

¿LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD SON COMPATIBLES CON UNA CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO?

Diego VELASCO SUÁREZ

SUMARIO: *I. Introducción. II. Javier Hervada: un concepto iusnaturalista clásico de responsabilidad. III. Kelsen: una concepción normativista de la responsabilidad. IV. La responsabilidad por hecho de las cosas bajo guarda y por actos ilícitos de un tercero: síntesis de la doctrina y la jurisprudencia. V. Síntesis: los fundamentos de la responsabilidad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. A partir del análisis de situaciones que se presentan como casos de responsabilidad o imputación objetiva, se nos plantean interrogantes sobre la validez de conceptos fundamentales de una concepción iusnaturalista del derecho. ¿Puede ser responsable (obligado a resarcir) quien no realiza una acción humana –conciente y libre- por la que se lesiona un derecho? En caso afirmativo: ¿cuál sería el fundamento de la obligación de reparar?; ¿implicaría dejar de lado la justicia?
2. Tomaremos dos temas, como “casos testigo” de responsabilidad o imputación objetiva: la responsabilidad por hecho de la cosa en custodia y la responsabilidad de la empresa principal por las deudas laborales de la tercerizada. Así veremos el derecho vivo, en las concretas situaciones con las que se enfrentan los operadores jurídicos, y podremos descubrir en qué medida la resolución de estos temas implica un cuestionamiento de la visión iusnaturalista de la acción humana, la responsabilidad y la justicia.
3. Estos cuestionamientos se profundizarán analizando los conceptos iusfilosóficos principales implicados. Y para ello, seguiremos el estudio de la responsabilidad que hace Javier Hervada, desde una perspectiva iusnaturalista, y lo contrastaremos con el análisis positivista de Kelsen. Volveremos luego a los “casos testigo”, para emplearlos como piedras de toque: para ver cuáles son los fundamentos empleados

por la doctrina y la jurisprudencia, y cómo se compatibilizan con las nociones fundamentales explicadas.

II. JAVIER HERVADA: UN CONCEPTO IUSNATURALISTA CLÁSICO DE RESPONSABILIDAD.

A. El concepto de responsabilidad y su vinculación con la injusticia o lesión del derecho.

4. Javier Hervada ubica la **responsabilidad** en el ámbito de la lesión del derecho o injusticia: es el **deber de reparar** que se sigue a la **lesión** del derecho o daño (en cuanto privación de un bien jurídico), por parte de quien **causó esa lesión**.

5. Podemos distinguir los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad:

A. Como presupuesto necesario, un derecho (algo atribuido como suyo al sujeto titular, y que, frente a los demás, es *cosa debida*) y el consecuente deber (del obligado, de respetar o cumplir ese derecho).

B. Un acto humano (consciente y libre) del obligado que conculca, niega, ese derecho (acto lesivo: lesión o daño). Porque el acto es contrario a derecho (que es el objeto de la justicia), es injusto, in-iuria.

C. Como el derecho es algo *debido*, que *obliga*, con la lesión surge una nueva obligación subsiguiente a la primera: la de volver a la situación original, reparar, in-demnizar (quitar el daño), reconocer el derecho. Y tal obligación debe recaer en el mismo sujeto obligado en primer término, que libremente incumplió aquella obligación; si no fuera así, se desconocería su obligación original (podría desconocer el derecho, al no tener la obligación de reconocerlo luego de haberlo desconocido).

D. Además, al lesionar un derecho, se agravia a la sociedad en su conjunto (que requiere, como condición para el bien común, el respeto voluntario a los derechos de cada uno); por lo que también el que lesiona voluntariamente un derecho merece una pena.

6. Cuando se den los tres primeros elementos ya estará configurada la responsabilidad civil (obligación de reparar el daño); y, con el cuarto, la responsabilidad penal (obligación de cumplir una pena).

7. En función de ello, la injusticia puede ser material o formal, y ambas generan responsabilidad (obligación de reparar). Es material cuando objetivamente se lesiona

el derecho con un acto voluntario pero sin intención contraria a derecho (condiciones A, B y C); es formal, cuando, además del elemento material se da esta intención contraria a derecho –por dolo o por imprudencia (elemento D). Ella “*además de lesionar un derecho concreto atacando a la justicia respecto del titular del derecho lesionado-- agravia a la sociedad y viola la justicia legal, generando la culpa que implica punibilidad*”; por lo que genera “*el reato de pena*”¹.

B. El fundamento de la responsabilidad.

8. El primer presupuesto, es la libertad. El fundamento de la responsabilidad está en el mismo hecho de ser persona. El ser humano es dueño de su ser, lo cual se manifiesta en que es dueño de su obrar: su actuar es **libre**, se autodetermina, no está determinado a obrar en un sentido u otro por fuerzas naturales o instintos, él pone sus actos; por eso, es causa y dueño de sus actos (de su actuar consciente y libre). Por eso, los **actos** con sus **efectos** son **suyos**, le son atribuidos: responde de ellos.

9. El segundo presupuesto, es el derecho. El **derecho** es cosa **suya** para el titular (sujeto activo de la relación jurídica), y **debida** o **exigible** a un acto libre de otro (sujeto pasivo, obligado). Por eso, si con un acto consciente y libre, una persona viola el derecho de otro (causa un daño --afecta a la cosa suya, en cuanto debida o exigible a un acto libre de otro--), incumple el deber correspondiente a ese derecho.

10. Como **el acto** indebido con el que se violó el derecho ajeno fue libre, *también fue suyo el deber* incumplido. Y precisamente porque se trata de un deber, quien lo incumple **debe** cumplirlo, o reparar. De lo contrario, se negaría el carácter de debido al derecho.

11. Así lo expresa Hervada: “Como origen y causa original del daño, la persona está obligada a reparar, en virtud de su obligación o deber de satisfacer y cumplir el derecho.”

12. Por el contrario –continúa Hervada-, “cuando el hombre lesiona un bien ajeno por mero accidente –sin injusticia, ni siquiera material- no puede hablarse de responsabilidad, pues falla el supuesto básico de ésta: que el acto tenga por causa original la persona y que lesione una relación de derecho.”²

C. La responsabilidad objetiva: ¿una regresión del Derecho?

13. Luego señala Hervada que los fenómenos de “responsabilidad objetiva” serían situaciones en las que, ante “el daño objetivo a un bien”, quien lo ha causado “debe estar obligado a la correspondiente reparación o indemnización a la víctima, con independencia de que el daño causado sea voluntario (acción injusta) o involuntario (mero accidente). Se trata, en definitiva, de que la víctima del daño no sufra las consecuencias de la acción dañosa de otra persona”.³

14. Entonces, critica “este tipo de tesis”, porque:

“encierra una injusticia, porque impone al causante del daño accidental una obligación que no le es propia.” Y da dos razones:

Por una parte, la responsabilidad sólo es inherente a los actos libres y voluntarios de la persona; si no hay libertad y voluntariedad –acto humano- no puede haber responsabilidad, la cual es una dimensión exclusiva del acto libre.

Por otra parte, lo que genera responsabilidad no es el daño a la cosa considerado en sí mismo, sino la lesión del derecho, que implica un menosprecio a la condición de sujeto de derecho que es propia del dañado; este menosprecio es, como ya se ha dicho, lo más esencial de la acción injusta y lo que genera el deber de reparación o responsabilidad. Si falta este elemento fundamental de la injusticia, no se da aquella lesión que genera la responsabilidad. Para que exista responsabilidad es necesario que el daño se produzca en el seno de una relación jurídica o de justicia –lesión del derecho-, respecto de la cual existe el débito o deber; si el daño se produce fuera de una relación jurídica –como es el caso del mero accidente- no hay el débito o deber que es fundamento de reparación.

Y, por otra parte, aclara:

El intento de que la víctima no sufra las consecuencias del daño accidental es, sin duda, una actitud no sólo aceptable sino que debe ser acogida sin reservas, pues constituye una de las tendencias beneficiosas del progreso social y un signo y una exigencia de solidaridad. Pero la solución

no es la responsabilidad objetiva, que constituye un cierto primitivismo jurídico al imputar a agentes no libres lo propio de los agentes libres. El resultado intentado debe buscarse por otras vías, v. gr. sistemas de ayudas sociales a los damnificados.⁴

III. KELSEN: UNA CONCEPCIÓN NORMATIVISTA DE LA RESPONSABILIDAD.

Contrastemos esta teoría de la responsabilidad con la expuesta por Kelsen en la tercera edición de su Teoría Pura del Derecho.

A. El concepto de responsabilidad, y su vinculación con la sanción

15. Define responsabilidad como “la **relación** del *individuo*, *contra el cual se dirige la sanción*, con el *delito* que él mismo hubiera cometido, o que un tercero cometiera”.⁵

Responsable es aquel contra quien se dirige la sanción.

16. En la definición está abarcando la figura del responsable por acto ilícito de un tercero. Distingue al que es responsable sólo como objeto de la sanción, de aquel que es responsable y obligado. “Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es considerada por la norma como condición de un acto coactivo (como sanción).” La sanción puede dirigirse tanto hacia el obligado (o delincuente potencial), como hacia “otro individuo *que se encuentre en alguna relación con el primero*, determinada por el orden jurídico”. Mientras que “el obligado puede suscitar o evitar la sanción mediante su conducta”, el que responde del incumplimiento de la obligación de otro, no.⁶

17. La sanción puede ser una pena, y entonces la responsabilidad será penal, o “sanción civil o ejecución forzosa de bienes”⁷, en la responsabilidad civil.

18. Marca luego las diferencias entre los conceptos de responsabilidad, reparación del daño, y deber de reparar el daño. Mientras que la **responsabilidad** puede ser civil o penal, la **reparación del daño** se da sólo en casos de responsabilidad civil.⁸

La reparación del daño de modo coactivo **es la sanción** de ejecución civil. El responsable civil es objeto de la sanción: aquel en cuyo patrimonio se ejecuta la sanción, con cuyo producido se resarce el daño.⁹ En cuanto al **deber de reparar el daño**, Kelsen reconoce que, aunque teóricamente podría directamente ejecutarse

esta sanción, según el derecho positivo normalmente puede evitarse la misma mediante la reparación voluntaria del daño por parte del responsable: ello pone de manifiesto que el responsable tiene un deber de reparar el daño (específicamente, *una obligación*: porque si no se cumple voluntariamente, entonces se aplica aquella sanción de ejecución civil coactiva con que se repara el daño aun contra la voluntad del responsable). Esta es una ***obligación accesoria*** a la principal de no dañar, y la sustituye cuando aquella es violada.¹⁰

B. El fundamento de la responsabilidad

1. Fundamento general de la responsabilidad.

a) La norma positiva y la voluntad del legislador

19. La pureza de la Teoría Pura de Kelsen radica en prescindir de fundamentos meta-jurídicos: sólo se ha de considerar el dato de la norma positiva. Si es una norma válida (la validez es el equivalente a la existencia en el plano del deber ser propio de las normas), ya están dados todos los datos. Y la validez de la norma depende de que sea cumplimiento de otras normas más generales, hasta llegar a la primera constitución histórica, cuya validez reposa en que

Presuponemos una norma cuya consecuencia es que el acto que deba ser entendido como acto constituyente sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que lo producen como la autoridad constituyente. (...) En este supuesto se encuentra el último fundamento del orden jurídico, un fundamento sólo condicional según su esencia, y, en ese sentido, hipotético.¹¹

20. En este primer plano de la explicación del fundamento, sería suficiente considerar que hay normas positivas que establecen quién debe responder por los daños causados por el acto ilícito. En tales normas radica el fundamento de la responsabilidad. Y, según la descripción de esas normas realizada por Kelsen, éstas pueden determinar que el responsable de reparar el daño causado por un acto ilícito sea el mismo delincuente (obligado a la acción –u omisión- contraria) u otro que tenga cierta relación con el delincuente determinada por el orden jurídico.

21. Pero Kelsen no se limita a describir las soluciones del derecho positivo. Quiere hacer una Teoría sobre el derecho positivo, y emplea conceptos filosóficos para delimitar su objeto de estudio, su método y para responder a los interrogantes principales de esa Teoría. Así, son filosóficos (no jurídico-positivos) su concepto de norma, de deber y su relación con el ser, de libertad, causalidad, etc. Ingreseemos en este segundo plano para responder la siguiente pregunta sobre los fundamentos de la responsabilidad: ¿Por qué la norma es fuente suficiente del deber jurídico del responsable?

22. Para Kelsen, el concepto de deber, está ligado a una voluntad que le ha dado ese “sentido” de “debido” a un acto: lo cual implica estar dirigido intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Cuando este “sentido” no sólo depende del sujeto que, con su voluntad, le dio ese sentido, sino que puede ser expresado a través “un esquema de explicitación”¹², estamos ante un sentido objetivo de la conducta debida, que es la norma.

23. Ese significado de “debido” es expresado en la norma mediante el juicio hipotético que liga determinado comportamiento a una sanción. (Describen una conducta determinada --**acto ilícito o delito**-- como condición de un acto coactivo – **sanción**--; cumpliendo el comportamiento opuesto al acto ilícito --**conducta obligatoria**--, se evita la sanción). La sanción es la que contiene el carácter de *debido* otorgado por la **voluntad** creadora de la norma: es el premio o el castigo que constituye el deber. Y las conductas ligadas a esa sanción quedarán así prohibidas (acto ilícito) u ordenadas (conducta obligatoria) en función de esa retribución constituida por la sanción.¹³

24. Estamos en el terreno de las normas, del deber ser, regido por el principio de imputación. Es un mundo diferente del mundo de la naturaleza, del ser, regido por el principio de causalidad. Del mundo del ser, no podrá derivarse un deber ser: de la naturaleza (que es un hecho), no puede derivarse un derecho.

No obstante, el deber ser proviene de la voluntad, que es un hecho fáctico en el mundo del ser; voluntad que tiene que ser supuesta en la norma hipotética fundamental que está en la base de la validez de las normas positivas. Ya había visto Kelsen en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales*, que no podía

fundar todo el sistema en algo ficticio. Igualmente, “se finge un querer, llamado a existir en el ser, pero realmente inexistente”.¹⁴

25. Si la naturaleza es entendida sólo como lo fáctico (hecho, ser), regido por la causalidad, no puede derivarse de la naturaleza ninguna norma a menos que en la naturaleza haya una voluntad. Pero Kelsen señala que “la naturaleza carece de voluntad y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como inmanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios.”¹⁵

b) *¿Cómo es compatible con la libertad humana este sometimiento a una voluntad expresada en la sanción?*

26. ¿Por qué el hombre, siendo libre, considera una conducta como “debida”, por el hecho de que otra voluntad le haya dado ese sentido? El Derecho es un sistema social normativo coactivo que tiene como función “provocar” determinadas conductas, otorgándoles este sentido de debidas; pero ¿“provocar” es igual a “causar” de modo necesario?

27. Es de vital importancia, para el análisis de los fundamentos de la responsabilidad, la consideración de las relaciones entre las nociones de acto humano, libertad, voluntad, conocimiento de la finalidad y responsabilidad. La experiencia interior de la libertad, por la que resulta evidente para nosotros mismos que somos libres,¹⁶ está en el fundamento de la concepción del acto humano¹⁷ y de la responsabilidad¹⁸ que hacemos nuestra en las conclusiones de esta ponencia.

28. Kelsen considera un error pensar que el hombre sea libre porque “no está sujeto en su conducta a la ley causal que la determina, en cuanto su voluntad puede ser causa de efectos, pero no el efecto de causas”¹⁹, y que por eso sea responsable, es decir, susceptible de imputación moral o jurídica. Por el contrario: “La promulgación de un orden normativo que regula la conducta humana, fundándose en la cual únicamente pueden efectuarse imputaciones, presupone justamente que la voluntad humana, cuyo curso es así regulado, es causalmente determinable y, por tanto, que no es libre”.²⁰

29. Como el Derecho es un sistema social normativo coactivo, el mismo sólo tiene sentido si se presupone que tiene la virtualidad de causar el comportamiento humano.

Tal causación se produce mediante la representación de la norma, siendo la misma “un motivo eficaz de la conducta”.²¹ Para ello, los órdenes jurídicos “presuponen un tipo medio de hombre, y un tipo medio de circunstancias externas, bajo las cuales los hombres, causalmente determinados, actúan”²². En esos casos, tal persona es responsable. Y añade: “*cuando se efectúa la imputación, siempre se da una coerción insuperable*”.²³

30. Si siempre hay coerción *insuperable*, ¿se puede hablar de libertad? No en el mundo real. Sería sólo la condición de la imputación: “el hombre es libre porque su comportamiento es término final de una imputación”²⁴, “no porque esa conducta no se encuentre causalmente determinada (...); más, por estar causalmente determinada”.²⁵

31. Esta libertad pertenece al mundo del deber ser. En el mundo del ser, rige la determinación causal: también, de la acción humana.²⁶

2. El fundamento de la responsabilidad presente en la descripción de los diversos tipos de responsabilidad

32. Kelsen realiza una prolija descripción del ordenamiento positivo, con los distintos tipos de de responsabilidad, aportando elementos que consideramos muy valiosos, aunque pudieran parecer contradictorios con algunos de los postulados filosóficos que se acaban de señalar. Importa señalar las diferencias entre responsabilidad por acto propio (intencional y por resultado) y la responsabilidad por acto ajeno.

a) Responsabilidad por acto propio intencional y negligente

33. Ésta se configura cuando la sanción se dirige contra quien puede evitar la misma (realizando, en lugar del acto ilícito establecido como condición de la sanción, el comportamiento contrario). El responsable coincide con el delincuente potencial y con el obligado al comportamiento contrario al acto ilícito. Es un caso de responsabilidad individual.

34. Kelsen reconoce en este caso, implícitamente, la existencia de un **nexo causal** entre el acto ilícito (que es condición de la sanción) y el daño (“acontecimiento indeseable”): señala que aquél consiste en la “acción u omisión mediante la cual se **produce o no se impide**”²⁷ éste.

35. Y señala que hay una **relación** entre “el **fuero íntimo** del delincuente” (también

lo llama “conducta interna, anímica”), su “**conducta externa**” y ese “**acontecimiento indeseable**”. Esa relación es la **intención**. Es una “relación positiva” consistente en la previsión del hecho (“acontecimiento indeseable”) o en la dirección de su intención a él. Es la intención dolosa. Único criterio de imputación de responsabilidad propiamente intencional.

36. La **responsabilidad por acto propio negligente** la considerará un caso de responsabilidad sin intención, o por resultado. Reduce la negligencia a la falta de previsión del “acontecimiento indeseable”, cuando el ordenamiento jurídico determina la obligación de preverlo, y ante su incumplimiento, establece como sanción la responsabilidad del agente que, con su acción u omisión, provocó o no impidió el acontecimiento indeseable. Sería “un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado”.²⁸

b) Responsabilidad por acto ajeno (colectiva)

37. De acuerdo con la definición de responsabilidad, la sanción puede dirigirse contra quien no es previsto en la norma como sujeto de la conducta determinada como condición de la sanción. Existirá esa conducta (acto ilícito), y por lo tanto se aplicará la sanción; pero el sujeto de la conducta no será el mismo que el responsable u objeto de la sanción. El responsable no coincide con el obligado respecto al acto ilícito, pues responde por una conducta ajena. La norma prevé que responda, por el acto ilícito, quien no lo cometió. Es responsabilidad por resultado en relación con el responsable, aunque el orden jurídico puede exigir que, para que exista tal responsabilidad, el delito tenga que haber sido cometido intencionalmente por el delincuente.²⁹

38. El imputado se encuentra en cierta relación con el delincuente, determinada por el ordenamiento jurídico: normalmente es alguien que pertenece a “la misma colectividad” --familia, raza, Estado--. Por eso, Kelsen la considera una responsabilidad colectiva. Esa relación “permite suponer” que el “delincuente potencial también percibe la acción de infligir la sanción como un mal”, por tratarse de un “miembro del grupo cuyos integrantes más o menos se identifican entre sí”. Esto es “característico del orden jurídico primitivo”.³⁰ “Por carencia de una conciencia del

yo suficientemente destacada, el primitivo se siente tan unido con los miembros de su grupo...” que estima como suyas las sanciones que recaen sobre el grupo. Así, esta responsabilidad podría tener una función preventiva y “retributiva”, pero suponiendo que estamos en un orden jurídico primitivo.³¹

39. En cambio, la finalidad reparatoria de la responsabilidad puesta de relieve por Kelsen es la que, a nuestro parecer, explica este instituto. Pero la finalidad no constituye a la sanción como tal; el acto coactivo es constitutivo del deber jurídico (porque tiene el sentido de “debido”); pero es tal en cuanto dirigido al imputado (se imputa al responsable, se destina a la víctima); por lo que no puede surgir (en el modelo kelseniano), de esta finalidad reparatoria extrínseca a la sanción, el deber del acto coactivo.

40. Por otra parte, como señalamos más arriba (parágrafo 18), Kelsen reconoce que los derechos positivos establecen una obligación de no dañar y otra de reparar el daño, y que ésta es accesoria a aquélla. Esta accesoriidad de la responsabilidad (entendida no directamente como sanción de reparar, sino como obligación de hacerlo) no sería compatible con la responsabilidad por acto ajeno, pues en este caso tiene la obligación de reparar quien no ha incumplido la obligación de no dañar.

41. En efecto: Kelsen reconoce que quien causa un daño, tiene una sanción, porque ha cumplido el comportamiento previsto como condición para la misma, al realizar la acción contraria a la obligatoria (hay una obligación de no dañar): ¿cuál es la sanción?: la reparación del daño; pero ésta está estatuida como obligación, pues se puede evitar la sanción propiamente dicha (ejecución coactiva) mediante el comportamiento contrario (reparación voluntaria).

42. Pero, en la responsabilidad por acto ajeno, “por la falta de reparación del daño que provocara [el delincuente], puede también responder otro individuo”.³² Si el delincuente tiene la obligación de reparar, y no cumple dicha obligación, debería aplicársele la sanción de la ejecución forzada; si no se le aplica a él, sino que esa obligación es sustituida por la obligación de otro, es porque no estaba obligado. La sustitución de una obligación, cuando el sustituto es otro obligado, no puede ser considerada una sanción; y sin ésta —según Kelsen—, no hay obligación.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LAS COSAS BAJO GUARDA Y POR ACTOS ILÍCITOS DE UN TERCERO: SÍNTESIS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A. El proceso de objetivación de la responsabilidad

43. Con la industrialización, el maquinismo, y la mayor conciencia de los daños causados a las personas a través de la afectación al medio ambiente (especialmente por los procesos productivos), el Derecho ha abordado el tema del daño y su reparación no sólo centrándose en la responsabilidad de quien lo causó libremente, sino atendiendo también la situación de la víctima dañada. Se ha visto que en muchos casos no es suficiente el criterio de causación libre y culposa del daño, para imputar la obligación de reparar a quien pueda hacerlo. En algunos casos (responsabilidad por hecho de las cosas), porque el siniestro es provocado por cosas que tienen “un dinamismo o energía interna connatural a ellas, con posibilidades de que si bien pueden ser activadas por el hombre, las mismas pueden salir de su control por su propia dinámica, sin que se trate de cosas peligrosas.”³³ En otros (responsabilidad por hecho del dependiente), porque quien fue causa libre, no es solvente.

44. ***Se considerará injusto que la víctima no sea reparada*** y, entonces, se acudirá a otros criterios que, por no ser la subjetiva intención (directa o indirecta) de causar el daño, se denominarán criterios objetivos de imputación.

45. Hay una gradación en el proceso de objetivación de la responsabilidad:

1º) En primer lugar, según la distinción que realiza Kelsen, la **responsabilidad por negligencia** (culpa) puede considerarse responsabilidad por resultado, no intencional. Aunque el causante del daño pruebe que no tuvo la intención de producirlo, igualmente el mismo le es imputable porque tenía el deber de preverlo, y si no lo hizo, lo causó, con su omisión. La norma imputa el acto y sus efectos al agente objetivamente. Aunque éste puede eximirse probando que previó (subjetivamente) lo que debía (objetivamente, según estándares, o reglas).

2º) Como el principal problema, desde el punto de vista de la víctima, era la prueba del dolo o de la **culpa** del causante, se establecieron **presunciones**, que **trasladaron la carga probatoria** al eventual imputado.

3º) Una variante más de lo anterior, es señalar como suficiente criterio de imputación la existencia de **culpa leve o levísima** (cuando, para eximirse de responsabilidad, se ha de probar que se empleó “**toda**” la diligencia debida).

4º) Otro grado mayor de objetivación de la responsabilidad se da cuando se considera responsable a quien **causa el acto ilícito dañoso sin culpa (aunque sí con un acto libre)**. Sólo puede eximirse, probando una causa extraña (por ejemplo, el caso fortuito o la fuerza mayor, como fuerzas irresistibles, que determinan su actuar). Es el caso de la injusticia material que señala Hervada. Hay responsabilidad civil, porque hubo acción libre, pero no hay responsabilidad penal, pues falta la voluntad contraria a derecho.

5º) Luego tenemos los casos ya señalados de eventos indeseables causados por máquinas fuera del control del hombre. Es la **responsabilidad por hecho de la cosa que está bajo la guarda**. Aquí está en juego la capacidad del hombre de prever el efecto de sus actos, y controlar el curso causal de los mismos. En la medida en que tal control no se da, ni es posible, y que esa previsión podría no darse en los hechos, pero sí es posible, **la norma** prevé el daño y **establece el deber de evitarlo**, a quien tiene esa cosa bajo su guarda.

7º) Otra situación es la de la **responsabilidad por hecho de un tercero**. En particular, la responsabilidad por la conducta ilícita culpable del dependiente. En este caso, además de esa conducta, y de la dependencia, debe haber una relación causal adecuada entre el ejercicio de la función y el daño. Habrá dos responsables: el dependiente y el principal. Éste no puede exonerarse de responsabilidad acreditando su ausencia de culpa.

8º) Una situación similar, en cuanto implica responsabilidad por acto de un tercero, es la de la responsabilidad de la empresa principal en relación con la subcontratista. En la década de 1990 se generalizó el fenómeno de la “tercerización” o descentralización productiva. A partir del año 2000, se han ido aprobando textos legales similares en los diversos países de América. En general, coinciden en establecer la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal con la “tercerizada”, limitando la de aquélla, cuando ejerce los deberes de control “exigiendo documentación que dé transparencia a los vínculos laborales.”³⁴

B. El fundamento de la responsabilidad expresado en la doctrina y la jurisprudencia

1. La responsabilidad por daños causados por la cosa en custodia

46. El fundamento para responsabilizar a quien tiene la guarda de la cosa que provoca el hecho dañoso es que es él quien genera el riesgo (la potencialidad dañosa de esa cosa), o lo mantiene, o no lo evita, o quien se aprovecha de los beneficios que esa cosa le otorga; por lo que debe hacerse cargo del riesgo que genera y del daño que tales riesgos causen.

47. ¿Podrá eximirse de responsabilidad, probando que actuó diligentemente? No, porque tenía la obligación de impedir el daño, y la producción del mismo es prueba de que no cumplió tal obligación. Entonces, es responsabilidad objetiva, en el sentido de que no se tiene en cuenta si hubo culpa.

48. Y puede ser también responsabilidad objetiva en el sentido de que no se requiere una causación libre del efecto dañoso, salvo en los casos de creación o mantenimiento del riesgo.

En la medida en que el riesgo no sea controlable, y las consecuencias dañosas sean posibles, quien lo asume libremente, también asume aquellas consecuencias indirectamente, y es causa libre imputable (aunque no haya tenido intención contraria a derecho, al no haber querido positivamente --procurado-- el resultado dañoso).³⁵

Pero podría darse un caso de imputación de responsabilidad a quien se aprovechó de un riesgo creado por otro. Entonces, al responsable por aprovechamiento del riesgo se le imputaría sólo el deber de reparación, no la acción --causada por otro--.

Como el riesgo se puede asumir libremente, se traslada la cuestión de la culpa al momento en que se toma el riesgo. La teoría del riesgo viene a constituir un nexo entre la causación libre del acto por el que se asume el riesgo, y la producción del efecto dañoso por la concreción del riesgo sin el control del agente.

49. Otros criterios que se han señalado en la jurisprudencia y doctrina como fundamento de la responsabilidad en estos casos son: la prevención del daño (responde quien está en mejores condiciones de evitar el daño y no lo evita);³⁶ la

teoría de la garantía (hay un derecho de seguridad de la víctima que debe ser garantizado, sin considerar su culpa ni la creación de riesgos); la “distribución social del daño” (“...no crear nuevas víctimas a la hora de condenar al resarcimiento del daño, especialmente en los casos de accidentes de tránsito, reparando el daño a la víctima y proyectando sus efectos sobre la sociedad o sobre el grupo de usuarios de vehículos a través de la imposición de un seguro obligatorio”³⁷).

2. Responsabilidad por hecho de un tercero

50. Como señalaba Kelsen, el fundamento de la responsabilidad del tercero es, en muchos casos, cierta relación del imputado con el causante del acto ilícito. Es lo que sucede en la responsabilidad por hecho del dependiente: el causante del ilícito tiene una relación de dependencia respecto del imputado, y el acto ilícito guarda una relación adecuada con la función que constituye aquella relación de dependencia.

¿Por qué debe imputarse al empresario la reparación del daño causado por el dependiente? Como señala Ferrara, “se basa en el principio de justicia conforme al cual quien utiliza a una persona en su provecho la utiliza a su propio riesgo: a la ensanchada potencialidad del sujeto en la satisfacción de sus intereses, debe corresponder por el equilibrio jurídico la responsabilidad por los daños”³⁸.

51. En cuanto a la responsabilidad por los procesos de tercerización, se considera que

El empresario, beneficiario último del lucro generado por el trabajo, en lugar de contratar trabajadores directamente, asumiendo las responsabilidades legales y contractuales de tal acto jurídico, lo hace acordando con otra empresa el suministro de trabajadores o la realización de una obra o la prestación de un servicio. (...) En definitiva, se obtienen las ventajas eludiendo las obligaciones. Ecuación que el Derecho no debe permitir.³⁹

Conforme señala el Tribunal 2º “quien debe responder es quien recibe el beneficio de la actividad”.⁴⁰

52. En el Derecho positivo uruguayo (y en esto sigue los criterios básicos del derecho comparado), la Ley 18.251, establece un derecho (deber) “del empresario

que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra” de “ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales ...” (Art. 4). Si cumple este “derecho – deber”, responde subsidiariamente respecto de esas obligaciones. Es una responsabilidad por hecho de un tercero (porque el subcontratista fue quien contrató a su personal y se obligó ante él al pago de los rubros laborales, y quien dirigió efectivamente su trabajo).

Pero “cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones” (Art. 6). En este caso, como incumplió una específica obligación, no podrá considerarse totalmente ajeno a esas infracciones: pues las conocía, o debía conocer y evitar (pues se establece también el derecho de retener los pagos a la tercerizada cuando se constataran esos incumplimientos).

V. SÍNTESIS: LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

53. Si seguimos los presupuestos de la responsabilidad señalados por Hervada,⁴¹ veremos que son plenamente exigibles y necesarios en los casos en que se constata un acto libre ilícito, por lo que sería injusto que no se considerara responsable al causante libre del efecto dañoso. Pero ello no implica que sea injusto que, en caso de que el delincuente no pueda reparar, se impute la obligación de reparar a otro sujeto, por otra causa distinta (no por vía de retribución o justicia conmutativa).

A. Presupuestos de la responsabilidad por hecho propio

1. El presupuesto del derecho – deber.

54. Como vimos, Kelsen reconoce indirectamente un derecho “previo” a la responsabilidad, cuando señala que ésta –según lo que establece el derecho positivo– es una obligación accesoria a otra obligación previa: la de no dañar, a la que sustituye en caso de incumplimiento.⁴² Si la obligación de responder sustituye a la de no dañar, ésta es previa; y como obligación, tiene como contrapartida un derecho del sujeto frente al que se está obligado; y este derecho será previo al acto ilícito.

2. El acto lesivo o acto ilícito

a) *Acto humano libre*

55. Para que haya acto ilícito que genere responsabilidad, es preciso que haya un acto humano libre. La causación libre de un acto es esencial a la responsabilidad en su sentido originario.⁴³

56. Kelsen se aparta de la concepción kantiana y hegeliana de la libertad, al independizar el concepto de imputación del de autoría (precisamente, por abarcar, en la definición de responsabilidad, los casos de responsabilidad por ilícito ajeno).⁴⁴ De todas formas, sólo el hombre será imputable (y, por ser imputable, lo considerará “libre”⁴⁵), porque “únicamente en los hombres la representación de las normas (...) puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida”⁴⁶

b) *Acontecimiento indeseable (antijuridicidad y efecto dañoso)*

57. Indirectamente, Kelsen recoge este concepto de daño, como violación del derecho. Al hablar de la reparación del daño, señala: “La llamada reparación de la ilicitud consiste en que se pone término al estado *provocado* por la conducta ilícita – situación también ilícita, en este sentido-, restableciéndose un estado conforme al derecho.”⁴⁷ La aclaración en sentido contrario que hace luego, no es óbice. Afirma que el acto ilícito o delito no es negación, sino condición del derecho, por cuanto no “quebranta” ni “suprime la existencia del derecho”, pues la norma sigue siendo válida aunque sea incumplida; es más, en ese caso, se cumple (mediante la aplicación de la sanción).⁴⁸ Obviamente, el incumplimiento del derecho no determina que deje de ser derecho (cosa debida); sino precisamente lo contrario: como sigue siéndolo, corresponde la restitución al “estado conforme a derecho”. Que algo sea mío (derecho), no quiere decir que no pueda estar en poder fáctico de otro; al contrario: como puede estar en poder de otro que no es su titular y permanecer no obstante como mío (derecho), me es debido; y si efectivamente pasa a la esfera de poder de otro, me debe ser devuelto por la “fuerza” del derecho.⁴⁹

c) *La vinculación fáctica entre el delincuente, el acto y el efecto: causa final y causa eficiente.*

58. Carrara distinguía tres niveles de imputación del acto y sus efectos a la persona que lo realiza: a) imputación física (atribución del efecto –acto y sus efectos- a la

causa eficiente –persona- por cuya virtud fue hecho): “tú hiciste”; b) imputación moral (atribución del acto y sus efectos a la persona que actuó con inteligencia y voluntad): “tú hiciste voluntariamente”; y c) imputación legal (atribución del acto y sus efectos a la persona que hizo lo que estaba prohibido por la ley: “tú hiciste contra la ley”. “Únicamente luego del resultado de estas tres cuestiones puede el magistrado decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito”⁵⁰

59. Cada uno de estos niveles es supuesto del siguiente:

el 1º, del 2º: porque una persona es causa de sus acciones, y, a través de éstas, de sus efectos, desde un punto de vista físico, puede ser imputable moralmente, en la medida en que tales acciones sean libres. ¿Por qué? Porque tal acción tiene una finalidad conocida por la inteligencia, hecha propia por la voluntad, y la persona, desde esa finalidad, dirigió la acción: la acción es “suya”, como causa originaria (la libertad, determina que la causa sea causa libre, en cierta forma, una causa última, y que, por tanto, la acción corresponda totalmente a la causa: sea suya).

60. El 2º, es supuesto del 3º: porque la acción es libre, tuvo una finalidad; y esa finalidad tiene una relación con la inteligencia que la conoce y la voluntad, a la que la misma es presentada; y tal relación es, a su vez, comparable con otra que será su regla (moral o jurídica). Lo explicaremos a continuación. Para ello, insistiremos primero en la importancia de este concepto de finalidad.

61. Señala **Welzel** que: “la acción es un acontecer ‘final’ no solamente ‘causal’, consistiendo dicha finalidad en que el hombre gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse diversos fines y dirigir la actividad, conforme a su plan, a la consecución de dichos fines”.⁵¹ De esta forma, es

la actividad final un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin sino que es la resultante de los componentes causales en cada caso, por lo que, concluye el referido autor, la finalidad es ‘vidente’ mientras que la causalidad es ‘ciega’⁵².

“La voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal (...) configura

objetivamente el acontecer exterior.”⁵³

Y Modolell concluye que, para Welzel, el Derecho penal *“no puede dirigirse a procesos causales ciegos sino sólo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro: las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final, pero en razón de la naturaleza ontológica de dicha conducta, la cual es previa al Derecho”*.⁵⁴

62. También **Hegel** parte del conocimiento de esta finalidad como elemento fundante de la responsabilidad. Señala que la voluntad, al actuar, “provoca un cambio en esta existencia y la voluntad es responsable de él en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el abstracto predicado de lo mío.”⁵⁵ Se tendrá responsabilidad de la propia acción, y de las consecuencias que se sucedan necesariamente de ella (hecho dañoso), porque “estas consecuencias son propias de la acción (le pertenecen) en la medida en que conforman una figura que tiene como alma el fin de la acción”⁵⁶; pero por eso mismo, se limitará la imputación a la voluntad de tales consecuencias según lo previsto en ese fin, “porque es lo único que estaba en su propósito”. De ahí deriva el “derecho de la voluntad” a que “sólo se reconozca como su acción propia y sólo tenga responsabilidad sobre aquello que ella sabía en su fin acerca del objeto presupuesto, es decir lo que estaba en su propósito. El hecho sólo puede ser imputado como responsabilidad de la voluntad: éste es el derecho del saber.”⁵⁷

63. Consideramos clave este concepto de finalidad para la explicación iusnaturalista del derecho y de la responsabilidad. Ya señalaba Aristóteles que la causa final es causa de todas las causas: la **finalidad**, es la causa por la cual la causa eficiente (el agente) actúa. Si nos preguntamos por el por qué de la causa final, no nos remite a otro tipo de causa, sino a otra finalidad a la que aquella está subordinada, y a una inteligencia capaz de conocer ese fin, de presentarlo a la voluntad como bueno (esto es: conveniente al agente en razón de la objetiva adecuación para desarrollar o actualizar la potencialidad contenida en su esencia o naturaleza, y de las circunstancias concretas del caso), de señalar los medios para alcanzarlo, y de mantener esa representación del bien y de los medios conducentes a él, para guiar la acción. Tal representación es el “imperium” del que hablaba Tomás de Aquino,

como acto del intelecto que permite el actuar **libre** de la voluntad atraída por ese fin (que es tal en cuanto término de la acción, y bien en cuanto a la relación de conveniencia a la naturaleza del agente).⁵⁸ En efecto: teniendo a la vista el bien a través de esa representación de la inteligencia (el “imperium”), la voluntad, en última instancia, determinará realizar la acción; será causa propia, porque habrá tomado ese fin como suyo, sin subordinación a otra causa: apretará, el botón de ‘play’ para que se produzca toda la sucesión de causas y efectos concatenados que están implicados en una acción humana.

64. Nos encontramos en el punto clave: en el puente entre el ámbito del “ser” y del “deber ser”. Y este puente cuenta con dos columnas básicas: en el ámbito del conocimiento, el intelecto; en el ámbito de la tendencia del sujeto hacia la realidad, la voluntad. Pero ambas deben estar abiertas para lograr ser ese puente. La inteligencia, para ver que como ser humano tiene una esencia con una potencialidad determinada por esa esencia, y para ver que hay ciertos actos adecuados para desarrollar ese potencial; juzgará sobre las circunstancias concretas que matizan ese acto, y mostrará esa acción como conveniente (buena – justa) a la voluntad. La voluntad ha de estar abierta a la libertad: no actuar a ciegas, sin conexión con la realidad, sino guiada por la inteligencia que conoce, que ilumina la relación de conveniencia de los actos con el propio ser, y así permite hacerlos suyos y dirigir desde sí misma su comportamiento. ¿Cómo dirigirá la inteligencia a la voluntad? A través de aquel acto de “imperium” que es la representación del bien y de los medios para alcanzarlo. El bien es presentado como fin de la acción, como causa final. Pero será propuesto respetando la naturaleza de la libertad: no como un fin necesario, sino libre; no como algo que se hará necesariamente, sino como algo que se hará si la voluntad decide hacerlo un fin suyo para que tenga eficacia de causa final de sus acciones; pero tampoco se presenta como indiferente: es un fin con una relación de conveniencia a la esencia o naturaleza de quien actúa (se presentará como mandato, prohibición, permisión o potestad; y según este carácter, si no lo sigue, actúa contra su propia naturaleza, contra lo que, según su esencia, puede llegar a ser en mayor grado de desarrollo). Por eso, en este acto de “imperium” se presenta la acción como “debida”: correspondiente a la propia naturaleza (a la que la inteligencia está

abierta), y no necesaria sino libre (en respeto a la naturaleza libre de la persona humana).

65. Estamos a la puerta del tercer nivel de imputación señalado por Carrara al comienzo de este apartado: la acción, por ser libre y tener una finalidad, guarda una relación con la esencia (o naturaleza) del sujeto, y por tal relación es “debida”, imputable desde el punto de vista de de la regla que surge de esa naturaleza humana: la ley moral. Imputación, pues, legal, pero desde la perspectiva de la ley moral. Para que haya imputación jurídica es preciso pasar al ámbito propio de lo jurídico: la vida social.

3. La relación de imputación jurídica del efecto dañoso, del acto ilícito y de la obligación de reparar. La responsabilidad civil.

66. La acción humana libre importará al derecho, en la medida en que afecte las relaciones con otras personas en la vida social, es decir, en cuanto se vincule con el bien común: aquello que necesitan los demás como condición para su desarrollo como personas, y que, para lograrlo, requieren la colaboración y el respeto de quienes con él conviven en sociedad. Por eso, el “bien” objeto del derecho (lo justo) tiene ese carácter objetivo dado por el hecho de que la acción “debida” refiere al “otro” a quien se le “debe”, a quien le corresponde como suya, derecho suyo.

67. Lo “debido” es, pues, señalado como una relación con la finalidad de una acción; es la finalidad “objetiva” de la acción (el “finis operis”, fin de la obra). Tal finalidad tiene la virtualidad de ser apta para “motivar” la acción, en la medida que realmente sea buena (en el ámbito jurídico: justa): si es conveniente objetivamente con la naturaleza humana (que incluye el ser social), la inteligencia podrá descubrirla como tal, presentarla así a la voluntad, y motivar una acción libre.

68. Pero es posible que el agente se proponga una finalidad opuesta a la debida. Entonces, la acción (definida por su finalidad) será indebida.

69. La acción es debida; y su contraria, ilícita. Y es la persona en su totalidad (no sólo su voluntad) hacia la cual se dirige el juicio del intelecto práctico señalando que tal acción debe hacerse (por la misma persona). Y como ella es libre, hace suyo el fin propuesto y dirige las acciones desde ese fin, siendo así dueña de ellas y de sus

efectos. Por eso, tanto el **acto ilícito** como su efecto (**el daño**), son **suyos**, son debidos a quien fue causa propia. **La relación de imputación está fundamentada en la causalidad libre** de la persona humana en relación con sus actos y los efectos de los mismos.⁵⁹ En este sentido, se es “responsable”: independientemente de que luego quede imposibilitado de reparar el daño.⁶⁰

70. Por otra parte, la obligación de reparar, es consecuencia de lo anterior: como el acto imputado fue antijurídico (contrario a derecho, lesivo, injusto -objetiva y/o subjetivamente-), y el derecho es “debido” a su titular, se “debe” volver a la situación conforme a derecho; y **quien estaba “obligado” e incumplió objetivamente la obligación, es quien “debe” cumplirla**: de lo contrario, no se reconocería el carácter “debido” del derecho. En esta restitución del derecho es en lo que consiste la reparación: restitución en especie (del mismo derecho) o, si no es posible, compensación equivalente. Dentro de este segundo tipo de reparación se encuentra la reparación patrimonial que puede ejecutarse voluntaria o coactivamente (ejecución forzosa de bienes).

71. Como el daño consiste en la lesión o violación del derecho, el acto con el que **objetivamente** se produce tal transgresión, implica incumplimiento objetivo del correspondiente deber. El deber es objetivo, porque tiene un valor para otro sujeto distinto del obligado: el titular del derecho. Como la norma es la medida, regla, o expresión racional del derecho, será el parámetro con el que se comparará la conducta para saber si objetivamente estuvo ajustada con el derecho del titular. Si no lo estuvo, como el derecho es el objeto de la justicia, ese acto fue objetivamente (por su objeto) injusto. Es una injusticia material.

72. El acto justo tiene un valor objetivo, porque se ordena a las relaciones con los demás, independientemente del ánimo o intención justa de quien lo realiza⁶¹: por eso su objeto, lo justo (el derecho) tiene un valor objetivo. Paralelamente, el acto injusto también contiene un disvalor objetivo: un no-debe-ser, que es independiente del ánimo injusto del agente. Y por ello, el derecho exigirá el objetivo retorno a la situación que “debe-ser”: **la reparación**, independientemente de que el obligado haya actuado con ánimo injusto (aunque sí se exigirá que el acto haya sido libre).

4. Imputación jurídica subjetiva (a título de dolo o culpa) y pena.

73. Kelsen reconoce que tanto si hay intención respecto al daño, hay responsabilidad civil o penal intencional.⁶² Si falta, la responsabilidad es por resultado, y es el caso de la imputación a título de culpa o negligencia.

74. Para que haya pena es necesaria esta imputación subjetiva del acto ilícito y del daño al autor libre: porque no se sanciona la objetiva alteración del derecho del otro, sino el subjetivo desconocimiento del derecho, que implica una afectación (esta sí objetiva) al bien común, en sus bienes jurídicos tutelados, el cual requiere como condición esencial el respeto del derecho.⁶³

75. Si bien existen distintos criterios para definir culpa, en todos está presente, como fundamento de la responsabilidad, un querer indirecto de la lesión o daño por parte del sujeto responsable.

76. Este “querer indirecto” requiere, en primer lugar, un elemento psicológico: que no se hayan empleado las “facultades mentales que habrían permitido prever” el daño previsible, o que, “habiéndose previsto, no se aplicó la energía personal posible con la que se hubiere evitado el perjuicio”⁶⁴.

77. En segundo lugar, se requiere un elemento normativo: la insuficiencia del elemento psicológico se mide en función de una norma de conducta por la que la misma (su previsión o evitabilidad) es debida (de allí que autores como Ordoqui señalen que la culpa está ligada indisolublemente a la ilicitud). Tal norma está contenida en reglas –por ejemplo, las de tránsito- o estándares –deber de diligencia -, y refiere a la apreciación concreta en la circunstancia del caso –prudencia-.

78. En tercer lugar, la imputación por culpa requiere la exteriorización del elemento psicológico en la acción que causa el daño (es una culpa “causal”): lo que se juzga como culposa es una acción humana intersubjetiva, que se manifiesta exteriormente; de lo contrario, no podría ser una acción debida a un tercero.

79. Por lo señalado en el párrafo 77, entendemos que, aunque es una cuestión terminológica opinable, es dable calificar la conducta culposa, como lo hace Kelsen, como no intencional (o en todo caso, “indirectamente intencional”) o por resultado. Propiamente, es una inversión de la carga de la prueba: si el imputado prueba que

cumplió el deber de prever y evitar el efecto dañoso, pone de manifiesto que no tuvo intención; si no, se presumirá su intención indirecta (quien quiere la causa -no poner los medios para prever o evitar el daño-, quiere el efecto –el daño-).

Por otra parte, la referencia normativa, o el carácter objetivo que tiene el acto ilícito culposo, en la medida que refiere a un derecho objetivo de otro, también se da en el ilícito doloso: ello es constitutivo de la ilicitud del acto, y del carácter dañoso de su efecto.

B. ¿Es entonces compatible con la justicia que se impute la reparación del daño a quien no lo causó libremente?

80. Del desarrollo del apartado anterior, concluimos que si hay un acto libre que genera un daño, el causante debe repararlo. ¿Pero ello implica que no pueda haber otro que también deba repararlo? No. Pues la obligación de no dañar y su accesoria de reparar, aunque están vinculadas (una es accesoria –subsiguiente- a la otra), sin embargo, no se identifican. Puede surgir la subsiguiente accesoria sin que se haya incumplido la principal, si hay otra causa que la fundamente.

81. Lo que no es posible es que se incumpla la principal y no surja la subsiguiente ¿Se puede estar obligado a no dañar, haber causado el daño, y no estar obligado a reparar? La misma pregunta pone de manifiesto la contradicción implícita en su respuesta afirmativa: si estoy obligado a no dañar, y esa es una obligación frente a al titular del derecho, éste conserva su derecho luego de que, en los hechos, es lesionado, porque de lo contrario, no sería derecho. Y en consecuencia, puede exigirlo, y esa exigencia es la reparación. ¿A quién puede exigirlo? En primer lugar, a los mismos que estaban obligados frente a él y que, como incumplieron su obligación, se les “debe exigir” su cumplimiento. La obligación de reparar derivada del daño causado por acto propio es constitutivo esencial de cualquier derecho. Será natural, si el derecho violado es natural, positiva, si el derecho lesionado es positivo.

82. Pero “ad impossibilia nemo tenetur” (nadie está obligado a lo imposible): si el delincuente no puede reparar el daño, por más que sea responsable (en el sentido de que se le imputa la antijuridicidad del acto ilícito y del daño), no lo es en el sentido de obligado a reparar el daño.

83. Por eso, y especialmente cuando el obligado “natural” (por la violación del

derecho) no cumple su obligación de reparar, no hay óbice alguno para que surjan obligaciones de reparar daños por otra causa diferente. Así, por la natural relación de paternidad y filiación, una madre debe reparar los daños que sufra su hijo menor en su integridad física, por ejemplo, aunque no sea ella quien lo haya causado. Y dos personas pueden pactar que, en caso de que una sufra un daño (un siniestro), él le indemnizará los perjuicios, a cambio del pago de una póliza. En este caso, la fuente de la obligación de reparar el daño no tiene vinculación con quién sea el causante del daño, sino con un contrato: el fundamento es un derecho positivo, puesto por la voluntad de las personas.

84. En conclusión: en la medida en que haya otra causa que fundamente la obligación de reparar, y que ésta tenga carácter subsidiario (y, por consiguiente, conservando el derecho de repetición), nada obsta a que haya una obligación de reparar daños causados por otro. Hervada, en definitiva, lo considera aceptable “si se mueve dentro de los términos de la compensación equitativa, la cual ha de tener en cuenta, no sólo al dañado, sino también al causante del daño (no imponerle carga sobre carga).”⁶⁵

Pero es razonable que se distinga claramente esta situación de la responsabilidad por acto propio. Mientras que en la primera sólo se imputa una obligación de reparar un daño no causado —al menos libremente—, en la segunda se imputa, además, el acto ilícito y el efecto dañoso objetivamente, e incluso, en la mayor parte de los casos, también subjetivamente, con el reproche que conlleva la intención de violar el derecho y el haber actuado conforme a esa intención. Es comprensible, pues, la resistencia de Hervada a llamar “responsable” a quien no causó, con su actuar libre, el efecto dañoso. Se podría hablar de “imputado”, y de “criterios de imputación de la obligación de reparar un daño”, en lugar de “responsabilidad”. Pero, reiteramos, es una cuestión terminológica.

C. La justicia distributiva y el fundamento de la responsabilidad por hecho de las cosas bajo guarda y por actos ilícitos de un tercero.

85. Hemos visto que el moderno derecho de daños tiene una finalidad más amplia que la meramente sancionatoria y preventiva de los delitos, centrandó su atención en cómo reparar a la víctima. Por eso, sin dejar de lado la culpa como criterio atributivo

de responsabilidad, también acude a otros complementarios (como la teoría del riesgo, o la garantía), a fin de no dejar sin resarcir a quien ha sido sujeto pasivo del acto ilícito, cuando el sujeto activo del mismo no puede repararlo.

86. ¿Pero cuál es el fundamento jurídico de esta imputación de la obligación de reparar el daño a quien no lo ha causado (responsabilidad por hecho del dependiente o de la empresa principal por la tercerizada) o no lo ha hecho intencionalmente (responsabilidad por hecho de la cosa)?

87. Kelsen señala que la norma puede prever que responda por el acto ilícito quien no lo cometió pero que se encuentra en determinada relación con el delincuente, por formar parte del mismo grupo que él.

Ciertamente, se da esta relación en los casos que hemos visto de responsabilidad por hecho ajeno: el dependiente integra la empresa cuyo representante, responderá por el acto ilícito del dependiente; la empresa tercerizada está “integrada” al proceso productivo, comercial o de servicios de la empresa principal, mediante un contrato por el que se descentralizó o “tercerizó” una actividad originalmente desempeñada por la empresa principal o que podría ser desarrollada por ella.

También en los casos de responsabilidad por hechos de las cosas que están bajo la guarda (en concreto, accidentes de automóviles) se puso de manifiesto la existencia de una relación del imputado con un grupo, pero al que pertenece la víctima (no el delincuente, pues no se identifica fácilmente un sujeto causante del daño). Así se señaló que, en última instancia, el problema planteado era de distribución social de la reparación del daño: ¿es justo que el daño lo deba reparar la víctima, la sociedad en su conjunto, o un grupo más estrecho integrado por quienes causaron o mantuvieron el riesgo que causó el perjuicio?

Y además acotamos que podía imputarse la reparación del daño a aquel que se hubiera aprovechado o beneficiado del riesgo, aunque no lo hubiera creado. En este caso, estaríamos sí relacionando, a través del riesgo, al responsable de reparar el daño, con quien habría causado el riesgo e, indirectamente, el daño.

88. ¿Qué tipo de relación es esa que hay entre el responsable y el “grupo” (al que pertenece el delincuente o la víctima), como para que justifique la imputación de la

reparación del daño? Kelsen entiende que esa relación es la identificación del delincuente con el grupo, que hace que perciba la sanción dirigida a otro miembro del mismo como infligida a sí mismo, por la “carencia del yo suficientemente destacada” propia de una sociedad primitiva. Podría considerarse cierta identificación en el caso de la responsabilidad del dependiente (la sanción que recaería sobre su empleador puede motivar su comportamiento). También en el caso de la empresa tercerizada, que, mientras esté vinculada a la principal, procurará evitarle que sus empleados le planteen reclamos, cumpliendo sus obligaciones con ellos.

89. Desde una perspectiva iusnaturalista, también la justificación de la responsabilidad por hecho del tercero y la responsabilidad por riesgo creado se basa en una relación de aquel a quien se le imputa la reparación del daño con un grupo. Importa la relación con el bien común de la sociedad que integra el imputado. Ya señalamos que éste era el conjunto de condiciones necesario para que las personas miembros de esa sociedad puedan desarrollarse plenamente. Dentro de esas condiciones se encuentran, **objetos comunes que necesitan ser asignados a los particulares** (a favor del bien común). Y en esa asignación de los bienes comunes a los particulares habrá una **distribución** que deberá **respetar lo que a cada uno le corresponde**, como destinatario (por ser miembro de ese grupo). Lo que a cada miembro de la sociedad le corresponde, en cuanto miembro destinatario, es “**suyo**”, le es “**debido**”; ¿por quién?: por la sociedad. Ello determina una relación jurídica entre **la sociedad** y sus **miembros**; no porque éstos se identifiquen con ella, sino precisamente porque se distinguen: se ordenan a la sociedad en su actuar relativo a su fin común, pero tienen un valor en sí insubordinable, por el cual son el fin de la sociedad.⁶⁶

Una relación entre dos sujetos (hay alteridad), que consiste en dar (asignar) a cada uno lo suyo, es una relación de justicia. Cuando “lo suyo” u objeto de la justicia (o derecho en sentido realista) consiste en algo común, pero que requiere ser asignado a un miembro de esa comunidad para desarrollar su virtualidad beneficiosa para alguno o para todos, estamos ante una relación de **justicia distributiva**.

90. Son suyos, de cada miembro, según su relación con el fin común de la sociedad (según la posición relativa por su función, sus méritos, su aporte, etc.) tanto bienes,

como cargas, que se han de asignar. Siguiendo a Finnis, llamaremos “acervo común” a los bienes (recursos naturales, y otros producidos por la colaboración de los miembros de la sociedad), e “inconvenientes de la empresa común” a las cargas (las tareas en pro del bien común, los recursos necesarios para ello).⁶⁷

91. Como señala Finnis, “Los recursos naturales son esencialmente un acervo común (aunque apto para la distribución, incluyendo la distribución como propiedad privada).”⁶⁸ Esto es: “el sentido de la propiedad privada es darle al dueño la primacía en el uso y el disfrute de la propiedad y de sus frutos ...” “Pero más allá de una medida y grado razonables de tal uso para satisfacer sus necesidades (...) él conserva el resto de su propiedad y sus frutos como parte del acervo común (...); aunque asignado como propio para su gestión y control, ya no está para su beneficio privado sino que es mantenido por él de modo inmediato para el beneficio común”.⁶⁹

92. Luego de aclarar la noción de bien común, justicia distributiva, acervo común y propiedad privada como parte de ese acervo común, Finnis se plantea los criterios de la justicia distributiva, y luego de señalar los méritos y aportes, la capacidad, la función, la necesidad y la igualdad, indica que “en la distribución de los costos y las pérdidas de la empresa común lo equitativo dependerá a menudo de si algunas partes han *creado* o al menos *previsto y aceptado riesgos evitables* mientras que otras ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos o de evitarlos o de asegurarse contra ellos”.⁷⁰

93. Ya están todos los elementos para plantearse la cuestión que nos ocupa (que es la nueva perspectiva del derecho de daños): “¿cómo debieran repartirse los riesgos de la *vida común*, especialmente los riesgos de esas empresas tan esencialmente *colaborativas* como los viajes y el tráfico por las calles?’ El daño a uno de los participantes se considera como una pérdida incidental que ha de ser contrastada con los beneficios que resultan para todos los que participan en esta esfera de vida común. Los costos de esta pérdida, por tanto, en cuanto materia de justicia distributiva, deberían ser repartidos entre aquellos que más se benefician de su parte en toda la “empresa” y/o que pueden pagar con menos daño para sus propios intereses o posición en ella; o deberían incluso ser repartidos entre *todos* los participantes. (...) La participación mutua, al traer beneficios comunes, requiere por

lo mismo una mutua aseguración. Por la misma razón, las pretensiones de la parte lesionada de recibir compensación (...) son tratadas como pretensiones sobre los recursos comunes”.⁷¹

94. Pues el acervo de la propiedad privada es común (de hecho, se destina al bien común a través del pago de los impuestos: no hay disponibilidad absoluta sobre la totalidad del patrimonio), y el ámbito en el que se produce el daño también es el de la vida social de una determinada comunidad vinculada por un bien común, el imputado participa con su actuar o con la creación del peligro en ese ámbito de vida social, tiene una posición o una relación particular con la reparación de ese daño y ese bien común. Esa relación es la que fundamenta que se le atribuya la reparación de ese daño, en la medida en que sea determinado por esa misma organización social, de acuerdo a su efectivo aporte o aprovechamiento en los riesgos causantes del daño.

95. En definitiva: aunque la reparación del daño no sea “suya” (del imputado) como retribución conmutativa por un acto suyo que lo haya causado, sí es suya en otro sentido. Así lo expresa Tomás de Aquino: “Como la parte y el todo son en cierto modo lo mismo, así lo que es del todo es en cierta forma de la parte; y de este modo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre cada uno de los individuos, recibe cada cual en cierta manera lo que es suyo”.⁷² En este caso, lo que se distribuye como bien o acervo común es una carga: la reparación del daño sufrido por un miembro del grupo social.

¿Y conforme a qué criterio se distribuirá? También Tomás de Aquino da una indicación: “en la justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto lo que es propio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad.”⁷³

Este “mayor relieve” o “preponderancia” de la parte en el todo de la comunidad, se determinará en función del tipo de comunidad de que se trate: comunidad de riesgo de tránsito (responsabilidad por hecho de la cosa bajo la guarda, en accidentes de tránsito), comunidad de producción o de empresa (responsabilidad por hecho del dependiente o en los procesos de tercerizaciones), etc.⁷⁴

VI. CONCLUSIONES

96. La responsabilidad se ha entendido tradicionalmente como sinónimo de culpabilidad. No obstante, conviene distinguir distintos tipos de imputación para aclarar la terminología, porque se aplican las mismas palabras (responsabilidad, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva o intencional, imputación objetiva) para distintas realidades.

97. Hay distintos tipos de responsabilidad, según cuál sea el criterio de imputación aplicado y qué se esté imputando.

(I) En la **responsabilidad penal**, lo que se imputa en la responsabilidad es la pena. Se aplica a aquel a quien previamente se le imputó una acción (típica y antijurídica), como causa libre de la misma, y culpable (por dolo o culpa). Hay una imputación de causalidad (se le imputa la acción y su efecto) y otra de culpabilidad (se le imputa la pena).

(II) En la **responsabilidad civil**, lo que se imputa, en principio, es la obligación de reparar. Pero no solamente, según el tipo de responsabilidad civil que se trate.

En la responsabilidad por acto propio, se imputa al sujeto agente: a) el acto libre, con su ilicitud y efecto dañoso; y b) la obligación de reparar ese daño.

En la responsabilidad por acto ajeno, sólo se imputa la obligación de reparar.

(II). A. En la **responsabilidad por acto propio**, debe haber un ***acto libre***, para que se impute al sujeto agente, como ***causa libre***; ha de haber un ***derecho*** que no es respetado o cumplido por ese acto, por lo que el acto es injusto, contrario a derecho: ***acto ilícito*** que es imputado también al agente como causa libre; el efecto del acto es la negación del derecho del tercero, o ***daño***: también este daño se imputa al agente como causa libre; y, en la medida en que el derecho sigue siéndolo aunque sea violado (es cosa suya, debida a la víctima), y el deber de respetarlo permanece aunque se incumpla (el delincuente sigue debiendo lo que “quitó” al titular del derecho), éste, entonces, *debe restituir, reparar*. La imputación de la ***obligación de reparar*** corresponde entonces al mismo autor del delito.

En virtud de la causalidad libre, se imputan como suyos, al sujeto agente: el acto objetivamente ilícito (como efecto suyo), y el daño objetivamente producido (como

efecto suyo); y en virtud de esa misma causa libre, y del deber que emerge del derecho del titular, se imputa como deber la obligación de reparar el derecho que permanece como debido.

(II). A. 1. Responsabilidad por acto propio intencional. Esta **responsabilidad** por acto propio puede ser, a su vez, por resultado o intencional. Es intencional si, además de los requisitos señalados en el párrafo anterior, el delincuente tiene una **intención contraria a derecho**. Esta intención puede ser directa o positiva (se procura el daño, la injusticia, la violación del derecho): la imputación se hace, entonces, a título de **dolo**; o puede ser indirecta o **culposa** (no se previó y/o no se evitó el daño que podía y debía preverse y evitarse, conforme a un estándar de diligencia). Como es la norma (el estándar, las leyes y reglamentos) la que indica el comportamiento debido, algunos (como Kelsen) entienden que es una responsabilidad por resultado.

Si la intención es contraria a derecho, la ilicitud de la acción y la antijuridicidad presente en el efecto dañoso se imputan subjetivamente al delincuente. Por ello, además de la obligación de reparar, podrá ser sancionado con una pena. La pena, también la pena civil, requiere esta intención contraria a derecho.

(II). A. 2. Responsabilidad por acto propio libre, sin culpa (por resultado). Se configura cuando no hay intención contraria a derecho, pero sí acción libre: ha de haber conciencia de que se realiza la acción; pero puede no saberse que esa acción contraría un derecho. No obstante, el acto ilícito y el daño, objetivamente, igual se producen (porque no son algo subjetivo, sino objetivo, en cuanto “debido” a otro, al titular del derecho) y se imputan objetivamente al autor libre.

Es la situación de “injusticia material” que señalaba Hervada, que genera la obligación de reparar.

(II). A. 3. Responsabilidad objetiva (del causante no libre). En la terminología que emplea Hervada, ésta sería “responsabilidad objetiva”: se responsabiliza a quien ha causado el daño objetivo a un bien, pero sin una acción libre. Sería un tipo de responsabilidad por acto “propio”, aunque no puede denominarse tal en la medida en que no es enteramente suyo, al no ser libre.

El caso analizado de responsabilidad por hecho de las cosas que están bajo la guarda de uno, puede considerarse dentro de esta clasificación.

Se realiza una doble imputación al sujeto responsable: a) del resultado dañoso; y b) de la obligación de repararlo.

Estamos de acuerdo con Hervada en que no es lo mismo imputar una acción libre a su agente (pues puede considerarse suya) que imputar un efecto no querido ni previsto. Ya no se trata sólo de la acción libre en la que no se quiso lo antijurídico del efecto: aquí, no se quiso ni se previó el mismo efecto.

Pero entendemos que, a través del riesgo creado o mantenido, el imputado, si bien **no** realizó un **acto ilícito**, fue **causa libre** de la creación, o mantenimiento de una situación que, aunque no ilícita en sí misma, sí lo coloca en una relación de mayor carga respecto al bien común del grupo social que conforma: si alguien sufre un **daño** en su persona o bienes como consecuencia de la concreción del riesgo que yo asumí, con aquel acto por el que libremente provoqué el **riesgo**, me puse en una relación de mayor deber de aportar a las cargas para el **bien común**. Concretamente, a través de parte de mi propiedad privada que está afectada a ese destino universal de los bienes naturales, que constituye el acervo común, **deberé indemnizar** el daño ocasionado a esa víctima.

Ese bien que ha sido dañado no es un mero bien, sino que es un **derecho** de la víctima *en cuanto miembro de la sociedad*. Dependerá, ciertamente, de la concreta organización de la sociedad, que se atiendan tales bienes como derechos. Son derechos positivos, pero con un fundamento natural, que es esa sociabilidad natural por la que Aristóteles afirmaba que el hombre es un animal político.

Es la pregunta sobre la distribución social del daño: ¿qué es más justo, desde el punto de vista de la justicia distributiva: que la víctima sea indemnizada por quien creó el riesgo, o que sea indemnizada por toda la sociedad? Dependerá, reiteramos, de la forma de organización social y del caso concreto: tampoco es cuestión de que, a través de la reparación, el imputado pase a ser, a su vez, una nueva víctima que haya que reparar.

(II). B. Responsabilidad por acto ajeno. Cuando hay un acto ilícito y otro sujeto debe responder por la reparación del daño causado, ello es posible, pero no en

virtud del mismo acto ilícito (es el autor quien debe reparar por el acto propio, según lo visto antes), sino por otra fuente obligacional: un deber natural (como el de una madre, de reparar el daño físico sufrido por su hijo, no causado por ella) o positivo (un contrato de seguros).

En los casos de tercerizaciones, puede responder la empresa principal con carácter solidario, si incumplió una obligación específica, con la que también contribuyó a la causación del daño; de lo contrario, la obligación de reparar de quien no causó el daño ha de ser subsidiaria. Si no se previera esta subsidiariedad (que incluye el derecho de repetición), el sistema jurídico no sería coherente, pues permitiría la extinción de una obligación por su mero incumplimiento; o, si permanecieran vigentes las obligaciones del responsable por acto propio y la del imputado por hecho del tercero, independientes entre sí, ello determinaría un enriquecimiento injusto de la víctima que podría indemnizarse dos veces. Por ello, subsiste la obligación del causante culposo del acto ilícito, salvo imposibilidad; y la del responsable por hecho ajeno debe ser subsidiaria a aquélla.

En todo caso, la imposibilidad de pago del causante del daño, puede remitir a la conveniencia de una compensación equitativa de los daños sufridos por la víctima. También, en esta situación, se aplican los fundamentos señalados respecto a la distribución social del daño, en función de la teoría del riesgo, el provecho (empresas tercerizadas) u otro criterio que justifique racionalmente la especial relación del imputado con el bien común, respecto de la carga de reparar a la víctima con su patrimonio, considerando que corresponde, en parte, al acervo común.

98. El principio general es la imputación de responsabilidad por culpa del causante del daño. Los otros criterios son complementarios y subsidiarios.

99. La concepción iusnaturalista permite una visión amplia del fenómeno jurídico, que no se reduce sólo a la imposición de sanciones para imperar coactivamente el comportamiento humano. Por eso sus fundamentos son compatibles con los expresados por el derecho positivo para los casos de responsabilidad objetiva en análisis (como no lo son, en cambio, los fundamentos señalados en la Teoría Pura del Derecho)⁷⁵ No considera sólo lo que corresponde a cada persona como individuo aislado, sino también lo que es suyo (derecho) en cuanto miembro de una sociedad

a la que se ordena naturalmente, pues la necesita para desarrollarse plenamente, pero que tiene como finalidad precisamente el crear las condiciones para el desenvolvimiento de las potencialidades de quienes la componen. Por eso, no se agota el derecho en el objeto de la justicia conmutativa o retributiva (por la que corresponde que quien causa libremente un daño, lo repare), sino también en la justicia distributiva, que permite distribuir la carga de reparar los daños entre aquellos que, por su aporte en la generación del riesgo o su aprovechamiento, más deben.

100. La somera descripción de la jurisprudencia y doctrina sobre algunos casos planteados ponen de manifiesto el valor de la Jurisprudencia, como dijera Karl Larens, para “obtener conocimientos que sean apropiados para originar una mejor comprensión del Derecho vigente, de los problemas jurídicos en absoluto y de sus posibilidades de solución (....) Se trata (...) también del contenido material de justicia de las normas, de los institutos jurídicos y de las máximas que afloran en la jurisprudencia de los tribunales”⁷⁶. Y agrega, respecto al tema que nos ocupa: “Los nuevos problemas jurídicos surgen porque nuevos hechos sociales sobrevinientes exigen una regulación bajo los puntos de vista de la justicia distributiva, de la protección de la parte social más débil o de la prevención de los peligros”⁷⁷

VII. BIBLIOGRAFÍA:

- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, Parte II-IIae, <http://hjg.com.ar/sumat/c/c59.html>.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen – visión crítica*, Pamplona, EUNSA, 1986.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. de Celina Ana Lértora Mendoza, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- GRZETICH, Antonio, “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, *Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural – parte especial*, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1993.
- HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 7ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1993.
- Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho*, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1991, vol. I.
- HERVADA, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 3ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979.
- LARENS, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel Derecho S.A., 1994.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, LIVROSCA, 2001.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Derecho de Tránsito*, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009, t. III, p. 155.
- RASO DELGUE, Juan, *La contratación atípica del trabajo - Segunda edición ampliada y actualizada con comentarios de las Leyes Nº 18.099 y 18.251*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009.
- SOARES NETTO, Esther et al., “Tercerización – Subcontratación. Una mirada a la Jurisprudencia”, *Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

RESUMEN:

La necesidad de encontrar quien repare el daño ocasionado a la víctima, ha llevado a la jurisprudencia, y luego a las soluciones legales, a emplear criterios de atribución de responsabilidad que suplan la ausencia de un vínculo causal directo entre el daño y el imputado o la ausencia de prueba de la culpa. Surge la cuestión sobre el fundamento de la responsabilidad en estos casos. La misma se aborda partiendo de una visión iusnaturalista, ligada esencialmente al acto libre y a la lesión del derecho. Se distingue, con el aporte de Kelsen, entre imputación del acto ilícito y de la obligación de reparar, para concluir, que es posible que, además de la obligación de reparar el daño por parte de quien lo causó libre y culpablemente, puede existir otra, subsidiaria, de quien, por el ordenamiento jurídico, tiene alguna vinculación especial con la generación, mantenimiento o aprovechamiento de la situación de riesgo que se concretó en el daño. El fundamento de justicia no será la retribución (conmutativa) sino la distribución social del daño, como carga que se distribuye entre aquellos que, por su aporte en la generación del riesgo o su aprovechamiento, más deben proporcionalmente.

TABLA DE CONTENIDO:

¿LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD SON COMPATIBLES CON UNA CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO?		1
I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	JAVIER HERVADA: UN CONCEPTO IUSNATURALISTA CLÁSICO DE RESPONSABILIDAD.....	2
A.	El concepto de responsabilidad y su vinculación con la injusticia o lesión del derecho.	2
B.	El fundamento de la responsabilidad.....	3
C.	La responsabilidad objetiva: ¿una regresión del Derecho?	3
III.	KELSEN: UNA CONCEPCIÓN NORMATIVISTA DE LA RESPONSABILIDAD.....	5
A.	El concepto de responsabilidad, y su vinculación con la sanción	5
B.	El fundamento de la responsabilidad.....	6
1.	Fundamento general de la responsabilidad	6
a)	La norma positiva y la voluntad del legislador.....	6
b)	¿Cómo es compatible con la libertad humana este sometimiento a una voluntad expresada en la sanción?.....	8
2.	El fundamento de la responsabilidad presente en la descripción de los diversos tipos de responsabilidad	9
a)	Responsabilidad por acto propio intencional y negligente	9
b)	Responsabilidad por acto ajeno (colectiva)	10
IV.	LA RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LAS COSAS BAJO GUARDA Y POR ACTOS ILÍCITOS DE UN TERCERO: SÍNTESIS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.....	12
A.	El proceso de objetivación de la responsabilidad.....	12
B.	El fundamento de la responsabilidad expresado en la doctrina y la jurisprudencia	14
1.	La responsabilidad por daños causados por la cosa en custodia.....	14
2.	Responsabilidad por hecho de un tercero	15
V.	SÍNTESIS: LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	16
A.	Presupuestos de la responsabilidad por hecho propio.....	16
1.	El presupuesto del derecho – deber.	16
2.	El acto lesivo o acto ilícito	16
a)	Acto humano libre	16
b)	Acontecimiento indeseable (antijuricidad y efecto dañoso)	17
c)	La vinculación fáctica entre el delincuente, el acto y el efecto: causa final y causa eficiente.	17
3.	La relación de imputación jurídica del efecto dañoso, del acto ilícito y de la obligación de reparar. La responsabilidad civil.	21
4.	Imputación jurídica subjetiva (a título de dolo o culpa) y pena	23
B.	¿Es entonces compatible con la justicia que se impute la reparación del daño a quien no lo causó libremente?	24
C.	La justicia distributiva y el fundamento de la responsabilidad por hecho de las cosas bajo guarda y por actos ilícitos de un tercero.	25
VI.	CONCLUSIONES.....	30

¹ Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995, p. 260.

² Ibidem, p. 299.

³ Ibidem, pp. 299-300.

⁴ Ibidem, p. 300.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 3ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979, p. 137, (énfasis añadido).

⁶ Cfr. Ibidem, p. 133.

⁷ Ibidem, p. 123.

⁸ “Si la conducta ilícita (...) consiste en que se provoca un daño a un tercero, **la sanción de ejecución es la reparación** del daño ocasionado ilícitamente” (Ibidem, p. 124, énfasis añadido).

En una concepción iusnaturalista, definiendo la responsabilidad como deber de reparar el daño, se incluye también la responsabilidad penal, en cuanto se considera que se debe reparar a la sociedad, mediante la pena, por el agravio causado a un bien jurídico tutelado por la sociedad.

⁹ En el caso de la sanción de ejecución civil, “el valor patrimonial obtenido coactivamente (...) se dirige al perjudicado ilícitamente, para la reparación de los daños materiales o morales; de suerte que aparece expresada en el orden jurídico determinada finalidad, que no se da en el caso de la sanción penal.” (Ibidem, p. 124).

¹⁰ Cfr. ibidem, p. 137.

Esta distinción entre reparación como mera sanción (que en sí misma no es necesariamente una obligación, también podría ser potestativa) y obligación de reparar, como algo reconocido normalmente por el derecho positivo, es un punto que no se trataba en las primeras ediciones de la Teoría Pura, conforme señala Errázuriz (Errázuriz Mackenna, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen – visión crítica*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 194): “Asistimos a otra manifestación del interés por afinar los instrumentos conceptuales de la **Teoría Pura**, para que reflejen más fielmente la vida jurídica real”.

¹¹ Ibidem, p. 59.

¹² Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., n.2, pp. 15-16, citada por Errázuriz Mackenna, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen – visión crítica*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 68.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 3ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979, cfr. p. 39.

¹⁴ Errázuriz Mackenna, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen – visión crítica*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 73.

¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, op. cit., nota 13, p. 232.

En su reciente discurso ante el Parlamento Federal Alemán, el 22 de septiembre de 2011, Benedicto XVI expresaba que Kelsen [Citado según W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft* (Augsburg 2010), 19] señaló que: “esto supondría un Dios creador, cuya voluntad se ha insertado en la naturaleza. Discutir sobre la verdad de esta fe es algo absolutamente vano”.

[Y se pregunta Benedicto XVI] “¿Lo es verdaderamente?, quisiera preguntar. ¿Carece verdaderamente de sentido reflexionar sobre si la razón objetiva que se manifiesta en la naturaleza no presupone una razón creativa, un Creator Spiritus?”

¹⁶ Podemos poner o no un acto, y darle un sentido u otro: al menos, en el plano de la decisión interior (no así en el de la ejecución exterior de esos actos), es evidente que muchos de los actos que realizamos (aquellos que son conscientes, deliberados) son libres.

¹⁷ Véanse párrafos 55 y ss.

¹⁸ Véanse párrafos 66 y ss.

¹⁹ Kelsen, Hans, op. cit., nota 13, p. 107.

²⁰ Idem.

²¹ Ibidem, p. 108.

²² Ibidem, p. 111.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem, p. 112.

²⁶ Conforme señala Roberto J. Vernengo en nota al pie de la traducción de la Teoría Pura del Derecho citada (op. cit., nota 13, p. 113), Kant, para salvar la contradicción entre la libertad (en el ámbito de lo inteligible) y la determinación causal (en el campo de lo fenoménico), luego de colocar la libertad en la “cosa en sí”, termina considerando “como efectivamente existente la cosa en sí, o, más precisamente: cosas en sí como transubjetivamente existentes, y no como meras ficciones”. “La razón práctica, en la que aquí se refugia Kant, y a la que atribuye una función volitiva como razón legisladora, no puede conocer si el hombre –como fenómeno o cosa en sí- es libre; sólo puede pretender que deba ser libre...”

En cambio, Kelsen directamente niega todo carácter real a la libertad.

²⁷ Kelsen, Hans, op. cit., nota 13, p. 136.

²⁸ Ibidem, pp. 136-137.

²⁹ Cfr. Ibidem, p. 138.

³⁰ En este punto, parecería coincidir Kelsen con Hervada, respecto a que la responsabilidad objetiva implicaría un “primitivismo jurídico”.

³¹ Ibidem, p. 135.

³² Ibidem, p. 138.

³³ Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho de Tránsito*, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009, t. III, p. 155.

³⁴ Raso Delgue, Juan, *La contratación atípica del trabajo - Segunda edición ampliada y actualizada con comentarios de las Leyes N° 18.099 y 18.251*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009, p. 297.

³⁵ Ordoqui (op. cit., nota 33, p. 159), citando a Zavala de González (*Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, Buenos Aires, 1991, p. 51) señala que tanto la culpa como el riesgo son factores de atribución que “tienen como antecedente un deber de prever y de evitar el daño. Quien crea un riesgo supone que sabe lo que hace y tiene que prevenir y evitar el daño y, si no lo logra, incurre en culpa.”

³⁶ Carbonnier, *Droit civil*, París, 1956, t. IV, n. 109. Larroumet, *Droit civil - Obligations*, París, 1986. Citados por Ordoqui, Gustavo, op. cit., nota 33, p. 164.

³⁷ Ordoqui, Gustavo, op. cit., nota 33, pp. 167-168.

³⁸ Ferrara, *La Persona Jurídica*, p. 825, citado por Ordoqui, Gustavo, op. cit., nota 33, p. 517.

³⁹ Grzetich, Antonio, “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, *Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 99.

⁴⁰ Soares Netto, Esther et al., “Tercerización – Subcontratación. Una mirada a la Jurisprudencia”, *Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 371.

⁴¹ Véase parágrafo 5.

⁴² Cfr. parágrafo 18 fine y nota n° 10 en mismo lugar.

⁴³ Cfr. Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural – parte especial*, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1993, pp 15-57.

⁴⁴ En este sentido, Modolell González, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, LIVROSCA, 2001, p. 30), luego de referir a que “en Kant la imputación tiene como fundamento último la libertad del ser humano, lo cual repetirá Hegel al asociar imputación con voluntad, característica que incluso está presente en las concepciones jurídico-penales de la imputación objetiva”, señala: “esta constante referencia a la libertad no se dará en el pensamiento de Kelsen quien analiza (...) el concepto de imputación en sí, es decir, considerado independientemente de su contenido”.

⁴⁵ Véanse párrafos 28 a 31.

⁴⁶ Kelsen, Hans, op. cit., nota 13, p. 110.

⁴⁷ Kelsen, Hans, op. cit., nota 13, p. 124.

⁴⁸ La distinción es una cuestión meramente terminológica. Kelsen afirma que tanto el acto ilícito como el acto contrario (conducta obligatoria) son “conductas que corresponden a la norma”, pues la primera implica “aplicarla” y la segunda “acatar la norma” (Kelsen, Hans, op. cit. nota 13, p. 130). Pero no puede implicar desconocer que la norma tiene un sentido opuesto para una y otra conducta: en un caso (conducta obligatoria) la norma “ordena la conducta” (idem), en el otro (acto ilícito), la norma la prohíbe (por más que ambos deberes –positivo y negativo–deriven, según Kelsen, del ser debido de la sanción, de su fuerza coactiva o “motivadora”).

⁴⁹ Hervada, Javier, op. cit. nota 1, p. 139.

⁵⁰ Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal. P.G.*, 11ª. ed., trad. de Sebastián Soler et al., Buenos Aires, Depalma, 1944, parágrafo 8, p. 34, citado por Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 38.

⁵¹ Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 13.

⁵² Welzel, *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed., trad. de Bustos Ramírez et al., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 39 y 40; citado por Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 13.

⁵³ Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 13.

⁵⁴ Ibidem, pp. 15-16.

⁵⁵ Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, trad. de Juan Luis Vernal, Barcelona, EDHASA, 1988, parágrafo 115, p. 179, citado por Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, pp. 31-32.

⁵⁶ Hegel, op. cit., parágrafo 118, p. 181, citado por Modolell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 35.

-
- ⁵⁷ Hegel, op. cit. parágrafo 117, p. 180, citado por Modelell González, Juan Luis, op. cit., nota 44, p. 33.
- ⁵⁸ Ver, sobre este tema del “imperium” en Tomás de Aquino: Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 363 y ss.
- ⁵⁹ También Kelsen reconoce implícitamente que la imputación que hace el derecho, en casos de responsabilidad individual, está fundada en una relación causal por la que (como se vio en el parágrafo 34), el hombre es causa de sus actos y de los efectos “indeseables” de los mismos. Aunque, como vimos, limita la libertad a sólo una posibilidad de entender la amenaza de la sanción de modo que ésta sea motivo - causa (necesaria, no libre) de sus actos.
- ⁶⁰ A este sentido de responsabilidad lo hemos calificado de “originario”, para distinguirlo de la mera imputación de la obligación de reparar un daño causado por otro.
- ⁶¹ Cfr. Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. de Celina Ana Lértora Mendoza, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 125 y ss.
- ⁶² Véanse párrafos 32 y 35.
- ⁶³ Véase nota al pie 8, fine.
- ⁶⁴ Ordoqui, Gustavo, op. cit., nota 33, p. 15.
- ⁶⁵ Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 7ª ed., Pamplona, EUNSA, 1993, p. 76.
- ⁶⁶ Para ver en profundidad la doctrina iusnaturalista clásica sobre este punto: Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. de Celina Ana Lértora Mendoza, Buenos Aires, EUDEBA, 1977, p. 125 y ss.
- ⁶⁷ Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 197.
- ⁶⁸ *Ibidem*, p. 201.
- ⁶⁹ *Ibidem*, p. 202.
- ⁷⁰ *Ibidem*, p. 204.
- ⁷¹ *Ibidem*, p. 209.
- ⁷² Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Parte II-IIae, cuestión 61, partes de la justicia, art. 1, ad 2. <http://hcg.com.ar/sumat/c/c59.html>.
- ⁷³ *Ibidem*, art. 2, R.
- ⁷⁴ Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 1991, vol. I, pp. 230-236. Señala cuáles son los criterios para medir la igualdad de proporcionalidad (en relación con el fin del reparto), que se da en la justicia distributiva. Si bien no señala la contribución al riesgo, podría aplicarse analógicamente el criterio de “aportación a la sociedad”.
- ⁷⁵ Véanse párrafos 40 a 42.
- ⁷⁶ Larens, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel Derecho S.A., 1994, p. 235.
- ⁷⁷ *Ibidem*, p. 228.