

Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad*

Patricio Oyaneder Davies
Profesor Auxiliar de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo

I. Introducción

Es sabido que el presupuesto esencial de toda responsabilidad, mas no de todo daño, está dado por la existencia de una conducta humana causalmente conectada con dicho resultado. Esa conducta puede manifestarse activa o pasivamente: En el primer supuesto nos hallamos ante una acción (o hecho positivo); en tanto que en el segundo, ante una omisión (o hecho negativo). Al análisis de esta última, como presupuesto de la responsabilidad extracontractual (o *aquiliana*), nos remitiremos en lo que sigue, en atención al escaso análisis del que ha sido objeto, particularmente por la doctrina patria.

II. Noción de omisión

En términos generales, podemos afirmar que el punto de partida necesario para comprender el real significado y alcance de la omisión en el derecho está dado por la existencia de una obligación -deber de conducta- impuesta por el sistema jurídico al

destinatario de la norma. Por ello, resulta imprescindible dejar sentado *ab inito* que no toda omisión es relevante para el derecho, sino sólo aquellas que importan el incumplimiento de un deber de conducta esperado de un sujeto de derecho por el ordenamiento jurídico. De modo que sólo en este caso, esto es, verificado el incumplimiento de un deber de obrar, podemos entrar a analizar si concurren o no los demás elementos que configuran la responsabilidad *aquiliana*.

Consiguientemente, lo que nos interesa es esclarecer un concepto normativo de omisión, pues, como bien se ha puntualizado: “La omisión no se identifica con la *inactividad*. Cuando el individuo no hace nada está inactivo, pero se puede estar inactivo sin incurrir en omisión. El de inactividad es un concepto natural: mira el no hacer, en sí mismo, como ausencia de movimiento corporal. El de *omisión* es un concepto normativo, porque sólo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demandaba una actividad”.¹ Dicho de otra

* Artículo publicado en el Nº 8 – Julio 2003, de la Revista ACTUALIDAD JURÍDICA, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

¹ Ricardo Núñez, Derecho Penal Argentino, Parte General, Volumen I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, págs. 236 y 237. También citado por Isidoro H. Goldemberg, La Relación



forma, cuando el ordenamiento jurídico impone al sujeto una regla de actuación positiva y ésta no se verifica, estamos ante una omisión relevante a efectos jurídicos; de caso contrario, el sujeto habrá incurrido en una mera inactividad intrascendente para el derecho.

Al hilo de lo expuesto, podemos afirmar que la omisión, *latu sensu*, es la no prestación de lo que se debe (incumplimiento) mediante la abstención de ejecutar la conducta que el sistema jurídico imponía desplegar al destinatario de la norma.

III. De las clases de omisión

En doctrina se distinguen dos clases de omisión, a saber: la *omisión propia* (u omisión simple o pura) y la *omisión impropia* (o comisión por omisión). En la primera, recuerda el profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA) Isidoro H. Goldemberg, “el sujeto infringe el mandato legal, no ejecutando la actuación prescripta por la norma, con independencia de las consecuencias perjudiciales que produce o pudiera producir su inactividad”,² y, siguiendo al penalista Sebastián Soler, puntualiza que en este supuesto la relación causal se invierte, pues se juzga el acto esperado y no el cometido; en cambio, la segunda -*comisión por omisión*- “ella es sólo *un medio* para alcanzar el resultado perjudicial querido por el agente: v. gr., la madre que deja de suministrar alimentos a

la criatura con la Intención de darle muerte (...) El no hacer traduce aquí la voluntad dirigida a la consecución de aquella finalidad”.³

Bien señala este autor que en los supuestos de *omisión impropia* “existe un efectivo acto *de comisión*, llevado a cabo a través de un proceder negativo”.⁴ Pero, y he aquí lo trascendente de esta “modalidad de omisión”, “la *causalidad* de la conducta está dirigida a la creación de un estado de hecho que se traduce en el resultado comisivo”.⁵ En otros términos, concluye más adelante el citado comentarista: “El daño que se comete por medio de un deliberado acto omisivo es ciertamente 'el resultado de una libre determinación de parte del autor' (art. 1076 del Código Civil Argentino). Este intencional no actuar a fin de que el perjuicio tenido en mira se consume, constituye un acto volitivo que posee igual entidad que una acción”.⁶

Se habrá apreciado que las diferencias entre ambas clases de “omisión” son sustanciales. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la *causalidad*, en la omisión propia el proceso causal no ha sido desencadenado por el sujeto, al que se le exige un obrar tendiente a interrumpirlo a fin de evitar la producción del daño que está en vías de concretarse; en la omisión impropia, en cambio, el agente no está obligado a interponerse en proceso causal alguno, pues éste no existe, sino que él mismo pone en curso uno, o, si se quiere, lo desencadena. De modo que en esta última

de Causalidad en la Responsabilidad Civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 200 y 201. Para profundizar sobre el particular, con buen acopio de la doctrina alemana imperante en su época, vid. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, págs. 337 y siguientes.

² Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 202.

³ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 203.

⁴ Isidoro H. Goldemberg, *Ibidem*.

⁵ Isidoro H. Goldemberg, *Ibidem*.

⁶ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 206.



hipótesis el proceso causal que se desarrolla es efecto de un acto de deliberación del agente que omite, el cual -como hemos apuntado- quiere, de ese modo, violar el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en la omisión impropia hay autoría, cosa que no ocurre en la omisión propia.

Conforme lo dicho, va de suyo que en la omisión impropia el hecho negativo crea *per se* un proceso causal que es consecuencia del plan urdido por el autor para ocasionar el daño. En la omisión propia la situación es diametralmente inversa, por cuanto el proceso causal ha sido desencadenado por un hecho de la naturaleza o por un sujeto distinto de aquel al que se le exige desplegar la conducta tendiente a interrumpir ese proceso causal preexistente -y ajeno a él- para frustrarlo y evitar la consumación o propagación de un daño.

Pues bien, de cuanto llevamos dicho se desprende que la inclusión de la denominada omisión impropia en el género de esta modalidad delictual es artificiosa, toda vez que, en realidad, ésta es una forma de comisión. No en vano desde antaño la ciencia penal ha develado esta situación sindicando a la sobredicha omisión como *falsos delitos de omisión*,⁷ pues, según hemos puntualizado, en este supuesto el agente, tras una deliberación consciente, decide producir un daño mediante la no ejecución de la conducta que el ordenamiento jurídico le imponía desplegar, como ocurre en el clásico ejemplo citado de la madre que deja de alimentar a su hijo para producirle la muerte. Dicho esto, en lo que sigue nos

circunscribiremos al análisis de la omisión propia.

IV. Antijuridicidad de la omisión propia

Bajo el epígrafe intitulado “Antijuridicidad” la doctrina foránea ha venido tratando lo relativo a la contrariedad de la acción y, en ocasiones también, de la omisión con el orden jurídico. Cabe hacer presente en este punto el mérito de la obra *Responsabilidad Extracontractual*, del profesor Rodríguez Grez, quien, según entendemos, aborda por primera vez en nuestro medio el análisis de la antijuridicidad como presupuesto del delito civil.

Es usual que los estudios relativos a la antijuridicidad de la omisión propia den cuenta de las dos posiciones encontradas que sobre la materia imperan hasta la actualidad, por lo que pasamos a reseñarlas.

Para algunos, sólo existirá responsabilidad por el hecho negativo (u omisión) cuando una norma jurídica imponga *expressis verbis* el deber de desarrollar la conducta omitida. Para otros, entre quienes milita Goldemberg, basta con “la violación de un deber jurídico de actuar, por hallarse interesadas las obligaciones generales de conducta, la moral y las buenas costumbres que integran el orden normativo, *sin necesidad de que esa actividad haya sido impuesta por una disposición específica de la ley*”.⁸ Entiende este comentarista que: “La nota que tiñe de antijuridicidad a la abstención está dada por el quebrantamiento del *deber jurídico* que tenía el sujeto de llevar a cabo un accionar

⁷ En igual sentido, Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo I, Volumen Primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 348.

⁸ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 208. La bastardilla es nuestra.



positivo”,⁹ cuyo acatamiento habría evitado el resultado dañoso.

Al pronunciarse sobre el alcance de este *deber de obrar* el autor que venimos siguiendo se manifiesta partidario de dar una interpretación amplia a esta obligación, señalando que a tal efecto “se impone estudiar el dispositivo que nos ocupa de acuerdo con la totalidad del plexo jurídico que disciplina el instituto de la responsabilidad civil. Desde este punto de vista integrador ha de juzgarse la conducta del que se abstiene, a la luz del deber general de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902), que corresponden a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512), todo ello dentro del marco de la licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar (art. 1071)”.¹⁰ Agrega este comentarista, tras refutar una interpretación estricta del dispositivo legal trasandino, que: “Si se interpreta (...) que el principio general de responsabilidad por culpa consagrado en el art. 1109 domina todo el sistema resarcitorio estructurado por el Código, se tiene que concluir necesariamente que la inacción de una persona frente a un daño que estaba en condiciones de evitar -no obstante ser extraño a su génesis-, de conformidad con sus aptitudes intelectuales, conocimientos y las circunstancias de tiempo y lugar, tiene que considerarse culposa y, como tal, engendra responsabilidad (arts. 512, 901, 902, 903 a 906, 1109 y cons., Cód. Civil)”.¹¹⁻¹²

⁹ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 201.

¹⁰ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 210.

¹¹ Isidoro H. Goldemberg, ob. cit., pág. 211.

¹² Para facilitar la comprensión de lo sostenido por este autor transcribimos las disposiciones del Código de Vélez más atingentes: Art. 51 2. “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obliga-

Esta línea argumental ya había sido sustentada en Argentina por el maestro Acuña Anzorena, quien en lo pertinente enseñaba: “De igual manera que el hecho positivo puede traducirse en delito o en cuasidelito según que al agente pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (arts. 1067, 1076, 1109 y demás concs.), así también el hecho negativo o de omisión adquirirá una u otra forma de ilicitud, según que a la persona que se abstiene pueda imputársele dolo, culpa o negligencia”. Luego, precisando su tesis, sostiene que “a falta de una obligación expresa en la ley, la conducta del que se abstiene deberá (...) apreciarse de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar: el orden jurídico no exige sacrificios superlativos, ni actos extraordinarios, pero se está en cambio obligado a realizar todo

ción consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Art. 902. “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Art. 1071. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Art. 1074. “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable soamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. Art. 1109. “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.



aquello que sin riesgo personal o patrimonial alguno, pueda evitar un daño a otros”.¹³⁻¹⁴

Por su parte, otro catedrático de la UBA, Jorge Mosset Iturraspe, discrepa de la antedicha opinión, por cuanto considera que “la antijuridicidad de la omisión, al igual que la del obrar activo, debe resolverse 'per se', sin recurrir a los ingredientes de la 'culpa' o del 'daño'; nada se avanza, pensamos, diciendo que es antijurídica la omisión dañosa imputable a culpa o dolo, pues, según veremos más adelante, existen comportamientos a la vez dañosos y culpables que están acordes con el ordenamiento jurídico, que son lícitos”.¹⁵ A reglón seguido agrega este autor: “La antijuridicidad deviene, claro está, de la transgresión de una 'obligación jurídica de obrar”, pero con un alcance amplio que abarca los 'deberes legales' y también los impuestos por las 'buenas costumbres’ y el 'orden público', al igual que los dictados por la buena fe. La ilicitud puede ser antijurídica por 'ilicitud' -en el sentido reseñado-, pero puede serlo, además, por ser 'abusiva’”.¹⁶

¹³ Arturo Acuña Anzorena, *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Ed. Platense, La Plata, 1963, págs. 125 y siguientes.

¹⁴ Las disposiciones del Código Civil trasandino citadas por este tratadista son del siguiente tenor: Art. 1067. “No habrá acto ilícito punible 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”. Art. 1076. “Para que el acto se reputa delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren”. El artículo 1109 ya lo citamos supra, nota 12.

¹⁵ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, pág. 30.

¹⁶ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 30.

Finalmente, señala este catedrático, basado en lo prescrito en la ley criminal sustantiva argentina, que: “En el Código Penal encontramos tipificado como conducta ilícita el abandono de personas, 'el que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado' -art. 106-, cuando existe el deber legal de mantenerla o cuidarla y también en hipótesis en que dicho deber no existe, 'el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad' -art. 108”. Concluye este autor que la importancia de esta última norma -artículo 108 del Código Penal Argentino- “es indudable a los fines de calificar una omisión como antijurídica en sede civil y, por ende, como fuente de responsabilidad”,¹⁷ toda vez que “la conducta que es antijurídica para el derecho penal lo es también para el derecho civil, dada la unidad del ordenamiento jurídico”.¹⁸ Nosotros no suscribimos íntegramente esta última afirmación por las razones que expondremos más adelante.

Como se indicó en lo precedente, en nuestro medio el profesor Rodríguez Grez ha abordado este tema en su monografía dedicada a la responsabilidad extracontractual. En ella enseña que: “En principio, nadie está obligado a desarrollar una conducta activa sino en aquellos casos en que la ley lo ordena. El mandato legal puede ser expreso, cuando la norma en térmi-

¹⁷ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 32.

¹⁸ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 32, nota 31.



nos explícitos y formales ordena a su destinatario desarrollar una determinada conducta”,¹⁹ citando en apoyo de su aserto lo preceptuado en el artículo 2125 del Código Civil respecto del mandato. Más adelante agrega: “El problema se complica en ausencia de mandato legal expreso. ¿Cuándo se tiene el deber de actuar? ¿En virtud de qué es posible atribuir responsabilidad a una persona porque ha dejado de hacer? En otras palabras, se trata de especificar en qué casos es posible exigir a una persona que rompa la inercia, sin que exista una norma jurídica que concretamente le imponga la conducta activa. A juicio nuestro, este problema debe resolverse sobre la base de dos elementos complementarios: la representación del daño y la naturaleza de la actividad que debe desplegarse para evitarlo”.²⁰ En suma, prosigue el mismo autor, “la responsabilidad por omisión sólo procede cuando la omisión de que resulta el perjuicio es contra ley, o bien cuando, sin asumir riesgos significativos, se mantiene la pasividad y el efecto nocivo se consume”.²¹

El catedrático que venimos siguiendo funda la responsabilidad por omisión en el deber de solidaridad que impone la vida en sociedad, puntualizando a este respecto que “toda persona, por el hecho de vivir en la comunidad civil, está obligada a adoptar las providencias de mínimo riesgo para impedir que sus iguales experimenten perjuicios susceptibles de evitarse. Tan evidente es lo que señalamos, que el Código Penal sanciona como falta, en el artículo 494 N° 14, al ‘que no socorriere o auxiliare a una persona que se encontrare en des poblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere

hacerlo sin detrimento propio”.²² Conforme el criterio de este autor, dicha norma aglutina los dos elementos a que hace referencia (representación del daño y naturaleza de la actividad a desplegar).

Según nuestro parecer, la posición sustentada por este comentarista representa una lógica fusión de las tesis mentadas por los tratadistas argentinos precitados. Ello así, por cuanto la alusión que hace a la “representación del daño” nos remite, en definitiva, a la noción de culpa, tal como lo hacen Goldemberg y Acuña Anzorena, entre otros, y, tanto “la naturaleza de la actividad que debe desplegarse” para evitar el daño como el “deber de solidaridad que impone la vida en sociedad”, a la legislación penal, como lo hace Mosset Iturraspe.

Vista así la cuestión, no cabe duda que las doctrinas reseñadas son bastante certeras en su apreciación de la antijuridicidad, mas olvidan distinguir otro elemento del delito, cual es la tipicidad. Con ello confunden ambos componentes y, de paso, mantienen la preterida concepción causal del delito.

La profesora de la Universidad Nacional de Córdoba Matilde Zavala de González afirma que “el carácter expreso de la prohibición sólo implica que debe estar consignada por la ley a través de términos claros, indubitables, inequívocos, ciertos o inconfundibles, no necesariamente sacramentales ni ceñidos a lo casuístico. No supone, entonces, la descripción particularizada del elenco de hechos ilícitos, sistema que sólo por excepción adopta nuestra ley civil”.²³

¹⁹ Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 126.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Pablo Rodríguez Grez, *ob. cit.*, pág. 127.

²² *Ibíd.*

²³ Matilde Zavala de González, “Reflexiones sobre la Ilícitud”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo IV, Buenos Aires, 1981, pág. 732.



Lleva la razón esta autora, pues en el derecho civil no rige como en el derecho penal el principio *nullum crimen sine lege*, lo que permite en aquél la existencia de un catálogo abierto de prohibiciones típicas. Es que en el derecho civil impera como principio rector el *alterum non laedere*, a virtud del cual se prohíbe causar daño a otro en su persona o en sus bienes, siendo idóneo al efecto, o si se quiere típico, cualquier hecho que efectivamente cause ese daño. De modo que es el resultado daño el que -en definitiva- determina la tipicidad del hecho, cuestión que es distinta de la antijuridicidad del mismo.

En igual sentido se expide Mosset Iturraspe cuando afirma que: “A diferencia de lo que acontece en el derecho penal, donde prima la antijuridicidad formal -principio de legalidad- sobre la base de una serie cerrada de delitos -*nulla pena nulla crimen sine lege*-, el derecho civil admite una serie abierta de actos ilícitos, en la imposibilidad de prever todos los deberes jurídicos cuya violación engendra responsabilidad”.²⁴ Conforme ya apuntamos, este autor considera que el precitado artículo 108 del Código Penal de su país es determinante para calificar una omisión como antijurídica en sede civil. Lo propio ha hecho, como se dijo, en el medio local el profesor Rodríguez Grez cuando remite al número 14 del artículo 494 de nuestro Código Penal.

Por nuestra parte, reiteramos, estimamos que una recta comprensión de la teoría del delito civil impone reconocer la existencia de un tipo civil que contempla la prohibición de vulnerar el *alterum non laedere*, ya sea por acción o por omisión, unido ello a que la antijuridicidad debe ser entendida en sentido material, vale decir, informada por

todo el sistema normativo, y no sólo por una norma específica del mismo, conforme se precisará más adelante.

En resumidas cuentas, una cosa es la descripción típica, que en el derecho civil se satisface con una formulación amplia que comprende cualquier hecho que sea idóneo para causar daño a otro, y otra muy distinta es verificar si dicha conducta está amparada por el derecho o no. Por consiguiente, sólo una vez verificada la concurrencia de una conducta típica, lo que por cierto arrojará un claro *indicio de antijuridicidad*, es dable entrar a analizar si ella es antijurídica. Así por ejemplo, si quien mata o hiere a otro aparece cometiendo un hecho típico, que por lo mismo parecerá también antijurídico, resulta haber obrado amparado en alguna causa legal de justificación, como son la legítima defensa o el estado de necesidad -entre otras-, no será responsable de delito alguno, pues su conducta, no obstante ser típica, será conforme a derecho.

La tipicidad, por consecuencia, constituye un elemento propio de la estructura de cualquier ilícito; sea éste de naturaleza civil, administrativa o penal, jamás puede estar ausente, aun cuando se materialice de diversas formas en cada una de estas áreas del derecho en atención a los requerimientos que les son inherentes, pues, en definitiva, el tipo no es otra cosa que la expresión positiva de lo preceptuado por el sistema jurídico a través de sus normas. Ello, por cuanto, como bien recuerdan los penalistas españoles Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, en la teoría general del derecho el tipo es el “conjunto de los presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica”.²⁵

²⁴ Jorge Mosset Iturraspe, ob. cit., págs. 26 y 27.

²⁵ Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 305.



A mayor abundamiento, cabe observar que estos presupuestos no son sólo aquellos que dimanen de las normas jurídicas dictadas por el Poder Legislativo o Ejecutivo. La riqueza del sistema jurídico no se agota en dichas normas, toda vez que también forman parte de él, aunque con alcances más restringidos, las reglas jurídicas creadas por los particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad; por cierto, a condición de que ésta se ejerza conforme a derecho (principio de legalidad). De ello se colige que los particulares -en ejercicio de esta prerrogativa- también pueden generar reglas de derecho que se plasman en tipos legales por medio de las cuales se imponen determinados deberes de conducta, que, en caso de no ser observados, generan la consiguiente responsabilidad civil. De manera tal que en materia contractual también se transgrede el *alterum non laedere* a través de la no ejecución de la conducta debida que imponía desplegar la convención que la generó.

Por lo mismo, insistimos, el tipo nunca puede estar ausente en la estructura del ilícito, ya que constituye la descripción -abierta o cerrada- de la conducta debida de cuyo incumplimiento se seguirá la aplicación de una consecuencia jurídica. El tipo, en otras palabras, es la expresión de la norma o regla de *iure* (según el caso) que describe la conducta que debe desplegar o abstenerse de llevar a cabo el agente y la estructura final del ese hecho jurídico (tipo objetivo y subjetivo, respectivamente).

Si bien se mira, del conjunto de normas que informan la responsabilidad extracontractual fluye claramente que la omisión siempre es idónea para engendrar la obligación de reparar. En este sentido, son concluyentes, entre otras, las siguientes disposiciones del

Código de Bello. El artículo 1487, que dispone: “*las obligaciones que nacen de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona*”; el artículo 2284, de conformidad al cual “*las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. (...) Sí el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito; si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito*. Y, finalmente, del artículo 2314, que prescribe: “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*”. Con tal formulación queda la puerta abierta para incluir en el delito civil tanto la omisión propia como la que se signa de impropia. Lo mismo puede sostenerse en base a lo dispuesto en el artículo 2329 de este cuerpo legal, norma que impone la obligación de reparar todo daño causado con dolo o culpa, sin discriminar si el perjuicio así causado proviene de una acción u omisión. De modo que en nuestra legislación no existe cortapisa alguna para sustentar esta afirmación. En efecto, las cavilaciones apuntadas por los tratadistas argentinos sobre el particular se fundan en la interpretación que algún sector doctrinal hace de las citadas normas del Código de Vélez y, particularmente, de su artículo 1074, que es del siguiente tenor: “*Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido*”.²⁶ En base a esta norma algunos comentaristas de ese país han entendido que la obligación de obrar debe encontrarse expresamente impuesta en la ley, disquisición que no tiene asidero alguno

²⁶ La bastardilla es nuestra.



en el medio nacional, ni tampoco en el vecino.²⁷

Nadie, con buen tino jurídico, puede sostener que los artículos transcritos de nuestro Código Civil no contienen la descripción de una conducta típica, aun cuando ella no posea la misma precisión o detalle que una figura típica penal, lo que no es óbice a reconocer su presencia en el derecho civil. Es que, en rigor, esta técnica legislativa es la única viable atendido el hecho que el derecho civil procura la reparación de todo menoscabo patrimonial que provenga de un daño injusto. Siendo esto así, como podrá advertirse, una legislación casuística que pretendiera tipificar pormenorizadamente cada supuesto imaginable idóneo para causar un daño sería una labor ilusoria y, en definitiva, terminaría socavando los principios que sustentan la responsabilidad en comento al quedar excluidas muchas hipótesis por no estar “expresamente tipificadas”. Por ello, a juicio nuestro, se adopta la fórmula general (o abierta) mencionada que rige para la generalidad de los casos. Y es lógico que así sea, pues no hay más requisitos, en lo que dice relación con la tipicidad, que la necesidad de que concurra un hecho que cause daño. En eso, precisamente, consiste el hecho típico civil que opera con carta de regla general.

En atención a lo hasta aquí señalado, estimamos que la formulación típica genérica vista es la que más se adecua a los requerimientos del derecho de daños,

²⁷ Cabe hacer presente que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998 se proscribió intencionalmente toda disposición semejante a la contenida en el artículo 1074 del Código Civil aún vigente en ese país, a fin de evitar esta estéril discusión.

particularmente teniendo en cuenta la inacabable casuística que implicaría tipificar “minuciosamente” cada delito o cuasidelito civil imaginable, incluyendo en cada caso los sujetos activo y pasivo, los supuestos fácticos, los elementos materiales, etcétera, necesarios para configurarlo, generando así una suerte de “parte especial” del derecho de daños al estilo de lo que ocurre en el derecho penal. Por lo demás, hemos de tener presente que la mayoría de los supuestos fácticos del delito civil encuentran su correlato con los de su homónimo penal, por lo que no existe razón para repetirlos en la legislación civil. Lo cual, por cierto, no debe inducirnos a creer que ello siempre sea así, pues, como es sabido, no todo delito penal atenta contra el principio *alterum non laedere*. Baste como ejemplo citar el caso de los delitos -penales- de peligro (o formales), los que se consuman con la mera creación de la situación de riesgo típica. Acá, el resultado riesgo, que es típico y presuntivamente antijurídico en sede penal, no lo es para el derecho civil, pues dicho riesgo no genera daño alguno. Luego volveremos sobre este punto.

Tan cierto es lo que afirmamos respecto de la presencia de la tipicidad en el delito civil que la legislación especial ha llegado a establecer una serie de hechos típicos cada vez más similares a los contenidos en la parte especial del derecho penal. Así, por ejemplo, la verificación del supuesto contemplado en artículo 52 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, requiere como condición *sine qua non* para configurarlo que se lleve a cabo “con infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección,



preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”. Queda claro que este tipo contiene un conjunto de elementos normativos que están dados, por ejemplo, por la definición que en la letra e) del artículo 2° de ese dispositivo legal se hace del daño ambiental. Dicho precepto dispone que para todos los efectos legales se entenderá por “Daño ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”, lo que nos remite, a su vez, a la letra II) de este artículo, de conformidad al cual se entiende por medio ambiente “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. Lo propio acontece en la letra o) del citado artículo, que define las normas de emisión. De modo que sólo concurriendo estos requisitos, que dan fisonomía propia al citado ilícito civil, se presumirá legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental.

También constituyen tipos especiales aquellos que establecen casos de responsabilidad objetiva (o sin culpa), cuyos clásicos ejemplos los encontramos -entre otros- en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil. En estas hipótesis el legislador hace *expresa excepción* a la regla general que rige en materia de responsabilidad extracontractual al no ser necesario que el daño haya sido ocasionado con dolo o culpa. De consiguiente, en estos supuestos el delito no requiere de elemento subjetivo alguno para configurarse. Como bien enseña el maestro

Rodríguez Grez, “la culpa, en este caso, no sirve para atribuir responsabilidad, sino para eximirse de ella”,²⁸ pues asiste al demandado el derecho de acreditar que el daño provino por culpa de la víctima o de un tercero. Resulta obvio que para poder argüir la aplicación de estos presupuestos excepcionales de responsabilidad *aquiliana* es indispensable que el legislador los haya establecido *expressis verbis* en el ordenamiento jurídico, esto es, que los haya tipificado.

Así planteadas las cosas, es claro que en sede civil existe, *latu sensu*, una tipicidad. Empero, como ha quedado dicho, este tipo, a diferencia del tipo penal, que por imperativo constitucional contiene una descripción acabada de la conducta indiciaria de antijuridicidad, e, incluso, en ocasiones, aparece plasmado de elementos normativos, de referencias específicas tanto al sujeto activo como al pasivo del delito y, muy en particular, al aspecto subjetivo del mismo, sólo contiene un supuesto jurídico abierto en el cual puede encuadrarse cualquier *factum* (o hecho jurídico) que ocasione el daño. En otros términos, en el derecho de daños el tipo (*tatbestand* de los alemanes, *fattispecie* de los italianos) no es otra cosa que un esquema o bosquejo abstracto descrito por la norma en la cual ha de verificarse si puede o no encuadrarse el *factum* (dañoso) para que se lo considere típico.

Finalmente, es dable sostener que el tipo civil contiene un interés jurídicamente protegido (o bien jurídico, como se lo signa en la “ciencia penal”), cual es la mantención del *alterum non laedere*, y un presupuesto fáctico propio que no requiere -por regla general- para que una conducta se enmarque en él forma de comisión especial alguna, sino sólo que haya

²⁸ Pablo Rodríguez Grez, ob. cit., pág. 196.



atentado contra el sobredicho interés jurídicamente protegido.

Retomando lo relativo a la antijuridicidad, debemos dejar establecido el alcance que a ella le atribuimos en el delito civil, lo que dependerá de si la entenderemos en sentido material o formal; es acá, precisamente, donde entroncamos con las doctrinas precitadas. Sobre el particular, el profesor Rodríguez Grez sostiene que la antijuridicidad formal “se desprende de la oposición entre una norma específica y una conducta”.²⁹ En cambio, la antijuridicidad material, para este comentarista, se funda en dos elementos: “dolo y culpa y del sistema normativo”.³⁰ Nótese que en este último caso la antijuridicidad no deviene de la violación de una norma particular, sino del orden jurídico apreciado en su conjunto. Esta última acepción de la antijuridicidad reafirma lo dicho en cuanto a que el tipo subjetivo marca un indicio de antijuridicidad, pues toda conducta dañina ejecutada con dolo o culpa es, en principio, contraria al orden jurídico. Así, creemos nosotros, lo reconoce implícitamente este autor, aunque bajo una sistemática diversa de la aquí esbozada, cuando dice que “no puede confundirse en términos absolutos el dolo o la culpa con la antijuridicidad”. Acto seguido, sin embargo, incurre en la misma imprecisión que la generalidad de la doctrina al afirmar que “el dolo y la culpa (que constituyen factores de imputación en el ilícito civil) conforman, paralelamente, un elemento referencial de antijuridicidad”.³¹ De ser esto efectivo, tendríamos que admitir que el dolo y la culpa integran el tipo subjetivo y que, además, juegan un rol -principalmente- en la culpabilidad (juicio de reproche). Ello,

para nosotros, no es efectivo. El dolo o la culpa constituyen el aspecto subjetivo de la acción u omisión típica. Siendo esto así, en el juicio de reproche (culpabilidad) ha de verificarse si el sujeto es imputable, no en razón de su actitud interna, sino de su personal situación.

En atención a lo dicho, para nosotros, la noción de antijuridicidad que impera en el derecho de daños es la material. Tal afirmación nos permite, además, sustentar de manera coherente en sede civil la aplicación de las causas legales de justificación que pueden revestir de juridicidad una acción u omisión típica.

Una adhesión a la antijuridicidad material torna plenamente aplicable el citado número 14 del artículo 494 del Código Penal, ejemplo palmario del deber de obrar que impone la solidaridad que informa todo el sistema normativo. Otro ejemplo claro de este deber lo encontramos en el número 2 del artículo 496 del mismo cuerpo legal, que sanciona al que “pudiendo, sin grave detrimento propio, prestar a la autoridad el auxilio que reclamare en casos de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello”. Es del caso recordar que las faltas, como son los dos tipos citados, sólo dan lugar a la aplicación de la pena cuando se hallan consumadas, conforme lo dispone el artículo 9° de la Ley Penal sustantiva.

Como se habrá advertido, queda de manifiesto que las hipótesis contenidas en las figuras penales reseñadas se refieren a casos en los que el sujeto activo del ilícito omisivo es completamente ajeno al proceso causal que desencadena el daño, es decir, a supuestos de omisión propia.

Así entendida la estructura del delito civil es dable aseverar que es típico y, por lo

²⁹ Pablo Rodríguez Grez, ob. cit., pág. 140.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.



mismo, indiciarlo de antijuridicidad todo hecho del hombre que obedezca a dolo o culpa que genere un daño a un tercero. Y, si este hecho no aparece amparado por alguna causa legal de justificación, será, además, antijurídico.

Por último, aprovechamos la oportunidad para hacernos cargo de otra afirmación usualmente compartida por la doctrina. Se sostiene que la antijuridicidad penal determina la civil. Esto no siempre es efectivo; existen hechos antijurídicos para el derecho penal que no poseen tal calidad en el derecho civil. Tal situación tiene lugar principalmente en los delitos de peligro (o formales), como ocurre en el delito de conducción de vehículos motorizados bajo la influencia del alcohol, caso en que, no obstante, configurarse la antijuridicidad penal, no ocurre lo mismo respecto de la civil, ya que dicha conducta no produce el resultado típico necesario para configurar responsabilidad en este ámbito del derecho. Sólo si a esta conducta adicionamos otro ilícito, como puede ser la causación de lesiones, tendremos el daño que es necesario para reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios. Por ello, discrepamos de la opinión de Mosset Iturraspe, quien afirma que el hecho que es antijurídico en sede penal lo es también en el ámbito civil, en atención a la unidad del sistema jurídico. Más aún, el derecho penal, atendida la naturaleza de los bienes jurídicos que está llamado a proteger, no sólo castiga los delitos consumados, esto es, cuando se ha alcanzado el resultado exigido por la norma primaria (por ejemplo, dar muerte a otro o defraudarlo), sino que también sanciona estas conductas cuando ellas han quedado en alguna fase de ejecución (delito tentado y delito frustrado). Puede advertirse que ello no opera en la teoría del delito

civil; acá sólo es jurídicamente relevante el delito o cuasidelito consumado, es decir, aquel que efectivamente ha causado un daño o perjuicio -injustificado- a otro. De modo que la conducta constitutiva de un delito penal tentado o frustrado, que puede ser antijurídica para el derecho penal, no necesariamente es idónea para configurar la tipicidad, ni, menos aún, la antijuridicidad propia del delito civil en comentario.