

## Reminiscencia de la concepción binaria del pensamiento estructuralista en la formulación clásica de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el derecho argentino

**Eduardo Omar Magri**

Cámara de Apelaciones Civil, Puerto Madryn, Argentina

 ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-7858-5363>

Correo electrónico: [eduardoomagri@gmail.com](mailto:eduardoomagri@gmail.com)

*Recibido: 24 de octubre de 2023*  
*Aprobado: 23 de noviembre de 2023*

### Para citar este artículo:

Magri, E. D. (julio-diciembre 2023). Reminiscencia de la concepción binaria del pensamiento estructuralista en la formulación clásica de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el derecho argentino. *Ratio Iuris*, 11(2), 47-73.

**ARK CAICYT:** <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/zf3p3r56p>

**Resumen:** La concepción clásica que basa la responsabilidad civil sobre la necesidad de la antijuridicidad como condición *sine qua non*, es una derivación no deseada de la forma en la cual nuestra mente se representa el fenómeno de la incorrección, el cual se halla estructurado en función de oposiciones binarias (lícito/ilícito, permitido/prohibido), presentando un complejo contenido que puede enunciarse como ¿qué tan injusto es el menoscabo acontecido?, en su fórmula simplificada ¿es acorde a derecho o antijurídica la conducta que generó el menoscabo acontecido?

**Palabras clave:** *Antijuridicidad, licitud/ilicitud, responsabilidad civil, lagunas del derecho, enfoque genealógico, pares opuestos, oposiciones binarias, antropología, estructuralismo.*



# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

**Abstract:** The classical conception that bases civil liability on the need for illegality as a sine qua non is an unwanted derivation of the way in which our mind represents the phenomenon of incorrectness, which is structured based on oppositions. binary (legal/illegal, permitted/prohibited), presenting a complex content that can be stated as how unjust is the impairment that occurred? In its simplified formula, is the conduct that generated the impairment that occurred in accordance with the law or illegal?

**Keywords:** *Illegality, legality/illegality, civil liability, gaps in law, genealogical approach, opposite pairs, binary oppositions, anthropology, structuralism.*

**Resumo:** A concepção clássica que fundamenta a responsabilidade civil na necessidade da ilegalidade como condição sine qua non é uma derivação indesejada da forma como nossa mente representa o fenômeno do incorreto, que se estrutura a partir de oposições binárias (legal/ilegal, permitido/proibido), apresentando um conteúdo complexo que pode ser afirmado como quão injusta é a deficiência ocorrida? Em sua fórmula simplificada, a conduta que gerou a deficiência ocorrida é conforme a lei ou ilícita?

**Palavras chave:** *Ilegalidade, legalidade/ilegalidade, responsabilidade civil, lacunas jurídicas, abordagem genealógica, pares opostos, oposições binárias, antropologia, estruturalismo.*

## Breve reseña del plan expositivo

Ninguna reflexión sobre la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad puede ser llevada a cabo sin explicitar previamente cuál es la inserción de esta última en campos temáticos más amplios, como lo son el derecho civil y el derecho privado todo. A partir de esa petición de principio, se torna factible el análisis de lo antijurídico como elemento constitutivo de la responsabilidad civil en su concepción más clásica. Todo esto será tratado en el título “Aproximación temática” constituyendo una descripción elemental del estado del arte.

En una segunda instancia se reflexionará brevemente sobre el enorme peso específico de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil y del derecho en general en la configuración de lo social, lo cual exige un relevamiento antropológico, que si no agotado en estas breves líneas al menos permitirá su esbozo de cara a una posterior profundización. El desarrollo llevará el título “Antijuridicidad: la prohibición como instancia de salida del estado de naturaleza”.

En una tercera sección se abordará de manera sucinta la completitud de los sistemas normativos con especial atención a la temática de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad, recalando en dos de las respuestas que con más solvencia han desarrollado la cuestión, esto es, las tesis de la filosofía analítica de Alchurrón y Buligyn, y la crítica erigida por Fernando Atria, destacando la fuerte impronta binaria que es *lei motiv* en los análisis. La reflexión llevará el título “Antijuridicidad: posiciones frente a las lagunas y la cuestión de la binariedad”.

En un cuarto apartado se intentará esbozar una genealogía de la binariedad en el pensamiento, recalando en las categorías del estructuralismo propuestas desde la antropología de Levi-Strauss, y poniendo de relieve su relación con la categorización normativa de licitud e ilicitud propia del derecho y con especial atención a la

conceptualización de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. El apartado llevará el título “Las oposiciones binarias como estructura condicionante del pensar”.

Acto seguido, se hará un breve cotejo de la forma en la cual las oposiciones binarias como categorías del pensar pueden ser rastreadas en los primeros tiempos del pensamiento occidental; en las primeras manifestaciones del pensar que se formularon como superación del pensamiento mítico. Este apartado llevará el título “Vestigios de las oposiciones binarias en las primeras manifestaciones de la razón en occidente”

Por último, se ensayarán unas conclusiones provisionarias.

## Aproximación temática

“Don Facundo: Mujer, ¿sabías cuál era mi voluntad?  
Antígona: Yo seguí otra voluntad anoche.  
Don Facundo: ¡En esta pampa no hay otra voluntad que la mía!  
Antígona: La que yo seguí habló más fuerte. Y está por encima de  
todas las pampas”  
(Leopoldo Marechal, *Antígona Vélez*- cita De Lorenzo Sobre  
ficciones y mitos en el derecho privado).

En primer término, se impone dar cuenta brevemente del emplazamiento de la antijuridicidad tanto en la estructura de la responsabilidad civil, como más genéricamente en el derecho.

No obstante poder ser advertida en el derecho contemporáneo una consolidada tendencia que pone el acento en superficies de contacto y zonas de intersección propensas a la generación de identidades aptas para la emergencia de espacios de común imbricación, - siendo exponente de este fenómeno el diálogo de fuentes (Lorenzetti, 2012, p. 11), como derivación natural del neoconstitucionalismo (Santiago, 2010, p. 170)-, una inveterada tradición que abrevia en la obra de Durkheim persiste, con fines propedéuticos, en distinguir categorialmente entre el derecho público y el derecho privado (Levy-Brhul, 1964, p. 13).

El derecho privado, históricamente como expresión normativa de la regulación de hechos que inscriben sus efectos en un magma social de estados débiles de la conciencia colectiva (Durkheim, 2001, p. 115), se encuentra constituido por sistemas con relativa autonomía y regularidad de criterios de funcionamiento (Rosatti, 2016, p. 37), tales como lo han sido en su formulación tradicional el ordenamiento civil y el comercial (Levy-Brhul, 1964, p. 13).

En las antípodas, el derecho público y especialmente el sistema de derecho penal habrían sido la respuesta violenta de una comunidad a la ofensa de estados definidos y fuertes de la conciencia colectiva, merced la afectación de bienes cuya importancia no se encuentra en discusión, existiendo respecto de su bondad fuerte cohesión social (Levy-Brhul, 1964, p. 13).

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Esta estructura conceptual delimitó el horizonte de posibilidad de ambas esferas del derecho, privilegiando que las nociones de prevención y punición se enseñoreen en el ámbito del derecho penal, en tanto que el derecho privado fue edificado teniendo como norte la compensación y la reparación.

El centro de gravedad del derecho privado fue la propiedad, entendida como una proyección del obrar de la persona (Locke, 2014, p. 45). La vulneración de la propiedad solo horada de manera mediata a la persona, por cuanto afecta entelequias emplazadas en la esfera de trascendencia de esta, lo cual desencadena en el derecho una mecánica regulativa tendiente a recomponer en la medida de lo humano, el estado de cosas existente con anterioridad a la falta.

En la concepción de las codificaciones continentales la tónica era la reparación, erigiéndose la responsabilidad, como un subsistema del sistema de derecho civil, emplazado en aquella área del derecho privado, en la cual se determinaba a instancias de qué fenómenos se considera que un menoscabo debe ser resarcido económicamente por quien lo produce y cuando el mismo debe ser soportado por quien lo padece.

Dentro del complejo cúmulo de manifestaciones de este mecanismo en los más primitivos ordenamientos, se ha destacado que el *lei motiv* de la reparación no fue el reproche de culpa sobre la conducta sino “la defensa de una justa repartición de los bienes que poseía cada familia, esto es, de un justo equilibrio (*suum cuique tribuere aequalitas*)”; agregándose además que: “Cuando se produce una ruptura de este equilibrio a raíz de un perjuicio contrario a Derecho y a la Justicia (*damnum injuria datum*), entra en juego la denominada “justicia correctiva” cuya función consistiría en reducir dicho desequilibrio” (Villey, 2013, p. 57).

En cualquier caso, en sus expresiones normativas más tempranas, el desequilibrio fue una de aquellas representaciones de lo incorrecto que la justicia que impregnaba los ordenamientos procuraba enjugar.

Los criterios con el tiempo fueron modificándose, sucediéndose diferentes parámetros sobre los cuales sustentar la incorrección, lo cual no será materia de estudio puntual en este trabajo.

Una vez emplazada en la sistemática del derecho civil y dentro del área más amplia del derecho privado, se impone en segundo término, analizar la estructura de la responsabilidad civil.

De la existencia de responsabilidad civil deriva la obligación de indemnizar.

La formulación clásica de la responsabilidad civil, supo dar lugar a una profusa dogmática que tematizó su existencia estructurándola a partir de la confluencia de distintos elementos; siendo (1) la antijuridicidad, (2) el daño, (3) la relación de causalidad y (4) el factor de atribución, aquellos cuatro que sobre los que ha existido mayor consenso en la doctrina clásica (Bustamante Alsina, 1980, p. 86); ello, sin perjuicio de clasificaciones

aún más específicas que propiciaban el análisis previo del mismo obrar humano, y discernían entre la culpa como reproche y la imputabilidad subjetiva como instancia de distinción entre lo lícito y lo ilícito (Boffi Boggero, 1976), posición esta que fue controvertida con solvencia (Bueres, 1986, p. 31; Vázquez Ferreyra, 1993, p. 119).

En una sucinta semblanza de cada uno de ellos es menester destacar que la antijuridicidad (1) es la contraposición de la conducta con el ordenamiento jurídico, que el daño (2) es el menoscabo que el acto genera en la esfera de intereses del sujeto perjudicado, que la relación de causalidad (3) es la vinculación que debe mediar entre conducta lesiva y menoscabo, y que el factor de atribución (4) es una razón de conveniencia (justicia, seguridad jurídica, orden, solidaridad etc.) al tenor de la cual, se considera que, mediando conjuntamente (1), (2) y (3), debe proceder la indemnización que vuelva las cosas al estado en el que se hallaban antes del acto lesivo.

Pero volviendo a la antijuridicidad, como el primero de estos elementos, fue entendida como toda contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su coherente totalidad, vale decir, no con relación a una regla en particular, o respecto de un sistema o subsistema de este (Mosset Iturraspe, 1998, p. 57).

Diremos que esta formulación clásica, entraña la convicción de que el ordenamiento es cerrado y autosuficiente, encontrándose toda conducta posible, deónticamente clasificada en ex ante y en instancia legislativa.

La pervivencia de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil fue puesta en crisis a partir de los estudios de numerosos autores de la doctrina italiana durante desde la década del '60 a esta parte (Rodotà, 1964; Sacco, 1969; Schlesinger, 1960; Scognamiglio, 1969, entre muchos otros), registro que no pasó desapercibido para los autores españoles (Diez-Picazo, 1979, p. 735), pudiendo ser retratada esta disputa en la doctrina nacional (Bueres, 1999, p. 30; De Lorenzo, 1996), aunque con abrumadora mayoría de autores que se ciñeron a la concepción canónica, sobre todo, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin perjuicio de que existe una enorme variedad de matices entre las distintas posiciones que cuestionan la tesis clásica que concede a la antijuridicidad carta de ciudadanía en la responsabilidad civil, todas ellas comparten cierta desconfianza fundacional respecto de la creencia de que el derecho, como orden cerrado y autosuficiente, carece de zonas de indefinición.

Carecer de zonas de indefinición confiere un carácter fuerte a la antijuridicidad; carácter este que parecería ser compatible con cierta idea de certeza que fructifica en orden y seguridad, valores ambos que se encuentran en la base de toda axiología, siendo especialmente apreciados no solamente por consideraciones prácticas, sino también por algún valor teórico inmanente en las concepciones que procuran atribuir al derecho un duro estatus científico.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Así, la antijuridicidad es instaurada en la mecánica del resarcir a partir de una definida lógica categorial de lo binario, la cual entroniza pares opuestos como permisión/prohibición, licitud/ilicitud, en la dimensión del deber ser desde la que se regulan las conductas.

Hasta aquí una descripción aséptica de aquel *estado del arte* más elemental de la temática abordada.

En cualquier caso, como se lo desarrollará más adelante, tanto las posturas que consideran al ordenamiento jurídico como un sistema cerrado como aquellas que entienden que no existe tal clausura, -más allá de su posición sobre las lagunas jurídicas-, convergen en la validación de una premisa binaria según la cual, la sustentación de las calificaciones de lo deóntico en pares opuestos cuenta con fuerza singular en sus explicaciones de la antijuridicidad o como se lo verá más adelante, el denominado “daño injusto”.

Ahora bien. Cabría preguntarse cuáles son las razones que subyacentes a lo normativo, que contribuyen a robustecer el estatus y la inalterada vigencia de la antijuridicidad en nuestra temática.

## **Antijuridicidad: la prohibición como instancia de salida del estado de naturaleza**

“Por no haber ley, no se podía hablar de desobediencia [...] la misma ley, que se introdujo después, sirvió para multiplicar los pecados”  
(San Pablo, Rom. 5; 13 y 20).

Lo jurídico no puede ser concebido sin lo antijurídico, y todo sistema orientado a la ordenación de conductas, no puede sino disponer mecanismos que articulen la permisión y la prohibición.

Una explicación de este tipo, clausura sentidos desaconsejando cualquier otra pregunta que vaya más allá.

Empero, es posible ir un poco más allá de emergencias normativas y sociológicas tan radicalmente claras y obvias, precisamente en procura de encontrar una explicación al “por qué” de la rotundez de semejante claridad.

Lo que sigue del presente título, invita a una reflexión algo distante de la especulación jurídica tradicionalmente normativa, por lo que aquellos que se sientan poco a gusto con las remisiones a la antropología pueden obviar la lectura del resto del presente apartado reiniciándola en el siguiente.

¿Cómo tallan los sistemas de permisiones y prohibiciones en nuestra organización social?

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Tanto Hobbes (2014, p. 100) como Locke (2014, p. 17), cimentaron sus explicaciones del estado, el gobierno y la autoridad partiendo de la figura del *estado de naturaleza*, como instancia previa a todo consentimiento y asociación política.

Si bien su noción de estado de naturaleza ha sido entendida como procedimental, dado que no se profundiza históricamente si existió en algún momento dado algún grupo humano que coexista bajo las pautas que se le atribuyen, es lo cierto es que la instancia o pasaje del mundo de la naturaleza al mundo de la cultura, sí, es un tópico estudiado tanto por la psicología como por la antropología estructural.

Ya Freud en “Tótem y tabú” planteó la necesidad de buscar el fundamento de la ley en un crimen originario a partir del cual una norma fundamental determine una prohibición, para el caso la prohibición del incesto (Freud, 1991). La referencia que se hace no pierde de vista, que, dentro del marco referencial del psicoanálisis freudiano la remisión a la ley difiere de los sentidos que le confiere el derecho, circunscribiéndose a la inscripción del mandato en cada sujeto de cara a su constitución como persona desde lo inconsciente. No obstante, a los efectos de una genealogía de la prohibición, la referencia se revela plena de significaciones, si se tiene en cuenta que “para que la ley, como norma jurídica, refuerce el campo creado por el ordenamiento pautado por un grupo, es necesaria en cada miembro la inscripción de la Ley en su proceso de personalización, que operó en su constitución como sujeto, pues sin este requisito la norma grupal no encontrará basamento donde asentarse” (Rubio, 2010, p. 99).

Empero fue Lévi-Strauss quien en mejor medida advirtió en “Las estructuras elementales del parentesco” que en esa oposición entre el estado de naturaleza y el universo de la cultura reside un valor lógico que justifica plenamente su utilización instrumental por parte de la sociología para analizar la asociación política como argamasa de la comunidad, ello sin perjuicio de reconocer que ningún análisis real, permitiría captar el punto en que se produce el pasaje de los hechos de la naturaleza a los hechos de la cultura (Lévi-Strauss, 2009a, p. 35).

El ingreso al universo de la cultura, tematizado desde lo histórico y lo antropológico - aunque con vacilante sesgo conjetural-, ha concedido un lugar de importancia a la prohibición del incesto, la cual hoy admite análisis desde perspectivas religiosas, psicológicas, económicas, entre otras que indagan en sus causas.

En el estado de naturaleza se ha distinguido entre el estadio de salvajismo y el de barbarie; caracterizando al primero la promiscuidad sexual y los sistemas de uniones entre grupos enteros que vinculaba a hombres y mujeres de manera recíproca, y, resultando el segundo una evolución al aparecer en escena la familia sindiásmica, es decir, la irrupción en la escena de la pareja, aun manteniéndose la poligamia como práctica en favor de los hombres (Morgan, 1987). El incesto fue objeto de abordaje al estudiar los orígenes de la familia por estudios provenientes del derecho (Belluscio, 2004) y la historia de la criminología (Viveiros de Castro, 1943).

Más allá de abordajes puntuales en áreas especializadas del derecho, de manera sorprendente e inexplicable, parecería haber sido naturalizado hasta resultar invisible, - en el ámbito de la ética, en el de la filosofía jurídica y ni que hablar en el más práctico y concreto de la responsabilidad civil-, que una potente conjetura asentada en hechos y relaciones plausibles basadas en estudios que constituyen al presente corrientes troncales del pensamiento contemporáneo, erigen a una instancia de prohibición, a un instante de calificación deóntica del campo de lo real, tal como lo es la prohibición del incesto, en el origen mismo de lo civilizacional por el cual se abre al hombre el universo de la cultura abandonando el estado de naturaleza.

No desdibuja esta idea que haya resultado empresa ardua discernir los límites entre la naturaleza y la cultura, dado que casi indefectiblemente la conducta humana responde a complejas integraciones de lo biológico y lo social. La prohibición del incesto se excepciona de otras prohibiciones cimentadas en reglas de la cultura, por el hecho de que, aun creada por el hombre, no depende de la época y de cada cultura puesto que emerge universalmente con sus particularidades y diferencias en cada grupo humano.

Con las salvedades apuntadas, fue Lévi-Strauss (2009a) quien en su indagación de la instancia primaria de aquel salto necesario para abandonar el estado de naturaleza dando los primeros pasos en el mundo de la cultura, advirtió la importancia fundamental de la “prohibición del incesto”.

Fue en este sentido que comenzaba preguntándose: “¿Dónde termina la naturaleza? ¿Dónde comienza la cultura? Pueden concebirse varias maneras de responder a esta doble pregunta. Sin embargo, hasta ahora todas estas maneras resultaron particularmente frustrantes” (Lévi-Strauss, 2009a, p. 38).

Un parámetro plausible al momento de distinguir ambos ordenes fue el de la universalidad y la particularidad, *v.gr.*: “todo lo que es universal en el hombre corresponde al orden de la naturaleza y se caracteriza por la espontaneidad, mientras que todo lo que está sujeto a una norma pertenece a la cultura y presenta los atributos de lo relativo y lo particular” (Lévy-Strauss, 2009a, p. 41).

A partir de ahí, una vez descartados algunos hechos como la alimentación, el instinto sexual y la reproducción por absolutamente universales y por ende por provenir privativamente de la naturaleza, y otros como el lenguaje, la vestimenta y la técnica por particulares y en consecuencia derivados de la cultura, concluyó que el único hecho que participa de ambos ordenes es “la prohibición del incesto”.

La universalidad de la prohibición del incesto radica en que no existen registros que den cuenta de la existencia de algún grupo humano en el que no se halle presente; radicando su singularidad en las particularidades que específica y concretamente asume en cada grupo humano puesto bajo análisis, *v.gr.*, en algunos casos la prohibición atañe solos ascendientes y descendientes, en otros a colaterales, en otras a primos cruzados, de modo tal que se trata de un hecho natural presente universalmente en todo grupo humano, lo

suficientemente cultural como para asumir diferentes manifestaciones en cada comunidad materia de estudio.

Así lo ponía de relieve Levi-Strauss (2009a):

Nos encontramos entonces con un hecho, o más bien con un conjunto de hechos que [...] no están lejos de presentarse como un escándalo: nos referimos a este conjunto complejo de creencias, costumbres, estipulaciones e instituciones que se designa brevemente con el nombre de prohibición del incesto. La prohibición del incesto presenta, sin el menor equívoco y reunidos de modo indisoluble los dos caracteres en los que reconocimos los atributos contradictorios de dos órdenes excluyentes: constituye una regla, pero la única regla social que posee, a la vez, un carácter de universalidad (p. 42).

El eslabón perdido que anuda el universo general de la naturaleza y el orden particular de la cultura tiene por carta natal un acto de prohibición.

De alguna manera, la primera génesis de lo cultural orientado que estuviera al establecimiento de la primera asociación en el ámbito de un colectivo humano, reposó sobre una norma primigenia, la cual parceló de manera novísima el campo del obrar determinando espacios de permisión y de prohibición.

Esta es una afirmación fuerte, pues está situando a una norma en la alborada del universo de la cultura que da nacimiento a lo social; vale decir que, en esencia, la cultura se halla constituida por una instancia de prohibición/permisión, siendo ese hecho inaugural la prohibición del incesto, acontecer a partir del cual se edifica el edificio de lo humano en comunidad.

Así, si la prohibición del incesto es la piedra fundacional de lo cultural, puede afirmarse sin hesitaciones que es también la estructura sobre la cual se erige el primer sistema de prohibiciones y permisiones, y, por ende, antecedente primario de la antijuridicidad.

Dicho de otra manera, dentro de las incontables emergencias que constituyen exponentes genuinos de la cultura, el hombre abandonó el estado de naturaleza encaballado en una instancia de prohibición, que como en la trágica decisión asumida frente al árbol de la ciencia del bien y del mal, lo arrojó al mundo de la civilización, estableciendo la proto-génesis de lo antijurídico.

Contra prueba en contrario, el fenómeno de la antijuridicidad transita por un meridiano principalísimo y sustantivo en el proceso que fragua la constitución de la cultura sobre la que se sustenta cualquier forma de la asociación política en sus expresiones actuales. La idea de la antijuridicidad como instancia primigenia del ingreso al universo de la cultura y la civilización, por obvia o por naturalizada, no ha contado con sustancia proteica en los estudios generales sobre la antijuridicidad ni tampoco en aquellos que específicamente en la responsabilidad civil la tratan como elemento constitutivo. Quizás, este olvido permita conjeturar alguna de las razones que explican el porqué de la vigencia de la antijuridicidad como figura en algunos de aquellos sistemas y subsistemas sobre los que se organiza lo jurídico (derecho privado, responsabilidad civil), y la resistencia al

cambio a partir de resignificaciones que modifiquen técnicamente la mecánica de parcelación deóntica de las conductas reguladas (antijuridicidad como elemento e instancia legislativa *ex ante* y daño injusto como instancia *ex post*).

## Antijuridicidad: posiciones frente a las lagunas y la cuestión de lo binario

“Alguna vez le escuché decir a Eugenio Buligyn que la teoría jurídica está poblada de metáforas acuáticas [...] sus protagonistas son las fuentes y las lagunas” (José Juan Moreso, “A brillant disguise: entre fuentes y lagunas”).

Una vez postulada la significación sustantiva de esta plausible raíz antropológica de la antijuridicidad, puede avanzarse en la descripción de la concepción clásica de la responsabilidad civil, comprendiéndose más cabalmente algunas de las tónicas que en el sistema parecen ser irrenunciables.

La dogmática jurídica en la formulación de la doctrina clásica ha estructurado el sistema de responsabilidad civil extracontractual haciendo de la antijuridicidad su piedra fundamental. Enseñaba Orgaz:

Según lo prescripto por el citado art. 1066, un acto es ilícito cuando ha sido “expresamente prohibido” por la ley, entendida ésta como toda norma dictada por autoridad competente: “La prohibición de la ley es la calidad esencial, y todo lo que la ley no prohíbe se entiende que es permitido” (...) (Freytas, “Esbozo”, nota a su artículo 444, fuente inmediata del 1066) (...) Esta disposición es una desviación particular de un principio superior, que se halla en la base de nuestro ordenamiento jurídico, declarado explícitamente por la Constitución Nacional: Ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...” (Orgaz 1973, p. 26).

Esto así pues todas las cosas consideradas, se estimaba que sólo debían ser indemnizados los perjuicios causados por aquellas conductas de las cuales pudiese ser predicada su contraposición a un ordenamiento preexistente a ellas.

Esta tendencia fue controvertida en los años 60 y 70 por un sector de la doctrina europea y en la década del 90 por el profesor Miguel Federico De Lorenzo en la Argentina (De Lorenzo, 1996), por considerar en líneas muy generales, que no es factible hacer depender la indemnización de los actos lesivos -por definición tan diversos e imposibles de prever como la misma existencia-, de la posibilidad de encasillar a los mismos dentro de un elenco de conductas *vedadas a priori* por el ordenamiento.

Este enfoque ha merecido la crítica de un sector de parte de la doctrina civilista, que destacó la bondad del sistema clásico, en tanto considera que la antijuridicidad es el último bastión de la seguridad jurídica, única forma de dar previsibilidad a la vida en relación de las personas.

Lo que está en pugna entre la concepción clásica de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil y su doctrina crítica es la completitud del ordenamiento

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

normativo. Esto es, la posibilidad o imposibilidad de que el derecho califique deónticamente y de antemano el universo de conductas posibles, parcelando la realidad en campos de permisión y prohibición determinados en instancia legislativa.

Para la concepción clásica, el ordenamiento sería entonces un sistema cerrado o clausurado *ab initio* por la iniciativa del legislador, en donde no hay lagunas normativa o instancias sin calificación deóntica previa.

Ahora bien. Si se le concede carta de ciudadanía a la idea de que el infinito es una noción meramente matemática, ¿existiría un catálogo infinito de prohibiciones?

En lo jurídico esto tiene solución, pues en la imposibilidad de concebir un catálogo infinito que enumere una serie de prohibiciones que contrasten con las permisiones, la clausura sobreviene por el principio de legalidad, fundado en que el gran ámbito es el de la libertad, siendo consecuencia de ello, que todo lo que no esté prohibido, esté permitido.

Esta interpretación es la que se propicia en función de la idea de que el artículo 19 de la Constitución Nacional es de aplicación estricta al derecho privado.

En el BGB del derecho civil alemán, se reguló la antijuridicidad estructurándola en base a un elenco de figuras típicas (De Lorenzo 1996, p. 31), en procura de reducir la discreción judicial de modo tal que, si la conducta no se halla en el elenco de figuras alcanzadas por la prohibición, se situará en el espacio de la permisión, y el juez no podrá incidir en la calificación deóntica. Esta concepción maximiza la seguridad jurídica, a costa de cierta inelasticidad ante la variadísima cantidad de posibles nuevas formas mediante las cuales la conducta humana puede generar menoscabos a terceros, dando lugar a un déficit axiológico, si se centra la mira privativamente en la justicia.

Se advierte en la jurisprudencia de este tipo de sistemas “la necesidad de ajustar a través de variados métodos hermenéuticos, la creación de válvulas que permitan al modelo reaccionar de manera más inmediata a las nuevas exigencias” (De Lorenzo, 1996, p. 33). Por ello el legislador suele recurrir a “figuras típicas lo suficientemente indeterminadas con el objeto de generar -mediante la valoración del magistrado- un ámbito permeable a las nuevas exigencias” (De Lorenzo 1996, p. 34).

El derecho francés reguló la cuestión sobre la base de una “cláusula general abierta” (De Lorenzo 1996, p. 34), lo que conceptualmente vendría a suponer lo contrario a la tipificación alemana. Sin embargo, en una primera etapa “los intérpretes no hesitaron en ver aun en el mismo artículo 1382 la regla de tipicidad, concibiendo el ilícito no como la violación a una ley cualquiera, sino solamente el menoscabo producido a un específico derecho subjetivo” (De Lorenzo 1996, p. 35). Ya a mediados del siglo pasado Josserand enseñaba que el ilícito era “el atentado a un derecho en ausencia de un derecho más fuerte” y Savatier, en la misma dirección, concebía un deber general de cuidado contemporizado con ciertos derechos excepcionales de dañar tipificados por la ley (De Lorenzo 1996, p. 37).

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

En el derecho argentino la letra del artículo 1066 del Código Civil dio fundamento a la idea según la cual, la previa declaración legal de antijuridicidad era un elemento informante de la responsabilidad civil extracontractual, *v.gr.*: "...ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes".

Para la concepción clásica, la norma del artículo 1066 del C.C. articulada con el artículo 19 de la C.N., cerraba cualquier chance de salirse de la estructura binaria: para que existiese antijuridicidad era necesario que la conducta estuviese prohibida, y todo lo que no estuviese prohibido estaba permitido.

Esta era la postura mayoritaria de la doctrina.

Claro que el artículo 1066 del C.C., se trataba de una norma de reenvío, que obligaba al intérprete a buscar las prohibiciones en otras normas, las que en muchas oportunidades fueron concebidas por el legislador en términos de cláusulas generales de tipo abierto, lo que operaba un nuevo reenvío, que delegaba en la magistratura judicial la búsqueda de una solución indagando en valores axiológicos que no se encuentran en el texto normativo.

En este sentido razonaba De Lorenzo (2007) respecto del ordenamiento velezano:

Se puede constatar que, en el derecho privado, a la par de las normas particulares inclusivas (v.g. arts. 1089, 1091 del Cód. Civil) y una norma general exclusiva que las acompaña (art. 1066 CC), existe también una "norma general inclusiva" (son ejemplos, los artículos 16, 953, 1071, 1109, 1198, entre otros, del Código Civil). Como consecuencia de ello, a un caso no regulado expresamente se le podría aplicar tanto la norma general exclusiva (todo lo no prohibido expresamente está permitido) como la norma general inclusiva (lo no prohibido expresamente puede ser prohibido por analogía, principios generales del derecho, etc.), con lo cual el problema de la responsabilidad civil no es una cuestión de prohibición expresa -en cuyo caso la antijuridicidad prevista por el legislador evita toda discusión- sino, eventualmente, de cómo resolver, frente a la existencia de estos principios opuestos, un caso que no esté expresamente prohibido" (p. 37).

En la concepción clásica, la antijuridicidad era un elemento estructural constitutivo de la responsabilidad civil sin el cual, en principio, no existía obligación de indemnizar, en ausencia de una prohibición que *ex ante* y en sede legislativa que califique deónticamente la conducta lesiva. Esto a su vez era factible a partir del entendimiento que el ordenamiento era un sistema normativo compuesto por reglas, las que, de no consagrar la prohibición de una conducta, la permitían por imperio del principio de legalidad del art. 19 de la C.N. que opera como norma de clausura. Esta concepción parasitaria de la necesidad de establecer *ex ante* la calificación deóntica de la totalidad de las acciones que conforman el universo de conductas posibles constituye lo que se ha denominado sistema jurídico cerrado (Wright, 1968, p. 83).

Para la concepción que a partir de la década del 60 en la doctrina italiana hace entrar en crisis este paradigma, en el derecho civil, el principio de legalidad no opera de la misma

manera en los ámbitos de derecho público y privado, en tanto que el derecho penal se presenta como un sistema de ilicitudes discontinuas, y el derecho civil no, existiendo en éste último, multitud de normas que consagran tipos de textura abierta en mérito a los cuales la valoración en sede judicial *ex post facto*, se impone.

Ambos esquemas se posicionan de manera diversa frente a la existencia de lagunas normativas.

Esto ha sido materia de explicación desde la filosofía analítica, *v.gr.*:

Frente al problema de las lagunas normativas los filósofos del derecho han adoptado actitudes muy dispares. Cabe distinguir básicamente tres posiciones: I. Teorías que consideran que el derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. Kelsen es el representante más conocido de esta tendencia, que es compartida por muchos teóricos. II. Teorías que consideran que aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales preexistentes (destacados representantes de esta posición son Juan Ruiz Manero y Fernando Atria, en *On Law and Legal Reasoning*). III. Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y, por lo tanto, contingente (tesis defendida en *Normative Systems*). Las teorías que admiten la existencia de lagunas (grupo III) consideran que los jueces tienen discrecionalidad para resolver los casos en los que no hay regulación jurídica (casos de lagunas normativas). Para las teorías del grupo I en principio no hay discrecionalidad porque no hay lagunas, pero puede haberla si el orden jurídico autoriza a los jueces a apartarse del derecho. En cambio, para las teorías agrupadas en II -y en particular para Atria- no hay discreción, aunque haya lagunas (Buligyn 2005, p. 35).

La expresión más radical de las teorías agrupadas en I, puede ser hallada en Kelsen cuando afirmaba la completitud del derecho sosteniendo:

O bien el tribunal determina que el demandado o el acusado ha cometido el delito determinado en una norma jurídica general, según afirma el demandante privado o el acusador público y, por ende, que habría lesionado con su conducta una obligación que le estaba impuesta por el orden jurídico, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer lugar a la demanda o querrela, ordenando la sanción estatuida por esa norma jurídica general; o bien el tribunal determina que el demandado o acusado no ha cometido el delito, no habiendo lesionado, por ende, con su conducta ninguna obligación que el orden jurídico le impusiera [...] Entonces corresponde que el tribunal rechace la demanda o absuelva al acusado, es decir, que ordene que no se debe imponer sanción alguna contra el demandado o acusado (Kelsen 1991, p. 251).

Sin embargo, afirmaciones como la reseñada, tenían en miras la descripción de sistemas normativos conformados privativamente por reglas o por lo menos en su casi totalidad.

En la actualidad, la coexistencia de reglas y principios no permite semejante alarde de certezas reduciendo la interpretación a ejercicios de lógica jurídica.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Por otra parte el rechazo de una demanda en ausencia de regulación que acoja el interés por el cual se acciona, no es menos creación pretoriana que la declaración de su procedencia, visto que se le estaría asignando a un comportamiento "irrelevante" —sin status deóntico— el carácter de "permitido", con lo cual terminaría por introducir en el ordenamiento jurídico un "permitido" más y, con ello mismo, una "prohibición" que antes no existía: pues quedan prohibidos todos los comportamientos impeditivos de aquel permitido (De Lorenzo, 2007).

Conforme lo apuntado, la doctrina nacional que propiciaba la vigencia de la antijuridicidad, no necesitaría de ceñirse a la concepción más radical, encarnada por la tesis más dura de Kelsen, pues en presencia de lagunas normativas en el plano de las reglas de derecho, los jueces podrían resolver aplicando principios de derecho preexistentes, lo cual echa por tierra la tesis de la discrecionalidad. Esta era la explicación proporcionada por Bueres (1999):

Estimamos que el daño injusto está en el ordenamiento (todo), de donde, por añadidura, se infiere que es previo a la lesión, sin perjuicio de que algunos casos particulares nadie haya declarado todavía la tutela al tiempo de la referida lesión, y de que un juez la declare aplicando la cláusula general del art. 1109 —y concordantes— que le permite valorar. El magistrado va a descubrir quizá algo desconocido, que a pesar del transcurrir de los años está dentro del Derecho. Por ende, el interés se halla protegido por el ordenamiento, asunto que no impide que los magistrados lo rastreen (lo esculquen) por autorización de la norma primaria del art. 1109. No pueden inventarse daños por vía pretoriana con marginación del orden jurídico establecido (p. 44).

La sucinta reseña ofrecida muestra una marcada propensión a sostener la cuestión en una ontología de lo binario que proporcione existencia a la delimitación de lo permitido y lo prohibido, en un momento previo a la definición hecha en sede judicial, que es en los hechos, la verdadera.

La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, necesitaba contar con entidad previa al obrar del sujeto cuya conducta es materia de reflexión, en orden a determinar si un perjuicio ameritaba ser o no indemnizado.

La tesis de la discreción judicial sostenida en *Normative Systems* por Alchurrón y Buligyn, parte de la concepción de que en casos de lagunas normativas no existe calificación deóntica *ex ante* de toda conducta posible (Alchurrón y Buligyn, 1971), razón por la cual los jueces al decidir lo hacen con base en valoraciones —¿qué otra cosa es hacer prevalecer a un principio general del derecho por sobre otro?— que no existen en el ordenamiento al tiempo en el que el agente obró, de lo que cabría seguir —con crudeza—, que no es cuestión de pericia para bucear en el derecho.

Se ha criticado que la aceptación de que la decisión es discrecional es letal respecto de la bien intencionada pretensión del derecho de motivar el obrar de las personas.

Con perspicacia, Atría (2005) da comienzo a un agudo ensayo con la siguiente cita:

En octubre de ese año, quizás preocupado por el hecho de que crecientes cantidades de católicos alrededor del mundo anticipaban un cambio en la actitud de la iglesia sobre el control de la natalidad, el Papa Paulo declaró que no habría un pronunciamiento al respecto en el futuro inmediato, y que mientras tanto la enseñanza tradicional debía ser estrictamente respetada. Cuando los periodistas preguntaron a Monseñor Vallainc, jefe de la oficina de prensa del Vaticano, cómo el Papa podía decir que no había duda sobre la doctrina tradicional si su propia comisión estaba estudiando el problema, él respondió que la Iglesia estaba en un estado de certeza, pero que cuando el Papa tomara una decisión, cualquiera que ésta fuere, la Iglesia pasaría de un estado de certeza a otro (p. 45).

Cuando el máximo órgano judicial de un estado, cualquiera que fuere dicta una sentencia que da lugar a un giro de ciento ochenta grados en alguna cuestión sensible, haciendo prevalecer un principio anteriormente relegado, por sobre otro principio hasta ese momento victorioso en la contienda, ¿acaso no se pasa de un estado de certeza a otro en función de valoraciones, pero con idéntico contenido normativo, entendido que fuera este por la sumatoria de reglas y principios que constituyen el universo del derecho vigente? ¿Hasta qué punto puede predicarse que el derecho ya existía pero que era necesario mejor buscarlo?

Si bien la tesis dworkiniana que piensa el avance del derecho como si se tratara de un relato novelado en el que la sucesión de los capítulos debe concatenarse armónicamente sin saltos que traumatizan la trama, es lo cierto que las modificaciones trascendentales de los tribunales que se encuentran en la cúspide de un poder judicial, suelen dar ese tipo de vuelcos que solamente se explican por la modificación de criterios valorativos: ¿qué otra cosa fueron las modificaciones en la jurisprudencia respecto de la segregación, conflictos entre la intimidar, el honor y la libertad de expresión, la identidad sexual o el consumo de estupefacientes, a lo largo de la historia?

El prurito de que siempre se está en presencia de un derecho completo en donde los magistrados más agudos saben esculcar mejor, parece una tradición asentada en creencias difíciles de seguir sosteniendo.

Una derivación de la tesis de la discrecionalidad supone que, en caso de laguna normativa, existe de manera previa a obrar el acto no cualificado deónticamente, una zona de indefinición, la cual desbarata la estructuración binaria de la concepción clásica de la antijuridicidad.

A todo evento, en ese espacio/tiempo que se advierte como zona de indefinición, existe una multiplicidad de grados de cualificación susceptibles de ser aplicados a la conducta analizada, la cual puede ser alabada, ponderada, destacada, disculpada, tolerada, permitida, criticada, reprochada, recriminada, amonestada, reconvenida o prohibida, en lo que es solo la enumeración de temperamentos variados dentro de un amplio espectro.

En caso de laguna, la oposición binaria concebida desde los pares opuestos permitido/prohibido, en forma previa a la solución judicial que impone la obligación de indemnizar con base en la injusticia del daño o desestima el reclamo, no cuenta con entidad en el campo del ordenamiento jurídico.

El argumento según el cual daño injusto está en el ordenamiento (todo), de donde por añadidura, se infiere que es previo a la lesión, para que el magistrado lo descubra esculcando en lo que aún no develado permanece para la comunidad desconocido, es muy poco más que una ficción (De Lorenzo, 2007), la cual tiene la pretensión de expandir la binariedad, a instancias en las que hay multiplicidad.

¿Por qué razón la propensión a lo binario acudiendo a una ficción?

## Las oposiciones binarias como estructura condicionante del pensar

“Un abismo, tabla de ajedrez en blanco y negro Buenos Aires...” (Silvina Garre).

Todo el presente título se desarrolla en la pretensión de establecer un vínculo entre algunos desarrollos del estructuralismo con un breve repaso de la importancia de las oposiciones binarias en la génesis del pensamiento occidental, y las notas informantes de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil que han resultado más difíciles de resignar. Para aquellos que no gusten de este tipo de reflexiones, bastará con simplemente cotejar las recapitulaciones llevadas a cabo en el último párrafo, tanto de este título, como del siguiente título.

En aquello que nos interesa, el estructuralismo tal como fuera concebido por Levi-Strauss, postula que la mente humana cuenta con una serie de características que pesan sobre el pensamiento con cierta fatalidad.

El estructuralismo pone de manifiesto la existencia de relaciones constantes que estructuran el pensamiento de manera uniforme por debajo de la diversidad del emergente cultural. Con esta premisa en mente, procura dar con las razones ocultas que estructuran el caos solo aparente de los fenómenos humanos.

Si bien el primer acercamiento del estructuralismo en la concepción de Lévi-Strauss a esta tesis se explicita en las Estructuras Elementales del Parentesco, la noción de estructura no se agota en lo relativo a la conformación de grupos sociales, debiendo ser pensado como una forma indeleble del espíritu a la hora de establecer comunicaciones, lo cual pone la cuestión en el plano del pensamiento y del lenguaje. En este sentido se ha señalado con sencillez pedagógica: “Esta prohibición [el autor se refiere a la prohibición del incesto] no puede explicarse con argumentos de tipo biológico o por motivos morales. Se trata de una consecuencia de la estructura inconsciente y universal que impone la instauración de relaciones abiertas de parentesco. De este modo, el hombre pasa de una dimensión natural a la dimensión cultural. Y

si la prohibición del incesto y la exogamia tienen una función esencialmente positiva, si su razón de ser consiste en establecer entre los hombres un vínculo sin el cual no podrían elevarse por encima de la organización biológica para llegar a la organización social, entonces es obligado reconocer que lingüistas y sociólogos emplean los mismos métodos, y, además, se dedican al estudio del mismo objeto (Reale y Antiseri, 2010, p. 89).

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

El objeto de “El pensamiento Salvaje” radicó en demostrar que existen estructuras mentales comunes a todos los hombres. Así existirían enormes similitudes en la forma en la cual los hombres -con independencia de la sociedad, época y sustrato cultural al que pertenezcan-, organizan los contenidos de la realidad (Lévy-Strauss, 1997).

De esta manera se explica que en la concepción que se reseña, la historia no tenga ningún sentido, no exista en ella ningún fin, ni cuente con un desarrollo continuado y progresivo, pues

en ella actúan estructuras inconscientes y no hombres que tengan fines manifiestos y objetivos evidentes: éstos no son más que experiencias. Tampoco existe una ley de progreso que guíe la historia humana en su globalidad: cada ‘zona de historia’ tiene ‘una secuencia propia’ y una ‘codificación diferencial del antes y del después’. En la historia no puede haber una mutación real, un progreso realmente desarrollado e innovador” (Reale y Antiseri, 2010, p. 90).

Para este sistema de ideas, la necesidad de parcelar la realidad impulsa a la mente a clasificar conforme estructuras que ya se hallan presentes en ella, pues se conjuga en Lévi Strauss una suerte de kantismo sin sujeto trascendental, dado que existe un inconsciente de tipo kantiano y no freudiano, formado por categorías, siendo el mismo, la matriz de todas las demás estructuras. Así lo enseñaba Ricoeur (1997) al afirmar que las leyes lingüísticas designan un nivel inconsciente y, en este sentido, no-reflexivo, no-histórico, del espíritu. Sostiene que este inconsciente no es el inconsciente freudiano de la pulsión, del deseo, con su poder de simbolización. Se trata de un inconsciente kantiano más que freudiano, de un inconsciente categorial, combinatorio, de un orden finito o del finitismo del orden, que se ignora a sí mismo. Le llamo inconsciente kantiano, aunque sólo en relación a su organización, porque se trata más bien de un sistema categorial sin referencia a un sujeto pensante.

Conforme este sistema de ideas, un aspecto universal de la clasificación es la oposición categorial.

Esto no quiere significar que sea el único, sino más bien, que en el pensamiento estructural cuenta con peso propio y de alguna manera resulta para explicar lo que se pretende en este trabajo.

La imperiosidad clasificatoria de la mente, siempre en la búsqueda de un orden, gusta de disponer la categorización en pares opuestos, destacando en forma primaria la disimilitud. La oposición binaria, es un mecanismo apto para simplificar la exuberancia de lo cualitativo en modelos de pares, como lo hace la informática en los “ceros” y “unos” de los sistemas binarios. Como lo veremos, Lévi-Strauss extrajo conclusiones de esta manera de estructuras propia de la mente a partir del análisis de los mitos (Lévi-Strauss, 2010). Así, esta idea fue desarrollada fundamentalmente en los cuatro tomos de *Las Mitológicas* (Tomo I *Lo crudo y lo cocido*, Tomo II *La miel y las cenizas*, Tomo III *El origen de las maneras de la mesa* y, Tomo IV *El hombre desnudo*), siendo profundizados algunos conceptos en *Mito y significado*.

En *Mito y significado* centró su atención en la ciencia hija de Descartes planteando:

se pensó entonces que ella solo podría existir si volvía la espalda al mundo de los sentidos, al mundo que vemos, olemos, saboreamos y percibimos, que el mundo sensorial era un mundo ilusorio frente al mundo real, que sería el de las propiedades matemáticas, que solo pueden ser descubiertas por el intelecto y que están en total contradicción con respecto al testimonio de los sentidos (Lévi-Strauss, 2009b, p. 26).

Entre aquella tesis que señala que la mente es una suerte de *tabula rasa* y que es la experiencia y solo la experiencia la que permite, luego de percibida la realidad la abstracción conceptual, y aquella otra que sostiene que lo primero es la existencia de las ideas en la mente, para solo en un momento posterior, poder proyectarlas sobre las cosas, Lévi-Strauss fija una posición intermedia: la mente cuenta con una matriz que condiciona de modo determinístico, al tiempo que la experiencia provee un avatar situacional contingente.

A ello hay que sumarle la existencia de una estructura propia del sistema nervioso, que refuerza la idea de determinación, *v.gr.*

Actualmente los investigadores que trabajan en el ámbito de la neurofisiología de la visión nos enseñan que las células nerviosas de la retina y de otros aparatos ubicados por detrás de la retina están especializados: algunas células solo son sensibles a la dirección en línea recta, otras a la dirección en sentido vertical, horizontal u oblicuo, y otras son apenas sensibles a la relación entre el fondo y las figuras destacadas (Lévi-Strauss. 2009b, p. 28).

En el camino entre la determinación y la contingencia, esto haría que el fiel de la balanza se incline, aun sin ser definitivo, hacia una suerte de fatalidad con fisuras. Si pudiese acudir a la letra de Borges, se diría “el camino es fatal como la flecha, pero en las grietas está Dios que acecha”, de lo que debe entenderse que existe un condicionamiento estructural, lo cual no deja de conferirle algún reducido espacio a “algún algo más”, sea entendido esto alea o como experiencia.

En las Mitológicas postula que el mito en sí mismo, cobra valor por las estructuras que lo configuran, las que dan cuenta de la forma en la cual la mente humana organiza el pensamiento.

Trabajosamente, aborda una enorme cantidad de material, más de ochocientos mitos y sus variaciones, en cuatro volúmenes, llegando a la conclusión de que la armazón de los mitos son los denominados “mitemas”, los cuales sirven para elaborar la codificación por oposición binaria.

El estudio detallado de las oposiciones binarias como estructura del pensamiento en las comunidades autóctonas que dieron lugar a los mitos excede en mucho el módico propósito del presente trabajo y por mucho más la capacidad de quien esto redacta. Con todo, puede ser intentada una semblanza de la esencia de la idea que anima la tesis de las oposiciones binarias en el estructuralismo y la relación que se postula con algunas taras a

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

la hora de abandonar algunas notas informantes de la antijuridicidad en el universo de lo jurídico.

En el primer volumen de *Las Mitológicas*, para analizar la oposición entre *lo crudo y lo cocido*, centra su atención en los mitos relacionados con el origen del fuego como mediador entre la naturaleza y la cultura. Los mitos acerca del origen del fuego se relacionan con aquellos en los que se explica el origen de la lluvia, dándose similitudes estructurales, pero cambiando los mitemas que oponen el fuego con el agua en uno y otro relato.

La mente tiende a construir por oposiciones y las unidades estructurales aparecen reiteradas en los relatos ya sea coincidiendo, o difiriendo en la ubicación o la carga positiva o negativa de la que sean portadores.

De la lectura de los mitos reseñados surge que las variaciones en todos los casos se hallan determinadas dentro de ciertos ámbitos del acaecer, de modo tal que se aprecian patrones, de manera que lo que en uno es positivo, en otro es negativo, lo que en uno es macho en el otro es hembra, lo que en uno es muerte en el otro es vida, lo que en uno es crudo en el otro es cocido, lo que en uno es juego en el otro es agua, lo que en uno es arriba en el otro es abajo, cuando en uno la mujer se halla encinta en el otro se encuentra herida, lo que en uno es alimento fresco consumido por carnívoros en otro es alimento corrompido consumido por carroñeros, y así en interminable serie de oposiciones binarias.

En este orden, el eje que une lo crudo y lo cocido es asociable con la cultura, mientras que, por el contrario, el que une lo crudo y lo podrido, es susceptible de ser asociado a la naturaleza.

Esa oposición entre cultura y naturaleza, que en los mitos pertenecientes a los pueblos sudamericanos se concretiza ya sea en el par *crudo/cocido*, o en el par *fresco/podrido*, en los mitos de los pueblos de América del norte, se plasma en la oposición entre *lo desnudo y lo vestido*.

Recapitulando. En la tesis de Lévi-Strauss, las oposiciones binarias suponen las modalidades básicas del funcionamiento de la mente para construir los relatos que a su vez pretenden dar cuenta de la realidad. De alguna manera supone la articulación de una mecánica para llegar al inconsciente desde el cual se acuña una lógica que permite abordar categorialmente lo real. Sin perjuicio de las críticas al estructuralismo, que no son escasas (Kirk, 2006 inaugura una bibliografía interminable), es innegable que las divisiones binarias son claramente destacadas, no solo en la estructura de los mitos de los pueblos primitivos de América, sino en la forma en la cual ha aflorado la organización del pensamiento en otras épocas y en otras culturas.

## Vestigios de las oposiciones binarias en las primeras manifestaciones de la razón en occidente

“Vivimos bajo el imperio de los principios de disyunción, de reducción y abstracción, cuyo conjunto constituye el paradigma de la simplificación” (Edgar Morin, Introducción al pensamiento complejo)

Dos sumarias aclaraciones.

En primer lugar, y por cualquier legítima curiosidad, vale la pena destacar que la búsqueda de Lévi-Strauss limitándose a la mitología de las culturas americanas y su virtual desapego por las exuberantes mitologías griega, egipcia, hebraica y sumeria entre otras tiene una explicación.

En este sentido, consideraba el padre del estructuralismo que los relatos de los antiguos edificadas en derredor de los desiertos adyacentes al mar mediterráneo “habían sido víctimas de redactores e intérpretes intelectuales, con lo que su *‘résidu mythologique et archaïque’* quedó oscurecido” (Kirk, 2006, p. 74).

En segundo término, dentro de los mismos estudios que se enfocan en la filosofía griega antigua que centran su atención en el *paso del mito al logos*, hay posturas divergentes, - desde la de Brisson (2005) para quien existe un movimiento pendular, por el cual se da un perpetuo regreso al mito, hasta Nestlé (2010) para quien si bien todo mito contiene una “verdad relativa” y el pensamiento mítico no es “inconexo y carente de sentido”, cuando se trata de conseguir respuesta el mito es demasiado rápido y precipitado (Nestlé, 2010)-, destacamos a los fines de este trabajo la idea de Coloubaritsis (2005) para quien el pensamiento mítico en sí contiene un logos, de modo tal que en la antigüedad se habrá operado el paso de un logos a otro logos.

Ya emplazados en el ámbito del logos, la idea de que existe una matriz de pensamiento por la cual se estructura la expresión de la realidad por pares opuestos puede ser advertida en las cosmogonías presocráticas.

En este orden, y sin que esto suponga una exégesis intensiva, no puede perderse de vista que Tales -conforme su fuente fundamental que es Aristóteles y sin dejar de tener presente lo poco que se sabe de su doctrina en este aspecto (Gigon, 1971, p. 49)- ya embarcado en la búsqueda del principio de la realidad (Cordero, 2009,41), erigía su razonar a partir del juego de oposición de cuatro “elementos”, a saber, fuego/agua y tierra/aire. Estructura concebida a partir de la existencia de cuatro cualidades fundamentales, esto es lo seco/lo húmedo y lo frío/lo caliente. Señala Cordero (2009) que no existe correlación exacta entre elementos y cualidades (p. 42) -v.gr: si el fuego es lo caliente su opuesto natural no parecería ser el aire, que es lo frío, sino el agua, que es lo húmedo-, no obstante, la estructura del razonar no se resiente pues la oposición binaria interna en cada categoría - dos elementos contra dos elementos; dos cualidades contra dos cualidades- se mantiene vigente.

Anaximandro, no obstante ir más allá en la resolución del problema al plantear que el principio de todo es lo indefinido (Kirk y Raven, 1969, p. 83), no se despoja de la estructura del pensar fincada en oposiciones binarias. Para Anaximandro, solo la “causa material”, es aquello de lo cual los opuestos salen y vuelven para corromperse (Copleston, 2011, p. 26). La producción de los opuestos era entonces,

un estadio esencial de la cosmogonía; es por tanto razonable suponer que desempeñaron una función importante en su concepción de la evolución del mundo [...] Anaximandro es el primero en quien aparece claramente el concepto de sustancias naturales opuestas (esta concepción reaparece en Heráclito, Parménides, Empédocles, Anaxágoras, y en los Pitagóricos, con seguridad ya desde Alcmenon). Influyó sin dudas la observación de los principales cambios en las estaciones, en los que el calor y la sequedad del verano suelen lanzarse en picado contra el frío y la lluvia del invierno (Kirk y Raven, 1969, p. 72).

Desarrollo similar el de Heráclito para quien el uno solo puede existir en la tensión de los contrarios. Esta era su idea del devenir. Explicaría Mondolfo (2007):

Pero el equilibrio constante entre tensiones opuestas sólo llevaría a excluir la sucesión de alternas cosmogénesis y conflagraciones universales, sino también las de día y noche, verano e invierno, calor y frío, seco y húmedo, etcétera, es decir, la concepción del devenir real propia de Heráclito. Por tanto, al considerar toda realidad para Heráclito como unidad de tensiones opuestas, no deben suponerse semejantes tensiones paralizadas constantemente por el equilibrio recíproco, sino capaces de producir continuamente desequilibrios, cada uno de los cuales resulta compensado después por el desequilibrio opuesto, en sucesión infinita (p. 178).

En apoyo a lo señalado, los fragmentos hallados que hoy día le son atribuidos a Heráclito, dan cuenta de un pensamiento sustentado en oposiciones binarias.

En este sentido, el Fragmento N° 48 en donde afirmaba que “Nombre del arco: vida. Obra del arco: muerte”; o el Fragmento N° 53 en el que se lee “El combate es padre de todas las cosas y de todas también es rey; a unas las presentó como dioses, a otras como hombres; a unas como esclavos, a otras como libres”; o el Fragmento N° 58 que decía “el uno es bien y mal”; o el Fragmento N° 67 “El Dios es día y noche buen consejero, invierno y verano, guerra y paz, saciedad y hambre; cambia de forma como el Fuego que, al mezclarse con los aromas, del deleite de cada aroma recibe un nuevo nombre” (García Bacca, 2000, p. 101).

Los fragmentos de Heráclito refieren una diversidad concebida en clave binaria.

Pitágoras de Samos desarrollaba también a partir del punto de vista dualista al construir toda realidad por medio de elementos opuestos “clasificados en una tabla de diez oposiciones. Los contrarios se mantienen para los pitagóricos en su distinción mutua, pero son conciliados por la armonía, que es ley universal, objeto de una veneración mística” (Mondolfo, 2003, p. 13).

También algo del pensamiento de Parménides se inscribe en esta línea: la de la oposición del ser que es, y el devenir que es mera ilusión.

Explicaba Copleston (2011):

si algo empieza a ser, una de dos: o procede del Ser, o procede del No-Ser. Si viene del primero entonces ya es... y en tal caso, no comienza entonces a ser; si viene de lo segundo, no es nada, puesto que de la nada no puede salir nada. El devenir es por consiguiente ilusorio (p. 46).

Al proscribir el cambio y el movimiento, cierra el camino a la apariencia sensible, por lo cual “no es inexacto decir que Parménides introduce la fundamental distinción entre la razón y la sensación, entre la verdad y la apariencia” (Copleston, 2011, p. 46).

En Empédocles se apuntalaba un esquema similar “estableciendo una pluralidad originaria limitada, fundando la teoría de los cuatro elementos (tierra, agua, aire, fuego), movidos, según él por dos fuerzas contrarias, el Amor que une y el Odio que separa...” (Mondolfo, 2003, 17).

Recapitulando. Analizar la presencia del razonamiento por oposición binaria desde Platón en adelante en la historia del pensamiento, excedería evidentemente los límites de este trabajo. Sin embargo, se ha querido llamar la atención entre el parangón que es posible trazar entre lo más antiguo de la matriz de racionalidad en la cual se forjó el pensamiento occidental -en cuyo marco como no puede ser de otra manera, se ha producido nuestra filosofía y nuestro derecho-, y aquellas conclusiones a las que arribaran los estudios de Lévi-Strauss al analizar los mitos de los pueblos más primitivos de Sud y Norte América, en la inteligencia de que, aun sin los alcances concluyentes que le atribuye el estructuralismo más estricto, existen vestigios de la estructuración categorial por oposiciones binarias en el pensamiento, lo cual de alguna manera obra como condicionante en la forma en la que son concebidas todas las emergencias de la cultura.

De ahí que aún con precauciones saludables, sea posible predicar que en el derecho y más concretamente en la estructura de la responsabilidad civil en su formulación clásica, la pervivencia de ciertas maneras de concebir la antijuridicidad -y más puntualmente la resistencia a abandonar algunos de los rasgos informantes con los que ha sido caracterizada- puedan ser explicadas como el producto de las reminiscencias de cierta concepción binaria cuyo marco de racionalidad constituye un horizonte de lo posible difícil de trasvasar.

Existió en la concepción clásica de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, una marcada inclinación a perpetuar una estructura categorial que enseñoorea la premisa de la oposición binaria dada *ex ante* por imperio de un acto legislativo. Ello así, aun cuando probadamente en el subsistema del código velezano con sus principales reformas del siglo XX, podía ser advertida la existencia de normas que constituían tipos de textura abierta que no obstante la honesta premisa del art. 1066 del CC, reenviaban la decisión a la sede judicial para que merced criterios valorativos, calificasen deónticamente conductas que hasta ese momento no habían ameritado tacha de antijuridicidad alguna.

Esto da cuenta de alguna pulsión de binariedad en oposición, de otro modo ¿por qué razón sostener con Bueres (1986) que el daño injusto está en el ordenamiento -considerado que fuera en su totalidad- en forma previa a la lesión? ¿Por qué la ficción de que el magistrado descubra algo que permanece aún ignorado y desconocido? Si es desconocido hasta que el magistrado lo descubre merced las extraordinarias aptitudes para el juicio del Juez Hércules tan caro a Dworkin ¿por qué razón resultaría ordenatorio de las conductas de los justiciables?

## Conclusiones provisorias

Un día, galopando por los bosques de Münchhausen, traté de saltar con mi caballo sobre una ciénaga que encontré en mi camino [...] descubrí que era más ancha de lo que pensaba [...] y caí con el caballo no lejos de la otra orilla, hundiéndome hasta el cuello en la ciénaga. Hubiéramos muerto irremisiblemente de no haber sido porque, recurriendo a toda la fuerza de mi brazo, así con él mi coleta y tiré con toda mi energía hacia arriba, pudiendo de esta forma salir de la ciénaga con mi caballo al que también conseguí sacar apretándolo fuertemente entre mis rodillas hasta alcanzar la otra orilla.  
(Rudolf Erich Raspe "El barón de Munchausen").

El propósito de este pequeño estudio en modo alguno puede centrarse en la jactancia de haber arribado a conclusiones que obren a modo de clausura de sentidos.

Muy por el contrario, la idea en todo momento hubo de transitar la senda de la construcción tentativa de sentidos que permitan explicar alguna faceta crítica de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, cuestión que fue francamente materia de discusión a lo largo de las últimas tres décadas en Argentina.

Se propicia sí, que quizás, la imperiosa necesidad de que exista una instancia de prohibición *ex ante*, que permita dar cuenta de la existencia de un derecho que preexistente a ser descubierto por la magistratura, tributa fuertemente de la noción de oposición binaria en pares opuestos, dado que no se concibe una mecánica alternativa a la parcelación en sede legislativa –la que institucionaliza estados de cosas perfectamente definidos-, de cara a orientar la conducta de los agentes que obran en el seno de una comunidad.

Por más que luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, la noción de daño injusto, se haya naturalizado merced el texto del artículo 1717 cuando dispone “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”, lo antijurídico no deja de ser más que la causación de daño no justificado; es decir, que lo antijurídico es la causación de daño injustamente, o resumidas cuentas, lo antijurídico es el daño injusto.

Sin embargo, la injusticia del daño no necesariamente se nos revela en instancia legislativa, pudiendo quedar relegada a un juicio de valor en sede judicial.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Así, paradójicamente se manifiesta la antijuridicidad –noción predicada de la conducta- del hecho pretérito, en la injusticia de la lesión –noción relativa al daño- valorada en una instancia futura al obrar del agente.

De manera reciente se ha afirmado con muy buena intuición, que la reforma legislativa, quedó conceptualmente a mitad de camino, pues no se prescindió del término “antijuridicidad”, operándose una resignificación dudosa, dado que no se reconoce que el daño injusto supone la irrupción de una categoría distinta, encaballada en una mecánica ordenadora de la permisión/prohibición diversa, la cual colorea deónticamente el pasado con las tonalidades del futuro, como si la luz en ciernes del alba pudiese ser la misma que ilumina con sus últimos destellos tenues el ocaso.

Ese anacronismo por el que se resiste la idea de creación judicial acudiendo a la ficción de que en realidad la magistratura procede develando lo aún incógnito, ha pasado desapercibido.

Recuerda en cierta manera al relato de ficción titulado *Gu Ta Gutarrak (Nosotros y los nuestros)*, en el cual un grupo familiar de vascos geniales, buscando el origen de su comunidad en la historia de la humanidad, remonta el pasado viajando en una máquina del tiempo, llegando luego de unos cuantos intentos, a un momento en el que efectivamente no existía aun su etnia. La máquina del tiempo en esa instancia sufrió un desperfecto irreparable que les impidió regresar al presente, cayéndose en la cuenta de que, -de manera circular-, los vascos presentes habrían sido sus propios antepasados, y por ende antecesores de sus creencias, su idioma, sus juegos y sus costumbres, merced el salto temporal (Mouján Otaño, 1968).

Plantear que la antijuridicidad se da por la injusticia del daño es lo mismo: un salto temporal que lleva noticias del presente al pasado.

En el mundo físico de la materia supondría desenterrarse de la ciénaga tirando uno mismo del propio cabello.

Falta una norma previa: falta un punto de apoyo.

¿Por qué la incomodidad de resignar el bagaje dogmático mediante el cual se fundaba la noción clásica de antijuridicidad?

La impresión que guía la pluma de quien esto redacta parece indicar que existen resabios de alguna estructura del pensamiento que privilegia la construcción del ser en base a oposiciones binarias que proporcionan sensación de reposo y seguridad.

## Referencias bibliográficas

Alchurrón, C y Buligyn, E (1971). *Normative Systems*. Reidel.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

- Atria, F. (2005). *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*. En *Lagunas en el Derecho* (obra colectiva). Marcial Pons.
- Belluscio, A (2004). *Manual de derecho de familia* (tomo I). Astrea.
- Boffi Boggero, L. (1976). *¿Qué es el acto ilícito civil?*, Revista del Notariado, 747, 01/01/1976, 639 – RCyS 2013-I, 239.
- Brisson, L. (2005). *Platón, las palabras y los mitos ¿Cómo y por qué Platón dio nombre al mito?* Abada.
- Bulgyn, E. (2005). *Creación y aplicación del derecho*. En *Lagunas en el Derecho* (obra colectiva). Marcial Pons.
- Bueres, A. (1986). *El acto ilícito*. Hammurabi.
- Bueres, A. (1999). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (tomo 3-A). Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. (1980). *Teoría general de la responsabilidad civil* (3ºed.). Abeledo Perrot.
- Copleston. F. (2011). *Historia de la Filosofía* (Vol1) Ariel Barcelona.
- Couloubaritsis, L. (2005). *Aux origines de la philosophie européenne* [En los orígenes de la filosofía europea]. *De la pensée archaïque au néoplatonisme* De Boeck.
- Cordero, N. (2009). *La Invención de la Historia de la Filosofía*. Biblos.
- De Lorenzo, M., (1996). *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot.
- De Lorenzo, M., (2007). Sobre ficciones y mitos en el derecho privado. *Revista La Ley*, 2007(A), 854.
- Diez-Picazo, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *Anuario de derecho civil*, 32(4), 727-738.
- Durkheim, E. (2001). *Las reglas del método sociológico*. Fondo de Cultura Económica.
- Freud, S. (1991). *Tótem y tabú. Obras Completas Tomo XIII*. Amorrortu.
- Gigon, O. (1971). *Los orígenes de la filosofía griega*. Gredos.
- Hobbes, T. (2014). *Leviatan. O la materia forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del Derecho*. Porrúa.
- Kirk, G. (2006). *El Mito*. Paidós Surco.
- Kirk, G., y Raven, J. (1969). *Los Filósofos Presocráticos*. Gredos.
- Levy-Brhul, H. (1976). *Sociología del derecho* (4a ed.). Eudeba.
- Lévy-Strauss, C. (1997). *El pensamiento salvaje*. Fondo de Cultura Económica.
- Lévy-Strauss, C. (2009a). *Las Estructuras Elementales del Parentesco*. Paidós Básica,
- Lévy-Strauss, C. (2009b). *Mito y significado*. s.n.
- Lévy-Strauss, C. (2010). *Mitológicas. Lo crudo y lo Cocido*. Fondo de Cultura Económica.
- Locke, J. (2014). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Universidad de Quilmes – Prometeo.
- Lorenzetti, R. (2012). *Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la Nación*.  
<https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>
- Mondolfo, R. (2003). *Breve Historia del Pensamiento Antiguo*. Losada.
- Morgan, L. (1987). *La sociedad primitiva*. Endymion.
- Mosset Iturraspe, J. (1998). *Responsabilidad por Daños* (tomo I). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mouján Otaño, M. (1968). *Gu Ta Gutarrak (Nosotros y los nuestros)*. Nueva Dimensión.
- Nestle, W. (2010). *Historia del espíritu griego*. Ariel.
- Orgaz, A. (1973) *La ilicitud (extracontractual)*. Lerner.
- Reale, G., y Antiseri, D. (2010). *Historia de la Filosofía* (tomo III, vol. 3). Herder.
- Ricoeur, P (1997). *Estructura y hermenéutica*. Cuaderno Gris. Época III, 2. Universidad Autónoma de Madrid.
- Rodotá, S. (1964). *Il Problema de la Responsabilità Civile [II Problema de la Responsabilidad Civil]*. Giuffré.

# Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 11 Núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 47-73

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Rosatti, H. (2016). *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Rubio, J. (2010). *Psicología jurídica-forense y psicoanálisis*. Letra Viva.

Sacco, R. (1969). Acto ilícito y violación del derecho. *Revista La Ley*, 107, 1071-1080.

Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*. Marcial Pons.

Schlesinger, P. (1960). *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile* [La injusticia del daño en el agravio civil]. Rivista Jus.

Scognamiglio, R. (1969). *Illecito Civile* [agravio civil]. Utet.

Vázquez Ferreyra, R. (1993). *Responsabilidad por daños (elementos)*. Depalma.

Villey, M. (julio, 2013). Esbozo histórico sobre el término responsable. *Revista Ius et Veritas*, 46, 52-66.

Viveiros de Castro, C. (1943). *Atentados au Pudor* [Atentados al pudor]. Livraria Editira Freitas Bastos.

Wright, G. von. (1968). *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* [Un ensayo sobre lógica deóntica y teoría general de la acción]. Acta Philosophica Fennica XXI.