

Lecciones y Ensayos, Nro. Extraordinario - 60 años de *Lecciones y Ensayos*, 2016
NINO, Carlos Santiago, "Efectos del ilícito civil"
(obra originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 32, 1966), pp. 307-318

EFFECTOS DEL ILÍCITO CIVIL*

CARLOS SANTIAGO NINO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Los estudiosos del derecho civil señalan como una de las fuentes primigenias de las obligaciones al hecho ilícito, al *maleficium* romano.

Así aparece consagrado en las *Institutas* de Gayo, así también en las de Justiniano. De allí lo tomó Pothier que inspiró en esto al Código Francés.

Vélez Sarsfield en la nota a la sección primera del libro segundo de nuestro Código menciona también al delito y al cuasi delito como fuentes de vínculos creditorios y luego en el título VIII de la sección segunda legisla ampliamente sobre ambos institutos.

Con la evolución lógico-formal del vínculo obligacional y con el desarrollo histórico de las relaciones materiales que le dan contenido se fue modificando la enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones, pero nunca se dudó de la necesidad de incluir entre ellas al antiguo *maleficium*.

Nos proponemos precisamente en estas líneas formular la tesis de que el hecho ilícito¹ debe ser excluido del conjunto de las fuentes de los derechos creditorios. Creemos que la concepción tradicional obedece a un equívoco y que él mismo está provocado por una confusión entre los conceptos de obligación y sanción.

Tenemos conciencia de que hay muchos siglos de tradición jurídica que pesan en favor de la concepción clásica; esto nos obliga a extremar

* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 32, 1966, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. De aquí en adelante utilizaremos el vocablo hecho ilícito o ilícito civil comprendiendo tanto la faz delictual como la cuasi-delictual. Algunos autores, como WELZEL, H., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 58, prefieren hablar de "injusto", distinguiendo el injusto penal del civil.

nuestro análisis y a meditar cuidadosamente las conclusiones, pero no es suficiente para desalentar nuestro trabajo, pues creemos que es un imperativo para los que nos dedicamos al estudio del derecho revisar muchas nociones que desde Roma se vienen repitiendo sin detenerse a investigar su consistencia lógica y su validez jurídica.

En los párrafos siguientes enfocaremos el tema desde ángulos diversos, intentando demostrar que, desde todos ellos, la doctrina tradicional muestra definidos errores.

II. OBLIGACIÓN Y SANCIÓN

Como ya lo dejamos dicho, estos son los términos de la confusión clásica.

Se impone, pues, determinar los alcances que asignamos a ambos conceptos.

Nuestra adhesión a la teoría pura del derecho hace que busquemos la ayuda de Hans Kelsen para tal fin.

El máximo exponente de la Escuela de Viena responde a nuestro requerimiento de modo muy claro:

"Existe obligación (jurídica) de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción".²

La conducta obligatoria es, pues, el proceder contrario al que es antecedente de la sanción.

A lo anterior debemos hacer una aclaración. El término obligación ("*obligatio*") es tomado por los civilistas en un sentido más restringido que el que Kelsen nos define.

Al respecto es clásica la definición de Justiniano: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimus alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura*.³

Se usa el término como contrapartida de derecho creditorio, sin perjuicio de que a veces también se lo utilice comprendiendo la faz activa del crédito.

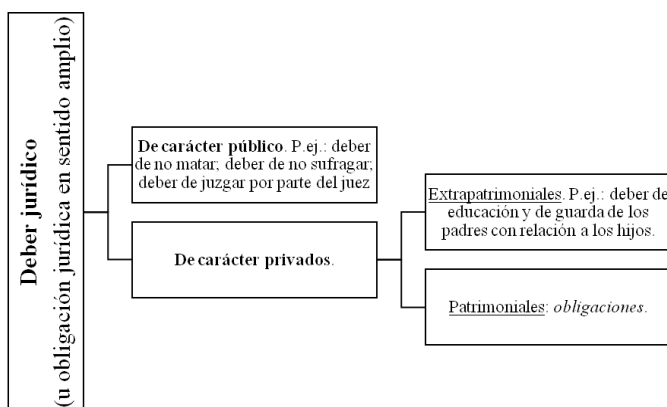
Es decir que el vocablo "*obligatio*" designa solamente una especie del género de los deberes jurídicos (obligación jurídica para Kelsen). Esta

2. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 4ta. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 76.

3. Inst. Pr. De oblig., III 13.

especie se distingue por pertenecer al derecho privado (que se caracteriza porque los sujetos obligados participan en la creación de las normas que los obligan) y por su contenido patrimonial.

Nos permitimos desarrollar un cuadro demostrativo de la ubicación de las obligaciones en el ámbito general de los deberes jurídicos:



La obligación es, pues, un deber jurídico de carácter privado y de contenido patrimonial.

La definición de Kelsen referente al género es, por lo tanto, aplicable plenamente a la especie.

En cuanto a la sanción el iusfilósofo austríaco la define como “un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesaria, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico”.⁴

De esto se deduce que mientras la obligación jurídica consiste en la imposición de una determinada conducta bajo la amenaza de la privación de un determinado bien, la sanción consiste, precisamente, en tal privación, es decir en la efectivización de la coacción.

La confusión entre estos conceptos produce feas consecuencias.

En casi todas las obras que tratan este tema se observa que, si bien se estructura toda la sistemática en base a la consideración de la consecuencia del ilícito civil como una obligación, a menudo se escapa el término san-

4. KELSEN, H., ob. cit., p. 70.

ción para denominarla. Esto puede significar dos cosas: que se piense que ambos términos son sinónimos, lo que hemos visto que es completamente equivocado, o, lo cual es más probable, que se suponga que estamos frente a una sanción que consiste en la imposición de una obligación.

La última posición es aún más incorrecta. El creer que una sanción pueda consistir en la imposición de una obligación supone una falsedad conceptual.

Más tarde volveremos sobre este punto, pero aquí preguntarnos: ¿cuál sería entonces la sanción para el incumplimiento de esta nueva obligación? ¿Acaso el nacimiento de otro vínculo obligacional? Esto supondría un *re-gressum ad infinitum*.

Además, cabe formular este otro interrogante: dado el evidente paralelismo con lo que ocurre en el ámbito penal, ¿la sanción punitiva supone también la imposición de un nuevo deber jurídico? Ya veremos más adelante que no.

Por ahora queremos agregar para terminar estas líneas sobre los conceptos de obligación y sanción unas palabras de Hans Kelsen suficientemente demostrativas de la imposibilidad de confundirlos:

“Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica... La noción de Obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción”.⁵

III. EL DERECHO ROMANO

Tal confusión surgió en Roma. Y es al empirismo de los romanos que debemos responsabilizar de ello. ¡Cuánto habría ganado el derecho si la ciencia jurídica hubiera tenido un desarrollo más amplio en Atenas! Seguramente Platón habría aliviado el trabajo de los iusfilósofos modernos.

Ante todo, en el derecho romano no se distinguía claramente el ilícito penal del civil.

Se hablaba de delitos públicos y privados.

Los primeros eran aquellos que atacaban directamente al orden públi-

5. *Ibid.*, p. 93.

co o a la organización política y por lo tanto la persecución criminal estaba a cargo de cualquiera y eran juzgados por tribunales especiales.

Los delitos privados eran los que no reunían esas condiciones y sus consecuencias estaban regladas por el derecho civil. Entre ellos se contaban hechos que hoy constituyen delitos típicos del derecho criminal, por ej.: lesiones, hurto, daños.

Pero si analizamos las consecuencias que producían esos hechos veremos que no siempre llevaban aparejados una sanción civil de indemnización, como una apresurada asimilación de los términos delito privado-delito civil haría presumir, sino que en la mayoría de los casos la sanción que seguía a la comisión de uno de estos hechos era una sanción penal, aunque de carácter privado.

Veamos algunos ejemplos:

Si el autor del *damnum injuria datum* confesaba su responsabilidad, debía pagar una indemnización estrictamente limitada al monto del perjuicio; pero si la negaba, el juez, luego de verificados los hechos debía condenarlo al pago del doble de los daños causados.⁶

En el caso de que hubiese cómplices, tanto ellos como el autor debían pagar el importe íntegro del perjuicio, sin que el pago de uno liberase a los demás.⁷ O sea que la indemnización total que recibía la víctima superaba al perjuicio sufrido, tantas veces cuantas fueren las personas que interviniesen en el delito.⁸

Además, la sanción era estrictamente personal y no pasaba a los herederos sino por el provecho que hubieran sacado del delito.

Esta misma circunstancia se observa también en otros delitos como en el de injuria (ataque genérico a la persona).⁹

La acción *vi bonorum raptorum* (que tenía lugar en el robo y daño violento) también acarrea una sanción de carácter punitivo pues aparte de su finalidad recuperatoria de la cosa robada tenía por objeto el pago del triple de su valor.¹⁰

De estos ejemplos surge claro el carácter penal que tenían en Roma las sanciones por la comisión de los delitos privados.

6. ULPIANO, L. 25, §2, D. ad leg. Aquil.

7. ULPIANO, L. 11, §2 D. eod.

8. ULPIANO, L. 23, §8 D. eod.

9. I, §21 ht.

10. ULPIANO, L. 2, §13 D. eod.

Eran penas privadas, algunas de las cuales subsisten todavía.¹¹ Henoch Aguiar dice de ellas que "son las que no se pronuncian en interés de la colectividad sino en beneficio de personas individuales o colectivas que se benefician con ellas en cuanto sin otro motivo que el hecho que las determinan experimentan un aumento de su patrimonio económico".¹²

Agrega este civilista que tales penas tienen dos objetos: castigar al delincuente y beneficiar a la víctima.

Los hermanos Mazeaud¹³ dicen refiriéndose al concepto que los romanos tenían de la sanción civil: "Nunca el derecho romano llegó a desprenderse totalmente de la idea de pena privada y a hacer de la condenación civil lo que es hoy: una indemnización". Y continúan citando a Girard: "La distinción entre la acción indemnizatoria y la penal '*est restée vacillante*' y jamás condujo a desprender a las acciones indemnizatorias de ciertas reglas que solamente se explican con la idea de la pena".¹⁴

De todo esto se deduce que en Roma no solamente la condenación que seguía a la comisión de un delito privado era una sanción, sino que en la mayoría de los casos constituía la más definida de todas las sanciones, es decir, una sanción penal.

Por lo tanto, la inclusión por Gayo y Justiniano del hecho ilícito entre las fuentes de las obligaciones era una opinión doctrinaria que no se adecuaba al derecho vigente en la misma Roma.

Por eso los juristas modernos que son consecuentes en esto con los clásicos romanos cometen un doble error: no advierten que no solamente en el derecho actual la indemnización de daños no constituye una obligación, sino que menos lo era en el derecho romano, que dio origen a la doctrina.

IV. DEUDA Y RESPONSABILIDAD

Espíritus tan esclarecidos como Demogue, Pacchioni, Rocco, Pugliatti, Enneccerus y Von Thur introdujeron en el derecho privado una distinción de indudable valor.

11. AGUIAR, H. D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, nueva ed. rev. y amp., Buenos Aires, TEA, 1950-1952, t. 4, p. 502.

12. *Ibid.*, p. 498.

13. MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile : délictuelle et contractuelle*, 2da. ed., T. I, París, Libr. du Recueil Sirey, 1934, p. 30.

14. *Ibid.*

Ésta consiste en diferenciar en el vínculo creditorio dos momentos o períodos: el de la deuda que comprende desde el origen de la obligación hasta su cumplimiento o incumplimiento, el de la responsabilidad que va desde el incumplimiento hasta la ejecución del crédito.

No compartimos en todos sus alcances la doctrina precedente, pero la utilizaremos para demostrar la validez de nuestra tesis por dos razones: primero, porque casi todos los civilistas que afirman que la indemnización de daños es una obligación la aceptan y por lo tanto se impone demostrar que sostener ambas doctrinas implica una contradicción; segundo, porque la corrección de las fallas de esta teoría no cambia, como luego demostraremos, el fondo de ésta.

La consecuencia de admitir esta tesis como cierta es la de reconocer que el hecho ilícito no da origen a un vínculo obligacional en el cual se puedan advertir los dos períodos deuda y responsabilidad.

Y esto surge con evidencia si recordamos el significado de ambos momentos: en la deuda el deudor es activo, tiene la facultad de cumplir o no cumplir; el acreedor debe esperar, debe mantener una actitud pasiva; en el período responsabilidad los papeles se invierten y el que se mantenía pasivo actúa, "agrede"; mientras el deudor no tiene más remedio que dejar actuar.

La observación de la situación que sucede a la comisión de un hecho ilícito nos permite advertir solo una de estas manifestaciones: la que corresponde al período llamado de responsabilidad.

En efecto, notamos la actividad del acreedor y la pasividad del deudor que si bien puede pagar voluntariamente la indemnización, esta es facultad irrelevante jurídicamente, tan irrelevante como la misma facultad que tiene el deudor contractual luego del incumplimiento de su obligación.

Ahora bien, para esta teoría, que repetimos es aceptada por casi todos los civilistas, para constituir una obligación deben darse los dos períodos, uno solo es inidóneo para configurarla. Afirmar lo contrario llevaría a admitir que la responsabilidad que surge del incumplimiento contractual constituye una obligación por sí misma y no un período del vínculo precedente.

Algunos juristas como Meignié, Baudrie Lacantinerie, Barde, Colmet de Santerre y Hubert de la Hassue se adelantaron a esta objeción negando el paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extra-contractual.

Para ellos la responsabilidad contractual consiste en una sanción que es el resultado de la violación de una obligación anterior, mientras que la responsabilidad delictual es por sí misma una obligación.

Los hermanos Mazeaud rechazaron tal concepción. Nos permitimos transcribir de su obra unos párrafos, quizá un poco extensos, pero llenos de interés:

"La obligación que nace de la responsabilidad contractual es tan obligación como la anterior...Con el incumplimiento nace una obligación que se substituye a la preexistente, sea enteramente, sea en parte. Tanto el contrato como su incumplimiento son fuente de obligaciones. La responsabilidad contractual es, con el mismo título que la delictual, fuente de obligaciones.

Con numerosos autores se puede establecer un paralelismo más amplio entre las dos situaciones. Si hay una obligación preexistente al nacimiento de la responsabilidad contractual lo hay también en la delictual; el que contrae una obligación delictual, contrae una obligación nacida de la ley.

En los dos casos la responsabilidad nace de la inejecución de una obligación preexistente.

Es exacto decir que la responsabilidad contractual y la delictual son dos institutos en algún sentido paralelos, ubicados en el mismo plano.

En el caso del delito no hay una obligación precisa, pero si una obligación indeterminada de conducirse con prudencia y diligencia".¹⁵

Cada una de las dos posiciones tiene de verdad lo que la otra tiene de falso. Es cierto como dice la doctrina sostenida entre otros por Baudrie Lacantinerie de que la responsabilidad contractual consiste en una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente y no es en sí misma una obligación; pero no es verdad que no haya un paralelismo con la responsabilidad delictual: aquí también hay una sanción por la inejecución de una obligación anterior.

Por su parte los hermanos Mazeaud vieron esta parte de la verdad: hay un paralelismo entre ambas situaciones. Pero mientras ellos pensaron que ese paralelismo se daba en el hecho de que en ambos casos nacen obligaciones lo cierto es que tiene lugar porque en ambas situaciones surgen sanciones como la otra doctrina lo había entrevisto para el caso de la responsabilidad contractual.

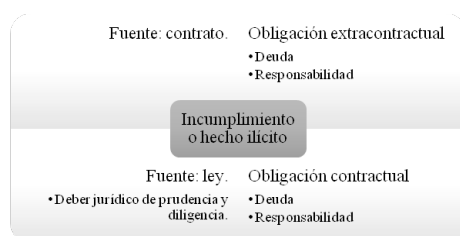
15. *Ibid.*, p. 97.

Además, los Mazeaud tuvieron el gran acierto de hablar de la obligación preexistente de la cual el delito constituye su inejecución. Esta obligación es un deber jurídico de prudencia y diligencia que tiene su origen en la ley.

Aquí surgen nuevamente los dos períodos de que hablábamos al comienzo de este párrafo. Deuda y responsabilidad.

En los casos delictuales el período deuda va desde el origen de la obligación (o sea la ley) hasta la comisión del delito. El período responsabilidad, desde tal comisión hasta la ejecución de la indemnización.

Presentaremos gráficamente estas conclusiones mostrando el paralelismo con las obligaciones contractuales:



El panorama queda así extraordinariamente simplificado con dos fuentes principales de obligaciones, el contrato y la ley, constituyendo la violación de ambas un hecho ilícito y dando origen en los dos casos a responsabilidad.

Pero hemos dicho que la doctrina que distingue la deuda y la responsabilidad tiene una falla que no hace al desarrollo de fondo. Expliquémosla, sin embargo, brevemente.

Es inexacto, como afirma esta doctrina, que es necesaria la existencia efectiva de los períodos deuda y responsabilidad como etapas temporales concatenadas indefectiblemente; pues es evidente que, en el caso de cumplimiento de la obligación, que es lo normal naturalmente, el segundo período no tiene lugar.

Pero también es evidente que no hay deber jurídico (deuda), sin la posibilidad de que se aplique una sanción (de que surja responsabilidad) para el caso de que no sea cumplido.

Deuda y responsabilidad no son, dos períodos que se deban suceder en forma necesaria, pero son nociones conceptualmente inseparables en el sentido de que es definitorio para la caracterización de la primera la posibilidad de que surja la segunda.

Obligación es solo deuda (deber jurídico) pero no hay obligación sino nos podemos representar a la responsabilidad como estado posible.

Esta corrección de la doctrina de la deuda y responsabilidad no cambia, repetimos, la validez del desarrollo precedente. Después de la comisión del hecho ilícito surge solo responsabilidad.

Pero aún hay más.

V. EL DERECHO Y LA LIBERTAD

¿Para que haya un deber tiene que haber un poder? ¿Qué queremos significar con esto? Deseamos expresar que para que haya un deber jurídico tiene que haber la posibilidad de no cumplirlo de adoptar una conducta acorde o contraria a ese deber.

Al profesor Sebastián Soler le oímos cierta vez pronunciar una frase llena de sentido: "La ley puede efectivamente ser violada".

La libertad es un presupuesto de todo deber jurídico.

Esto no es privativo de los sistemas políticos democráticos. Piénsese en una norma tan totalitaria como esta: "Se impondrá la pena de muerte al que no salude viviendo al líder". Aún una norma semejante permite la posibilidad de ser violada. Hay por lo menos la libertad de elegir la muerte.

Es decir que hay un concepto de libertad jurídica ínsito en toda norma, que es distinto al concepto político de libertad.

Y esto es así porque el derecho es un procedimiento psicológico de coacción. "Es una técnica social que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada", como dice Kelsen.¹⁶

A su vez Soler afirma, tomando como ejemplo una norma que prohíbe matar: "Frente a la voluntad incoercible del hombre esta norma no puede suprimir el homicidio, solo puede tratar de evitarlo. Y para ello no le queda más camino que el influir sobre su psique poniendo motivos que alejen de su comisión.

Esta operación se cumple mediante otra valoración. El derecho escoge otro bien jurídico del cual todo sujeto disponga (vida, libertad, patrimonio, etc.) y mediante la privación de ese bien, constituye un sistema de amenazas".

16. KELSEN, H., ob. cit., p. 72.

Las normas jurídicas imponen, pues, motivaciones psíquicas y no constrictivos físicos. Ellas pueden, por lo tanto, no ser obedecidas.

Cuando no hay tal posibilidad no nos encontramos ante un deber jurídico (la auto-eximición no violenta no es delito –las rejas reemplazan al deber–) sino en presencia de una sanción, es decir de un acto de autoridad.

La norma que se refiere a la imposición de sanciones se dirige al juez, él tiene el deber jurídico de aplicarla y no el reo de sufrirla.

La sanción civil no es una excepción. El que comete un hecho ilícito no tiene la obligación de pagar daños y perjuicios, desde que no puede dejar de pagarlos, carece de la opción que brinda toda obligación y que niega cualquier sanción.

Ya insinuamos que se podría afirmar que la indemnización civil es una obligación porque se podría dejar de pagarla y atenerse a la ejecución forzada.

Kelsen parece sostener esta posición. Si este es su pensamiento el ilustre iusfilósofo se contradice.

En su definición de sanción incluye a la efectiva aplicación de la fuerza como una eventualidad pero no como una necesidad. Lo importante es que la fuerza esté latente y que hay un efectivo cumplimiento de la amenaza de privación del bien jurídico. Que esto se cumpla forzosamente o con intervención de la voluntad del sancionado, poco importa.

¿Cambia en algo el carácter sancionador de la pena carcelaria por el hecho de que el condenado se presente voluntariamente a cumplir ésta? ¿Por qué exigir, entonces, la ejecución forzada en el derecho civil y no en el penal?

Se podría afirmar que la ejecución forzada en el derecho civil representa un mal mayor –liquidación de bienes– que el pago voluntario de la indemnización y por lo tanto actúa psíquicamente como amenaza para inducir a que se cumpla voluntariamente con la reparación. Pero es que la ejecución forzada en el derecho penal también trae perjuicios mayores para el condenado –lesiones en su persona, daños en sus bienes– y a nadie se le ocurrió pensar que solo en este caso haya sanción.

La colaboración que pueda prestar el condenado para el cumplimiento de la sanción es tan irrelevante en el derecho civil como en el derecho penal. Los daños mayores que la ejecución forzada pueda producir son circunstancias eventuales, a veces necesarias, que el derecho no busca y que siempre se trata de impedir.

La ejecución forzada es, pues, solamente un procedimiento para lograr el cumplimiento de la sanción impuesta.

Al decir que la sanción es constreñimiento físico, a diferencia del deber jurídico que es coacción psicológica, queremos decir que la fuerza está por lo menos latente y presta a entrar en acción para suplir la colaboración del condenado.

Ahora bien, el hecho de que la sanción no tenga las características que hacen a lo jurídico no quiere decir que esté fuera del derecho.

El funcionario que la aplica tiene el deber jurídico de hacerlo. Hasta allí llega el derecho. La pirámide jurídica termina en un mero acto, en un acto coactivo.

Aquí queremos terminar este trabajo.

Puede ser que nuestra tesis sea errónea; si es así estamos listos para rectificarnos. Pero creemos que en lo que no podemos estar equivocados es en nuestro intento de aplicar las nociones de la filosofía jurídica al derecho civil. El derecho privado es el que más está necesitando de este aporte y pensamos que éste se debe hacer comenzando por la materia de las obligaciones, pues, como afirma Planiol: "esta es la más teórica de todas las partes del derecho y constituye el dominio principal de la lógica jurídica".¹⁷

17. PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, T. IV, París, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.