

## ¿ES LA ANTIJURICIDAD UN REQUISITO FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL?

*Lizardo Taboada Córdova*

Abogado, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica.

La mayor parte de los autores, no así los cuerpos legales, consideran que la antijuricidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, sea ésta contractual o extracontractual, por cuanto se entiende que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. Evidentemente, si se causa daño mediante una conducta, existiendo relación de causalidad adecuada y los factores de atribución correspondientes, no habrá responsabilidad, vale decir, el autor del daño no será responsable, si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho, esto es, dentro de los límites de lo lícito. En otras palabras, resulta evidente, por la propia fuerza de los conceptos y de los hechos, que siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual. Resulta inimaginable plantear un problema de responsabilidad civil sin hacer referencia al concepto de la antijuricidad, cualquiera que sea la denominación que se le dé al mismo. Podría señalarse inclusive que por tratarse de un concepto tan evidente, sería innecesaria cualquier referencia al mismo. Como veremos más adelante, en el caso de la responsabilidad contractual el problema de la antijuricidad es menos discutible, presentándose en toda su magnitud en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

En este sentido, el problema sobre la necesidad de este requisito fundamental para la responsabilidad civil se plantea en nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento mismo que los artículos 1969 y 1970 no

mencionan de modo alguno que deba tratarse de un daño ilícito, limitándose a disponer ambas normas que cuando se cause un daño a otro por dolo o culpa, o, mediante una actividad riesgosa o peligrosa, respectivamente, existirá para el autor la obligación de indemnizar a la víctima. Obviamente, el artículo 1971 al señalar en su primer inciso que no hay responsabilidad por daño causado en el ejercicio regular de un derecho, está haciendo referencia implícita al concepto de antijuricidad, por la simple y evidente razón que cuando se actúa en el ámbito del ejercicio regular de un derecho, a pesar de que se pueda causar daño, no nacerá obligación legal de indemnizar, por ser el mismo consecuencia o resultado de una actividad lícita, ajustada a Derecho y por ende permitida y plenamente justificada por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ello no es suficiente, por cuanto se da lugar a ideas o planteamientos, en nuestro concepto, errados, que consideran que la antijuricidad o ilicitud no es un requisito fundamental e imprescindible de la responsabilidad civil en general, trátese del campo contractual o extracontractual. Dicho muy brevemente, en nuestra opinión no basta con deducir este fundamental requisito del primer inciso del artículo 1971, de manera indirecta, o con afirmar que por ser evidente no es necesaria ninguna referencia al mismo, sino que es necesario que el código peruano establezca directamente en los artículos 1969 y 1970, o en una única norma, a ubicarse en un título sobre disposiciones generales de la responsabilidad civil extracontractual, o de ser posible, de la responsabilidad civil en general, comprendiendo tanto a la contractual como a la extracontractual, el requisito de la antijuricidad para poder concebir un supuesto de responsabilidad civil y fundamentalmente para que no queden dudas sobre la necesidad imperiosa de este aspecto dentro del sistema de responsabilidad civil a nivel normativo. Esta necesidad en nuestra opinión es imperiosa para combatir los

intentos doctrinarios que buscan negar, sin lógica alguna, la antijuricidad del sistema de la responsabilidad civil en general.

No debe olvidarse que el primer inciso del artículo 1971, al igual que toda la norma en su conjunto, es interpretada en su exacto sentido, como aquella que contempla de manera específica los supuestos del daño autorizado o del daño justificado, es decir, de aquellos casos en los cuales no hay responsabilidad civil por haber actuado el causante del daño justificadamente, según el ordenamiento jurídico. El mismo que preceptúa que en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, o el ejercicio regular de un derecho, no hay responsabilidad de ninguna clase, a pesar del daño causado. **Limitándose de esta manera, el entendimiento y el supuesto de aplicación del artículo a regular los supuestos de daño autorizado o justificado. Sin embargo, para poder comprobar nuestra afirmación, es necesario, examinar el concepto mismo de antijuricidad, habida cuenta que existe un planteamiento, con muchos adeptos actualmente, que señala que no es necesaria la antijuricidad, o que en todo caso, ésta debe reemplazarse por otro concepto como aquel del Daño injusto, según lo hemos indicado ya anteriormente. Desde este planteamiento, que obviamente no compartimos, los artículos 1969 y 1970 serían perfectos, no existiendo ninguna necesidad de revisarlos o modificarlos. Una manera muy sencilla y clara de abordar esta noción, es haciendo referencia a los supuestos en los cuales resulta evidente la responsabilidad civil extracontractual, por ser la conducta causante del daño, una actividad contraria a Derecho, pero no por atentar contra el orden público, o las buenas costumbres, ni contra los patrones de comportamientos socialmente aceptados como válidos o legítimos, sino por contravenir una norma jurídica que prohíbe expresa o tácitamente dicha conducta. Así, por ejemplo, con independencia de la vinculación entre la pretensión penal y la civil, y los problemas procesales que ello origina, resulta muy fácil de entender que en cualquier caso de una conducta tipificada como Delito, cuando se haya causado daño efectivamente, el autor del delito no sólo será responsable penalmente, sino también civilmente, siendo merecedor por ello, no sólo de una pena, sino también de una obligación de indemnizar a la víctima, impuesta por la ley.**

En estos casos, la antijuricidad resulta evidente, por cuanto se trata del daño causado como consecuencia de una conducta prohibida, no permitida por el sistema jurídico y como tal ilícita o antijurídica. Obviamente, esta antijuricidad directa, que podríamos calificar de antijuricidad típica, por estar prevista en la norma

jurídica, no sólo es resultado de una conducta tipificada como un delito penal, sino que también puede resultar de una conducta que no esté permitida, sin que la misma llegue a constituir un delito. Esta aclaración resulta en nuestro concepto de fundamental importancia, por cuanto en nuestro medio existe el prejuicio, infundado y generalizado, de que sólo es posible hablar de antijuricidad típica en los casos de conductas delictivas, como si las únicas conductas que estuvieran prohibidas por el ordenamiento jurídico, fueran aquellas tipificadas como delitos, olvidándose que existen muchas conductas prohibidas expresa o tácitamente por normas de derecho privado, sin ninguna implicancia de orden penal y que son en esencia, y al igual que las otras, conductas perfectamente antijurídicas. Así, por ejemplo, tenemos el caso del artículo 882 del código civil, que dispone expresamente que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita, lo que significaría que la existencia de un pacto con dicho contenido sería justamente una conducta antijurídica, que en caso de causar daño a una de las partes, como consecuencia de su misma celebración, daría lugar a un supuesto perfecto de responsabilidad civil extracontractual, dentro de la lógica de la actual regulación de nuestro código civil. Otro caso típico de conducta prohibida por normas que no tipifican delitos, es también el artículo 240 del código civil, que para el caso de los sponsales, dispone que si los mismos se han formalizado indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y dejan de cumplirse por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, el autor de la ruptura estará obligado a indemnizarlos. Otros casos de prohibición expresa, entre los múltiples que encontramos en nuestra legislación y específicamente en nuestro código civil, lo constituyen los artículos 28, 241, 242, 243, 381, 382, 538, 554, 662, 667, 678, 744, 745, 814, 934, 1066, 1095, 1106, 1111, 1113, 1132, 1221, 1249, 1290, 1366, 1629, 1668, 1775, 1817, etc.

En cualquiera de estos casos, resulta evidente, al igual que en los dos artículos anteriores, que cuando como consecuencia de la conducta prohibida se cause un daño a un tercero, nacerá a cargo del autor del daño la obligación legal de indemnizar por ser responsable, bien sea contractual o extracontractualmente. De esta manera, esperamos quede destruido de una vez por todas, el infundado prejuicio, muy frecuente lamentablemente en nuestro medio, que sólo es posible hablar de responsabilidad civil extracontractual cuando se trata de una conducta tipificada como delito y como tal sancionada con una pena, por cuanto la antijuricidad puede ser consecuencia de una conducta sancionada

penal o civilmente. En este sentido, resulta bastante claro comprender el concepto de la antijuricidad típica, esto es, prevista específicamente en la norma jurídica.

Sin embargo, por razones que no llegamos a entender, existe también otro prejuicio, bastante generalizado en nuestro medio y también completamente infundado, en el sentido que debe identificarse el concepto de antijuricidad con aquel que nosotros hemos denominado antijuricidad típica, es decir, existe la idea equivocada de que si se exige el concepto de la antijuricidad como requisito de la responsabilidad civil, estaríamos limitando el ámbito de aplicación de la misma únicamente a los casos de conductas prohibidas o no permitidas expresamente por normas jurídicas. Desde este punto de vista equivocado, se identifica tipicidad con el concepto de antijuricidad, olvidándose que existen conductas prohibidas, ya no específicamente sino también genéricamente, en cuyo caso estamos también frente a conductas antijurídicas, no típicas, pero sí genéricas y por ello mismo atípicas.

En otras palabras, y tal como lo hemos anticipado, en nuestra opinión debe hablarse de dos clases de antijuricidad, una típica, esto es, específicamente prevista por la norma jurídica, bien sea expresa o tácitamente, y una atípica, vale decir prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico. De esta forma, se amplía acertadamente el concepto de la antijuricidad, y se le proporciona al sistema de la responsabilidad civil la lógica adecuada para su buen funcionamiento en la realidad social, pues ya no será necesario establecer únicamente si la conducta está prohibida expresa o tácitamente por alguna norma jurídica o un conjunto de las mismas, para poder hablar de un supuesto de responsabilidad civil, sino que podremos saber a ciencia cierta, si debe haber o no responsabilidad civil extracontractual, en la medida en que se determine que se trata de una conducta prohibida genéricamente por el ordenamiento jurídico. La importancia del tema es fundamental, pues, debido al infundado prejuicio de identificar necesariamente antijuricidad con tipicidad legal, se hace en nuestro medio muy difícil para los profesionales y estudiantes de derecho en general, saber, si en los casos de conductas no prohibidas específicamente, puede darse lugar o no a un supuesto de responsabilidad civil, con la consiguiente confusión entre la responsabilidad penal y civil, cuyas lógicas, fundamentos y requisitos son completamente distintos, pues en el ámbito civil lo que se persigue básicamente es reparar o resarcir los daños ocasionados, mientras que en la responsabilidad penal el objetivo fundamental es sancionar al autor del delito, haya habido daño o no. Adicionalmente, y esto es también trascendental, por lo menos desde nuestro punto de vista, según lo hemos anticipado, se entenderá adecuadamente el concepto de la antijuricidad y por

ello mismo no se podrá negar su valor fundamental dentro del sistema de la responsabilidad civil, especialmente la extracontractual.

Decimos, que especialmente, la extracontractual, por cuanto en el ámbito de la responsabilidad contractual, mal llamada así en nuestro sistema jurídico que no reconoce al contrato como única fuente voluntaria de obligaciones, si bien existe y está siempre presente la antijuricidad como requisito fundamental del sistema, al igual que el concepto del daño, de relación de causalidad, de la imputabilidad y la culpabilidad, se trata siempre de una antijuricidad típica, que puede consistir en un incumplimiento total, parcial, defectuoso o en un cumplimiento moroso, ya que es únicamente en esos supuestos, debidamente previstos en las normas sobre inexecución de obligaciones, en que se puede hablar de responsabilidad civil contractual, más propiamente responsabilidad obligacional dentro de nuestro sistema jurídico. En otras palabras, según lo dispone expresamente el artículo 1321, norma fundamental en materia de responsabilidad obligacional, debidamente confirmado por otras normas incorporadas bajo el mismo título sobre inexecución de obligaciones, tales como los artículos 1314, 1315, 1317, 1329, 1330 y 1331, en materia de responsabilidad obligacional la antijuricidad es siempre típica, pues en todas estas normas se hace siempre referencia a la "inexecución de la obligación" aludiendo al incumplimiento total, al "cumplimiento parcial", "tardío" en alusión al cumplimiento moroso, llamado también en términos doctrinarios "incumplimiento relativo" por contraposición al "incumplimiento absoluto", y al "cumplimiento defectuoso". En consecuencia, queda claro que sólo se puede hablar de responsabilidad obligacional, cuando el deudor cause daño al acreedor como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la prestación a su cargo, en la medida en que tal incumplimiento, en sus cuatro tipos, le sea imputable por dolo, culpa grave o culpa leve. De esta manera, se hace evidente el concepto de una antijuricidad estrictamente típica en el ámbito de la responsabilidad civil obligacional, llamada doctrinariamente "responsabilidad contractual", a diferencia de la denominada por nuestro código "responsabilidad extracontractual", denominación que tampoco nos parece adecuada, pues sólo estaría justificada en contraposición a una responsabilidad contractual, que no existe legalmente dentro de la terminología del código civil.

Por ello mismo, el tema de la antijuricidad adquiere importancia fundamental en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues es ahí en que se manifiesta en toda su amplitud la importancia y sobre todo la necesidad de establecer con claridad, cuando hay

la necesidad de establecer con claridad, cuando hay responsabilidad civil, en los casos en que no existe una conducta prohibida expresa o tícitamente por una norma jurídica de manera específica.

Debe recordarse, que en este caso, y a diferencia del anterior, las conductas que dan lugar a responsabilidad no están expresamente tipificadas y de manera taxativa en norma alguna bajo el título de la responsabilidad extracontractual, sino que las dos normas centrales, a saber, los artículos 1969 y 1970 se limitan a establecer que cuando se causa un daño a otro u otros hay lugar al resarcimiento respectivo. Tan no están tipificadas las conductas que pueden dar lugar a responsabilidad extracontractual, que el artículo 1985 exige en forma expresa una relación de causalidad adecuada, haciendo referencia directa a una teoría sobre la relación de causalidad, que a fin de establecer cuando hay responsabilidad o no, dispone que debe tratarse de una conducta capaz de causar un determinado tipo de daño, en consideración a la experiencia cotidiana y al normal desenvolvimiento de los acontecimientos. Como resulta evidente, si en este caso las conductas fueran siempre típicas, no habría necesidad de acudir a una teoría que distingue y discrimina, entre las múltiples conductas del hombre, cuáles pueden dar origen a una responsabilidad y cuáles no.

La diferencia resulta clarísima, si se observa que en el ámbito obligacional, la responsabilidad nace del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, lo cual implica siempre necesariamente la existencia previa del vínculo obligacional, el mismo que sólo se puede incumplir absoluta o relativamente, mientras que en el campo extracontractual la responsabilidad nace de una conducta que, simplemente, causa daño, razón por la cual se hace imperioso establecer que conductas pueden dar lugar o no a dicha responsabilidad civil, sobre todo si en este caso no es necesaria la existencia previa de un vínculo obligacional.

En nuestro concepto, la antijuricidad atípica o genérica no sólo es un concepto que se impone por la misma lógica del sistema, que no exige un vínculo obligacional previo entre los sujetos, sino por la misma necesidad de reparar o indemnizar daños que sean consecuencia de cualquier conducta, aún cuando la misma no se encuentre prohibida expresa o tícitamente por norma jurídica. Y la única manera de establecer cuando una conducta está prohibida genéricamente, es en nuestra opinión acudiendo al artículo V del título preliminar del código civil, y adicionalmente al criterio de valoración social en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado.

Con relación al artículo V del título preliminar, aún cuando el mismo hace referencia directa al concepto de la nulidad virtual en expresa concordancia con el inciso 8 del artículo 219, por cuanto dispone expresamente que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, en nuestra opinión esta norma de carácter principista y genérico nos permite deducir que el concepto de antijuricidad o ilicitud no sólo es típico, sino también genérico o atípico. Más aún, en nuestra opinión este artículo V es la norma fundamental que consagra tal es la noción de ilicitud o antijuricidad en el derecho privado. Dicho de otro modo, es en base a esta norma genérica, que se puede afirmar con toda seguridad que existe una antijuricidad atípica. La explicación es la siguiente: si bien es cierto que la norma tiene como propósito directo, reiteramos directo, el sancionar con nulidad a los actos jurídicos cuyo contenido sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, la razón de ser de esta nulidad, que hemos calificado de virtual o tícita, radica precisamente en que se privan de efectos jurídicos a los actos jurídicos cuyo contenido es ilegítimo o ilícito, justamente por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, ya que el ordenamiento jurídico considera que no merecen la tutela legal y por ende el producir efectos jurídicos todos aquellos comportamientos voluntarios del hombre que sean ilícitos por contravenir el orden público o las buenas costumbres. En otras palabras, la razón de ser de la nulidad, genérica por cierto, es el que se trata de actos jurídicos cuyo contenido o finalidad es ilícita, por no estar en concordancia con los principios fundamentales que conforman el orden público, o las reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una comunidad en un momento histórico determinado que conforman lo que legalmente se denominan "buenas costumbres". Tal es la importancia del tema sobre la ilicitud o antijuricidad en el ámbito del acto jurídico y por ende de los contratos, que el legislador ha decidido privarlos de eficacia jurídica dentro de una norma ubicada en el título preliminar del código civil, vale decir en su puerta de entrada, en el entendimiento que los comportamientos ilícitos no merecen la tutela y el amparo legal, precisamente por no estar de acuerdo con lo que se busca en una determinada sociedad. Pues bien, aún cuando esta norma hace referencia directa, según reiteramos al concepto de la nulidad virtual, por cierto desde nuestro punto de vista, de los actos jurídicos cuyo contenido es ilícito, de la misma se desprende la intención normativa de establecer en una norma genérica el concepto privado de ilicitud o antijuricidad, pues si bien es cierto que una conducta ilícita no podrá nunca producir efectos jurídicos queridos o deseados por los sujetos, con mayor razón se puede afirmar, sin dudas de ninguna clase, que

cuando se cause daño por intermedio de una conducta que atente contra el orden público o las buenas costumbres, existirá o nacerá en el mundo del Derecho la obligación legal de indemnizar a cargo del autor de esta conducta, sin que sea necesario precisar si la conducta se encuentra o no específicamente prohibida o sancionada por una norma jurídica determinada. En otros términos, mediante una norma dirigida a sancionar con nulidad los actos jurídicos con contenido ilícito, el ordenamiento jurídico peruano de manera indirecta está consagrando un concepto genérico de antijuricidad o ilicitud, aplicable por cierto a la responsabilidad civil extracontractual, no así a la contractual u obligacional, por las razones explicadas precedentemente. Concepto genérico de ilicitud que le da contenido propio a los artículos 1969 y 1970, en concordancia obviamente con el artículo 1971, comentado también anteriormente.

En consecuencia, no sólo se debe hablar de responsabilidad civil extracontractual, cuando se haya causado daño mediante conductas prohibidas por normas jurídicas específicas, con contenido penal o sin él, sino también en todos los demás casos en los cuales la conducta, aún cuando no esté prevista específicamente, por sí misma sea contraria a derecho o antijurídica por contravenir el orden público o las buenas costumbres. Si este razonamiento se hace sin problemas para el caso de los actos jurídicos, decretando su nulidad, con mayor razón para el caso del resarcimiento de daños en la responsabilidad extracontractual. No debe tampoco olvidarse que el concepto de la atipicidad no

sólo se presenta en materia de nulidad y de responsabilidad, sino también en materia de figuras contractuales, tratándose pues de una noción propia del derecho privado, a diferencia de la responsabilidad penal, en cuyo caso la responsabilidad siempre es típica.

Sería inimaginable, por cierto, un sistema jurídico de responsabilidad civil extracontractual, en el cual sólo se pudieran indemnizar daños causados por conductas típicamente ilícitas o antijurídicas, pues un sistema de dicha naturaleza no cumpliría su función fundamental, cual es la de reparar a las víctimas de los daños que otros les hubieren causado en su vida de relación dentro de una determinada sociedad. Tampoco debe olvidarse que además de esta ilicitud genérica del artículo V del título preliminar, la antijuricidad también puede ser el resultado, no de una conducta que atente contra el orden público o las buenas costumbres, sino de un comportamiento que sea considerado por la conducta social como no permitido. No debe olvidarse que la responsabilidad civil se aplica a la conducta de los hombres en su vida de relación en una determinada sociedad, y que la sociedad, al igual que su sistema jurídico, establece también patrones de conducta, los cuales no se agotan con el concepto de buenas costumbres.

En conclusión, desde nuestro punto de vista, la antijuricidad es una noción fundamental, de la cual no se puede prescindir en el sistema de la responsabilidad, menos aún podría reemplazarse por la noción más genérica aún del daño injusto.