

Comisión n°4: Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

## **La antijuridicidad en la faz preventiva del derecho de daños**

Autor: Franco Raschetti \*

Resumen: *Creemos que es una imposición lógica manejar un único concepto de antijuridicidad en derredor de todo el espectro de la responsabilidad civil, ya sea en su faz preventiva, resarcitoria o punitiva.*

*En tal sentido, hacemos extensiva a la prevención de daños el entendimiento de que la antijuridicidad ha mutado en su configuración para tener virtualidad sólo en relación a la indagación sobre la presencia de causales de justificación de la conducta activa u omisiva que la tornen ajustada a derecho.*

*En consecuencia, la antijuridicidad es necesaria en el sostenimiento de la responsabilidad por acción u omisión violatoria del deber de prevención del daño pero el presupuesto de mayor relevancia es la relación de causalidad que determinará la mayor o menor previsibilidad del daño.*

### **1. La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil**

De la lectura de las disposiciones generales y específicas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) surge con claridad el hecho de que los presupuestos de la responsabilidad civil continúan siendo los que desde antaño pregonaba la doctrina clásica y mayoritaria<sup>1</sup>: antijuridicidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución.

En lo atinente a la antijuridicidad, el CCCN la ha disciplinado en el artículo 1717 de la siguiente manera: *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está*

---

\* Profesor adscripto de Contratos Parte General, Contratos Parte Especial y Ética Social y Profesional (UCA). La presentación de esta ponencia es avalada por Marcelo Carlos Quaglia, director de la Especialización en Derecho de Daños (UCA) y profesor Protitular de Contratos Parte General y Parte Especial (UCA).

<sup>1</sup> ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 703; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 108; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 611; REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones*, 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1961, t. II, p. 1242; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual* en BUERES, Alberto J. (director), *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 52.

*justificada*” adoptando, según la doctrina, un criterio material y objetivo<sup>2</sup>. La definición transcripta guarda una estrecha relación con el texto propuesto para el artículo 1066 en el Proyecto de Unificación de la Legislación civil y comercial de 1993 de Diputados el cual rezaba “*todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado*”<sup>3</sup>. No nos adentraremos en el riquísimo debate en torno a si la antijuridicidad como presupuesto debe dotarse de una significación formal o material y, en su caso, de una mirada objetiva o subjetiva o más aún, sobre si existe un verdadero momento de antijuridicidad, cuestión que ha generado tanto enconos en el derecho español y en el nacional: tomaremos como punto de partido el consenso doctrinario y jurisprudencial en entenderla como material y objetiva.

Del texto del artículo 1717 del CCCN se impone colegir que, en el ordenamiento jurídico hoy en día vigente, la antijuridicidad se predica respecto de la conducta y no respecto del daño. Sólo las acciones y omisiones podrán ser reputadas de antijurídicas y no el daño por ellas generado. Si bien es usual la utilización del término *daño injusto*, no debe asimilarse dicho concepto con el de *daño antijurídico* ya que *daño injusto* y, en consecuencia, indemnizable será aquel causado por una conducta activa o una abstención antijurídica, pero con adición ineludible de los restantes presupuestos de la responsabilidad. Aún más, si entendemos, erróneamente, que la antijuridicidad aplica al daño ¿Qué sucede en los supuestos de prevención del daño, en los cuales el mismo aún no ha acaecido? ¿Se podría afirmar que se tratan de una responsabilidad sin antijuridicidad? Creemos que ello no es posible habida cuenta de que la antijuridicidad se erige como un requisito inexcusable en el derecho de daños.

Conjugando la letra del artículo 1717 con la idea de antijuridicidad material en cuyo ámbito ubicamos, por ejemplo, a los principios generales del derecho y al *alterum non laedere*, podemos colegir que, si se produjo un daño, su autor, para liberarse total o parcialmente de responsabilidad, deberá demostrar que medió en el evento ilícito una causa de justificación previa

---

<sup>2</sup> PICASSO, Sebastián en LORENZETTI, Ricardo L. (director), DE LORENZO, Miguel F. – LORENZETTI, Pablo (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 364; LÓPEZ HERRERA, Edgardo en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela (directores), ESPER, Mariano (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 1012.

<sup>3</sup> El Proyecto de 1987 no había introducido cambios tanto en los artículos 1066 como 1074 del Código Civil. Luego, el del Poder Ejecutivo de 1993 eliminó el requisito de la antijuridicidad ya que no se la menciona dentro de los presupuestos de la responsabilidad como así tampoco en las disposiciones generales de la responsabilidad. En la misma tónica, el Proyecto de 1998 decidió suprimir a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad según lo manifestó en el punto 262 de sus “Fundamentos” arguyendo que así se procedía ya que en la actualidad se acepta la responsabilidad por actos lícitos.

al acto que eliminó la antijuridicidad<sup>4</sup>. Claramente, esto importa una presunción de antijuridicidad contra el autor del daño ya que, todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que medie causa de justificación<sup>5</sup>. Urge aclarar, siguiendo a Boragina, que una presunción de antijuridicidad no implica, de suyo, un irreductible compromiso de responsabilidad por acto lícito, toda vez que al mentado supuesto se le deberán adunar los restantes presupuestos de responsabilidad, principalmente una relación de causalidad adecuada y un factor de atribución<sup>6</sup>. Hasta aquí lo tocante a la antijuridicidad como presupuesto general de procedencia de responsabilidad.

## 2. La antijuridicidad en la prevención.

Los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil ¿tienen plena vigencia en la faz preventiva del daño? Por lo pronto debemos excluir al factor de atribución, expresamente dejado de lado por el artículo 1711 el cual al disciplinar la acción preventiva comunica que “*no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”.

¿Corresponde hacer lo propio con la antijuridicidad? De ninguna manera, no caben dudas de que la misma cobra plena vigencia en cualquiera de las tres (siguiendo la tesis clásica) funciones de la responsabilidad civil. Admitida su presencia ¿es dable asignarle a la misma un contenido diverso en la faz preventiva del derecho de daños de aquel se debe otorgarle como requisito en general de la responsabilidad civil? Creemos que no. Veamos las posibles variantes de esta tesitura:

Hay dos escenarios en los cuales esta tarea de definición se nos simplifica de sobremanera: en primer término, cuando el daño ya se ha producido y lo que se persigue es su no agravación pues allí la conducta antijurídica está clara y es evidente. Lo propio ocurre cuando las normas definen las medidas preventivas necesarias de una actividad y el demandado o presunto infractor las

---

<sup>4</sup> SAGARNA, Fernando A., en CIFUENTES, Santos (director) – SAGARNA, Fernando A. (coordinador), *Código Civil comentado y anotado*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 283.

<sup>5</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 132 y 139.

<sup>6</sup> BORAGINA, Juan Carlos, *Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad civil*, en AMEAL, Oscar J. (director) – TANZI, Silvia Y. (coordinadora), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 73.

omite<sup>7</sup>. En estas dos situaciones tenemos para nosotros que no existe controversia posible sobre la antijuridicidad y su contenido.

Más dificultosa es la cuestión cuando no existe norma expresa que imponga un deber de actuar o reglamente la actividad que se desee llevar adelante. Si bien la doctrina discute entre recurrir a una antijuridicidad formal o material creemos que la solución para este supuesto en particular no radica en la adopción de uno u otro criterio. La respuesta reside en la correcta interpretación de los perfiles actuales de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil sin que sea necesario asignarle un contenido diverso a la misma en la función preventiva. En otras palabras, la antijuridicidad se revela como unívoca en todo el espectro del derecho de daños.

De esta manera, entendemos que ha operado una mutación en el contenido de la antijuridicidad cuya utilidad hoy en día aplica pura y exclusivamente a indagar por la presencia o no de una causal de justificación en la conducta potencialmente generadora de daños. Hablamos, particularmente, de las hoy receptadas en el artículo 1718 del CCCN entre las cuales, sin representar un *númerus clausus*<sup>8</sup>, podemos mencionar: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho. Al cobrar vigencia cualquiera de ellas, el acto o la omisión deberá ser considerada *ab initio* como legítima<sup>9</sup>.

De todos ellos, obtendrá especial relevancia el ejercicio regular de un derecho en cuya indagación será vital dar respuesta, asimismo, a la mayor o menor previsibilidad del daño, cuestión que habrá de dilucidarse en base a las reglas de la relación de causalidad adecuada. Éste último es el requisito por antonomasia de la faz preventiva del derecho daños el cual debe estar guiado por la razonabilidad y una apropiada valoración de las circunstancias de persona, tiempo y lugar conforme a la experiencia y a parámetros objetivos. La antijuridicidad cede terreno, en este ámbito, en manos de otro presupuesto de responsabilidad como es la relación de causalidad conservando sólo su función de vislumbrar o no causales de justificación en la conducta u omisión del agente.

---

<sup>7</sup> COSSARI, Maximiliano N. G., *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, El Derecho, Buenos Aires, 2017, p. 80.

<sup>8</sup> MAYO, Jorge A., *Las causas de justificación*, en BUERES (director) - HIGHTON (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 3-A, pp. 72-73; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1980, t. III, p. 83; ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud*, Ediciones Lerner, Córdoba, 1974, p. 50.

<sup>9</sup> BOFFI BOGGERO, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 9.

### **3. Palabras finales**

Creemos que es una imposición lógica manejar un único concepto de antijuridicidad en derredor de todo el espectro de la responsabilidad civil, ya sea en su faz preventiva, resarcitoria o punitiva. En tal sentido, hacemos extensiva a la prevención de daños el entendimiento de que la antijuridicidad ha mutado en su configuración para tener virtualidad sólo en relación a la indagación sobre la presencia de causales de justificación de la conducta activa u omisiva que la tornen ajustada a derecho.

Se superarían, en consecuencia, los debates doctrinarios existentes al respecto y se respetaría la lógica especial de la prevención de daños en donde el presupuesto de la antijuridicidad cede terreno en favor de la relación de causalidad, de la previsibilidad de acaecimiento del daño que presuntamente se derivará de la acción u omisión acreditada.

## **Conclusiones**

- 1) La antijuridicidad se predica respecto de la conducta y no del daño. Caso contrario, en la faz preventiva, donde el daño aún no ha acaecido, deberíamos hablar de una responsabilidad sin antijuridicidad lo cual es incorrecto.
- 2) Debe asignársela a la antijuridicidad en la prevención de daños el mismo concepto que a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil.
- 3) Bajo el esquema del CCCN la antijuridicidad aplica pura y exclusivamente a indagar por la presencia o no de una causal de justificación en la conducta plausible de generar daños.
- 4) El presupuesto de responsabilidad de mayor preponderancia en la prevención del daño es la relación de causalidad adecuada en cuyas manos cede terreno la antijuridicidad, pero manteniendo su vigencia.