuevo problema: Si el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los los contratos constituye, así mismo, un acto ilícito y, en su caso, si debe ser gobernado por los mismos principios que los actos ejecutados en violación de la ley normativa o absoluta.

En mi entender, hay un hecho previo que debe ser establecido con toda claridad, porque de su comprobación resultará la calificación propia del acto; ello, sin perjuicio de que puedan ser diversos los efectos de uno y otro ilícito, o sea, si el cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos está mandado imperativamente bajo la amenaza de una sanción o no.

El pago es el modo general por el cual se cumplen las obligaciones, cualquiera que sea su especie y origen, y si es cierto que existen otros modos de extinción de las mismas, lo es también que éstos no dependen exclusivamente de la voluntad del deudor, pues ellos importan, como en la novación, la transacción, la renuncia de los derechos del acreedor y la remisión de la deuda, actos jurídicos para cuya formación es necesaria la concurrencia de las voluntades de acreedor y deudor (artículos 801, 832, 868 y 876); o hechos que coloquen a éstos en el doble carácter de acreedor y deudor del uno con relación al otro, como en la compensación (artículo 818); o hechos extraños al deudor o al acreedor, o propios de uno y otro, como en la confusión (artículo 862); o en fin, hechos inimputables al deudor que hagan física o legalmente imposible el cumplimiento de la obligación, como en la imposibilidad del pago (artículo 888).

El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación; ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar o, como decía la máxima romana: *solutio est prestatio eius quod in obligatione est* (artículo 725). El deudor de-

(22) DEMOLOMBE—Op. cit., tom. 31, No. 450—sostiene que “la inexecución de la convención no constituye un delito en el sentido técnico de la palabra y que los daños y perjuicios a que puede dar lugar son la consecuencia del vínculo de derecho que existía entre los contratantes”.

be entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó, la que *debe* ser hecha en el lugar designado y en el día del vencimiento de la obligación (artículos 740, 747 y 750), mandato que corroboran los artículos 576 y 625.

Nos encontramos en presencia de una ley que manda qué cosa debe entregar el deudor, en qué lugar y en qué tiempo, o lo que es lo mismo — como lo hemos demostrado — de una prohibición de entregar una cosa distinta de la prometida, en un lugar y en un tiempo diversos de los convenidos o de los establecidos por la ley a falta de convención; de manera que el deudor que no cumple su obligación o que pretende cumplirla de un modo distinto al convenido, por un hecho que le es imputable, comete un acto ilícito ya por omisión, ya por acción, desde que obra en contra del mandato de la ley y, en consecuencia, su acto de incumplimiento — negativo o positivo — encuadra dentro de la definición que, de los actos ilícitos, surge del precepto de los artículos 1066 y 1076, más arriba transcritos.

La *iniuria* “puede consistir en una omisión, como en un hecho positivo, pues la omisión hácese una *iniuria* desde que se pone en relación con un hecho precedente que había establecido relaciones contractuales entre el omitente y la parte lesionada. Omitir aquello que *uno se ha obligado a hacer*, o hacer aquello que *uno tenía la obligación de no hacer*, es lo que constituye la *iniuria* en derecho romano” (23), o sea el elemento objetivo del acto ilícito, conforme a la definición general que trae la *Instituta*: “*generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit*” (24). Más expresivamente se ha dicho que “todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la *voluntad*, ya en la ley, es un hecho ilícito, y el agente debe responder por vía de relación especial cuando al elemento *objetivo*, que es el acto injustamente cometido (*non iure*), va unido el *subjetivo*, esto es, el estado particular de su ánimo con relación a una determinara *iniuria*” (25).

Freitas incluye, expresamente, en su *Esboço* entre los actos ilícitos las acciones contrarias a las obligaciones de los derechos per-

(23) J. P. MOLITOR: “*Les obligations en droit romain*”, ed. 1866, No. 185, pág. 22.

(24) *Instituta*: Lib. IV, Tít. IV, Proem.

(25) G. P. CHIRONI: “*Culpa contractual*”, ed. esp., No. 1.

sonales, con la denominación de *faltas*, como más adelante se verá (26).

La ilicitud del acto de incumplimiento de una obligación de origen contractual aparece de una manera evidente si tenemos en cuenta: 1°) que aquél puede ser imputable al autor en razón de su dolo o de su culpa y 2°) que el incumplimiento imputable tiene una sanción civil, cual es la obligación que la ley impone al deudor de indemnizar al acreedor, dentro de los límites establecidos por ella, los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado (artículos 506 y 511).

No es óbice a esta conclusión el precepto del artículo 1107, que establece que “los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este título (*De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*), si no degeneran en delitos del derecho criminal”; porque el precepto no se refiere a la naturaleza y carácter del hecho generador de la obligación, sino a los efectos allí reglados, o sean, los de los cuasidelitos, a veces, distintos de los del incumplimiento contractual, ya en lo que atañe al momento inicial, ya respecto de su intención, ya a las personas responsables, ya a la extinción de las acciones que generan.

En el incumplimiento antes dicho, la ilicitud aparece en el momento mismo en que él se produce en los casos en que no es necesaria la interpelación para que el deudor incurra en mora, y desde el momento de la interpelación en los demás; porque sólo desde entonces cae el deudor en la sanción que lo obliga a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que su incumplimiento le hubiese ocasionado (artículo 509).

Aun aceptada como valedera la doctrina que enseña que la obligación de indemnizar, en tal caso, surge de una convención accesoría implícitamente anexa a todo contrato, o sea, que deriva de la misma obligación que debía cumplirse (27), siempre tendremos que es de un hecho nuevo — el dolo o la culpa como causa de incum-

(26) Nota al artículo 445, *Intención*, No. 7 y Art. 825. — Ver BAUDRY-LACANTIERIE et BARDE: “*Traité théorique et pratique de droit civil français*”, 3<sup>em</sup> éd., tom. XIII, pág. 401, § 1289.

(27) V. MARCADÉ: “*Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*”, ed. 1859, sobre el artículo 1150, tom. IV, No. 521.

plimiento — de donde nace la obligación de indemnizar. La sanción en que incurre el deudor es consecuencia — no del pacto implícito — sino de lo reprobado de la causa de incumplimiento, y aunque ésta haya podido preverse en cuanto a sus efectos y hasta determinarse previamente el monto de la indemnización — única materia posible de la convención accesoria implícita — la situación no se cambia desde el momento que la obligación de indemnizar tiene su origen en el dolo o en la culpa, como acaba de decirse, de los cuales no puede ser dispensado el deudor en el momento de contraer la obligación, ello por razones obvias. Expresamente lo prohíbe el artículo 507 en lo que respecta al dolo, cuya disposición es aplicable, por paridad de motivos, a la culpa.

Nadie duda, por último, 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 esos 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 por ser ejecutados *sine iure, id est contra ius*, indudablemente tienen que ubicarse dentro de la segunda categoría, desde que el derecho no admite una especie diversa de las dos enunciadas.

Sustantivamente, ambos son dos aspectos del mismo ilícito y no la especie y el género, como afirma Giorgi (28). Presentan los mismos factores respecto de sus elementos esenciales de caracterización y son accidentales las diferencias que pudieran notarse entre uno y otro; porque se refieren a los efectos que la ley les atribuye, aunque en muchos casos idénticos (29), específicos y singulares en otros. Éstos ni siquiera son gradaciones cuantitativas de la responsabilidad las que, aun en caso de serlo, tampoco modificarían en sí la razón y fundamento del elemento externo sobre que recayeren. Sería cuestión de más o menos, entre la extensión cuantitativa de la indemnización que el agresor debe pagar a la víctima, según que el

(28) Jorge GIORGI: "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", ed. esp., tom. V, No. 140 ter., pág. 215.

(29) SAVIGNY — Op. cit. esp., tom. IV, § 211, pág. 38 — afirma que la obligación de reparar un perjuicio causado por un delito es de la misma naturaleza que la obligación resultante de un contrato.

daño se origine de la culpa contractual o de la culpa aquiliana o del dolo contractual o del dolo extracontractual, porque la indemnización tiene la misma extensión cuantitativa cuando emana de la obligación que engendran estas tres últimas figuras jurídicas, como se demostrará más adelante.

En presencia de disposición tan categórica como la del artículo 1107 y, no obstante que hubiera sido preferible una legislación común para regir el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos y de la ley que manda o prohíbe, dada la identidad sustancial de uno y otro, debemos atenernos a la regla que el precepto consagra, o sea, que si los hechos de incumplimiento de aquellas obligaciones no degeneran en delitos del derecho criminal, no quedan comprendidos en las disposiciones relativas a los cuasidelitos, por lo cual no nos será permitido eludirla en mira de hacerla responder a los principios jurídicos o filosóficos que proclaman aquella identidad.

A pesar de ello, tiene verdadera importancia jurídica la investigación que acabamos de realizar, no solamente desde un punto de vista doctrinario, sino también desde el de la aplicación práctica de los preceptos legales que rigen el incumplimiento de una y otra especie de obligaciones.

En verdad: Si es cierto que el Código civil legisla separadamente los efectos del acto ilícito de incumplimiento de las obligaciones de origen convencional de las provenientes de los delitos y de los cuasidelitos, establecida la identidad del hecho generador de unas y otras, ambas legislaciones deben complementarse en lo no previsto especialmente en cada una de ellas.

El artículo 16 del Código civil determina que “si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas”, etc.

*Leyes análogas* son las mismas leyes del Código que legislan instituciones o casos semejantes y no las leyes extranjeras que a semejantes casos o instituciones se refieren <sup>(30)</sup>, las cuales, con relación a nuestro país, quedan ubicadas dentro del derecho doctrinario, desde que careciendo de fuerza obligatoria no pueden con-

---

(30) Rodolfo RIVAROLA: “Instituciones de derecho civil argentino”, ed. MCMII, tom. I, Nos. 18 y 21.

siderarse como leyes entre nosotros, salvo los casos a que el mismo Código se refiere (artículo 13); y por lo tanto, si el Código no tiene precepto o el que tiene es obscuro en materia de incumplimiento contractual o en la de los actos ilícitos, se aplicarán supletoriamente unas u otras disposiciones; porque dada la identidad sustancial del hecho generador de la obligación en uno y otro caso, las respectivas leyes que los rigen son las leyes análogas de que nos habla el artículo 16 recordado. Esta conclusión está conforme, por otra parte, con el principio de interpretación que consagra la máxima: *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio; ubi eadem ratio, idem ius*. He aquí, uno de los tantos casos de aplicación práctica de la doctrina que consagra la ilicitud de los actos de incumplimiento de las obligaciones de origen contractual.

#### 8 — USO DEL DERECHO.

Si el acto ilícito consiste en *agere sine iure, id est contra ius*, no se concibe que el ejercicio de un derecho pueda ser contrario al derecho.

Esta idea, que ya formularon los jurisconsultos romanos diciendo en sentencias bien conocidas: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* <sup>(31)</sup>, o *Nemo damnum facit, nisi quid id fecit, quod facere ius non habet* <sup>(32)</sup>, ha sido incorporada a nuestra legislación civil por el artículo 1071 del Código civil, cuando establece que “el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Hemos dicho que el normal funcionamiento de las actividades del hombre exige que se desenvuelvan dentro del área que el derecho le asigna a cada una de esas actividades, de tal manera que se produzca su recíproca compatibilidad.

Desde el momento que una actividad—aunque ejercitada originariamente dentro de su propio radio—se introduce en el campo del derecho ajeno, estalla un conflicto entre el transgresor y la víc-

(31) GAIUS: *Digesto*: Lib. 50, Tit. 17, Ley 55.

(32) PAULUS: *Digesto*: Lib. 50, Tit. 17, Ley 151.

tima (33), poco importa que el choque se produzca en razón del ejercicio simultáneo por parte de uno y otro de los derechos de que eran titulares, o por el acto de uno solo en perjuicio de un derecho cuyo titular se limitaba a mantener su goce.

De aquí que el uso de un derecho propio sólo es legítimo cuando se mueve dentro de la órbita fijada por la ley, sin afectar el goce o el ejercicio del derecho ajeno, no debiendo confundirse, en este caso, el derecho con el interés no jurídicamente protegido, por más importante que sea éste, el que puede ser vulnerado con el ejercicio de un derecho, sin que dicho ejercicio se considere ilícito, cualquiera que sea el daño que ocasione, salvo que se lo haya ejercitado de una manera irregular o agravante (34), o que el daño se haya ocasionado por culpa o negligencia, no obstante que el acto en sí importase el ejercicio de un derecho.

Por eso, de la delimitación del área en la cual cada derecho puede y debe ejercitarse, surge claramente la obligación perfectamente jurídica que pesa sobre cada uno de no ultrapasarla ni con el hecho mismo de su ejercicio, ni con las consecuencias posibles que de él pueden derivarse, según las circunstancias de hecho, de lugar, tiempo, etc., lo que impone al titular del derecho la obligación de ejercitarlo con prudencia y atención a fin de no causar daño a otro, del cual deba responder.

El artículo 1071 contempla dos situaciones diversas, aunque ambas giran alrededor del mismo principio: La del ejercicio del derecho por parte del titular, y la del cumplimiento de una obligación legal por parte del obligado, considerando — en ambas situaciones — como ilícito el acto, cualesquiera consecuencias que hubiese producido, aunque fuesen dañosas a los intereses de alguien; ello, por supuesto, sin perjuicio del precepto del artículo 1109, que en nuestro entender lo complementa.

El ejercicio del derecho para que no pierda su carácter de acto lícito, debe verificarse dentro de los límites impuestos por la

---

(33) Lisandro SEGOVIA — “Código civil argentino anotado” — nota 836 — con razón afirma: “Los derechos son racionalmente armónicos y su conflicto no es posible, donde el uno acaba sólo puede empezar el otro, como las fincas antiguas que se tocan pero no se superponen. Ni cabe exceso en el ejercicio del propio derecho”.

(34) Lisandro SEGOVIA: “Código civil de la República Argentina con su explicación, etc”. — Nota 6 al Art. 1072.

ley, ya se refieran ellos a la extensión del derecho o al modo de ejercitarlo; y así, la licitud de aquel acto dependerá no solamente de que no haya extralimitación del derecho en sí; sino también de que se lo ejercite normalmente, empleándose al efecto los medios permitidos por la ley.

Los términos “ejercicio de un derecho propio”, empleados por la ley, comprenden la doble situación en que a su respecto puede encontrarse el titular del mismo, o sea, cuando lo pone en movimiento a fin de sacar de él el provecho o las ventajas que su goce trae aparejados o *la de la defensa del derecho* cuando media un atentado en su contra por parte de alguien, ya que una vez adquirido un derecho, abraza todas las fases del mismo desde su adquisición hasta su extinción, entre las cuales está su defensa <sup>(35)</sup>.

Ambas situaciones han sido contempladas por los incisos 4° y 6° del artículo 34 del Código penal para declarar que no son punibles los que obran en legítimo ejercicio o en defensa de sus derechos, siempre que concurren, en este último caso, las circunstancias que la disposición determina; de manera que tanto el ejercicio como la defensa del derecho se encuentran condicionadas por la ley.

El ejercicio del derecho debe así, realizarse por los medios y en los modos permitidos por la ley, lo que descarta, desde luego, la posibilidad de aprovecharlo por la fuerza, haciéndonos justicia a nosotros mismos cuando él nos es desconocido, salvo casos excepcionales, como el del artículo 2470 del C. C. por ejemplo, que autoriza a repeler la fuerza con la fuerza para protegerse en la posesión propia cuando los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde <sup>(36)</sup>.

Como lo dijimos, el ejercicio propiamente dicho o la defensa del derecho, para que libere de responsabilidad al titular cuando causa un daño a otro, es preciso que se hayan verificado con la debida diligencia y atención para evitarlo; por ejemplo: Si el dueño de un campo lo incendia para limpiarlo de yerbas perjudiciales sin tomar las precauciones necesarias a fin de que el fuego no se propague en las propiedades vecinas, responde del perjuicio que cause

---

(35) VELEZ SANSFIELD: Nota al artículo 52 del C. C.

(36) MACHADO: Op. cit., comentario al Art. 1071.

a éstas si en razón de esa falta de diligencia el fuego pasa y quema su arboleda (37). En la misma responsabilidad incurriría si recurriese a otros medios que a los legales para ejercitar el derecho.

En la misma línea que “el ejercicio de un derecho propio”, la ley coloca “el cumplimiento de una obligación legal”, en cuyo número se encuentran las de los funcionarios públicos (38) y las de las personas que en razón de su cargo tienen deberes legales que cumplir con relación a otras que les están sometidas, como ser los tutores, padres, maridos y curadores, o aquellas que están sujetas a obediencia debida.

Se ha dicho, con verdad, que la obediencia debida está incluida en el cumplimiento del deber y éste, a su vez, en el legítimo ejercicio de la autoridad o cargo, y que los dos primeros no constituyen nada más que especificaciones genéricas del último (39); de manera que los tres casos enunciados pueden reducirse a uno solo, *el del cumplimiento de una obligación legal* de que nos habla el artículo 1071 que venimos estudiando, sustancialmente idéntico, por otra parte, a los incisos 4° y 5° del artículo 34 del Código penal. Así, como el que se limita a ejercer un derecho o a defenderlo, aunque cause perjuicio a alguien no incurre en responsabilidad, tampoco es responsable de los perjuicios que causare quien se concreta a cumplir con una obligación impuesta por la ley con motivo de la autoridad o cargo que ejerce o desempeña.

Pero para que sea lícito el ejercicio o la defensa de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal, no basta que el agente no exceda los límites impuestos por la ley o por la autoridad — cuyas disposiciones equivalen a la ley cuando las dicta en la medida de sus facultades legales — sino que también es indispensable que no vaya con tal motivo, *más allá de los límites impuestos por la necesidad*, como claramente lo determina el artículo 35 del Código penal al punir con la pena del delito por culpa o imprudencia al que “hubiere excedido los límites impuestos por la

---

(37) Ib. Id. — Ch. BEUDANT: “*Les contrats et les obligations*”, pags. 757 y sigts., *second cas*.

(38) Baldomero LLERENA: “*Concordancias y comentarios del Código civil argentino*”, com. al art. 1071.

(39) GONZÁLEZ ROUDA: Op. cit., tom. II, pág. 58.

ley, por la autoridad o por *la necesidad*” y ello, después de haber establecido que no son punibles los que obraren en cumplimiento de un deber, en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, de obediencia debida, en defensa propia o de sus derechos, etc., lo que aclara y precisa el alcance de la disposición en cuanto a los casos que rige.

La disposición es de carácter general y comprende, en nuestro entender, todos los casos del artículo 34 en que sea posible su aplicación, entre los cuales están los que se acaban de enumerar y algún otro más, como el del inciso 7°, y no solamente los casos de legítima defensa, del estado de necesidad, o de la obediencia gerárquica, para los cuales aconsejaba el precepto del artículo 35 el penalista Herrera (40).

Así, no únicamente la extralimitación del ejercicio o de la defensa del derecho, etc., es lo que constituye la *iniuria* en el Código penal — que puede ser civil si causa perjuicio a alguien — sino que puede haber *iniuria* sin extralimitación, puesto que aunque la persona actúe dentro de la órbita de su propio derecho, si daña a otro sin necesidad determinada por el normal ejercicio del mismo, incurre en responsabilidad siempre que por otros medios no perjudiciales; pudo obtener el provecho correspondiente a su derecho o cumplir la obligación que la ley le imponía, conforme al papel llamado a desempeñar en la sociedad.

En consecuencia, podemos concluir que el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no pueden constituir como ilícito ningún acto, siempre que se obre dentro de los límites impuestos por la ley, por la autoridad o la necesidad y siempre que el daño que se cause no sea el resultado de la culpa o negligencia del agente o del modo irregular y agravante de ejercitar su derecho o su autoridad.

#### 9 — DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO.

El concepto individualista del derecho que postula que éste, como inherente a la naturaleza humana, comporta facultades y pre-

---

(40) Julio HERRERA: “*La reforma penal*”, pág. 483. — Rodolfo MORENO: “*El Código penal y sus antecedentes*”, tomo II, pág. 310.

rrogativas que constituyen un poder moral de obrar atribuído a una voluntad, en virtud del cual puede hacerse o exigirse algo, implica, necesariamente, que una vez ejercitado dentro de los límites marcados nadie tiene derecho a exigir cuenta al titular, no solamente sobre el modo cómo lo ejercitó, sino tampoco sobre cuál fué su intención en el momento de obrar. En suma, que nadie tiene derecho a preguntarle cómo y por qué lo ejercitó, aunque cause perjuicio a otro sin beneficio alguno para él y aunque al hacerlo haya tenido en mira ese daño.

La realidad, al mostrar que la cruda concepción individualista y al mismo tiempo metafísica del derecho, era el pabellón que cubría muchas injusticias, determina en el campo jurídico una reacción beneficiosa tendiente a corregirlas o a atenuarlas a base de considerar que el uso del derecho fuera de la necesidad determinada por su fin económico, individual o social, no debe ser permitido en cuanto es causa de un perjuicio a alguien.

De aquí se ha originado la doctrina que ha tomado la denominación de “*abuso del derecho*”, y que ha encontrado su consagración legislativa en los modernos códigos para el ex - imperio alemán, para la República Suiza y para la Rusia de los Soviets y a la cual teoría se la pretende poner en abierta contraposición con el principio consagrado por la máxima *qui suo iure utitur neminem lædit*, que acabamos de estudiar y que aún sigue siendo la base y el cimiento sobre que se asientan los modernos códigos civiles — menos el suizo, el ruso y el alemán, como queda dicho (41).

Los artículos 226 y 826 del Código alemán, en los cuales se ha creído encontrar el *abstractum* de la referida doctrina, establecen, respectivamente: “No es permitido ejercer un derecho cuando su ejercicio no puede tener otro objeto que perjudicar a otro”, y que “Aquél que contrariamente a las buenas costumbres, causa intencionalmente un daño a otra persona, está obligado hacia ésta a la reparación del perjuicio”.

Pero apenas se leen esos artículos, se nota que se fundamentan en un diverso factor de caracterización: Así, al paso que el primero — el 226 — funda la ilicitud del ejercicio del derecho en

(41) “*Código civil alemán*”: artículos 226 y 286. “*Código civil suizo*”: artículo 2 § 2. “*Código civil de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia*”: artículo 1°.

un *factor subjetivo* de difícil caracterización, cual es el objeto que se propone el titular al ejercerlo: “*perjudicar a otro*”; el segundo, — el 826 — la basa en un *factor eminentemente objetivo*: las buenas costumbres, cualesquiera objetos que el agente se haya propuesto alcanzar al realizarlo, haciendo predominar la materialidad del hecho sobre el punto de vista subjetivo (42).

En consecuencia, tendríamos que — según el artículo 226 — no sería ilícito más que el ejercicio de un derecho que no tiene otro objeto que perjudicar a alguien sin ninguna utilidad para el titular; mientras que, según el 826, el ejercicio del derecho sería abusivo, siempre que con él se hubiera causado conscientemente un daño, por un procedimiento reprobado por las costumbres: El atentado a las buenas costumbres prevalecería por sobre la conciencia del perjuicio; de tal suerte que aquél que usase de su derecho de manera repugnante al espíritu público, aun cuando el daño no fuera objeto exclusivo del acto por él perseguido, cometería un abuso del derecho, un acto ilícito (43).

Dentro de la doctrina que surge de los artículos transcriptos y consideraciones precedentes, Saleilles encuentra en su primer estudio, que “la verdadera fórmula sería aquella que viese el abuso del derecho en su ejercicio anormal y contrario al destino económico y social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que sobrepasa el contenido del derecho”, fórmula que, en su primera parte, repite el artículo 1º del Código civil ruso (44).

(42 y 43) Raymond SALEILLES: “*Étude sur la théorie générale de l'obligation*”, éd. 1923, pag. 72. — Virgile ROSSEL y F. H. MENTHA: “*Manuel de droit civil suisse*”, tom. I, pag. 67.

(44) Es de notar que la doctrina en sus aspectos capitales no es nueva, pues en un caso particular se encontraba expresamente legislada en una ley de las Partidas — Part. 3ª, Tít. 19, ley 26 — la que refiriéndose a los derechos tan absolutos del propietario sobre su cosa, como el de abrir un pozo aunque por ese hecho se cortasen las aguas que filtraban sobre el fundo vecino, secando los pozos o las fuentes que en él existiesen, después de copiar la ley romana le hacía esta adición, que Vélez Sársfield ha calificado de notable: “Fueras ende si este que la quiziesse facer, *non lo oviese menester, mas se moviese maliciosamente por facer mal o en gaño al otro*”; de manera que, según esta ley, que cuenta siete siglos de existencia, el uso de las facultades inherentes al derecho de propiedad se encontraba condicionado en su licitud, objetivamente por la *necesidad del titular*, y subjetivamente por el hecho de que éste procediese *sin malicia*, es decir, con recta y sana intención, de buena fe, al hacer uso de su derecho.

No hay diferencia entre el principio consagrado por la referida ley de Partidas, en el caso que legisla, y el más general y amplio contenido en los artículos 226 y 826 del Código civil alemán o el más vago y nebuloso del artículo 2 del

La razón de la fórmula se encontraría en el principio de que todo derecho es relativo desde el punto de vista social, y en que no hay derechos absolutos, ni aún el de propiedad.

Se pretende fundar esta teoría no solamente en la desviación del ejercicio del derecho de su fin económico o social, sino también en la idea de *riesgo* y concretando el fundamento, se ha dicho: 1° El acto que ultrapasa los límites asignados por la ley al titular de un derecho, es un acto ilícito que puede ser objeto de medidas preventivas y debe, si no ha podido prevenirse, dar lugar a una reparación en especie; 2° El acto realizado dentro de los límites legales responsabiliza a su autor, que si aprovecha los beneficios legales de su derecho, debe soportar los riesgos; pero el titular del derecho no puede ser considerado como autor responsable del acto cuando ha obrado según las circunstancias normales de su época y de su medio y no puede obligárselo sino a una reparación pecuniaria; 3° El acto normal en apariencia, pero realizado sin un fin u objeto útil y con intención de perjudicar, debe ser considerado como un acto anormal y responsabiliza a su autor a pesar de su legalidad objetiva (45).

En el desarrollo de la doctrina se ha llegado a sostener que *el abuso del derecho* ocupa un lugar intermedio entre el acto ilícito y el acto lícito; porque el acto lícito es uno ejecutado en ejercicio de un derecho y que no hiere ningún derecho, y el acto ilícito, el realizado sin derecho y que lesiona un derecho; mientras que el acto abusivo es el llevado a cabo en ejercicio de un derecho y que vulnera un derecho (46).

“El acto intencionalmente dañoso es un abuso del derecho, dice un jurisperito francés, no en razón de la intención que lo

---

Código civil suizo que dispone que “cada uno está obligado a ejercitar su derecho y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe”, y que “el manifiesto abusó del derecho no es protegido por la ley”.

Como se ve, la doctrina no es nueva en sus caracteres esenciales, ya que tiene un remoto antecedente en la ley de Partidas citada. En el libro había también sido insinuada por Larombière a mediados del siglo pasado al opinar que cuando se abusa de su derecho se incurre en responsabilidad — “*Théorie et pratique des Obligations*”, tom. V, pag. 692, éd. 1857.

(45) Georges RIPERT: “*L'exercice des droits et la responsabilité civile*” — “*Revue critique de législation et jurisprudence*”, año 1906, pág. 385.

(46) Marc DESSERTAUX: “*Abus des droits ou Conflit des droits*” — “*Revue trimestrielle de droit civil*”, año 1906, pág. 124.

inspira sino por sí mismo, porque constituye objetivamente un hecho anormal: Tendría el mismo carácter si el autor hubiese obrado sin malevolencia y no hubiese sido más que imprudente (47).

Los actos son lícitos o son ilícitos. No hay base jurídica alguna para establecer categorías intermedias, como lo hace Desserteaux. La cuestión es bien simple: Si los actos son permitidos son actos lícitos, si la ley los prohíbe o, sin prohibirlos expresamente, establece una pena o sanción para el caso de ejecución o de abstención, el acto es ilícito. En consecuencia, el acto llamado de abuso del derecho, necesariamente tiene que ubicarse en una de esas dos especies de actos y, como lo que se busca por la doctrina que lo sustenta es establecer en contra de aquél que lo realiza la responsabilidad por el perjuicio causado, es indudable que dicho acto constituye, por definición, un acto ilícito, vale decir, uno llevado a cabo *sine iure, id est contra ius*.

El que ejercita su derecho, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de la esfera, en el modo y en la forma determinados en la ley, no puede herir el derecho de otro, cuyo límite es límite del derecho ajeno, ya que no se conciben dos derechos iguales, en especie y contenido, de dos personas distintas, sobre el mismo objeto. De esto, que es axiomático, claramente se desprende que cuando se ocasiona un perjuicio a alguien y por el que deba responder el agente, o hubo extralimitación del derecho o se ejercitó en forma y modos distintos de los permitidos por la ley y ello, siempre que el perjuicio sea una consecuencia de esa extralimitación o de esa manera anormal de ejercitar el derecho, es decir, cuando existe entre éstas y el daño una relación de causa a efecto, como la que debe haber entre el hecho generador y el hecho generado.

Así, se ha dicho con penetración y justeza que la fórmula: "uso abusivo del derecho" es una logomaquia, porque si uso de mi derecho mi acto es lícito y porque cuando es *ilícito* es porque he extralimitado mi derecho; porque he obrado sin derecho, *iniuria*, como decía la *lex Aquilia*". "Es necesario no ser víctima de las palabras, se agrega, *el derecho cesa donde el abuso comienza*, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme y con-

(47) Joseph CHARMONT: "L'abus du droit" — "Revue trimestrielle de droit civil", año 1902, pág. 123.

trario al derecho (48). Este ha sido el golpe más recio asestado a la *denominación* empleada para designar la doctrina, impropriamente llamada de “*abuso del derecho*”; pero cuya denominación, cualquiera que sea su impropiedad, sirve para designar una teoría que se abre camino, no solamente en el derecho puro, sino en la legislación, como se ha visto.

Se afirma que “la observación sería exacta si fuese posible fijar con precisión dónde está el límite indiscutido del derecho; pero que como esto no es posible no hay exceso en emplear la expresión “*abuso del derecho*”, designando con esto todas las faltas, es decir, todos los actos dolosos, negligentes o imprudentes que una persona pueda realizar ejerciendo su derecho. Así, cualquiera que, con motivo del ejercicio del derecho, comete una falta de la que resulta un daño a otro, está obligado a repararlo”. Se sostiene, en seguida, que el ejercicio del derecho es culpable en los dos casos siguientes: “1º Cuando la persona que lo ejercita ha obrado únicamente con la intención de perjudicar y 2º Cuando ha cometido una imprudencia que un hombre muy diligente, colocado en la misma situación, no hubiera cometido”; pensándose que fuera de estos casos el ejercicio del derecho, aunque produzca un daño, no engendra la obligación de repararlo (49). En estas conclusiones se considera como comprendido en el llamado “*abuso del derecho*” el caso del que al ejercitar su derecho, por culpa o imprudencia, ocasiona un daño a otro, lo que nos parece equivocado, como se demostrará más adelante.

Reina conformidad entre los juriconsultos sobre la conclusión de que no hay derechos absolutos y que todos son relativos en cuanto están limitados en su extensión o sometidos en *su ejercicio* a condiciones diversas, ya por razones de orden social, moral, económico, y aún individual o ya, motivadas por el fin mismo del derecho de que se trata. Están así mismo conformes en que esas limitaciones y condiciones varían, modificándose o transformándose constantemente, como los mismos derechos, según las coloraciones que los fac-

(48) Marcel PLANIOL: “*Traité élémentaire de droit civil*”, 7me. éd., tom. II, pag. 278, No. 871 — León DUGUIT: “*Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón*”, ed. esp., pág. 193. — “*Traité de droit constitutionnel*”, éd. 1921, tom. I, pags. 175 y sigts.

(49) Ch. BEUDANT: “*Les contrats et les obligations*”, pág. 757.

tores económicos, morales o sociales imprimen a la vida colectiva en cada país y en cada época.

Esto justifica la doctrina que estudiamos en cuanto tiende a restringir el ejercicio del derecho, por los motivos que la fundan; pero de aquí a dejar al mero arbitrio judicial la facultad de establecer, sin una ley que la consagre de una manera clara y expresa, la ilicitud del ejercicio de un derecho reconocido, porque el titular puede tener en la intimidad de su conciencia el propósito de perjudicar <sup>(50)</sup>, o porque su ejercicio no le reporte alguna utilidad, o se desvíe del destino económico o social del derecho de que se trata, importaría tanto, como atribuir a los jueces el poder de legislar, lo que comportaría la inestabilidad de los mismos derechos cuya existencia se quiere garantizar, ya que sin ley que los extienda o que los limite, es muy difícil determinar el punto donde el derecho termina y la extralimitación o el abuso comienza.

Examinemos: ¿Cuál sería el carácter de un acto contrario al destino económico o social del derecho que se ejercita? La palabra destino habrá que tomarla, en la frase, con el significado de consagración de un derecho a un fin determinado; de manera que el derecho existirá o tendrá su razón de ser en su propio fin o destino o, usando la terminología de Duguit, según la función social que estuviese llamado a desempeñar; de manera que la desviación del ejercicio del derecho de su destino o función social o económica afectaría, en primer término, a la sociedad misma, puesto que esa actividad individual sería incompatible con los fines sociales, morales o económicos perseguidos por el Estado, entidad — como se dijo, No. 1, A — representativa del todo social y por lo tanto, el acto ilícito que tal desviación comportase, sería un acto ilícito criminal, desde que habríase producido con él una lesión al interés social; acto que, por otra

---

(50) BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE — *Traité théorique et pratique de droit civil*, tom. XV, No. 2854, pag. 539, 3me. éd. — afirman que aún los más autorizados partidarios de la doctrina del abuso del derecho estiman que éste no puede resultar de la *“simple intención de perjudicar”*, tanto porque sería muy difícil descubrir esta intención, cuanto que aquél a quien se reprochase haber abusado de su derecho alegaría siempre que tuvo un interés legítimo de hacer de su derecho el uso inculminado; de manera que el actor se vería obligado siempre a probar lo contrario, lo que no siendo posible prácticamente, la protección que pretende establecer la teoría quedaría ilusoria en el hecho.

parte, podría ser en segundo término, un ilícito civil si con él se hubiese ocasionado un daño a alguien.

Sucedará, a menudo, que un acto sin ser contrario al destino económico o social del derecho, se realice sin utilidad alguna para su titular y con perjuicio para otro, en cuyo caso no habría abuso del derecho de acuerdo con la fórmula de Saleilles antes recordada, y artículo 1° del Código civil ruso, de manera que escaparían a la protección de los principios de la doctrina situaciones que ella quiere tutelar.

Por eso, consideramos solamente como *abusivo* el ejercicio de un derecho cuando se realiza fuera de la necesidad determinada por su destino individual, sin utilidad para el titular, y con perjuicio para otro, circunstancias que, al caracterizar la doctrina, excluyen las limitaciones del derecho por razones de orden económico y social, tanto por el motivo apuntado, cuanto porque las determinadas por tales razones, son limitaciones específicas que contienen todas las legislaciones, mientras que aquellas otras de orden individual han sido, por lo común, olvidadas y es, justamente, este olvido el que debe tender a suplir, en nuestro concepto, la doctrina del abuso del derecho.

La doctrina trata de crear sobre las *limitaciones comunes y específicas* de cada derecho, una más amplia y general que las englobe y domine a todas; de tal manera que la licitud del acto no dependa exclusivamente de la circunstancia que haya sido realizado con las limitaciones *específicamente* establecidas por la ley para el derecho que se ejercita, sino que también esté dentro de la limitación general creada por la doctrina que se trata de hacer prevalecer, o sea, que *el ejercicio del derecho será ilícito cuando se efectúe fuera de la necesidad determinada por su destino individual y cuando al ejercitarse sin utilidad alguna para su titular, su ejercicio cause un daño a otro* (51).

(51) La primitiva fórmula de Saleilles o sea aquella que "veía el abuso del derecho en el ejercicio anormal del derecho, *ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo*, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que sobrepasa, en consecuencia, el contenido del derecho ha sido sustituida posteriormente por esta otra, semejante a la adoptada en el texto: "Un acto cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otro sin interés apreciable y legítimo para aquel que lo cumple, no puede constituir un ejercicio lícito de un derecho". "*De l'abus du droit*" — "*Bulletin de la Société d'études législatifs*", 1905, págs. 348 - 349 cit. de BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE: Op. y loc. cit.

Se elimina así, de la doctrina del abuso del derecho, su caracterización no sólo por el elemento objetivo, en cuanto acto contrario al fin económico o social del derecho, sino también por el elemento psicológico, en cuanto propósito de perjudicar, para dejar reducido este factor a la voluntariedad del acto. La circunstancia de no requerirse como elemento caracterizante el primeramente enunciado, no quiere decir que un acto contrario a dichos fines no pueda quedar comprendido dentro de los propósitos reparadores que la doctrina persigue, si con el acto se ocasiona un daño, porque si es considerado como ilícito, la existencia del perjuicio bastará para hacer surgir la obligación de indemnizar, desde que en razón del daño ese ilícito criminal, lo sería también civilmente.

La generalización de la doctrina contenida en la ley de Partidas, citada, en cuanto limitaba el derecho de propiedad, considerado como absoluto, a que el titular, al ejercitar en la materia a que se refiere "*lo oviese menester*" y no "*se moviese maliciosamente por hacer mal o engaño al otro*", marca, indudablemente, un avance prestigioso en la conciencia jurídica de la época presente, porque al restringir el ejercicio del derecho a los actos indispensables y requeridos para disfrutarlo individual o socialmente, obliga al titular a no privar sin necesidad a los demás, del disfrute de que podría excluirlos caprichosamente y con derecho, pero sin beneficio alguno para él y del que ellos aprovecharían sin perjuicio para nadie, en razón de la limitación que la doctrina proclama, cuya aceptación demuestra que desprendidos de los prejuicios individualistas, comenzamos por reconocer que el estado natural del hombre, no es la libertad, sino la solidaridad (52).

Autores franceses creen "que el artículo 1382 del Código Napoleón es bastante amplio para comprender hasta el abuso del derecho que, se agrega, no es más que una especie de acto ilícito". "Si el abuso del derecho tiene sus límites variados, según los casos, esto no constituye una objeción en contra de nuestra teoría, pues el límite del derecho se ubica diversamente según los intereses en presencia. El elemento subjetivo de la culpa varía según los casos, teniendo en cuenta que es necesario, sobre todo, refrenar o fomentar tal o cual género de actividad" (53).

(52) René DEMOGUE: Op. cit., tom. I, No. 10.

(53) René DEMOGUE: Op. cit., tom. IV, No. 681.

Sobre esta base, los tribunales franceses se han pronunciado aceptando unas veces la forma psicológica, y otras la material del abuso del derecho. En el primer sentido han mirado el hecho de una persona, realizado con el solo fin de perjudicar a otro sin interés para ella, y en el segundo, el acto de una persona que ocasiona un perjuicio a otro, *franqueando los límites materiales de un derecho* que le pertenece sin disputa y que en apariencia, solamente, reviste un carácter absoluto”, habiéndose hablado en este caso, durante largo tiempo de “ejercicio anormal” de un derecho más bien que de “un ejercicio abusivo”, para llegar progresivamente, al uso de esta última denominación (54).

En el Código civil argentino, el precepto del artículo 1109 es una reproducción de la doctrina de los artículos 1132 y 1133 del Código civil francés; de manera que, haciendo aplicación de la afirmación del profesor Demogue, en él cabría también hasta la doctrina del “abuso del derecho”.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple ni de tan fácil solución en nuestro derecho si consideramos, por un lado la disposición tan amplia y comprensiva del artículo 1071 — ya estudiada — y por otro, los elementos esenciales de la doctrina, conforme los acabamos de exponer.

El abuso del derecho se caracteriza por un acto de *ejercicio* de un derecho que ocasiona un daño a otro sin utilidad para su titular, de donde se hace derivar la obligación de indemnizar al perjudicado, independientemente de toda culpa del agente; mientras que el artículo 1109 legisla el caso del que, con cualquier motivo, ocasiona un daño a otro *por su culpa o imprudencia* aún ejercitando un derecho; de manera que el hecho generador de la obligación es la culpa o imprudencia del agente (55) y no el ejercicio mismo del derecho más allá de su utilidad con perjuicio de otro; y así, por ejemplo: Si pego fuego a mi campo por el placer de verlo arder y, a pesar de haber tomado todas las precauciones impuestas por las circunstancias, el fuego se propaga a la heredad vecina y ocasiona un perjuicio, no sería responsable de él, de conformidad al precepto del artículo 1109, porque su propagación no me sería imputable des-

(54) Julien BONNECASE: “*Supplément*” al “*Traité théorique et pratique de droit civil français*” por G. BAUDRY-LACANTINERIE, tom. III, pág. 377.

(55) Georges RIPERT: “*La règle morale dans les obligations civiles*”, 1925, No. 90.

de que no hubo culpa o imprudencia de mi parte; al paso que si doy fuego a mi campo con el propósito de limpiarlo de malezas o de insectos dañinos, a objeto de sembrarlo, y el fuego se extiende al fundo inmediato, por no haber tomado todas las precauciones necesarias, sería responsable de los daños que se ocasionasen al vecino; lo que demuestra que en el precepto del artículo 1109 no cabe la doctrina del abuso del derecho que, ya en su forma psicológica, ya en su forma material, prescinde de la culpa; porque en la primera exige la existencia del *dolo* cuando se la califica por “*un acto realizado al solo fin de perjudicar a otro*” y en la segunda, cuando se caracteriza “por haber franqueado por un acto voluntario los límites materiales de un derecho” para que surja la obligación de resarcir.

No obstante la amplitud del precepto del artículo 1109, que comprende no solamente los hechos perjudiciales realizados sin derecho y en contra del derecho, sino también los ejecutados con derecho, o sea en ejercicio de un derecho y que en razón de nuestra imprudencia o negligencia ocasionan un daño a otro, no es posible sostener que quepa dentro de su contenido la teoría del abuso del derecho por ser distintas las bases sobre que descansa el precepto del artículo y las que sustentan la doctrina, como se acaba de demostrar.

Tampoco es posible encontrar la aplicación de la doctrina en toda disposición que limite o restrinja un derecho, ya en mira de intereses sociales o económicos de orden superior o en mira de meros intereses individuales, como se ha hecho por alguno <sup>(56)</sup>, aunque ella tuviese su aplicación en algún caso particular por haber sido resuelto por la ley en tal sentido, de conformidad a los principios que sustentan la doctrina.

Por otra parte, siendo ilícito el acto abusivo del derecho, no es posible hacer aplicación analógica, desde que no hay más actos ilícitos que los expresamente definidos en la ley, y porque sostener lo contrario importaría tanto como pronunciarse en abierta contradicción con principios fundamentales de nuestro derecho, como los del artículo 19 de la C. N. y 53 del C. C. que establecen que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe; de manera que no pueden existir otros actos ilícitos

---

(56) José F. CASTIGLIONE: “*El abuso del derecho*”, ed. 1921.

generadores de responsabilidad, que aquellos contrarios al derecho objetivo y, por lo tanto, mientras éste no contenga una disposición expresa que establezca que los actos de ejercicio del derecho, sin beneficio para el titular y en perjuicio de otro, engendran la obligación de reparar este daño, no es posible hablar de su aplicación en nuestro derecho (57).

#### 10 — EL CÓDIGO PENAL Y EL CIVIL EN LA CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS.

Se ha distinguido el acto ilícito criminal del civil y al fijar sus caracteres diferenciales y los que les son comunes, se llega a la conclusión que, desde un punto de vista doctrinario, aunque ambos son especies de un mismo género, la diferencia se encuentra en el hecho que el primero comporta incompatibilidad de una actividad individual con los fines perseguidos por el Estado; y el segundo, la de actividades individuales entre sí; mientras que desde un punto de vista práctico, el acto ilícito civil se caracteriza por el daño causado u otro hecho exterior que lo pueda causar, el cual puede no existir en el ilícito criminal; de donde resulta que hay actos que producen al mismo tiempo la doble incompatibilidad de que acabamos de hablar, o sea, la de las actividades individuales entre sí, o las de éstas con los fines perseguidos por el Estado y que éste debe necesariamente cumplir como condición de su existencia.

Mientras que el derecho penal tiene como fin propio hacer reinar en las relaciones humanas el orden jurídico, eliminando del medio ambiente social los sujetos que por su inadaptabilidad o peligrosidad lo perturban o comprometen, el derecho civil tiende a la misma finalidad al legislar sobre los actos ilícitos; pero por un medio bien

---

(57) Se ha distinguido en un caso jurisprudencial el daño causado por un cuasidelito del ocasionado por el abuso del ejercicio de un derecho, para llegar a la conclusión que cuando el daño es ocasionado por éste, no corresponde la imposición de costas. "*Jurisprudencia argentina*" tom. II, pág. 601. Se trataba de una demanda fundada en el precepto del artículo 2618 y la sentencia declara que el ruido, su intensidad y duración con la calidad de intolerable a que se refiere el artículo se encuentra comprobado, así como el perjuicio causado en el valor locativo de la finca lindera; de manera que no se trataba de un acto que con esas calidades, tuviera derecho de realizar el demandado, ni tampoco que el industrial lo realizase sin beneficio para él y en perjuicio del vecino y, por lo tanto, no es el caso de la doctrina del abuso del derecho, sino simplemente, del empleo por la sentencia de una denominación inapropiada.

distinto, cual es el de restablecerlo mediante indemnizaciones que soporta el patrimonio de aquél que lo perturbó (58).

Aunque se ha suprimido del actual Código penal la definición de delito que contenían los anteriores, la doctrina y el mismo Código, substancialmente, la mantienen en cuanto consideran como delito o falta toda acción u omisión penada por la ley, definición exactamente igual en su contenido subjetivo y objetivo a la de acto ilícito, que nos da el Código civil y que ya hemos estudiado.

En cuanto a la subdivisión de los actos ilícitos que hace el Código civil en delitos y cuasidelitos, según que el daño se haya ocasionado por dolo o por simple culpa o imprudencia, también la hallamos en el Código penal; si bien bajo la denominación general de “*delito*”; pero con distintos caracteres y penalidad, ya que es diversa la pena del delito intencional de la del *delito culposo*, equivalente, éste, al cuasidelito civil (59). Tanto el delito intencional como el delito por imprudencia, son delitos del derecho criminal, variando solamente la penalidad, como se dijo.

La base de la imputabilidad de los actos es la misma en el derecho civil que en el penal y ello, a pesar de que lo que este derecho busca no es el castigo, sino la defensa de la sociedad por medio de la pena, de los moralmente responsables y por medio de las medidas de seguridad, del moralmente irresponsable (60). No obstante, si bien se observa, no son punibles todas aquellas personas que en el momento del obrar carecían de discernimiento o de la libertad física o moral para que el acto pudiera serles atribuído (artículo 34 C. P.);

(58) R. GARRAUD: — “*Droit pénal français*”, tom. I, No. 32 — sostiene que en el comienzo de su evolución, el derecho penal y el civil son idénticos, y que nacidos de la necesidad de proteger el derecho, se confunden, desde luego, para coordinarse, en seguida; pero que la separación absoluta del *derecho privado* y del *derecho penal*, es decir, de la *justicia reparadora* y de la *justicia penal* es, en las legislaciones modernas, el término de una evolución que se persigue desde hace muchos siglos.

(59) C. BUFNOIR — “*Propriété et Contrat*”, éd. 1924, pag. 804 — sostiene que puede suceder frecuentemente que una imprudencia, y hasta una omisión, constituya un delito penal, el que es considerado como los otros delitos, salvo en lo que se refiere a la pena, ya que caracterizándose el delito penal por la pena, no se debe distinguir subjetivamente, si el agente quiso o no quiso el acto, o sea que se haya cometido con intención o por imprudencia, pues esto no constituye una diferencia de naturaleza desde el punto de vista del derecho penal; al paso que este mismo hecho — que es un delito criminal — no es más que un cuasidelito civil; porque en el campo del derecho civil, no existe diferencia en las consecuencias del hecho — por ser la misma la obligación de reparar — sino en sus elementos subjetivos.

(60) GONZÁLEZ ROURÁ: Op. cit., tom. I, pág. 276.

exactamente lo mismo que en el derecho civil, en el que la base de la responsabilidad del acto es la voluntad del agente en el momento de su realización.

Están excluidos del derecho criminal aquellos actos ilícitos que por su naturaleza, no son materia propia de dicha legislación, en cuanto con el agravio que causan no afectan más que intereses individuales; pero quedan comprendidos dentro de ella los que al mismo tiempo que menoscaban intereses individuales, alteran el orden social mantenido gracias a la compatibilidad de las acciones individuales con los fines perseguidos por el Estado, como se dijo.

Cuando un acto ilícito que causa un daño a otro encuadra dentro de los actos definidos y punidos por el Código penal, necesariamente será éste el que lo rija en todos sus efectos; de manera que habrá que atenerse a la legislación penal, tanto para establecer su imputabilidad, como para determinar las circunstancias tendientes a fijar su calificación legal y sus efectos.

De este modo se pone en evidencia la continuidad de los derechos penal y civil, a tal punto clara, que cuando se trata de hechos incriminados por aquel derecho, su comprobación y juzgamiento ha de hacerse de conformidad a sus reglas, y esas serán las bases sobre que descansa el juicio civil por indemnización de los daños e intereses que el hecho hubiese ocasionado a la víctima.

Es tan trascendente, a los efectos civiles, la conclusión a que llegue el derecho penal, que hay quien piensa que la definición de delito del Código civil debe subordinarse a la del Código penal; ello sin hacer distingo alguno, si no se quiere — se dice — introducir anarquía en la legislación, debiendo tomarse la palabra delito — se agrega — en la acepción del Código penal por ser posterior <sup>(61)</sup>. La conclusión es evidente cuando se trata de delitos criminales que causan un daño a alguien, porque no siendo el daño calificativo de esa especie de actos ilícitos, se definen por sus características de mayor importancia y trascendencia social, que les dan colorido y lo ubican dentro de la materia sobre que ese derecho legisla; por igual motivo, cuando la cuestión verse sobre un acto ilícito civil, exclusivamente, ha de prevalecer la definición del Código civil.

Toda la cuestión se reduce a dar preeminencia a cada legisla-

---

(61) MACHADO: Op. cit., com. al art. 1072.

ción, según sea la naturaleza del acto ilícito que se contemple, no olvidando que si es uno del derecho criminal, sus efectos civiles son regidos por el derecho civil, sin perjuicio de lo que establezca el Código penal cuando legisla sobre la indemnización del agravio que hubiere ocasionado (artículos 29 a 33 del C. P.), en cuyo caso, ambas legislaciones deben complementarse y suplirse, dando prelación a ley posterior, en cuanto derogatoria o ampliatoria de la anterior, por ser las dos emanadas del mismo poder público que las dictó en virtud de facultades propias.

#### 11 — LEY QUE RIGE EL ACTO ILÍCITO CON RELACIÓN AL TIEMPO.

A objeto de dilucidar este tema, la investigación ha de recaer, necesariamente, en primer término, sobre el derecho existente al tiempo de realizarse el acto y en segundo, sobre el efecto de una ley posterior en las consecuencias civiles de un delito del derecho criminal que, por disposición de la ley nueva, deja de ser tal.

Antes de todo, conviene marcar una vez más la distinción que se ha hecho entre los actos ilícitos criminales y los actos ilícitos civiles exclusivamente, como también recordar que los primeros afectan el orden público y los segundos el privado, no obstante perturbar ambos el orden jurídico.

Es efecto propio del principio de la irretroactividad de las leyes, consagrado por el artículo 3° del Código civil, que las leyes nuevas no pueden ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos (artículo 4044).

En este caso, el de los derechos adquiridos, la ley nueva no puede modificar los efectos jurídicos de los hechos sucedidos con anterioridad a su vigor, o cambiar con respecto a dichos hechos, su calificación legal en cuanto generadora de derechos y obligaciones; porque ello importaría tanto como ponerse en pugna con el principio universalmente reconocido como verdadero, o sea con aquél que establece que las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que ellas determinan, o desde el tiempo en que, en caso no lo hubieran determinado, deben entrar a regir (artículo 2°); de manera que, en términos generales, la ley que rige el acto ilícito es la vigente en el momento de su comisión. Esto es claro y no ofrece duda alguna, tanto por el motivo expresado en

lo que respecta al acto en sí, cuanto porque relativamente a la sanción es aplicable, también en lo civil, el axioma: *Nulla poena sine lege*.

Pero si la ley que lo regía fué derogada antes que la indemnización se hubiese alcanzado, cabe preguntarse: ¿En qué situación quedaría la víctima del mismo con relación a la indemnización que, según la ley anterior, tenía derecho de reclamar?

En el instante mismo que el daño se produce por un acto reprobado e imputable a su autor, según la ley vigente entonces, el agente del acto queda obligado a indemnizar a la víctima el monto del daño que le hubiera ocasionado, valuado en una suma de dinero en su oportunidad; de manera que desde el instante mismo en que el daño se ocasiona, el que lo sufre incorpora a su patrimonio un crédito por su importe, crédito que, por definición legal, constituye un bien, como todo derecho personal capaz de un valor en cambio (artículo 2312); que puede enajenar por la cesión, que forma parte de su acervo hereditario y trasmite a sus herederos, y del cual, como de sus cosas propias, no puede ser privado por la sola voluntad de otra persona y mucho menos por la de quien le produjo el perjuicio y que, por lo tanto, reúne en sí todos los caracteres y atributos de los derechos adquiridos.

En efecto: Con toda uniformidad los juriseconsultos definen los derechos adquiridos, como aquéllos que han entrado en nuestro patrimonio definitivamente y que no pueden, en consecuencia, sernos arrebatados por el hecho de un tercero, o más bien, aquéllos que toman nacimiento en un hecho del hombre, cuando el individuo que realiza tal hecho, no puede por su sola voluntad extinguir o modificar los efectos jurídicos que, aprovechando a otra persona, forman para ella un título irrevocable (62).

Si se trata de un acto ilícito civil, exclusivamente, aplicamos lisa y llanamente las conclusiones anteriores; pero si se tratase de un delito del derecho criminal que hubiese ocasionado un daño, nos encontramos en presencia del precepto del apartado 2º, del artículo 2º

(62) Frédéric MOURLON: "*Répétitions écrites sur le Code civil*", tom. I, No. 68, éd. 1877. — AUBRY et RAU: Op. cit., tom. I, §30, nota 43, 4me. éd. — FR. LAURENT: Op. cit., tom. I, No. 198. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE: "*Traité théorique et pratique de droit civil*", tom. I, No. 168. — DEMOLOMBE: Op.cit., tom. I, No. 40.

del Código penal que establece que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo, o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”; de manera que si el hecho hubiere dejado de ser delito, aunque no habría absolución del acusado sino sobreseimiento por el motivo de no ser delito el hecho incriminado (inciso 2° del artículo 433 del C. de P. N. en lo Criminal), parecería faltar base a la indemnización de daños y perjuicios, desde el momento que el acto que los produjo dejó de ser acto ilícito criminal.

La solución parece dificultarse si se tiene en cuenta el precepto del artículo 1103 del Código civil que establece que “después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiere recaído la absolución”.

La disposición del artículo 2 del Código penal se refiere únicamente a la pena establecida por el mismo; pero en manera alguna a las consecuencias civiles del acto, las que siguen rigiéndose por la ley que imperaba cuando se ejecutó. Si así no se considerase, la ley nueva alteraría el pasado en perjuicio de la víctima del hecho al no mantener “en su naturaleza y eficacia primitivas las relaciones de derecho existentes”, ya que dichas leyes no se aplican a los actos ni a los hechos anteriores a su promulgación (63), cuando tienen por efecto alterar o destruir los derechos ya adquiridos, como se dijo anteriormente.

Por otra parte, esta conclusión no se pondría en frente del precepto del artículo 1103 recordado; porque como dice Marcadé, citado por Vélez Sársfield en la nota a dicho artículo: “Cuando el juicio criminal, sin decidir si el hecho existe o no, si el inculpado es o no autor, ha declarado solamente que *no es culpable*, esa sentencia no impide que la persona que se pretende perjudicada, pruebe en el juicio civil que el hecho existe; que el individuo absuelto es el autor y que ese hecho constituye un cuasidelito o un delito del derecho civil que da lugar a daños y perjuicios. Entonces, evidentemente, no hay contradicción entre el punto establecido por la sentencia criminal y el que se quiere establecer ante la jurisdicción civil; porque solamente se ha juzgado que Pedro no ha cometido un delito cri-

(63) SAVIGNY: Op. cit., § 387, pág. 360.

minal que dé lugar a la aplicación de la ley penal y lo que se quiere hacer juzgar es que se ha cometido un simple delito civil que da lugar a la aplicación de disposiciones puramente civiles, como las de los artículos 1382 y 1383” (64). “Una solución negativa, dice Bonnier, motivada en general sobre la no culpabilidad penal, deja intacto el derecho a las reparaciones civiles, si ha lugar” (65).

Se ha considerado, así mismo, que los efectos de los delitos y cuasidelitos, *cumplidos* antes de la promulgación de una ley nueva, son regidos por la ley anterior (66), o que están comprendidos entre los derechos nacidos de un hecho del hombre los efectos generados por los delitos y cuasidelitos (67), o en fin, que están fuera ya de las grandes divergencias de pareceres las relaciones que resultan de los delitos, las cuales se reconoce, generalmente, que se juzgan según la ley vigente en la época que el delito se cometió (68).

En consecuencia, ya se trate de un acto ilícito civil o criminal, sus efectos civiles están regidos por la ley vigente en el tiempo en que él se ejecutara, desde que, por los motivos apuntados, los efectos de la ley penal sólo deben retrotraerse a los fines de la aplicación de la pena cuando la suprima o la suavice la ley nueva; pero no respecto de la obligación de indemnizar que al nacer con el hecho que la engendró, entró como un bien en el patrimonio de la víctima.

---

(64) Op. cit., tom. V, pág. 197, sobre el art. 1351.

(65) “*Tratado de las pruebas*”: ed. esp. 1902, tom. II, No. 917.

(66) DEMOLOMBE: Op. cit., No. 58. — SEGOVIA: Op. cit., com. al art. 4046, 3°.

(67) AUBRY et RAU: Op. y loc. cit.

(68) SAVIGNY: Op. cit., tom. VI, § 392, ed. esp. pág. 387.