

Comisión nº4, “Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Título de la ponencia: “El concepto de antijuridicidad en la acción preventiva ante la amenaza de daño”

Autor: Carlos Isidro Bustos.

Profesor Titular Privado VIII (Derecho de Daños). Carrera de Abogacía-Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.

1.Introducción a la problemática planteada

El presente estudio tiene por objeto analizar el elemento antijuridicidad como recaudo para la procedencia de la denominada “acción preventiva” de la responsabilidad civil, limitada a la etapa de lo que puede denominarse como “pre-daño” art. 1710 inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) categorizada como “*situación de amenaza o peligro de daño*”¹ en supuestos de actividades riesgosas o con intervención de cosas riesgosas. En tal supuesto, es evidente que: **i)** no es recaudo que el daño este efectivamente configurado, sino que basta una posibilidad o peligro, el concepto de daño utilizado en el ámbito preventivo es el de daño en sentido amplio o daño lesión²; **ii)** tampoco es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711 del CCC); **iii)** la norma requiere una presumida relación de causalidad entre este potencial daño y la conducta del autor, esto es la existencia de una vinculación razonable que haga previsible la producción de un daño (art. 1711) y **iv)** la configuración de una acción u omisión antijurídica (art. 1711). Este último presupuesto no está definido en la norma.

Al buscar el concepto genérico de antijuridicidad para la función resarcitoria, el art. 1717 nos dice que es antijurídica cualquier acción u omisión que causa un daño injustificado. Ante ello, y ceñidos al supuesto analizado –actividad o cosa riesgosa- en esta etapa de “pre-daño” o sin daño ¿Qué extensión corresponde otorgarle a la antijuridicidad?

Presentando la problemática de esta manera, la inferencia inmediata es que la acción preventiva “sin daño” o “pre-daño” implica responsabilidad civil preventiva “sin la antijuridicidad”, definida en el art. 1717. Esto involucra otro interrogante para las actividades

¹ En la ponencia presentada en estas Jornadas por Leonardo MARCELLINO indica que: “*La evitación del daño (inc. a y b art. 1710 del C.C.C.N.): es el deber preventivo exigible cuando temporalmente aún no se ha producido o acaecido el menoscabo, momento “pre-daño”, y por tanto la exigencia consiste en la adopción de las medidas razonablemente necesarias a los fines de lograr que el mismo no se materialice*”

² La regla de no dañar, derivada del *alterum non laedere*, es un principio con rango constitucional: la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas sino que comprende las amenazas de lesión (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños. t. 4, Hammurabi. Buenos Aires, 1999, p. 420). En igual sentido: OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 197

riesgosas: Por aplicación del art. 19 de la CN ¿Cuál es el estándar para actividades inicialmente licitas? Con la expresión "acto lícito" estoy haciendo referencia a un acto que es acorde con el ordenamiento jurídico. Como es sabido, el concepto de antijuridicidad se relaciona con el de ilicitud³ y puede abarcar tanto la violación directa de la ley como la infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. Ahora bien, si la acción preventiva se torna procedente antes de ocurrir el daño (art. 1737 del CCC), esta actividad -que aún no causo un daño (art. 1717 del CCC)- y que "intuitivamente" podríamos calificar como "potencialmente dañosa" ¿cómo debemos categorizarla para considerarla antijurídica? No tengo dudas que en la reparación o la punición, es recaudo inexorable la presencia de un acto antijurídico; tampoco cuando se pretenda mitigar o no agravar el daño; la duda se plantea en materia de prevención en esta etapa anterior a la configuración de aquel.

2.Los requisitos de la acción preventiva en la norma

Como es sabido, la dogmática ha realizado un desarrollo importante y minucioso sobre la necesidad de prevención del daño, concluyendo que la anticipación a la causación preferible a la preocupación por la tradicional función de reparación⁴, lo que determinó la inclusión normativa de esta función del derecho de daños en el novel ordenamiento civil y comercial.

Tal como expusiera supra, la acción requiere que exista un acto o una omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711). Es decir, cuando hay amenaza de un daño, se puede prevenirlo. Esta acción da lugar a un proceso cuya finalidad es terminar con una sentencia que establezca que ese evento no debe producirse. Sebastián Picasso⁵ señala que los requisitos de procedencia de la acción preventiva son los siguientes:

1) Una conducta antijurídica ("acción u omisión antijurídica"), por lo que el hecho generador debe ser ilícito. En términos de una amenaza ("hace previsible") de producción de daño, de agravamiento —o continuación o aumento— de la magnitud del daño en curso. Nos

³ López Mesa considera que antijuridicidad es un concepto pariente, pero no equiparable o superpuesto al de ilicitud (LÓPEZ MESA, Marcelo "Presupuestos de la responsabilidad civil" Edit. Astrea, pág. 285) Sin embargo participo de la doctrina que entiende que antijuridicidad e ilicitud son términos sinónimos. BOFFI BOGGERO, Luis María "Tratado de las Obligaciones", Buenos Aires, Astrea, 1972, Tº 2, p. 87, parágr. 396; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 106, nº 171; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa" en Nº 845 de la "Revista Notarial", La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, p. 968, nº II; ORGAZ, Alfredo "La ilicitud", Córdoba-Buenos Aires, ed. Lerner, 1973, ps. 17 y sig., nº 1; SANTOS BRIZ, Jaime "La responsabilidad civil", 2ª ed., Madrid, ed. Montercorvo S.A., 1977, p. 26, nº 2; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Responsabilidad por daños (Elementos)", Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 123 y sig., nº 2

⁴ CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCCyC 2015 (agosto), 3. SEGUI, Adela, "Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998", http://www.alterini.org/online/to_sal.htm, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY 11/05/2015, 11/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1447/2015. NICOLAU, Noemí L., *Prevención de daños derivados del accionar empresario*, en Revista de Derecho de Daños, Nº 2008-2, *Prevención del daño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 348

⁵ En LORENZETTI, R. (**dir.**) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015.

dice el autor que, en palabras de la Corte Suprema, se trata de "la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actuar".

2) Interés del peticionante individual, individual homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial. La norma exige un "el interés razonable" (art. 1712).

3) Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.

4) Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727).

Dejando de lado los demás recaudos –tal la extensión del presente trabajo- como advertimos en la introducción, el elemento a considerar es la configuración de la antijuridicidad, en esta etapa de “pre-daño” considera como “conducta traducida en amenaza de daño”, pero tal descripción no engarza plenamente con el presupuesto fijado para la reparación que exige daño. Si leemos la conceptualización de Picasso advertimos que el autor señala la necesidad que el hecho sea “ilícito”; pero no define que tipo de ilicitud debemos considerar en la hipótesis del art. 1710 inc. a del CCC, pues la interpretación literal excluye la posibilidad de aplicar en atención a la inexistencia de daño. Al comentar el precepto indica que *“...en concordancia con lo que dispone en cuanto a la ilicitud el art. 1717 del mismo cuerpo legal, implica que la contradicción entre el accionar y el ordenamiento jurídico debe apreciarse desde un punto de vista objetivo, es decir, prescindiendo de toda valoración en cuanto a la reprochabilidad de la conducta del agente que ocasionó el perjuicio”*⁶. Pero no aclara cuando una actividad, pasa de ser considerada lícita a ilícita. Pensemos en cosas riesgosas por naturaleza, por su utilización, por su funcionamiento, etc. cualquiera sea el supuesto, la actividad es inicialmente lícita y con peligro potencial. Lo mismo corresponde predicar de las actividades que son riesgosas por su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar; incluso aquella que puedan vincularse con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegarlas.

3.La antijuridicidad en la función resarcitoria: objetiva y material

Previo introducirnos en la antijuridicidad requerida en la función preventiva, resulta adecuado analizar el concepto genérico previsto por el Código Civil y Comercial para la función resarcitoria. En este sentido, el art. 1717 determina una regulación específica que impone a la antijuridicidad como un presupuesto necesario para generar el deber de

⁶HERRERA-CARAMELO-PICASSO “Código Civil y Comercial Comentado” Infojus, Buenos Aires, 2015, pag. 421

indemnizar⁷. El deber de no dañar a otro constituye el fundamento del derecho a la reparación y alude a la antijuridicidad en un sentido amplio, como conducta contraria al orden jurídico. En este entendimiento, la ilicitud desborda el limitado criterio de contrario a una norma expresa (antijuridicidad formal) y no es requisito de la antijuridicidad la violación de una norma expresa. De hecho, y a la luz de la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de la CSJN, la simple violación del deber de no dañar, de por sí importa una conducta contraria a derecho, salvo que esté presente una causal de justificación. De ahí que se considera que la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento jurídico comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural⁸. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos. En igual sentido se nos enseña que *"La antijuridicidad material... tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquéllas que se desprenden de las principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres"*⁹. Queda claro entonces que la antijuridicidad en la función resarcitoria es material, entendida como todo acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico íntegramente considerado.

Por otro lado, la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito. La antijuridicidad es un elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil y consiste en un obrar contrario a derecho; se trata de una conducta que infringe o viola deberes impuestos en una norma o regla de derecho, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico. Se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad¹⁰. La antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad -incluyendo los principios generales del Derecho-, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia

⁷ Pudiendo concluirse desde un punto de vista lógico, que la antijuridicidad se presenta como un requisito ontológicamente necesario para que se pueda imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima; ya que sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad, en el que se dilucide esta cuestión, no se podría conocer cuando debe intervenir el derecho y cuando no (PEÑA LÓPEZ, Fernando "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual" citado por TRIGO REPRESAS, Félix La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación RCCyC 2015 (octubre), 135)

⁸ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material" RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 - RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1

⁹ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 482

¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 313 y 314

de culpa (antijuridicidad objetiva). Esto permite considerar a la antijuridicidad de manera objetiva. Tal postulado aplica a la responsabilidad resarcitoria, no a la preventiva.

4. La antijuridicidad en la conducta o el resultado

Otro punto central que ha suscitado mucha discusión es aquella relativa a la ubicación de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Bueres afirma que este elemento consiste en un desvalor de la conducta del sujeto y no del resultado lesivo. En ese sentido, el autor señala que “*La antijuridicidad se predica siempre de la conducta y no del resultado*”¹¹. Por su parte otros autores señalan que este elemento se encuentra en el resultado o el daño y no en el potencial agente causante del mismo “la antijuridicidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado”¹².

Sin embargo, distinguir entre acto u omisión y daño para caracterizar al primero de lícito y al segundo de ilícito importaría contradecir el principio de unidad del concepto de antijuridicidad, ya que, por ejemplo, lo que sería lícito para el derecho penal el acto necesario, no lo sería para el derecho civil, conclusión errónea a la que se arriba por calibrar la antijuridicidad en función de la sola justicia o injusticia de la lesión para el damnificado y no de su amplia y objetiva confrontación con todo el ordenamiento jurídico¹³. El desvalor de acción y del resultado se aprecia cuando se observa la lesión al bien jurídico, o la puesta en peligro de la existencia de éste. Además de aquellas situaciones encontramos conductas no contrarias a derecho, pero generadora de un daño injusto y esa injusticia del daño comunica la antijuridicidad a todo el acto. Por ello pensamos, dice Vazquez Ferreyra, que en materia de responsabilidad por daños hay que analizar el *factum* dañoso integrado por la conducta y el daño. Se trata del *factum* dañoso que merecerá o no la calificación de antijurídico. Tal calificación devendrá en ocasiones porque la conducta es contraria a derecho y, por ende, el resultado también. En otras oportunidades, y pese a que la conducta en sí misma es ajustada a derecho, la situación resultante no lo sea¹⁴.

5. La interpretación entorno a la antijuridicidad de la prevención “sin daño”: Previsibilidad causal y previsibilidad normativa

Picasso nos dice que en Código actual el deber general de no dañar aparece expresamente previsto en el art. 1710 inc. a) y es mencionado, asimismo, en el art. 1716. También el art. 1749 establece la responsabilidad de quien causa un daño no justificado por

¹¹ BUERES, Alberto “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en Trigo Represas, F. y Stiglitz, R. S. *Derecho de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 158

¹² DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 298.

¹³ DE CUNTO, Aldo “*La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito*” *Lecciones y Ensayos*” Nro. 82, *Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis*, 2006

¹⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A “La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial” RCyS 2015-IV, 38

acción u omisión¹⁵. Esta consideración permite colegir que la antijuridicidad del art. 1717 aplicaría a la conceptualización del art. 1710 inc. a del CCC, en forma directa, mediante una conexión entre el deber de no dañar y el principio preventivo, aun sin norma expresa¹⁶.

En efecto, según esta línea de pensamiento, a los fines de la acción preventiva, el Código exige antijuridicidad de la conducta, sin proponer un concepto aplicable a la etapa de “pre-daño” y ante la ausencia de regulación conceptual específica, la doctrina entiende que el concepto general como conducta contraria al orden jurídico fundada en el “alterum non laedere”, se presenta como una herramienta aplicable en este ámbito. Resulta claro, nos dice Ramos Martínez, que *“el parámetro contenido en el art. 1717, es decir, la conducta se torna antijurídica por violación del principio de no dañar a otro deviene insuficiente para el supuesto donde el daño es solamente potencial”*¹⁷ Concluyendo que *“alterum non laedere y prevención guardan estrecha vinculación, de suerte que si bien no se violentó el orden normativo por la producción del daño, la potencialidad de que ello suceda amerita la toma de medidas tendientes a su evitación... la antijuridicidad a la cual se refiere el Código Civil y Comercial en la función resarcitoria, arts. 1716 y 1717 y en el ámbito preventivo, arts. 1711, no deja de ser la misma, aunque su funcionamiento opere en diferentes planos”*. La calificación de lo ilegítimo radicaría en una previsibilidad objetiva del daño. En igual sentido Ossola indica que *“el presupuesto se configuraría con una situación potencial de daño, pero que además dicha potencialidad debe ser tal en función de la previsibilidad causal de ocurrencia de un daño no justificado”*¹⁸. Parece ser entonces que, a la luz de esta idea de “previsibilidad causal”, la cuestión no radica en resolver el alcance de la antijuridicidad preventiva, sino de trasladarlo a la potencialidad dañadora de la conducta, en términos de relación adecuada de causalidad, lo que –entiendo- es insuficiente para explicar como en actividades potencialmente dañosas o cuando se manipulan cosas riesgosas inicialmente lícitas, se transforman en ilícitas.

Vázquez Ferreyra desarrolla otra respuesta al indicar que *“El Código exige que los actos —tanto positivos como de omisión— sean contrarios a derecho. Claro que en este caso la antijuridicidad se predica de la conducta y no del resultado (el que muchas veces no llegará a concretarse). Decimos ello por cuanto en principio todo daño es antijurídico*

¹⁵ PICASSO, Sebastián "La antijuridicidad en el Proyecto de Código" en LA LEY, 2013-E, p. 668, n° IV.

¹⁶ HERRERA-CARAMELO-PICASSO "Código Civil y Comercial Comentado" Infojus, Buenos Aires, 2015, pag. 421

¹⁷ RAMOS MARTÍNEZ, María F. "La antijuridicidad en el derecho de daños. Reflexiones sobre el régimen del nuevo Código Civil y Comercial: consolidación del principio constitucional alterum non laedere" RCyS2016-VI, 13

¹⁸ OSSOLA, Federico A., "El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño", en Revista de Derecho de Daños, T.2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 56/5

(neminem laedere), salvo que concurra alguna causa de justificación (art. 1717, CCyC)”¹⁹.

Se postula entonces que **la mera amenaza de daño por sí sola no configura una antijuridicidad material**, por cuanto ésta requiere la causación del perjuicio para que de esta manera se evidencie la violación del alterum non laedere; solo procede la acción preventiva con antijuridicidad formal.

Creo que lo relevante del planteo²⁰ se encuentra en que centra su atención en la ubicación de la antijuridicidad, pues la conducta –no el resultado- será antijurídica cuando este tipificada por el ordenamiento jurídico como prohibida, por tener –en términos normativos- “potencialidad” para causar un daño. En el supuesto, el legislador califica de antemano que conducta es “previsiblemente” dañosa y emite un mandato deónticamente prohibitivo o manda prevenir. Para esta posición es válido equiparar el postulado “hay antijuridicidad cuando conducta cause un daño injustificado” (art.1717) a la premisa: “se configura la antijuridicidad sin daño cuando se trasgrede una norma que describe la potencialidad de una conducta para causarlo”. Es decir, introduce una categorización de la antijuridicidad diferenciada que no está presente en la norma general del art. 1717 del CCC, ni tampoco en el art. 1710, esto es la antijuridicidad formal. Si bien el planteo cubre innumerables situaciones, pues difícilmente una actividad riesgosa no contenga mandatos preventivos del daño –normas de seguridad e higiene, normas viales, normas de urbanismo, etc.- la postura propuesta no logra dar respuesta a las situaciones que carecen de un mandato expreso preventivo.

6.La licitud de la conducta y su desvalor

Hasta aquí está claro que la antijuridicidad en la acción preventiva del inciso “a” del art. 1710, implica detectar la conducta encaminada -en forma inequívoca- a la realización de un daño al pretendiente, que se plasma y manifiesta en la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico; para lo cual la autoridad dicta normas de prevención, cuya violación configura la ilicitud (formal). En este sentido, para los casos no previstos por norma expresa, toda actividad riesgosa implica una potencial afectación de los bienes jurídicos ajenos o su “puesta en peligro”, por lo cual solo sería coherente suspenderla –preventivamente- si este mandato centra la antijuridicidad material no solo en la presunción de causalidad, sino también en el desvalor de la conducta, que involucra un probable resultado

¹⁹ La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 - RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1

²⁰ Si bien es interesante el debate que el autor sostiene con Adriana BESTANI, respecto a la antijuridicidad material o formal presente en la prevención, entiendo que este aspecto no agota, ni resuelve el planteo conceptual desde el cual parto para elaborar esta ponencia.

dañoso, lo cual genera una no tan clara prescindencia del principio de culpabilidad. Me explico.

Aun cuando se encuentre consolidada la antijuridicidad como presupuesto autónomo del resarcimiento, descartando la posibilidad de encontrarse subsumido por la culpabilidad; autores como Matilde Zavala de González ligan la responsabilidad resarcitoria por riesgo o vicio de la cosa con el accionar humano del dueño o guardián, explicando que en el **trasfondo** de esta responsabilidad objetiva existe en forma subyacente una conducta humana que incurre en cierta negligencia (i.e. por acción: colocar una maceta en forma peligrosa en la terraza, omisión: no reparar el vehículo para circular)²¹. En estos casos -en general- implica no custodiar convenientemente la cosa o realizar de manera descuidada –desaprensivamente- la actividad “*El daño resulta siempre de una agravación o deformación del riesgo que encierra la cosa: manipuleo o uso erróneos, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia de la cosa, en suma, de actos que desencadenan la potencialidad dañosa de la cosa*”²². Como se puede apreciar, se remarca la conjunción del riesgo con un acto humano en concreto que "actualiza" la potencialidad dañosa de la cosa o de la actividad y pone en peligro de daño los derechos o intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico, lo que perfectamente puede trasladarse a la configuración de la “antijuridicidad preventiva sin daño”. No basta centrar la atención solo en la conducta, sino también en el probable resultado. En este sentido, no es posible analizar el desvalor del resultado (es decir, del daño injusto), pero si es posible analizar la situación por abuso o exceso de derecho y con el cumplimiento irregular de una obligación, que arrojaría ese resultado presumiblemente dañoso, según la inferencia causal propuesta.

Cuando el conductor de un automotor que toma las medidas de seguridad adecuadas -o derechamente- las transgrede, no existe duda que está obrando negligentemente o con desprecio por los derechos ajenos y transforma la actividad en ilícita. En este caso ha violado su deber de prevenir el daño, al actuar reprochablemente, hecho este que además implica una causalidad dañosa previsible. Este juicio de valor –entiendo- es insoslayable en la apreciación de la configuración de la antijuridicidad en el supuesto analizado, conforme la situación jurídica en la que se encuentra el sujeto.

²¹No desconozco que en la reparación *el obrar dañoso en función del riesgo creado configura un acto objetivamente ilícito*” según el despacho en mayoría en “VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, celebradas en Junín, Pcia. de Buenos Aires, en octubre de 1994. Pero utilizo el argumento de manera consecuencial para trasladarlo a la prevención en actividad lícita riesgosa.

²² ZAVALA DE GONZÁLEZ, M *Responsabilidad por riesgo* Hammurabi. Bueno Aires. 1997, pags. 61 y ss citada por DE CUNTO, Aldo “*La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito*” *Lecciones y Ensayos*” Nro. 82, *Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis, 2006*

Esta concepción propuesta logra implicar la antijuridicidad material y formal; como también completar la idea de previsibilidad causal. De forma tal que, la sola infracción del deber de conducta, como propone Vázquez Ferreyra, en supuestos contemplado por la norma (antijuridicidad formal) es condición suficiente para responder preventivamente, sancionando la simple desobediencia a la norma sin ofensa al bien jurídico protegido (que en derecho penal se identifica con los delitos de peligro abstracto); pero se muestra insuficiente en supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico no establece sanción expresa a la conducta, supuesto este propio de la atipicidad civil. La opción de este autor no logra completar la posibilidad de procedencia de la acción, en casos no previstos por las normas y, en términos teóricos, introduce una conceptualización de antijuridicidad no prevista en el ordenamiento.

Entiendo que en estos casos no regulados expresamente, corresponde aplicar la idea de “previsibilidad causal”, propuesta por Ossola y Ramos; pero que debe ser completada por el aspecto subjetivo del agente. En efecto, la imputación causal es un proceso mental, un juicio lógico, que debe hacerse caso por caso, evaluando las particularidades concretas de la causa; pero el problema que envuelve las conjeturas o intuiciones de causalidad, por presunciones, implica un serio riesgo a la libertad pues podría atentar contra actividades lícitas que –por presunción- por su riesgo podrían provocar un daño, que no es tal, lo que atentaría seriamente con la clausula de reserva (art. 19 de la CN).

Es muy difícil –creo que imposible- imaginar supuestos donde la cosa o la conducta riesgosa (por su naturaleza, medios utilizados, etc) no tengan entidad –por si mismas- para hacer previsible un daño; de hecho creo que todas las cosas riesgosas son –por definición- aptas para pasar el test de “previsibilidad causal” que propone la doctrina para analizar la antijuridicidad con el solo fundamento del deber de no dañar a otro²³, pensemos en el problema que podría general una acción preventiva fundada en el riesgo desarrollo. Creo entonces que, al sumar dentro de la antijuridicidad la valoración de la conducta como pauta interpretativa para el juez, constituye un paso que rodea de garantías a la acción preventiva y mejora la delicada tarea del juzgador de efectuar ese juicio causal, previo al daño. Es por eso que junto a la idea de previsibilidad causal, el juzgador debe necesariamente efectuar un análisis de culpabilidad expresado mediante la antijuridicidad, como recaudos que debe sortear el peticionante de la acción para lograr la procedencia de la acción, esto implica no suspender cualquier actividad por el solo hecho de ser “potencialmente dañosa” sino que el agente sindicado como responsable debe además ser susceptible de reproche subjetivo. Coincido con Bestiani cuando expresa que “*Antijuridicidad material aquí supone, no tanto el*

²³ Conforme Ramos Martínez op. cit.

*daño causado, sino la posibilidad cierta de su acaecimiento y esto, desde el punto de vista de una racionalidad preventiva, que no tiene que ir en ancas de la racionalidad resarcitoria, pues procede de fuentes normativas y lleva a finalidades jurídicas muy distintas, se trataría de una racionalidad preventiva que puede ser analizada con conceptos separados y propios, autónomos en relación con los de la racionalidad resarcitoria”*²⁴. Pero esta “racionalidad preventiva” no puede transformar la conducta lícita en ilícita, con la simple ponderación de “posibilidad causal”, propio de una medida cautelar que –por definición- es transitoria e instrumental. Entiendo que analizar la posibilidad de agravación o deformación del riesgo potencial que encierra toda actividad riesgosa, cabe sumar la manipulación o uso erróneos, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia de la cosa, en suma, de actos que desencadenan la potencialidad dañosa de la cosa. Ese juicio de valor, está implícito en la configuración de la antijuridicidad requerida para la procedencia de la pretensión preventiva y descartaría la posibilidad de considerar la procedencia de la acción en actividades totalmente lícitas. La clara objeción a la propuesta podría ser que la norma no requiere la concurrencia de factor de atribución (1711), sin embargo no proponemos exigir la concurrencia de aquel, sino darle un adecuado significado a la antijuridicidad.

Conclusiones:

- i. Para la procedencia de la denominada acción preventiva categorizada como “situación de amenaza”, “peligro de daño” o “pre-daño” (art. 1710 inc. a) se requiere la configuración de una acción u omisión antijurídica (art. 1711). Este último presupuesto no está definido en la norma e implica una problemática relevante de analizar.
- ii. La solución propuesta por la doctrina de exigir una conducta formalmente antijurídica es insuficiente, pues pueden existir situaciones no regladas susceptibles de provocar daño.
- iii. Interpretar a la antijuridicidad en base a las reglas de la causalidad que determinarían “*la potencialidad dañina*” de la conducta no logra explicar adecuadamente los supuestos de manipulación de cosas riesgosas o realización de actividades riesgosas, con posibles trasgresión de la clausula de reserva (art. 19 CN).
- iv. Se propone que la antijuridicidad requerida para la procedencia de la acción preventiva, cuando implique suspender una conducta derivada de la manipulación de cosas riesgosas o actividad riesgosa, requiera un examen de previsibilidad causal, junto con también un juicio de reprochabilidad subjetivo respecto de la conducta del agente potencialmente dañador por manipulación o uso erróneos, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia de la cosa, etc. Esto rodea de mayores garantías y justicia la decisión de suspender actividades lícitas por el solo hecho de ser potencialmente riesgosas.

²⁴ BESTANI, Adriana “*La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial*” LA LEY 18/08/2016, 18/08/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/1557/2016