

Ética de la responsabilidad*

Mariano Gagliardo

Sumario: 1. Propósito. 2. Derecho y moral. 3. Ilícitud y responsabilidad. 4. La culpa. 5. El sentido ético de la reparación integral. 6. La justificación ética de la acción civil de la víctima. 7. Síntesis.

1. Propósito

El desarrollo de este título tiene variedad de matices y connotaciones, no obstante lo cual tiene singular trascendencia y gravita pesadamente en las instituciones jurídicas que involucra.

Es sabido que el derecho contiene varias cuestiones polémicas y en más de una oportunidad se imponen esfuerzos interpretativos para conciliar soluciones que guarden armonía con ciertos planteos conceptuales y cuando no, finalidades jurídicas.

Lo antes dicho trata de aunar planteos entre lo correcto y lo verdadero y más allá de las razones jurídicas a esgrimir solo se pretende abrir aquí reflexiones sobre el tema.

2. Derecho y moral

El orden jurídico se refiere a las actividades que despliegan las personas, de conformidad con un precepto obligatorio, cualquiera que sea la finalidad que el hombre se proponga alcanzar con sus actos, positivos o negativos.

En un destacado libro, Paul Ricoeur¹ indaga ¿quién es el sujeto digno de estima y respeto?, pregunta de forma moral que remite a una pregunta antropológica: ¿cuáles son los rasgos fundamentales que vuelven al sí-mismo (*soi, self, Selbst, ipse*) capaz de estima y respeto?

Esta marcha regresiva, que conduce del derecho a la moral y de la moral a la antropología, invita a concentrarse en la especificidad de la pregunta “¿quién?” en relación con las preguntas “¿qué?” y “¿por qué?”. La pregunta “¿qué?” requiere una descripción; la pregunta “¿quién?” requiere una identificación.

* Especial para *Revista del Notariado*.

1. RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Y aun en esta aclaración, de manera implícita, la moral está contenida en el artículo 21 del Código Civil; la moral no solo alude a la conducta de los individuos con relación a los demás hombres, sino también a la de estos para consigo mismo y aun en sus relaciones para con Dios, y la sanción por el menosprecio de sus reglas es siempre una sanción igualmente moral que escapa a la potestad secular; pero a veces, “la regla moral penetra en el mundo jurídico, tratando de encarnarse en una regla obligatoria de conducta que reclama el auxilio del brazo secular”².

En la esfera de las posiciones lógicas, en el ámbito del mundo occidental, se entiende que derecho y moral son dos sistemas normalmente diferenciados pero conectados entre sí como ramas diferentes de un mismo cauce configurado por la ética. Derecho y moral comparten el contenido común de la justicia: tanto el derecho como la moral nos obligan a ser justos, si bien por razones diferentes y mediante técnicas diversas también. El derecho, a diferencia de la moral:

1. No manda todas las virtudes ni prohíbe todos los vicios, sino solo el mínimo ético indispensable para conservar la vida social. Dice Santo Tomás:

La ley humana no prohíbe todos los vicios de los que abstienen los hombres virtuosos, sino tan solo los más graves de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud, y principalmente aquellos que redundan en perjuicio de los derechos más, sin cuya prohibición o puede conservarse la sociedad humana³.

2. Se ocupa de otra serie de comportamientos y temas, éticamente diferentes (formas negociales, prescripción, etc.) pero que son necesarios para el orden de la vida social.

El sentido social de un comportamiento humano es determinado por la función de esa conducta con la ordenación moral de la vida común humana. Las acciones que se adecuan a ese orden social general y sean permitidas por él, son socialmente normales y por ello no son antijurídicas, prescindiendo de si se dan o no en el caso algunas causas de justificación.

2. RIPERT, Georges, *La Règle Morale Dans les Obligations Civiles*, Paris, s/e, 1925, p. 7.

3. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II. q 96, art. 2.

3. Ilícitud y responsabilidad

Todo acto ejecutado u omitido en transgresión al orden jurídico que prohíbe u ordena constituye una violación al régimen legal.

El concepto de ilicitud no es nada más que lo inmoral restringido a un mínimo ético indispensable para la dinámica de la sociedad humana. Por tanto, lo ilícito es obra del hombre, que lo puede consumir por acciones u abstenciones.

Una de las sanciones que contempla el régimen jurídico ante la configuración del elemento ilicitud que obliga a reparar el daño causado es la que resulta de un sujeto responsable: pesa sobre la persona una obligación de indemnizar.

En otros términos: la responsabilidad civil es fuente de la obligación de reparar el daño irrogado.

La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

La responsabilidad contractual va más allá que la transgresión de un contrato –*lato sensu*– pues configura un negocio jurídico bilateral –o plurilateral– consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos, y cabe que estos sean los más diversos.

Es decir, en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivada de obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en un contrato.

Debe tenerse en cuenta que en esta pauta de la preexistencia de la obligación, la doctrina sustenta el distingo entre responsabilidad contractual y extracontractual⁴, no ya como contraposición entre responsabilidad emergente del contrato frente a responsabilidad proveniente de otra fuente, sino como responsabilidad derivada de un específico vínculo o relación preexistente –cualquiera que sea su fuente– frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena.

De tal manera, mientras en la primera hipótesis la idea de responsabilidad se relaciona estructuralmente con la noción de obligación, en el segundo supuesto la responsabilidad se origina en una obligación que se traduce en el resarcimiento del daño injustamente causado. Y esta obligación de contenido resarcitorio que se origina *ex novo*, resulta, asimismo, susceptible de dar

4. Cfr. SCONAMIGLIO, Renato, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Turín, 1968, pp. 670 y ss.

origen a la responsabilidad contractual, cuando no sea voluntariamente ejecutada.

Lo expuesto aparece claro en la exposición de Sconamiglio⁵,

[...] la llamada responsabilidad contractual tiene su origen en la propia noción de obligación; que en caso de incumplimiento reafirma su carácter esencial de vínculo que se perpetúa en la prestación resarcitoria cuando no sea posible su realización en forma específica (ejecución forzosa). De modo que (la responsabilidad contractual) se resuelve en la satisfacción del interés deducido en la obligación a pesar de la falta de cooperación del deudor [...] Por el contrario, en la responsabilidad aquiliana, el dato esencial es el constituido por el verificarse del daño injusto, al que se refiere y conmisura la reacción del derecho que se actúa con la imposición al sujeto que se halla en uno de los supuestos de responsabilidad hipotetizados por la ley de la obligación (primaria) de resarcimiento del daño causado.

Corolario de lo dicho es una tendencia general del orden jurídico que afecta directamente al ámbito de la responsabilidad contractual y se concreta en un ensanchamiento del mismo. De manera que la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal y se convierte en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un interés distinto del de la prestación.

Resultado de esta formulación⁶ será extender la esfera de gravitación de la obligación más allá de la prestación principal, inclusive las obligaciones accesorias.

Sin embargo, a la prestación principal y accesoria, suelen anexarse los deberes conexos que se excluyen de la responsabilidad contractual, considerándose en cambio estos como casos de responsabilidad extracontractual. De manera que la responsabilidad contractual es una relación compleja que excede la realización de la prestación principal.

Así resulta:

1. Ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual;
2. Concurso de ambas clases de responsabilidad, considerada como un concurso de acciones.

5. Ídem, p. 672.

6. Ídem, p. 675.

4. La culpa

La imputabilidad a un sujeto, cuando se concreta en un acto ilícito, se denomina culpabilidad. Es decir, es el factor subjetivo (e intencional) del acto humano transgresor cometido por un ser capaz. En suma: se trata de un hecho ilícito imputable a su autor.

Philippe Le Tourneau⁷ nos dice que la responsabilidad subjetiva se funda en una visión humanista de la sociedad, en la que todo individuo, accionado por la razón, goza de su libre arbitrio y es el dueño de su destino. Dice el autor que libertad, conciencia y responsabilidad son conceptos complementarios e indisolubles, agrega que la responsabilidad supone conciencia y libertad: ahora, solo se concibe al hombre consciente y libre en la medida en que sea responsable⁸.

La culpa puede apreciarse según la denominación de *in abstracto* e *in concreto*: la corriente tradicional se orienta hacia la apreciación de la culpa *in abstracto*, distinguiendo la grave, leve y levísima.

En tanto, la culpa *in concreto* que da por supuesto que el autor del hecho no efectuó la misma diligencia que pone en sus asuntos propios y la culpa *in concreto* individualizada, a pesar de su idoneidad y aptitudes el sujeto, no puso las circunstancias de modo, tiempo y lugar que debió poner.

Nuestro Código Civil, adopta el criterio de culpa *in concreto* con sustento en la responsabilidad por los alcances de nuestros actos libres cuando las previmos o las pudimos contemplar.

De manera que el codificador con las pautas del artículo 512, el que es complementado con las disposiciones de los artículos 902 a 906, adopta la postulación de la individualización de la culpa.

No obstante, el Código Civil contiene algunas excepciones de especial criterio rector del artículo 512. La noción de *culpa grave* es aplicable, por ejemplo, a la responsabilidad del tutor y del curador (arts. 461 y 475, C. C.), y en materia de seguros para excluir el derecho del asegurado o del beneficiario a la indemnización (art. 70, Ley 17.418).

La de *culpa leve* en abstracto resulta de los artículos 413 y 475 del Código Civil (en materia de tutela y curatela), y del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, que impone a sus administradores y representantes “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

7. LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Colombia, Legis, 2003, 3ª ed., p. 28.

8. Ídem, p. 29.

La de *culpa leve en concreto*, o *quam in suis*, que toma en cuenta el modo en que se comporta el deudor en sus propios asuntos –por lo cual “no se estima culpable a quien actúa descuidadamente, sea en sus propios asuntos o en los ajenos”, sino que se libera al sujeto descuidado o negligente con tal que “en sus propios asuntos” ponga “igual descuido o negligencia”–, rige en materia de sociedad civil (art. 1724, C. C.), depósito regular (art. 2202) y gestión de negocios (art. 2391).

La de *culpa levísima* se aplica cuando se exige una diligencia especial (arts. 902 y 909, C. C.). Conforme a la jurisprudencia, rige en materia de hechos ilícitos.

La idea de *prestación de la culpa* es admitida, por ejemplo, en la nota al artículo 2202 del Código Civil: allí se compara la responsabilidad asignada al depositario por la pérdida de la cosa con la más severa que el artículo 2269 atribuye al comodatario, explicando que “el comodato (o préstamo gratuito) es a favor del comodatario, y el depósito a favor del (depositante), y no del depositario”.

5. El sentido ético de la reparación integral

Aunque tenga un alcance casi universal, este enunciado parece puramente cautivador frente a los daños corporales sufridos por el amputado, el parapléjico o el que ha sufrido un trauma craneal severo. Ahora bien, el principio de la reparación integral solo se puede comprender dando su sentido ético, más allá del alcance emblemático de la norma. Para entenderlo bien, hay que diferenciar por un lado los perjuicios materiales, financieros y económicos que se conjugan con el verbo *tener*, y por otro los perjuicios fisiológicos y morales cuyo carácter extra patrimonial debe siempre salvaguardar la dignidad de la persona humana y que se conjugan con el verbo *ser*.

6. La justificación ética de la acción civil de la víctima

El aspecto de reivindicación represiva que la víctima manifiesta al presentar la demanda de indemnización por daños y perjuicios ante la jurisdicción criminal por una infracción tiene sus raíces antropológicas más primitivas: es el instinto de la venganza, particularmente violento cuando ha existido ataque a la in-

tegridad física de la persona que, en todas las sociedades, es *el* daño supremo. La Ley del Tali3n, “ojo por ojo, diente por diente”, sigue siendo s3mbolo arcaico del equilibrio m3tico y casi religioso as3 restablecido entre la v3ctima y el responsable. Ahora bien, la Ley del Tali3n no *repara* nada; solo venga.

Est3 claro que el instinto de venganza, exaltado por algunos c3digos de honor descarriados no podr3 erigirse como valor 3tico.

Hace falta un an3lisis mucho m3s profundo de los mecanismos ps3quicos de la v3ctima para llegar a una verdadera comprensi3n de la realidad de los sentimientos colectivos e individuales a los que los psiquiatras, soci3logos y crimin3logos dan un sentido. Cualquier ataque violento a la integridad f3sica suscita una fuerte tensi3n del aparato ps3quico que tiene que poder descargarse con algunas v3lvulas de escape; ahora bien, si el instinto primario de venganza solo exacerba el ciclo infernal de la violencia continua, tendr3n que ser otros modos de acci3n los que abran la v3a del sosiego.

Para empezar est3 la catarsis por la palabra: la expresi3n del relato traumatizante tomado y retomado, primero en el trance y entre l3grimas, y despu3s en un relato de esta insoportable tensi3n original que utilizan los poderes p3blicos en la actualidad enviando a las v3ctimas traumatizadas por un acto de terrorismo o un desastre natural a equipos de psic3logos y de psiquiatras que utilizan inmediatamente esta terapia calmante y cat3rtica de la verbalizaci3n del traumatismo ps3quico sufrido.

Asimismo, el procedimiento penal conserva un fuerte alcance simb3lico ofrecido a la conciencia colectiva afectada por la infracci3n el espect3culo ritualizado de la justicia en marcha: a este respecto, Furkheim encontrar3a en nuestra informaci3n televisada una ilustraci3n muy caracter3stica de sus an3lisis.

La funci3n cat3rtica del procedimiento penal es particularmente fuerte para las v3ctimas que no pueden olvidar el da3o que se ha hecho por atrevimiento, imprudencia, o incluso por maldad e intenci3n de perjudicar; su rencor comprensible no puede expresarse en un juicio civil impersonal alejado de la realidad y abstracto: hay que entender la exasperaci3n de las v3ctimas frente a la fr3a tecnicidad de un m3dico perito, a la juridicidad herm3tica del juez civil, a la contabilidad minuciosa de un asegurador y, peor aun, todo frente a la ausencia del responsable indiferente ante el da3o que ha provocado. Por ello, m3s all3 del instinto de venganza que permanece muy latente, el recurso a

la justicia penal ofrece finalmente a la víctima una difícil pero necesaria confrontación con el culpable; este cara a cara dramático que ilustran tantos procesos en lo penal permite finalmente a la persona víctima afrontar a la persona culpable, cruzar sus miradas, gritarle su indignación y pena. Confortada por el reconocimiento social que le confiere el estatus de víctima en lo penal, esta puede asumir de manera firme este comportamiento emocional vinculado a la exteriorización de los sucesos traumatizantes aún reprimidos.

Entonces solo podrán llegar, si no es el olvido, al menos la calma, y quizá incluso el perdón.

La exigencia ética es multiforme en la responsabilidad civil; nuestro derecho positivo está conforme con esta en la mayoría de sus normas fundamentales. Este análisis muestra sin embargo un cierto número de problemas mal resueltos que la doctrina tendría que denunciar, y en la medida de lo posible la jurisprudencia tendría que rectificar. Efectivamente, el edificio imponente que representa nuestro derecho de la responsabilidad civil es en lo esencial jurisprudencial, lo que le confiere un poder de adaptación que la ley, lenta en su elaboración y brutal en su ejecución, no posee. Pero de todas maneras, jurisprudencial o legal, lo que es seguro es que la evolución de la responsabilidad civil solo será justa si está inspirada en la ética, que algunos llaman la moral.

7. Síntesis

La obligación de resarcir el daño –cualquiera fuera su origen–, está sometida a las reglas generales de las obligaciones donde el factor externo (u objetivo) antijuricidad es el umbral del recaudo subjetivo o culpa.

Y sea que la indemnización provenga de un acto ilícito o de una relación preexistente, la relación obligatoria surgirá al producirse el daño: ello así pues la primera relación jurídica, derivada de la necesaria convivencia social, es la de no causar a otro daño alguno.