



**Maestría en Derecho Civil Patrimonial**

**TESINA FINAL:**

**“Evolución y problemática actual respecto del presupuesto de la Antijuridicidad en la responsabilidad civil”**

Autora: Rosario María Echevesti

Directora: María Fabiana Compiani

**2019**

## § 1

### Breve introducción

#### **ILICITUD, ANTIJURIDICIDAD E ILEGALIDAD EN EL LENGUAJE ORDINARIO**

El propósito de esta especulación es el de obtener una definición técnica de la antijuridicidad dentro del ámbito de la Responsabilidad Civil.

Se tratará de dar con el principio o norma (kriterium), adoptado para definir las propiedades que designen, de manera suficientemente clara y exacta, la idea de lo antijurídico; su referencia genérica y diferencial, dentro de la teoría general de la Responsabilidad Civil.

Siendo la antijuridicidad una noción que accede al concepto de la responsabilidad jurídica en general, y al de la responsabilidad civil en particular, en términos de haber sido empleada para definir a ambas; vale realizar, antes de adentrarnos en el estudio que nos ocupa, un recorrido lingüístico previo, a fin de proceder luego a un análisis puntual del concepto

El lenguaje del derecho no es un lenguaje formal, por lo tanto no es idéntico al conjunto de todas sus fórmulas bien formadas, ni hay una semántica formal implicada en el mismo. El lenguaje del derecho es un lenguaje natural; su discurso se expresa en el habla común o general. Las normas jurídicas se escriben en el lenguaje que habla y entiende la gente, de una manera sencilla, facilitando su lectura y comprensión. Habrá, claro está, necesidad de redefiniciones y fijación de contenidos técnicos en ciertos y determinados vocablos cuando ello resulte imprescindible. Esa necesidad de practicar ajustes técnicos, es lo que conlleva el traslado de los problemas lingüísticos generales al campo del lenguaje jurídico y la necesidad de una constante

revisión para la formulación de las teorías que, como la responsabilidad civil, atesora el Derecho.

En tal comprensión los términos *ilicitud*, *antijuridicidad* e *ilegalidad* llenan significaciones en el lenguaje natural o común, a las que pasaremos breve revista, para alcanzar posteriormente - ese es el propósito de esta especulación-, una definición técnica de la *antijuridicidad*. Se tratará de dar con el principio o norma (*kritérium*) adoptado para definir las propiedades que designen, de manera suficientemente clara y exacta, la idea de lo antijurídico; su referencia genérica y diferencial. Y ello, a fin de que una determinada situación, esté comprendida dentro de la demarcación de la palabra definida. Tal es el acto de definir: Delimitar el significado (del genitivo latino *dēfīnītīōnis*).

a. Lo *ilícito*.

El término ilícito en el lenguaje ordinario designa negación de lo justo; de lo permitido según la *justicia* y la *razón*. En la primera definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es un adjetivo que califica algo “No permitido legal o moralmente”<sup>1</sup>. El prefijo *i* es una variante del prefijo latino *in* y significa negación; y el vocablo lícito, es el adjetivo con que se designa lo justo y lo permitido de acuerdo a la razón. Con lo que es un término con gravitación en el orden moral, religioso, político; y en lo atinente al derecho o lo jurídico lo será, en tanto éste – el derecho- sea concebido como una expresión de la *razón* y la *justicia*.

b. Lo *antijurídico*.

El vocablo antijurídico reporta una oposición a lo que se ajusta específicamente al derecho. El prefijo *anti* significa lo opuesto o con propiedades contrarias; y el término jurídico (*iuridicus*), refiere lo que se relaciona con el Derecho o se adecúa a él.

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia disponible en <http://dle.rae.es>

Más allá de que se subsuma o se incluya “lo justo” en el Derecho, lo cierto es que este último absorbe otros sentidos diversos a lo considerado justo en la convivencia social; verbigracia: la seguridad, la solidaridad, la libertad, la igualdad, etc., cuyas violaciones traen aparejadas sanciones habilitadas por las leyes. En virtud de ello, todo lo que sea opuesto al derecho en cualquiera de sus dimensiones de tutela, es antijurídico. Este término - antijurídico-, en relación al otro – ilícito-, adviene además de específico por su funcionamiento propio en el campo jurídico, de mayor denotación.

c. *Lo ilegal.*

La voz ilegalidad significa la falta de conformidad o acuerdo con la ley. El prefijo privativo *in* en su variante *i* designa aquello que es negación o contrario a la voz que precede de origen latino: *lex, legis* que significa ley. El término designa la falta de la adecuación a la ley, aspecto central pero no excluyente de la oposición Derecho, al lado de ella gravitan también, la contrariedad a los usos, las costumbres, la moral vigente, etc.

El lenguaje corriente concede al término ***antijuridicidad*** una significación específica y completa para todo aquello que contraria el derecho, sin necesidad de especificar sentidos formales o materiales, subjetivos u objetivos. Pero el uso de estos vocablos en el lenguaje de los escritores y juristas, a los fines particulares de definir la responsabilidad civil, no ha sido uniforme, y muchas veces han venido afectados de cierta vaguedad, oscuridad o ambigüedades.

Se emprenderá en adelante la problemática búsqueda de una definición teórica, es decir una definición que brinde un significado del vocablo ***antijuridicidad***; y la detecte en los términos de la *teoría de la de la responsabilidad civil*; teoría que se supone conocida

y aceptada como tal. Probablemente en el carácter relativamente reciente de esta teoría – inicios del s. XVIII<sup>2</sup> – y su condición de especulación *in fieri* ; anide su dificultad.

---

<sup>22</sup> VILLEY, Michel, “*Esquisse historique sur le mot “responsable”*”; en “En torno al Contrato, la propiedad y la obligación”, Ghersi, Buenos aires, 1980, pág 69 y sgtes. cit. por Mosset Iturraspe, Jorge en “ Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones”, en Responsabilidad por Daños (homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, pág. 27 y sgtes. Abeledo Perrot, Buenos aires 1990.

§ 2

**LA ANTIJURICIDAD SIERVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**La Responsabilidad Civil. Breve reseña acerca de sus presupuestos de procedencia.**

Como expusimos anteriormente, la *antijuridicidad* es una noción que accede al concepto de la *responsabilidad jurídica* en general, y al *de la responsabilidad civil* en particular, en términos de haber sido empleada para definir a ambas. Es por ello que haremos un recorrido previo en la conformación de la última, a fin de proceder luego a un análisis puntual del concepto, siempre desde el punto de vista propuesto: el de su rol e importancia dentro de la teoría del deber de reparar.

Para introducirse en el estudio de la responsabilidad civil, debemos comenzar por advertir que la misma es una noción epistemológicamente compleja<sup>3</sup>.

No encontramos en el campo de la doctrina referida a esta cuestión, un acuerdo unánime acerca de y cuantas, y cuales, son las notas o presupuestos que la configuran.

Así, se han postulado - en la cultura jurídica occidental -, desde el comienzo de la teorización de la *responsabilidad civil*, diferentes definiciones, y muy dispares enumeraciones acerca de los requisitos esenciales que lleguen a configurar el *deber de reparar* - o en su caso prevenir - el daño. Las diversas épocas con sus contextos, han enmarcado los también disímiles criterios sobre lo justo, o al menos lo adecuado a derecho, para alcanzar la función reparatoria de la responsabilidad; la que consiste, en general, en distribuir las consecuencias perjudiciales de un determinado hecho, entre aquel o aquellos a los que se atribuye su causa y aquel otro u otros que resultaron perjudicados por el mismo. De esta forma, en aras de definir esta específica responsabilidad, se observarán posturas analíticas que descomponen el fenómeno en una

---

<sup>3</sup> ECHEVESTI, Carlos "Responsabilidad de los funcionarios públicos" Ed Hammurabi, 2003, pág. 24

cantidad mayor de notas, y otras que se vuelcan hacia lo sintético simplificando la cuestión, pero sin dejar de tener en miras la función básica o inmediata de la reparación.

Cuadra recordar que, la inadvertencia de ciertos fenómenos del lenguaje – ambigüedad, vaguedad, oscuridad, etcétera-, como cierta indiferencia general de nuestra disciplina por el nexo semántico, han intensificado la disparidad de pareceres al momento de caracterizar en cada momento la idea general de la responsabilidad civil<sup>4</sup>.

Comenzando por la doctrina francesa, hacia fines del Siglo XVIII, Pothier postuló cuatro notas que componen la responsabilidad civil: *l'usage de la raison*: el uso de razón o imputabilidad; *l'imprudence ou malignité*: la imprudencia o malignidad - esto es, la culpa o el dolo-; *le tort o le dommage*: el daño o el perjuicio. A ellos agrega, para las obligaciones convencionales, *l'inexécution de l'obligation*, - la inejecución de la obligación-, en la cual incluye el retardo<sup>5</sup>.

Esta concepción influyó en el *Code* de los franceses de 1804. Allí, se establece un régimen de la responsabilidad civil que se erige en torno a la culpa:

El ex art. 1382 (hoy 1240) establece: “*Todo hecho del hombre que cause a otro un perjuicio, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo*”

Y el ex art. 1383 (hoy art. 1241) concluye: “*Cada uno es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por su hecho, pero también por su negligencia o imprudencia*”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> ECHEVESTI, Carlos “El lenguaje y la responsabilidad civil”, en *La responsabilidad*. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, A.A. Alterini – R.M. López Cabana (directores)

<sup>5</sup> POTHIER, ROBERT JOSEPH “Traité des obligations. Tome Premier”, Chez Rouzeau-Montaut, imprimeur de Roi, de la Ville & de l'Université, Paris, 1761, nº 116 “Des délits & quafi-Délits”, pág 126 y nº 159 “Des dommages & interés réfulants foit de l'inexécution des obligations, foit du rélard aporté à leur exécution”, pág. 164

<sup>6</sup> Code Civil des Français, Ord. nº2016-131 del 10 de febrero de 2016, art. 2, en vigencia desde el 1º de octubre de 2016. Code Civil Annote, Dalloz, 2018, 117ª Edición,

Si bien se observa del texto de la ley citada, no surge referencia ni atisbo alguno a la ilicitud o *antijuridicidad*, como requisito o presupuesto del deber de reparar.

Los primeros comentadores del código de los franceses, manteniendo el número de presupuestos en cuatro, efectuaron una enumeración diversa: 1. el *hecho dañoso*, 2. el *acto ilícito*, 3. la *imputabilidad* y 4. la *culpa*. Así lo expusieron los hermanos Charles Aubry y Charles Rau, en su Curso de Derecho Civil Francés según el método de Zacharié; donde los profesores de la Universidad de Estrasburgo, al analizar los elementos del delito, comienzan afirmando que todo delito consiste en un hecho del hombre<sup>7</sup>; y prosiguen, que: “*un hecho dañoso sólo consiste en un delito bajo las siguientes condiciones:*

*1º debe ser ilícito, es decir, que haya menoscabado un derecho de otro, y que no constituya por parte de su autor el cumplimiento de una obligación legal o el ejercicio de un derecho. Todo derecho puede ser objeto de un delito, no importa que contenga un objeto exterior o que se confunda con la existencia de la persona a la que pertenece. Vale de paso recordar la letra del art. 1075 del Código de Vélez Sarsfield: “Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona” (Nota: del art. 1075. No puede negarse que el honor y la reputación de una persona pueden ser la materia de un delito. L. 3, tít. 15, Part. 7ª).*

*2º el hecho debe ser imputable a su autor, es decir, que pueda ser considerado como el resultado de una libre determinación de su parte.*

---

<sup>7</sup> C. AUBRY et C. RAU, “Cours de Droit Civil Français d’après la méthode de Zachariae”, Quatrième Edition, Ed Marchal et Billard, París, 1871, pág. 745 nº 444 “*Des elements du délit*”. Asumo como autora del presente trabajo, habiendo consultado directamente la obra – y aún bajo riesgo de incurrir en alguna imprecisión- , la traducción al español del texto originario, que se puede consultar en la fuente que cito.

*Se desprende de ello que el carente de razón y el menor aun privado de todo discernimiento están imposibilitados de cometer un delito y no son entonces, siquiera civilmente, responsables del daño que causen salvo, obviamente, la responsabilidad de las personas bajo cuya guarda se encuentran (...)*

*3º Hace falta finalmente que el autor del hecho lo haya realizado a sabiendas y con la intención de dañar a otro. Es por este carácter que los delitos (hecho doloso) se diferencian de los simples cuasi delitos (hecho culposo)”<sup>8</sup>.*

Ya en el siglo XX, Demolombe, postulaba que el número de requisitos eran tres. Al analizar el contenido de los ex artículos 1382 y 1383 del *Code*, escribe que “*De estos textos, deducimos que tres condiciones son necesarias para que haya, legalmente, delito o cuasidelito, y obligación personal de reparación del daño, a saber:*

*A- Es necesario que el hecho que ha tenido lugar sea imputable a aquel que lo ha cometido*

*B- Es necesario que ese hecho sea ilícito.*

*C- Es necesario que ese hecho sea dañoso”<sup>9</sup>*

Es sabido que el *Code* se erige en una de las fuentes directas del Código Civil velezano adoptando el mismo fundamento de la responsabilidad basado en la culpa (arts. 512 y 1109 del código de Vélez Sarsfield). Así en nuestro país el profesor Héctor Lafaille adhiere a la misma enunciación tripartita de los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> AUBRY et RAU, ob cit

<sup>9</sup> C. DEMOLOMBE, “Cours de Code Napoléon, XXXI”, Imprimerie A. Lahure, Paris, 1882, nº 464 pág. 398, traducción nuevamente asumida por la autora del trabajo.

<sup>10</sup> LAFAILLE, “Derecho civil. Tratado de las obligaciones, t. II, nº 1215, pág 315

Muchos autores – vernáculos o extranjeros - han mantenido en tres el número de notas, pero enunciándolas de manera diferente; sin hacer referencia explícita a la *antijuridicidad*. Así, Puig Peña, Cammarota, Salvat, Acuña Anzorena y los hermanos Mazeaud. Estos autores refieren como requisitos: el daño, la imputabilidad, e introducen el concepto de la causalidad entre el obrar culpable y el daño <sup>11</sup>.

Lo mismo sucede en derecho español, en donde se ha prescindido de enumerar a la antijuridicidad como requisito autónomo, sosteniendo que la obligación de reparar nace de una acción u omisión culposa o dolosa, que daña a otro<sup>12</sup>. Así se reducen prácticamente a dos los requisitos esenciales, con una fuerte presencia de la idea de culpa como característica definitoria de la acción u omisión que hace nacer el deber de reparar el daño causado. Esto se debe a la ausencia de mención del requisito de la ilicitud en el texto legal (España, art. 1902). De esta forma, el Código Civil español sigue fiel las directrices imperantes en la época, en donde el sistema de responsabilidad –esencialmente el extracontractual- aparecía dominado por la idea de culpa.

En el derecho inglés, la ausencia de códigos no ha impedido formular a través de la jurisprudencia, un minucioso cuerpo de normas que le otorgan una rigidez mayor que la propia de los países codificados<sup>13</sup>. Así, *“Los tres elementos necesarios para la configuración del "tort" son: a) acto u omisión; b) elemento mental, ya sea dolo, culpa o negligencia. Debe destacarse que últimamente se ha considerado suficiente el "incumplimiento de una estricta obligación impuesta por la ley”*

---

<sup>11</sup> PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho Civil Español” t. IV vol II pág. 571; CAMMAROTA, “Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos”, t I pág 55; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, “Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones”, t IV pág. 43 y ss; PÉREZ VIVES, “Teoría general de las obligaciones” vol II pág. 58 y ss.; RIPERT-BOULANGER, “Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol” t V nº 929 pág. 43 y ss., todos ellos citados en ECHEVESTI, Carlos, ob cit

<sup>12</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio “Sistema de Derecho Civil” Undécima edición, Volumen III (El contrato en general. La relación obligatoria), Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pág. 301.

<sup>13</sup> ALVARADO URIBURU, OSCAR (h), “Algunos aspectos de la responsabilidad civil en Gran Bretaña”, LL cita online AR/DOC/3852/2007

(responsabilidad objetiva); c) daños resultantes de dicho acto u omisión.”<sup>14</sup>. La cuestión de la causalidad es dejada de lado, por acientífica. Así, la misma debe ser comprendida a la manera del hombre de la calle y no del científico o del metafísico. La selección de aquello que tomaremos como “*causa eficiente*” del daño, deberá ser realizada mediante una apreciación basada en el sentido común <sup>15</sup>.

En el derecho alemán, ya en plena vigencia del BGB, se proponen tres elementos: daño causado, *antijuridicidad* y culpabilidad u otras causas de afectación. Así lo postulan Ennecerus, Kipp y Wolf, autores que recomiendan una cláusula general del siguiente tenor: “El causar *contra derecho* daños a otro, de un modo doloso o culposo, obliga a indemnizar”<sup>16</sup>

A mediados del siglo XX, en nuestro país juristas como Colombo, han extendido a cinco los requisitos: el hecho humano, la *violación del derecho ajeno*, el daño causado, el nexo de causalidad entre el acto y sus consecuencias, y la imputabilidad<sup>17</sup>.

Alfredo Orgaz, en una inspiración teutónica, limitó a tres el número: la *ilicitud* (infracción a la ley), la culpa, en sentido amplio (dolo y culpa), y el daño<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> ALVARADO URIBURU, artículo citado

<sup>15</sup> “Yorkshire Dale Steamship CQ Ltd. v. Minister of War Transport” (1942) A. C. 691.

<sup>16</sup> ENNECERUS-KIPP-WOLFF “Tratado de derecho civil”, T II, “Derecho de obligaciones”, 1948 15ª edición por Heinrich Lehman, T II, vol II nº 226 pág. 1023, citado por ECHEVESTI, Carlos en ob. cit.

<sup>17</sup> COLOMBO, Leonardo A. “Culpa Aquiliana (cuasidelitos), Tae, Buenos Aires, 2da edición, 1947, nº 44 pág. 121, citado por TRIGO REPRESAS, “Responsabilidad civil del abogado”, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 50

<sup>18</sup> ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud (extracontractual)”, Ed Lerner, 1ª reimpresión, 1974, Córdoba, pág. 29. En esta obra el autor expone una interesante noción en cuanto a que aún los códigos que reconocen expresamente la ilicitud como requisito, la subsumen en la culpa. De ello nos ocuparemos más adelante.

De Gásperi y Morello postularon seis notas distintivas del instituto: el hecho positivo o negativo, la **violación a la ley**, el obrar voluntario con dolo o culpa, el daño causado, el nexo de causalidad y la imputabilidad<sup>19</sup>.

Dentro de estas posturas, denominadas amplias en cuanto a los presupuestos, se encuentra la enunciación de Boffi Boggero, quien defendió la existencia de seis o más presupuestos: acción (positiva o negativa), **antijuridicidad**, imputabilidad, culpabilidad, daño, relación de causalidad, y agrega el de “no frustración de la indemnizabilidad”<sup>20</sup>.

Cazeaux y Trigo Represas enseñan que, la tendencia tradicional en la doctrina local menciona cuatro elementos: la existencia de un daño causado, la **infracción a la ley** o, mejor dicho, de un deber jurídico de conducta impuesto por ella (**antijuridicidad** o **ilicitud**); la relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño; y la imputabilidad del autor de ese hecho<sup>21</sup>. Los prestigiosos autores aclaran sin embargo que, conscientes del acierto de la actualización del pensamiento clásico, el cuarto elemento debe ser el “factor de atribución”, para no limitarlo a una concepción puramente subjetiva.<sup>22</sup>

Alterini, Ameal y López Cabana, han puntualizado estos cuatro presupuestos: 1. El incumplimiento objetivo o material; 2. el factor de atribución; 3. el daño y 4. una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> DE GÁSPERI-MORELLO, Tratado de Derecho Civil, Ed TEA, 1964 T IV nº 1679 ap a) pág. 5

<sup>20</sup> BOFFI BOGGERO, Tratado de obligaciones, Ed Astrea, 1968, citado por CAZEAUX - TRIGO REPRESAS en “Derecho de las Obligaciones” Tomo IV 4º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2010 pág. 594

<sup>21</sup> CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones” Tomo IV 4º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 596.

<sup>22</sup> CAZEAUX, Pedro, TRIGO REPRESAS, Félix, ob cit, pág. 596-597

<sup>23</sup> ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, “Curso De Obligaciones Civiles Y Comerciales”, CUARTA ED. PÁG171, Nº371, Abeledo Perrot, Bs.As.2008.

A su turno, Mosset Iturraspe ha expuesto en una de sus obras, la concurrencia de hasta siete elementos: hecho humano, imputabilidad, voluntariedad, antijuridicidad, daño, relación de causalidad entre hecho y daño, y factores de atribución<sup>24</sup>.

El prestigioso maestro de la Universidad de La Plata, Compagnucci de Caso, escribe que si bien sobre la cantidad de elementos necesarios no existe opinión unánime, considera que son los siguientes: a) acción humana antijurídica (ilicitud), b) daño causado c) relación causal, d) factor de atribución (culpa, riesgo u otro factor de imputación) y e) imputabilidad<sup>25</sup>.

En fin, somos conscientes de la omisión de otros tantos e importantes textos legales y autores extranjeros y nacionales; pero valga esta breve exposición para advertir la disparidad en el número de notas definitorias de la responsabilidad. Esto nos permite apreciar que no siempre, al menos de manera explícita, se ha computado la ***antijuridicidad o ilicitud*** como una de las condiciones necesarias del deber de reparar el daño causado.

---

<sup>24</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dirección) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coordinación) "Responsabilidad civil", GHERSI, Carlos A. STIGLITZ, Gabriel PARELLADA, Carlos A. ECHEVESTI, Carlos A., Ed Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

<sup>25</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén "Manual de Obligaciones" Editorial Astrea La Plata, 1997, pág. 594

### § 3

#### **El requisito de la antijuridicidad: Su aparición en los *codices* europeos.**

Volvamos ahora atrás en el tiempo y en nuestro análisis, para intentar dar con el momento de aparición de la **antijuridicidad** en el ámbito específico de la responsabilidad civil.

La creación del término antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) es atribuida al sabio civilista alemán Rudolf von Ihering, que con este vocablo calificaba a toda acción contraria al derecho. Se ha sostenido que la noción fue cultivada en el ámbito específico del Derecho Penal<sup>26</sup>, como también que el término fue posteriormente tomado por la penalística Alemana<sup>27</sup>.

En el año 1900, acontece la puesta en vigencia del influyente Código Civil alemán o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Para alguna doctrina, allí se menciona por primera vez en la ley positiva, a la antijuridicidad<sup>28</sup>.

Su art. 823 reza: *“Todo el que obrando dolosa o negligentemente atenta ilegalmente contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de un tercero está obligado respecto a éste a la reparación del perjuicio que de ello resulte”*.

---

<sup>26</sup> GOLDENBERG, Isidoro H. “La unicidad de lo ilícito. Su problemática” Publicado en Thomson Reuters RCyS 1999,997 – RCyS 2012-I,203 cita online: AR/DOC/8241/2001

<sup>27</sup> CURY URZÚA, Enrique (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Jurídica de Chile. ISBN 956100956-K Tomo II.

<sup>28</sup> “El término antijuridicidad tiene su origen en la doctrina jurídica germánica y, consecuentemente, en el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)” MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO en “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, 2013 ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. IV disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho)

Sin embargo, se han encontrado referencias anteriores al BGB. Por ejemplo, en el Código Civil austríaco del 1º de Junio de 1811 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch; abreviado ABGB); posterior al código prusiano de 1794 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) - que incluía Derecho civil, penal y político-, y que prescribió que el daño deriva de una acción u omisión *antijurídica* (“widerrechtlichen”).

No obstante, y más allá de estos cuerpos legales cercanos en el tiempo, algunos autores han creído hallar la raíz más lejana del concepto de la *antijuridicidad* en el Derecho Romano.

Así han señalado que en la Lex Aquilia de *damno* –cuya data es incierta pero que puede situarse a principios del siglo III a. C.-, existen referencias al daño injusto; al daño causado con injuria; *sine iuris* o *nullo iuris*<sup>29</sup>. Siendo posteriormente recogido este concepto en el Corpus Iuris Civilis: En las Institutiones 4,3, en el Digesto 9,2 y en el Codex 3,35.

Si bien el Derecho Romano decenviral (*Lex duodecim tabularum*), sancionaba algunos supuestos de daños causados a las cosas ajenas (*damnum iniuria datum*), eran sólo eso, disposiciones casuísticas sin un enunciado general. Hay quienes han entendido que el edicto de Aquileo consagró un principio general que sancionaba el daño causado ilícitamente a los bienes ajenos, estableciendo una tentativa de sistematización. Las Institutas comenzaban diciendo que «*Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam*» (“la acción de daños procedentes de injuria fue creada por la Ley Aquilia”), y su parágrafo 12 -, juzgado como el más importante para la práctica en la Edad Moderna, ya que regulaba el daño en general-, requería un *damnum iniuria datum*, es decir, un daño causado con injuria. Para los romanos, *iniuria* significaba etimológicamente «injusto» o «contra la ley», siendo *ius-iuris* “Derecho”, e

---

<sup>29</sup> ECHEVESTI, Carlos A., “La Culpa”, Ed Hammurabi, 1997, pág. 73

“in” un prefijo negativo<sup>30</sup>. Con todo, ese significado tenía muchos matices que, además, cambiaron con la evolución del propio idioma latino<sup>31</sup>.

Más allá de este dato -y su carácter controversial-, es innegable la enorme influencia del BGB al incorporar a la *ilegalidad o antijuridicidad* como presupuesto del deber de reparar, a tal punto que de allí el concepto pasó a formar parte de los textos de otros muchos códigos.

El español Santos Briz escribe que un breve repaso de los principales Códigos civiles extranjeros nos pone de relieve que, salvo los que siguen la fórmula o cláusula general del *Code* francés, el resto menciona expresamente la nota de la *antijuridicidad* de la conducta como característica necesaria previa a la declaración de la responsabilidad civil<sup>32</sup>.

Así, la expresión germana “*widerrechtlich*”, que significa “contrario a derecho”, es tomada bajo la expresión ilicitud o antijuridicidad en los códigos que han tenido como fuente al derecho alemán, el código de Grecia, de Japón, de la República Popular China, de Corea del Sur, entre otros.

Dentro de este grupo, se encuentra el Código Suizo de las Obligaciones, de 1911, que en su Art 41 establece que aquel que cause de una manera *ilícita* un perjuicio a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. Agrega este código que también se debe reparar el daño causado

---

<sup>30</sup> Según Fortson, *Indo-European Language and Culture*, 2nd edn., Blackwell, Oxford (2010), núms. 7.25 and 8.29. «In» («i» ante «l» y «r») aparece en todas las lenguas procedentes del latín; inglés, «in» y «un»; alemán «un»; holandés «on»; griego clásico «au», etc; todo del protoindoeuropeo «\*no-». Las lenguas nórdicas utilizan «u» u «o» «por un-, debiéndose la u larga a la pérdida de la n» [Skeat, *An Etymological Dictionary of the English Language*, Clarendon Press, Oxford (1893), voz «un», p. 674], citado en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, artículo citado en nota 19.

<sup>31</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, artículo citado en nota 19.

<sup>32</sup> SANTOS BRIZ, Jaime “La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal” Tercera edición, Ed Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 28

intencionalmente por hechos contrarios a la moralidad o a la costumbre (en la versión en idioma francés consultada utiliza el término “*moeurs*”, que puede traducirse con ambas acepciones)<sup>33</sup>.

También el Código Civil de Italia, sancionado en 1942, en su Art. 2043, habla de “un hecho doloso o culposo que ocasione a otro un daño *injusto*”<sup>34</sup>. La expresión “*ingiusto*” que el precepto utiliza puede no solo interpretarse en el sentido de antijurídico (“*contra ius*”), sino también en el sentido de “no justificado” (“*non iure*”), con la consecuencia de que el daño resarcible será aquel que resulte causado por un acto lesivo no autorizado por la norma<sup>35</sup>.

En el mismo sentido, el Código civil portugués de 1966, en su art. 483 se refiere a la violación “*ilícita*” del derecho de otro o de cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos.<sup>36</sup>

El código holandés por su parte, prescribe que quien comete un acto *antijurídico* (onrechtmatige daad) contra otro, que puede ser imputado al infractor, debe indemnizar el daño que la otra persona sufre como consecuencia de él<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Loi Fédérale completant le Code Civil suisse. Livre cinquième: Droit des obligations. Chapitre II: Des obligations résultant d'actes illicites. Art. 41. 1. Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. 2. Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer”

<sup>34</sup> Codice Civile italiano, Art. 2043 “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”

<sup>35</sup> SANTOS BRIZ, ob cit, pág 29

<sup>36</sup> Código Civil Português “Artigo 484 (princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação...”

<sup>37</sup> Burgerlijk Wetboek, BW, art. 6:162

En contraste con toda esa tradición inaugurada por la ley germana que exhibe una enunciación explícita de la *antijuridicidad*, los códigos que se enrolan dentro de la tradición francesa, siguiendo las bases del Código de Napoleón de 1804, no recogen expresamente el término al calificar la conducta dañosa, ni tampoco se refieren de modo manifiesto al daño antijurídico o ilícito.

Entre ellos vale mencionar al código civil español, del año 1889, que en su artículo 1902 prescribe “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Sin perjuicio de ello, la doctrina española ha dedicado al análisis de la antijuridicidad algunas interesantes líneas, a las que haremos referencia en este trabajo.

En este mismo sentido se estableció en varios textos de códigos de Hispanoamérica, como el de Panamá de 1916 (art 1644), el de Colombia de 1873 (art. 2341), el de Chile de 1855 (art. 2314) y el de Puerto Rico de 1930 (art 1802).

En nuestro país, Vélez siguió esta misma orientación –que omite hacer referencia a la antijuridicidad- al redactar el artículo 1109 del Código Civil sancionado en 1869, que reza: “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...*”.

En su nota, el codificador cita como fuente específica de este artículo a los arts. 1382 y 1383 del *Code*, como también a la ley romana, junto con el código de Nápoles y el Sardo. Es por ello que resulte natural, dados los gérmenes del texto, que no exista mención expresa al concepto.

A esta altura es dable destacar que, aun cuando todos estos códigos –incluso el argentino- no hayan contenido la expresión *ilicitud* o *antijuridicidad* en sus redacciones textuales, muchos doctrinarios de los respectivos países lo han considerado un requisito implícito -o si se quiere subsumido en el extremo de la culpa-; o al menos lo han convertido en objeto de mención y análisis en sus estudios y obras.

De manera que la antijuridicidad aparece en ocasiones enumerada como un elemento de la responsabilidad civil, independientemente de su reconocimiento expreso en los textos legales. En otras ocasiones, aparece como rasgo característico –cualidad- de alguno de los otros elementos –como puede ser el daño-, pero se trata de una característica esencial que, de estar ausente, impide el nacimiento del deber de reparar. De allí su significativo rol en el ámbito de la responsabilidad civil.

Pero no nos adelantemos en el análisis, ya que de ello nos ocupamos en adelante.

§ 4

**La antijuridicidad en el Código Civil de Vélez Sarsfield: cita puntual.**

Vayamos ahora a nuestra ley civil, para buscar en sus orígenes alguna referencia al concepto de **antijuridicidad**.

El Código Civil velezano establecía en su art. 1066 que: "*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de **ilícito**, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*". Su fuente fue Freitas, Código Civil, Esbozo, arts. 822 y 823<sup>38</sup>.

La doctrina ha aclarado que la expresión "*leyes ordinarias*" obedece a una errónea alteración, dado que en los manuscritos del codificador la redacción decía "*prohibido por las leyes, ordenanzas municipales o reglamentos de policía*"<sup>39</sup>.

Además, disponía en el art. 1067, que: "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*". Su fuente fue Freitas, Código Civil, Esbozo, art. 827; y código francés art. 1382<sup>40</sup>.

Por último, el sistema se completaba y armonizaba con el art. 1074 del mismo Código, que contemplaba la antijuridicidad por omisión: "*Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir un hecho*".

---

<sup>38</sup> BUERES, Alberto, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial, Tomo 3A, pág.2, Ed. Hammurabi, 2005.

<sup>39</sup> ACUÑA ANZORENA, adiciones, en SALVAT Y ACUÑA ANZORENA, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones", citado en CAZEAUX- TRIGO REPRESAS, ob cit, pág 680 nota 5.

<sup>40</sup> BUERES, Alberto ob cit T3A, pág.88

*omitido*". Su fuente fue Aubry et Rau, *Cour de droit civil francais daprès l'ouvrage allemand de K.S. Zachariae*, parag.444,y el Esbozo, arts. 822 y 823<sup>41</sup>.

Como se observa, todo el régimen del código de Vélez se encontraba basado en el principio de "legalidad" que consagra la segunda parte del art. 19 de la Constitución Nacional: "*Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*".

El origen histórico de este dogma se remonta a la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", fruto de la Revolución Francesa. De allí su fuerte influencia en los códigos de la época, de tendencia liberal y de máxima tutela de los derechos individuales. Es que toda ciencia del derecho - dice no sin razón Villey<sup>42</sup>-, es hija de alguna filosofía. No debemos olvidar que la modernidad elabora sus leyes no en función de la situación de la persona humana concreta, sino a partir de una abstracción idílica, de un concepto de individuo, libre, inteligente y poderoso, de individuos que supone iguales entre sí; en fin del hombre tal como fue soñado por la ideología burguesa o, a partir del posicionado burgués. El código de napoleón y los códigos de Europa y América del siglo XIX, son la resultante de esa ideología. Es así que esta concepción da cuenta de lo redactado por nuestro codificador en aquel tiempo, siendo el temperamento adoptado coherente con la concepción dominante acerca de los derechos.

Ya veremos que, a través del tiempo, el paradigma va cambiando, y contagia a la idea de antijuridicidad, que comienza a delinearse de un modo más adecuado a las necesidades que el derecho –y particularmente la responsabilidad civil-

---

<sup>41</sup> BUERES, Alberto ob cit T3A, pág. 162

<sup>42</sup> VILLEY Michel, "En torno al contrato, la propiedad y la obligación" Ghersi Editor, Buenos Aires, 1980, pág. 26, citado en Mosset Iturraspe, Jorge, Introducción a la responsabilidad civil. Tres concepciones. En Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As 1990 pag.37

deberán atender. Por eso, para acompañar a una nueva sociedad –en la cual, entre otras cosas, aparece la máquina como instrumento causante de daños antes impensados-, será necesario un cambio de paradigma en el arte y la ciencia del derecho obligacional.

Veamos cómo el concepto tuvo, necesariamente, que ir mutando, o que ser interpretado por los juristas, a fin de no perder su funcionalidad y valor dentro de la teoría de la responsabilidad civil.

§ 5

**Concepto de Antijuridicidad: Algunas apreciaciones sobre su caracterización.**

**Crítica.**

Inmediatamente a la aparición -expresa o implícita- de la “*antijuridicidad*” en los textos de las leyes civiles, la doctrina comenzó a ocuparse de su estudio en el ámbito de la responsabilidad civil, con el fin -debe entenderse-, de darle una precisa caracterización.

Sin embargo, la definición del término se planteó desde el inicio como problemática; extendiéndose la dificultad, sorprendentemente, al presente.

Cabe, de manera introductoria y previo a adentrarnos en definiciones de la doctrina civilista, -y dado que en definitiva el derecho es uno solo-, traer como exordio la definición que el maestro Soler –al escribir sobre el derecho penal- aportó con extraordinaria sencillez y claridad: “*El derecho es sobre todo valoración. El externo encuadramiento de una acción a su figura no es más que el primer paso dado en el sentido de esa valoración. Pero siendo la figura delictiva ordinariamente tan sólo una descripción, es necesario en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, decimos que éste es un hecho ilícito, antijurídico*”<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> SOLER, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, 10° reimpresión actualizada por Guillermo Fierro, Editorial TEA (Tipográfica Editora Argentina), Buenos Aires, 1992, pág. 391 y sgtes.

El Maestro civilista Isidoro Goldenberg también lo destaca: “*El comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa. Frente a la conducta de los sujetos existe un orden jurídico que demarca el área de la actividad consentida por el Derecho o, con más precisión, no en pugna con sus mandatos*”<sup>44</sup>

De estas palabras, extraemos un presupuesto elemental, y es aquel que dice que el derecho es valoración. Y para valorar, es imprescindible la preexistencia de un ordenamiento jurídico. Es este ordenamiento el que nos dará la pauta rectora para considerar si un comportamiento humano es lícito o ilícito, siendo tales categorías opuestas y excluyentes<sup>45</sup>. Sobre esto volveremos. Por el momento nos valemos de esta expresión como punto de partida para comenzar a analizar las diferentes definiciones y dificultades que ha presentado la **antijuridicidad** en el ámbito de la responsabilidad civil.

Y en el haz de cuestiones que suscita el asunto de la **antijuridicidad**, está la referida a aquella discusión sobre si es un requisito autónomo de la responsabilidad civil, o si por el contrario, se halla subsumido en algún otro –verbigracia, la culpa o el daño-.

Cuadra precisar que se enmarcará el análisis de la *antijuridicidad* en tanto condición de la obligación de resarcir los daños, esto es, dentro del ámbito específico de la Responsabilidad Civil.

La doctrina ha hallado en este punto, por lo menos, perplejidad.

---

<sup>44</sup> GOLDENBERG, Isidoro H “La unicidad de lo ilícito. Su problemática”, ob cit

<sup>45</sup> No perdemos de vista que existen teorías tripartitas, que sostienen que existen acciones humanas “neutras”. Sin embargo, estamos de acuerdo con lo sostenido por Goldemberg en su artículo citado ut supra, en cuanto “*no se concibe la existencia de situaciones que escapen a la órbita de los mandatos legales, desprovistas de juridicidad. El acto es permitido o reprobado por el Derecho, es decir, lícito o ilícito, nunca neutro o extraño a él*” (GOLDENBERG, ob cit).

Santos Briz, entiende que la noción de *antijuridicidad* no aparece en todo caso con la suficiente claridad; y oscila entre un concepto amplio que la identifica con lo *ilícito* a un concepto estricto que la limita a lo que es contrario a la ley positiva<sup>46</sup>; diríamos la ilegalidad o lo *ilegal*.

En la doctrina germana se percibe alguna desinencia:

El profesor de la Universidad de Innsbruck, Franz Gschnitzer, en los inicios de la década del 60 del pasado siglo (1963) la definió con amplia latitud: “*la infracción de una norma, ya de la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios jurídicos superiores*”<sup>47</sup>. La infracción de la norma, sea general o particular, sea expresa o tácita, sea en si misma o en atención a los fines que persigue o la afectación de los principios jurídicos superiores, configura para este autor *antijuridicidad*. Sin dudas en esta concepción, se incluye como antijurídico el atentado a las buenas costumbres.

Con un criterio más restringido, aunque incluye en ciertas circunstancias la creación de un riesgo, Hans Karl Nipperdey -el profesor de las Universidades de Jena y Colonia- la define como una lesión de intereses jurídicamente reconocidos, por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento<sup>48</sup>. Aquí la trasgresión se circunscribe, en cuanto a lesión a intereses jurídicamente reconocidos, a infringir normas positivas tuteladoras de derechos subjetivos.

Comienza así por advertirse la existencia de discrepancias desde la génesis del concepto, en el mismo ámbito del derecho germano donde hizo su efugio.

---

<sup>46</sup> SANTOS BRIZ, Jaime, ob cit, pág 26

<sup>47</sup> GSCHNITZER, Franz “Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz”, Viena, 1963, pág. 153 y ss, citado por Santos Briz, ob. cit.

<sup>48</sup> NIPPERDEY, H.C., “Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts”, 1960, pág 1278 y ss, citado por Santos Briz, ob cit.

En Italia, Cariotta Ferrara ha sostenido que el acto es ilícito cuando contradice o se opone a una norma<sup>49</sup>. Así, en la doctrina italiana desarrollada tras la promulgación del Código Civil de 1942 y en la portuguesa, tras el Código de 1966, ha sido frecuente definir la responsabilidad civil extracontractual como aquella que deriva de hechos ilícitos y predicar el requisito de la ilicitud del comportamiento dañoso<sup>50</sup>.

La doctrina española ha aportado algunas reflexiones. Recordemos que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, el Código español no exige de manera explícita la presencia del requisito de la antijuridicidad, requiriendo únicamente que en la acción u omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. De todos modos, la doctrina y jurisprudencia destacan el carácter antijurídico que debe tener el acto, aunque en la órbita no penal su concepto sea más genérico, menos perfilado y concreto<sup>51</sup>.

Díez-Picazo nos habla de “antijuridicidad del daño<sup>52</sup>”, y sostiene que *“ni la violación de un deber jurídico ni tampoco una violación de una norma que haya impuesto ese deber jurídico, conduce necesariamente a la antijuridicidad y hacen, además, imposible separar esta idea de la de culpabilidad entendida en sentido normativo”* y continúa explicando, en una interesante posición, respecto del rol del principio del “alterum non laedere” como elemento en la definición de antijuridicidad, que *“En términos estrictamente jurídicos, hay que proceder a esta corrección del “non laedere” que es un concepto de daño explícito, a menos que se incurra tajantemente en*

---

<sup>49</sup> CARIOTTA FERRARA, L., “El negocio jurídico”, Editorial Aguilar, trad. Manuel Albaladejo, pág. 21. Madrid 1956.

<sup>50</sup> Así lo enseña - DÍEZ-PICAZO, Luis EN “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” Tomo V (“La responsabilidad civil extracontractual”), Editorial Thomson Reuters, Navarra, España, 2011, pág. 296.

<sup>51</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio “Sistema de Derecho Civil” Undécima edición, Volumen III (El contrato en general. La relación obligatoria), Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pág. 308

<sup>52</sup> Entraremos más adelante en nuestra personal crítica a las posturas que sitúan la antijuridicidad en el daño.

*la anfibología que poco más o menos sería decir que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico”<sup>53</sup>.*

Por su parte, Fernando Pantaleón sostiene –en sentido contrario a la postura dominante- que la antijuridicidad no es, en el derecho español, un requisito de la responsabilidad civil extracontractual. Fundamenta su postura en el hecho de que el sistema español no es “típico” como el del BGB, sino de “cláusula general”, es decir, que todo daño puede ser indemnizable salvo que el interés lesionado sea indigno de protección<sup>54</sup>. Nuevamente aquí la doctrina española pone el foco en el elemento del daño para analizar la presencia de ilicitud. Volveremos sobre este debate más adelante.

En el ámbito de la doctrina nacional, encontramos también diversas definiciones.

Orgaz pone de resalto que el concepto de ilicitud suele originar dudas y aun divergencias favorecidas por un lenguaje confuso sobre textos legales diferentes. Enseña que *“La ilicitud, llamada también en doctrina **“antijuridicidad”** es el carácter (art 1066) que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo, considerado este en su totalidad. El carácter opuesto es la licitud (acto conforme a derecho), y en virtud de esta distinción, necesariamente dicotómica, todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos”<sup>55</sup>*. Para el autor la misma se aprecia comparando el hecho, con la prohibición o el mandato legal. Afirma asimismo que no existe ilicitud que sea exclusivamente penal, civil, etc., sino que el carácter de ilícito de un acto en cualquier rama del derecho se extiende a todas las otras.

---

<sup>53</sup> DÍEZ-PICAZO, ob cit, pág. 298, 299

<sup>54</sup> PANTALEON, Fernando, comentario al Art. 1902 en “Comentario del Código Civil” del Ministerio de Justicia dirigido por PAZ-ARES RODRIGUEZ, DIEZ PICAZO, BERCOVITZ y CODERCH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1993

<sup>55</sup> ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud (extracontractual)”, Ed Lerner, 1ª reimpresión, 1974, Córdoba, pág. 17

En tal sentido expone que el acto ilícito –si es dañoso, agregamos- ha de implicar necesariamente una sanción de la ley la cual en el ámbito civil es la de obligar a su autor al resarcimiento del daño causado. Esto significa que “no habrá acto ilícito “punible” para los efectos de la responsabilidad civil del agente, sin daño causado”<sup>56</sup>. En tal sentido, afirma que el daño se erige en un elemento no del acto ilícito en sí mismo, sino de la responsabilidad civil, entendida como una “punibilidad específica”, la del ámbito civil. Esto, sin desconocer otro tipo de sanciones que pueden acompañar la ilicitud (pena, caducidad de un derecho, nulidad).

No se observa a partir de esta consideración de la *antijuridicidad*, ese movimiento que trasladará el juicio de desvalor sobre la conducta, al juicio de desvalor sobre el resultado de la misma. Claramente Orgaz precisa que la *antijuridicidad es el carácter de un acto cuando infringe o viola el derecho objetivo, considerado en su totalidad; y se aprecia comparando el hecho y la prohibición; esto es un juicio de desvalor sobre la conducta o el hecho. Y que el daño, no es un elemento del acto ilícito – es decir de la antijuridicidad – sino una de las posibilidades de su punición o castigo al comportamiento antijurídico, constituyendo un elemento de la responsabilidad civil.*

Asimismo enfatiza el jurista que la ilicitud en su cabal sentido es objetiva, caracterizada sólo por la contrariedad del acto a las normas del derecho, con prescindencia de cual haya sido la voluntad de los agentes, y aunque ésta voluntad no haya existido en medida alguna. El acto contrario a derecho es siempre sólo y por esto sólo acto ilícito, aunque haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que haya obrado sin culpabilidad; no habrá claro punibilidad, pero eso es otra cosa.<sup>57</sup>

Alterini, Ameal y López Cabana, sostienen que el *incumplimiento objetivo* – presupuesto de la responsabilidad –, consiste en la *infracción de un deber*; y su carácter

---

<sup>56</sup> ORGAZ, ob cit pág. 21

<sup>57</sup> ORGAZ, Alfredo, El acto ilícito, L.L., tº 140, p. 1099, cit. en Bustamante Alsina, “Teoría General de la Responsabilidad civil”, cit, pág.77 y nota 100.

objetivo deriva de que resulta una observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente (conf. V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971). Aclaran que algunos planos de la conducta – que aparecen como indiferentes al Derecho - adquieren trascendencia normativa en cuanto una norma los considere antecedentes de su imputación; es el caso de la moral y las buenas costumbres (art. 953 del Código de Vélez).

Los autores sostienen que la ilicitud objetiva surge de la confrontación de la conducta obrada con la ley en sentido material (o lato, o amplio); o sea con toda norma general dictada por escrito por la autoridad competente, y no en su sentido formal (o estricto, o restringido), que es la dictada por el Congreso con arreglo a las formalidades constitucionales; precisando – con cita de Orgaz - que, aunque la prohibición es normalmente *específica* también puede ser *genérica*, y comprender, por lo tanto, “un gran conjunto de acciones, sin descripción particular” .<sup>58</sup>

Finalmente, los celebrados maestros puntualizan que el análisis de la ilicitud debe ser realizado mediante la confrontación total del ordenamiento jurídico – no siendo por ejemplo, ilícita la muerte producida en legítima defensa -, e incluyendo en la ilicitud la conducta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres en cuanto constituyen un ejercicio irregular del derecho y un acto abusivo (art. 1071 del cód. civil de Vélez Sarsfield).

Mosset Iturraspe, por su parte, enseña que “*La acción será antijurídica, creemos, cuando infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, o cuando viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses. El juzgador tendrá en cuenta, en consecuencia, a más de los dictados de la ley, los del*

---

<sup>58</sup> ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, “Derecho De Las Obligaciones Civiles Y Comerciales”, 4º ED., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992 pág. 172 y sptes. Nº 374 a 381.

*orden público y las buenas costumbres*”<sup>59</sup>. Asevera seguidamente que la realidad del mundo actual exige enfatizar la inexistencia de un “derecho a dañar” y, por consiguiente, *todo daño es injusto*, en tanto menoscabo de un bien ajeno y lesión a un interés, encontrando *la excepción* a esta regla en las *causales de justificación*.

Esta perspectiva no parece abrirse a una expresión más amplia que las anteriores consideradas como las *violaciones del derecho objetivo, tomado en su totalidad*; pues en él – el derecho objetivo - están comprendidos los dictados del orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien; si con la expresión *todo daño es injusto* - excepto el obrado por una causa de justificación-; se quisiera decir que todo daño originado fuera del amparo puntual de una de ellas, debe ser, sin más, reparado; se estaría diciendo que deberían ser resarcidos daños excluidos de reparación por otros eximentes expresamente previstos en la ley: v.g. un daño imprevisto (el *casus*) ( art. 1730), el daño consentido (art. 1720), el daño causado existiendo imposibilidad de cumplimiento (art. 1732), etc.; lo que sería inaceptable.

Aquí vale un paréntesis aclaratorio.

Las primeras elaboraciones de la teoría de la Responsabilidad Civil, hacia fines del siglo XVII y principios del XVIII (Domat -1625-1696-, Pothier -1699-1772-); han precedido a lo que denominamos *teoría del delito penal*; es decir a la ordenación de reglas y criterios de imputación de responsabilidad punitiva en un determinado sistema, el que recién surge a finales del s. XIX, en Alemania y luego de la sanción del código penal de 1871 (Franz Ritter von Liszt -1851-1919-, Ernst Ludwig von Beling -1866-1932-).

---

<sup>59</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, Tomo I, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 75

Sin embargo, se han observado no pocos trasvasamientos de conceptos de las especulaciones penales a las civiles, que no siempre han arrojado ni claridad, ni utilidad, a la disciplina de la imputación del daño, verbigracia las teorías sobre la *causalidad*<sup>60</sup>.

En orden a las denominadas causas de justificación ocurre otro tanto. Sabido es que la penalística distingue las *causas de justificación* de las *causas de inculpación o inculpabilidad* -exculpato-excusatio-; y que la caracterización de ambas involucra ingentes desarrollos que involucran nombres como los de Carnéades de Cirene, Grotius, Jean Barbeyrac, Kant, o Baumgarten,<sup>61</sup> entre otros. También es sabido que la literatura penal ha considerado eximentes en sentido estricto a las causas que excluyen la antijuridicidad y tipicidad. Pero lo cierto es que en el ámbito civil hablamos en general de *causas exonerativas de responsabilidad* en cuanto ellas eximen de responder por el daño y ubicamos allí a los denominados *eximentes*: Caso fortuito, fuerza mayor, causa ajena, consentimiento de la víctima, etc.; y jugando junto a ellos el mismo rol eximitorio; a las causas de justificación.

Más aún, habiéndose regulado expresamente en nuestra ley positiva actual, las causas de justificación del hecho que origina el daño; se las ubica a la cabeza de las demás causas exonerativas: así los eximentes, (art. 1718); asunción de riesgos (art. 1719), consentimiento del damnificado (art. 1720); hecho del damnificado (1729); caso fortuito (1730); hecho del tercero (1731); imposibilidad de cumplimiento (1732).

A la postre, las denominadas causales de justificación del hecho dañoso - que borran la antijuridicidad o injusticia del daño-, concurren no solo como un eximente más sino como el primero de los mencionados por el nuevo código civil argentino. Pero claro, no el único.

---

<sup>60</sup> Ver ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Ed Lerner, Córdoba, 2011, Cap 3 acápites 18 a 21,

<sup>61</sup> GOTTLIEB BAUMGARTEM, Alexander; *Initia philosophiae Practicae Prima*; 1760.

Retomando las definiciones de *antijuridicidad* y reparando -aisladamente - en la afirmación del maestro santafecino Mosset Iturraspe, de que todo daño es injusto debiendo repararse - excepto el justificado-; deberían ser considerados injustos otros daños que sin embargo tampoco deben repararse, no por estar amparados por una causal de justificación, sino por algunos de los eximentes mencionados en la ley civil. No este seguramente el alcance de la afirmación de Mosset Iturraspe y siendo ello así, su concepto de ilicitud no difiere sustancialmente de la noción de *antijuridicidad* expuesta por Orgaz.

Se ha expresado, con el mismo alcance amplificado que, “*la antijuridicidad es el carácter contrario a derecho que tiene todo hecho humano, con trascendencia jurídica negativa, voluntario o involuntario, externalizado a través de una acción, acción por omisión u omisión, y que nace de la relación de contradicción entre el supuesto de hecho objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico considerado en su integridad*”<sup>62</sup>. Se agrega que el presupuesto de la *antijuridicidad* no se confunde con la culpabilidad, ya que el mismo comporta una noción enteramente objetiva. Ella resulta de una observación previa y primaria del acto, prescindiendo de cualquier consideración de la subjetividad del agente.

Estas referencias al carácter objetivo de la *antijuridicidad*, imponen no omitir que la cuestión ha sido objeto de debate en la doctrina nacional, sin arrojar el mismo una conclusión unánime. Más aún cuando la cuestión ha importado la definición de la *antijuridicidad* en referencia a las reglas positivas del Código Civil.

Es que, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas por Alfredo Orgaz y continuadas por importantes juristas, la interpretación subjetiva de la *antijuridicidad* ha sido defendida sobre puntuales normativas (arts. 896, 897 de Vélez etc.); y la ilicitud o

---

<sup>62</sup> DALMACIO ANDRADA, Alejandro “Responsabilidad de los magistrados judiciales – Derecho argentino” LL 1998-D,1157

la *antijuridicidad*, para muchos autores no podría dejar de concebirse en virtud de dichas normas sino bajo la especie de la acción voluntaria<sup>63</sup>.

También se ha aludido a la denominada “*crisis de la antijuridicidad*”, mencionando que los supuestos de responsabilidad por actos lícitos van en escalada, y sosteniéndose que el derecho de mañana acaso prescinda directamente de este presupuesto: “*Bastaría con que el accionante invoque la lesión de un interés serio (...) para que corresponda fijar una indemnización, con prescindencia de que la conducta del agente dañador confronte o no con el derecho. La clave del arco de esta teoría no se asienta ya en la construcción cuatripartita –daño, antijuridicidad, factor de atribución y causalidad- sino que estriba en la existencia de un “interés indemnizable”*”<sup>64</sup>. Y en igual sentido: “*La tendencia actual (...) se demuestra tan acentuada que, preocupada sustancialmente por el quid del rol preponderante asignado al daño, tiende a desvincular el fenómeno resarcitorio del problema de la ilicitud*”<sup>65</sup>

Claro que, para que esto pueda verse convalidado en algún momento, habría que modificar el actual art. 1716 que claramente expresa que no el dañar a otro, sino la *violación del deber de no dañar* a otro da lugar a la reparación; y a la vez suprimir el inciso a) del art. 1718 del Código Civil y Comercial; es decir, derogar la primera de las causas de justificación del hecho dañoso: El causado *en ejercicio regular de un derecho*. Estas probabilidades son, por el momento, inciertas.

La prédica doctrinaria que consistía en solicitar la reparación de todo daño, provenga de una acción justa o injusta, es decir la reparabilidad del daño causado lícita

---

<sup>63</sup> BREBBIA, Roberto; “Hechos y Actos Jurídicos”, v. I, pág.74, Ed. Astrea, Bs.As. 1979; Acuña Anzorena, A. en Salvat; Raimundo; Tratado ...fuentes,..., tº IV, nº2804.

<sup>64</sup> DALMACIO ANDRADA, ob cit, pág 1561

<sup>65</sup> DE LORENZO, Miguel Federico “El daño injusto en la responsabilidad civil” Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 21. Ya volveremos sobre este punto al entrar en crítica a las posturas que, como la que expone el prestigioso autor, prescinden del requisito de la antijuridicidad, o lo ubican como adjetivo del daño.

o ilícitamente, tuvo antecedentes en certámenes científicos de nuestro país ya en la década del ochenta del pasado siglo<sup>66</sup> ; pero encontraba en el sistema implementado en el código civil derogado, un visible rechazo en función de que las normas de los arts. 898, 1066, 1067 y 1071 de ese cuerpo, que requerían la antijuridicidad o ilicitud como requisito de procedencia. Ello, aun cuando no existía – como lo declara el código vigente – una causa de justificación *expresa y categórica* que decretare justificada la violación del deber de no dañar cuando el perjuicio es fruto del ejercicio regular de un derecho -hoy presentes en el 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial-. Todo lo cual torna aún más cerrado el sistema positivo actual para aceptar el aforismo: “*Todo daño debe ser resarcido sea ilícito o lícito*”.

Alberto J. Bueres aborda la cuestión comenzando por decir que “*La responsabilidad civil supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el daño injusto ocasionado a otra. En el concepto abarcamos las hipótesis de daños causados por conductas injustas (antijurídicamente) –perjuicios que involucran una injusticia intrínseca-, y las de daños que son injustos per se, o sea, sin reconocer una causación injusta (antijurídica)*”<sup>67</sup>. En otras palabras, esto estaría indicando que todo daño debe ser resarcido, sea el causado antijurídicamente o el causado lícitamente, es decir en el ejercicio regular de un derecho. A la opinión citada, valdría la misma objeción efectuada a las anteriores; en el marco de la vieja o la nueva ley civil argentina, ello no parece posible.

Pero también invita a efectuarse la siguiente pregunta: ¿De dónde extraen los daños injustos *per se* dicho carácter, si no lo es de la acción de la que se derivan?

---

<sup>66</sup> XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 1989, conclusiones publicadas en <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-16-XII-Jornadas-1989.pdf>

<sup>67</sup> BUERES, Alberto J. “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en “Derecho de Daños” FELIX A. TRIGO REPESAS – RUBÉN S. STIGLITZ (dirección) Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 141

En otros términos, ¿Cuál es el tamiz para calificar de injusto o antijurídico a un daño derivado de una acción aprobada por el ordenamiento jurídico?

Bueres afirma que existen múltiples ilicitudes “puras”, en tanto meras contradicciones entre conducta y ordenamiento jurídico, que al no generar daños, son extrañas al marco de la responsabilidad civil. Sostiene que Vélez no ha hecho referencia a la transgresión pura al ordenamiento, sino que su concepto de acto ilícito en sentido estricto, incluye solamente a aquel que genera un daño *resarcible*.

En tales términos, la **antijuridicidad** como concepto inicial, supone un juicio de menosprecio de la conducta por el ordenamiento (leyes, costumbres, principios e incluso reglas del orden natural); pero en el ámbito de la responsabilidad civil, ella importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Entonces, lo antijurídico sería la conducta transgresora de la norma, en la medida que haya una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible, esto es, un daño<sup>68</sup>.

Recuerda el jurista porteño que el no dañar a otro, no está situado únicamente en los arts. 1066, 1109 y 1074 del código velezano. La prohibición de causar un daño es un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas<sup>69</sup>.

Así las cosas, claramente el concepto de **antijuridicidad** se licúa en el de daño; sin alcanzar una significación formal propia. Si a los fines de la responsabilidad no hay **antijuridicidad** sin daño; valdrá preguntarnos ¿hay daño sin **antijuridicidad**? Si la respuesta es no, porque toda acción dañosa es **antijurídica**, entonces estamos frente a términos interdefinibles, es decir que uno puede definirse en términos del otro ¿Tendrán esos términos la misma naturaleza interdefinible que los vocablos deónticos: *prohibido*,

---

<sup>68</sup> BUERES, Alberto J., ob cit

<sup>69</sup> BUERES, Alberto “El daño injusto y la ilicitud de la conducta” en “Derecho de daños” TRIGO REPESAS –STIGLITZ (dirección), ob cit, pág 150

*permitido* u *obligatorio*? ¿Se podrá hablar de una sinonimia como noción por un lado gradual y por otro relativo a una matriz de alternativas? Demasiada lógica para el sencillo plano del Derecho.

Lo cierto es que si son términos *interdefinibles* carecen de un desarrollo autónomo en la teoría; y si no lo son, puesto que hay *antijuridicidad* sin daño, hay daño sin *antijuridicidad*, habría que ver cómo se define ese daño ajeno por entero al roce de las normas, de los intereses, o de los deberes -incluido el más general de todos, el *prohibido dañar* (*alterum non laedere*)-.

Y si toda acción *antijurídica* es dañosa, porque importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*, el obrar en el ejercicio regular de un derecho (causa de justificación del art. 1718 inc. a); implicará borrar la *antijuridicidad* y el mismo *daño* que la define, o de lo contrario no habrá causa de justificación alguna.

El razonamiento propuesto parece lanzarnos demasiado lejos, muy lejos de las distancias que suele recorrer el pensamiento en el ámbito jurídico.

Agrega el autor que el concepto de antijuridicidad que propugna, conlleva una concepción *objetiva* de la misma, es decir, la mera contradicción entre la conducta y la norma-, prescindiendo de la voluntariedad y de la culpabilidad. Es que al sostener un concepto “no finalista” de la acción, el autor desplaza el dolo y la culpa al enclave de los factores de atribución, sosteniendo que los elementos subjetivos deben ser ponderados en la culpabilidad.

Recordemos que la cuestión acerca de si la ilicitud enmarcada en los arts. 1066 y 1067 del código de Vélez es subjetiva u objetiva, ha sido una cuestión dilemática. Una cosa será la determinación del concepto de la *antijuridicidad* en abstracto, puramente dogmático; y muy otra la de establecer el concepto de *antijuridicidad* o ilicitud válido para la ley civil. Es que – como decía Orgaz - los textos

de los códigos no son siempre -al menos literalmente- análogos y esta circunstancia determina discrepancias doctrinarias.<sup>70</sup>

Bustamante Alsina señala que lo ilícito es lo contrario a la ley, tomando el concepto de **antijuridicidad** como sinónimo de *ilicitud*, aunque aclara que puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de violación del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato<sup>71</sup>. Sostiene que el art. 1066 - del código de Vélez- particulariza el alcance del 1109 -del mismo cuerpo-, donde se sienta un principio general de responder por el hecho dañoso propio realizado con culpa. El art. 1109 encierra una *regla de conducta* que impone tácitamente el *deber de actuar* de tal manera que *no se cause daño* a los demás. Esta regla integra la otra, de no hacer lo que está expresamente prohibido<sup>72</sup>. Para el autor la **antijuridicidad** importaría toda violación a una prohibición legal, entre las que está el no dañar. De donde la **antijuridicidad** puede originarse sin daño.

Además, afirmó que: En nuestro ordenamiento -la ley civil velezana- no puede negarse que la ilicitud constituye un elemento del acto ilícito independientemente de la culpa, salvo en el caso del 1109; pues el art. 1066 del código civil así lo declara expresamente: ” *Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, sino fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código si no hubiera una disposición de la ley que la hubiese impuesto*”. La fuente -dice Bustamante Alsina- ha sido Freitas (art. 822 del Esbozo). Y Freitas se ha inspirado a su vez en el derecho

---

<sup>70</sup> ORGAZ, Alfredo, “El acto ilícito”, L.L., tº140, pág.1099.

<sup>71</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil” Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, nº 171 pág. 75

<sup>72</sup> BUSTAMANTE ALSINA, ob cit, nº 177 pág. 77

romano, donde no existía un principio general de responsabilidad, y donde los delitos eran expresamente determinados en la ley o en el edicto del pretor.<sup>73</sup>

Cazeaux y Trigo Represas escriben que la *antijuridicidad* se trata de un *proceder que infringe un deber jurídico* preestablecido en una norma o regla del derecho, y que *causa* daño a otro, *obligando por ello a su reparación* a quien resulte responsable en virtud de una *imputación o atribución legal* del perjuicio. El comportamiento humano que contraría al ordenamiento jurídico configura el *substratum* (lo que está debajo, lo que subyace o sirve de asiento) del hecho ilícito, y constituye a la vez el elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil<sup>74</sup>. Verdaderamente aquí, la definición de la *antijuridicidad* se vuelca de lleno en el molde de la responsabilidad.

En nuestros días, la Dra. Kemelmajer de Carlucci considera que la contrariedad con el ordenamiento jurídico que supone la *antijuridicidad* es un elemento objetivo. No teniendo ninguna influencia en ella, ni la imputabilidad ni la culpabilidad. Para que exista acto ilícito -explica la autora-, el Código Civil argentino requiere la existencia de los *tres elementos* necesarios para la configuración del acto voluntario. Sin embargo, agrega que aquí no se estudia el acto, sino uno de sus aspectos, que es la *contrariedad* con el orden normativo; contrariedad que es *independiente* de la voluntad del sujeto, que está fuera de él. Por eso es que se ha reservado para esta relación la palabra *antijuridicidad*, tratándose del carácter que presenta un obrar; requiriendo la configuración del acto ilícito como primer presupuesto la contrariedad objetiva del acto

---

<sup>73</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Teoría General de la Responsabilidad civil” pág.76/77 nº176, Ed Abeledo-Perrot, Bs.As. 1972

<sup>74</sup> CAZEAUX- TRIGO REPRESAS “Derecho de las obligaciones” Tomo IV 4º ed. aumentada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág 680

con la norma. De esta manera, sólo una concepción objetiva de la antijuridicidad permite llegar sin dificultad a la explicación de su unidad<sup>75</sup>.

El término *antijuridicidad* aparece aquí no calificando ni a una conducta intrínsecamente considerada, ni a un resultado; sino a un aspecto externo de la conducta: la contrariedad con el orden normativo, haciendo abstracción de la voluntariedad -discernimiento, intención y libertad- .

Para el código de Vélez los hechos eran voluntarios e involuntarios (897), y los voluntarios, lícitos o ilícitos (898). El art. 1066 sostenía “Ningún *acto voluntario* tendrá el carácter de ilícito...”. Estas disposiciones ofrecían cierta resistencia a la cabida en él de una antijuridicidad objetiva, es decir sin contabilizar la voluntariedad, pues la licitud o la ilicitud se predicaba justamente de ella (arts.900; 907; etc.).

Sin embargo el nuevo Código Civil y Comercial argentino, no aparece programando una rigidez tal, sino que por el contrario de lo normado en determinados artículos podría desprenderse válidamente la adopción de una *antijuridicidad* objetiva.

Así el art. 261, al mencionar el Acto involuntario, habla del acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido 10 años (inc.3º), pudiendo extraerse de ello que la ilicitud es independiente de la voluntariedad. A su vez el art. 1717 que define la *antijuridicidad* habla de *cualquier acción*, y no de la acción voluntaria.

Concluimos este repaso de definiciones doctrinales, con la que aporta el Profesor Compagnucci de Caso, quien expone con claridad que la antijuridicidad o ilicitud –que utiliza como sinónimos-, surge por la disconformidad entre el accionar humano y el ordenamiento jurídico pleno, ya que “*algunos actos pueden estar*

---

<sup>75</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Director Augusto C. Belluscio - Coordinador Eduardo A. Zannoni", 3º reimpresión, Tomo 5, pág 23 Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002

*prohibidos por una norma (no matar) y permitidos por otra (legítima defensa), y de ahí que no sería posible calificarlos como antijurídicos”<sup>76</sup>*

Compendiando este breve repaso doctrinal sobre el concepto de **antijuridicidad**, parece ir perfilándose una noción que encierra un juicio de desaprobación del ordenamiento jurídico tomado en su plenitud, sobre una acción - humana- en el sentido más amplio del término – voluntario o involuntaria, activa u omisiva -.

Pero ese carácter pleno del ordenamiento jurídico, para operar como cedazo de la acción, ha menester otro repaso.

---

<sup>76</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén “Manual de Obligaciones” Editorial Astrea Buenos Aires, 1997, pág 595

## § 6

### **La antijuridicidad en sus perspectivas formal y material.**

Ya definida la antijuridicidad, pasemos a analizarla desde sus diversas perspectivas, a fin de enriquecer el concepto.

Comenzamos por decir que tanto los enunciados legales que adoptó Vélez en el Código Civil para referirse a la *antijuridicidad*, como la seguida por los demás códigos extranjeros<sup>77</sup>, condujeron a interpretaciones sobre el alcance de las prohibiciones a las que se refiere la noción.

Es que *prima facie*, de los diversos textos parecía desprenderse que un acto solamente podía estar vedado –y por ende aparecer como antijurídico- cuando dicha prohibición estuviera *específica o particularmente* prevista en una norma positiva de las que cita el codificador en el texto del artículo 1066:

“Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere *expresamente prohibido* por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, *si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*”

En nuestro derecho, se sostuvo que el texto del art. 1066 resultaba estrecho, puesto que existen muchas otras disposiciones prohibitivas emanadas de autoridad

---

<sup>77</sup> Cód. alemán (art. 823); suizo de las obligaciones (art.41; italiano (art.2043); portugués (art.843) y mejicano (art.1910); códigos que mencionan el carácter antijurídico o ilícito del acto, diferenciado de la culpa según ORGAZ; pero con expresas divergencias, entre ellas las de BUSTAMANTE ALSINA en “Teoría General de la Responsabilidad”, pág. 76, números 173 y 174.

competente, que son leyes en sentido material, y cuya obligatoriedad determina que igualmente habrá de ser ilícito el acto que las contravenga<sup>78</sup>.

Pero además un concepto tipificado o formal de la antijuridicidad como el emergente de la norma – y característico del derecho penal- no resultaba útil ni suficiente en el campo de la responsabilidad civil.

Enseguida la doctrina dio a la cuestión, una inteligencia funcional a la reparación del daño, adoptando la distinción de dos nociones: la de *antijuridicidad formal* y la de *antijuridicidad material*.

Así, se identificó a la *antijuridicidad formal* con la “ilegalidad”, esto es cuando es imprescindible que una norma califique el acto como expresamente prohibido<sup>79</sup>. La antijuridicidad formal, supone que una acción es antijurídica sólo y porque es contraria a una expresa prohibición jurídica de hacer u omitir<sup>80</sup>. Pero en el ámbito de la responsabilidad civil dicho concepto de *antijuridicidad* resultaba insuficiente; estrechaba la posibilidad resarcitoria al exigir la expresa prohibición del hecho dañoso.

Se contraponen a dicha concepción, la tesis de la *antijuridicidad material*.

Esta corriente fue iniciada por el francés Sourdat<sup>81</sup>. En su tratado general de la responsabilidad, el autor escribe que “*podemos decir, sin dudas, de una manera*

---

<sup>78</sup> SEGOVIA, “el Código Civil de la República Argentina”, citado por CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob cit pág 681 nota 6.

<sup>79</sup> MOSSET ITURRASPE, José “Responsabilidad por daños”, Tomo I Parte General, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág 59

<sup>80</sup> NUÑEZ, Ricardo “Conceptos fundamentales acerca de la antijuridicidad” en Revista Jurisprudencial de Córdoba, 1942, año 3 nº 10 p 205, citado en MOSSET ITURRASPE, ob cit pág 60.

<sup>81</sup> SOURDAT, M.A., “Traité général de la responsabilité ou de l’action en dommages-inérêts en dehors des contrats”, Sixième édition, Ed Marchal et Billard, Paris, 1911, nº 440 y siguientes. La traducción es asumida por la autora del trabajo.

*general, que, bajo una legislación como la nuestra (...), todo aquello que no está prohibido por la ley, está permitido, y no puede ser impedido (...). Esta proposición es justa desde el punto de vista del derecho criminal. Pero, en nuestra opinión, no lo es desde ya desde el punto de vista del derecho civil*". Afirma seguidamente que es cierto que ante el silencio de la ley ninguna pena puede aplicarse, y que frente a estos casos los tribunales no cuentan, como en otras épocas, con un poder discrecional y arbitrario. Pero si bien la ley ha podido prever todos los atentados al orden social que por su gravedad merecen una represión, ella no ha podido prever igualmente todos los actos perjudiciales para los particulares, ni medir de antemano el daño que de ellos resultaría ni su reparación.

Existen entonces hechos que la ley no prohíbe en términos expesos, y que son sin embargo ilícitos. Así, el autor galo sostiene que la fórmula que establece que *"todo lo que no está prohibido está permitido"* no resuelve la problemática de la responsabilidad civil; exponiendo que *todo hecho del hombre que cause a otro un daño obliga a aquel de quien emana, a repararlo, cuando no ha nacido de un derecho reconocido por la ley, o cuando resulte de un modo particular de ejercer su derecho, que no ha tenido utilidad para su autor, o que hubiera podido ser evitado*<sup>82</sup>.

De este modo, y en los términos enunciados por esta doctrina, la tesis de la **antijuridicidad material** venía a proclamar que la infracción al deber jurídico no existe solamente en los supuestos expresamente previstos en la norma positiva – antijuridicidad formal o ilegalidad-, sino que se configurará siempre que se *ejecute un hecho que, con culpa o imprudencia de su autor, ocasione un daño a otro*; pudiendo decirse entonces que el deber jurídico violado es el *"alterum non laedere"*, un deber de comportarse y actuar en sociedad, atendiendo a una debida diligencia, de forma tal de no causar un perjuicio a otro. Se salía así del infecundo concepto de la ilegalidad o

---

<sup>82</sup> Allí también se asoma la teoría del abuso del derecho, que el autor continúa tratando en su obra, la cual está íntimamente ligada con el concepto de lo ilícito.

antijuridicidad formal, para arribar a un término más conveniente a la responsabilidad civil, el de **antijuridicidad material**; pero eso sí, a costa de definirla a expensas del *daño* causado *culpablemente*. La solución en apariencia jurídicamente beneficiosa, no era –creemos- epistemológicamente concluyente.

En nuestra doctrina, Jorge H. Alterini ha señalado que: "*la noción de antijurídico no queda confinada a la violación de una norma legal determinada, ...sino que se configura cada vez que es violado el Derecho concebido en su totalidad y representado por sus normas legales y aun consuetudinarias, y poniendo el acento también en los principios que inspiran al Ordenamiento Jurídico Positivo e incluso en los que lo trascienden pero que se sustentan en la Justicia, con su descenso al mundo de lo concreto según el módulo de la equidad*"<sup>83</sup>.

Esta caracterización, en la medida que mantiene la idea de **antijuridicidad material** en el plano del cotejo del hecho con el Derecho -esto es, sin vaciarla en el molde del *daño* o la *culpa*, y sin confinarla a la *acción voluntaria*-, aparece más límpida y funcional en términos dogmáticos, además de consistente en términos normativos.

Sin perjuicio de su que, en su afán abarcativo, se emancipa de lo jurídico al referirla a principios que trascienden el ordenamiento y que dice sustentados en la *Justicia*, noción cuya raíz y propósito de su uso, son -como los del disco de Phaistos- desconocidos.

Mosset Iturraspe, el elocuente jurista, escribe: "*la acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al Derecho. Esta "materia" no está fuera del Derecho, no es extranormativa, sino dentro del mismo, inspirando y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia,*

---

<sup>83</sup> ALTERINI, Jorge Horacio "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda época, Año LVIII, N ° 51, 2013, p. 301, nº XI.

*desprendidas de los principios que sostienen el orden público —políticos, económicos y sociales- y la moral y las buenas costumbres*"<sup>84</sup>. La enunciación además de pulida, es exhaustiva, acabada.

No por su dificultad, sino por su riqueza, creemos conveniente una paráfrasis a dicho texto:

La **antijuridicidad** sería así un modo de ser de la acción que se levanta contra la materia que inspira y funda los preceptos imperativos superiores. La acción antijurídica si se quiere, viola un algo anterior a cualquier deber mismo expresado en la norma, incluso el de no dañar. La **antijuridicidad** atenta contra prohibiciones implicadas, en las reglas del Orden Público, la moral y las buenas costumbres, prohibiciones intrínsecas del sistema jurídico, es un alzamiento contra *la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa*, que se desprenden de ellas; y que ni siquiera necesitan estar desglosadas en un precepto expreso.

Este pronunciamiento doctrinario lleva el análisis de la **antijuridicidad** a un cotejo de la acción con las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas desprendidas de los principios del orden público, la moral y las buenas costumbres, como las que se infieren de esos fundamentos, sin estar previstas normativamente y a los que se deberá arribar mediante un adecuado juicio valorativo.

Este juicio no puede fugarse del ordenamiento legal, pues su "*materia*" -al decir de Mosset-, *no está fuera del Derecho, no es extranormativa*; y deberá poner en juego una lógica valorativa *intrínseca* al sistema legal, en el que no habrá lugar para una discrecionalidad desertora del mismo. La operativa mental de la que resulte el juicio sobre la **antijuridicidad**, deberá observar las pautas hermenéuticas apropiadas para la salvaguarda del ordenamiento jurídico.

---

<sup>84</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental", Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario, Nro. 16 (Abuso del derecho), pág. 153

§ 7

**Otras perspectivas**

Fuera de las consideradas en el título anterior, se ha dado a la *antijuridicidad* otros desarrollos, algunos de los cuales ya hemos adelantado.

Veamos sólo aquellos que, por sus implicancias en lo que hace al objeto del presente trabajo, son dignos de mención y reflexión:

a. Antijuridicidad subjetiva y objetiva

Así, se ha calificado a la **antijuridicidad** de *subjetiva* u *objetiva*.

Los que alientan su carácter *subjetivo*, afirman que lo “antijurídico” sólo puede encontrarse en la voluntariedad del agente, porque “*siendo el derecho un conjunto de imperativos dirigidos a hombres capaces de comprenderlos y obedecerlos, sólo esos hombres capaces pueden oponerse a él, mediante un acto de insubordinación o desobediencia*”<sup>85</sup>.

Por el contrario los que destacan su índole *objetiva*, atienden exclusivamente al hecho que contraría el ordenamiento jurídico, aislado de todo tipo de voluntariedad, y así prescindir de cualquier referencia a la culpabilidad del autor. Podría decirse entonces que un inimputable, un ser privado de razón, puede obrar antijurídicamente. En fin, la ilicitud de un acto es juzgada prescindiendo de la condición anímica del sujeto actuante, con lo que es suficiente que exista violación al derecho.

Este criterio objetivo, se ha dicho, es el que distingue adecuadamente lo antijurídico de lo culpable, despersonalizando la antijuridicidad<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> NUÑEZ, Ricardo, ob cit en nota 43

<sup>86</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge ob cit, pág 63

Esta noción responde a la necesidad de concebir idealmente el fenómeno de la conducta de una persona, que se encuentra en oposición con los mandatos legales. En este entendimiento, la culpabilidad del autor es indiferente, y cobrará relevancia recién al momento de discernir su responsabilidad.

Teniendo en cuenta que la calificación de antijurídico desde la perspectiva legal, sólo se podrá predicar respecto de lo que pueda considerarse "acción humana" (arts. 260, 261 y ccdtes. del CCCA); es menester tratar de evitar, que el concepto de **antijuridicidad** se vacíe integralmente en el molde de la *culpa*.

Pues así como se ha dicho, que podría quedar vertida en la horma del daño, si afirmamos que la **antijuridicidad** es la violación del *deber de dañar*; también llenamos por completo el cuño de la culpa, si decimos que es la violación del *deber de observar la diligencia media*. Pero claro, en este caso, volvemos a echar mano de la imputabilidad –o al menos de la existencia de un mínimo de voluntariedad- en el agente.

Respecto de este debate, adelantamos, estamos de acuerdo con Isidoro Goldenberg cuando explica que puede admitirse la existencia de ilicitud aunque no haya voluntad, pues la punibilidad es sólo una de las consecuencias posibles de la antijuridicidad, pero no un elemento estructural de la misma<sup>87</sup>.

#### b. Antijuridicidad por acción o por omisión

Se habla también de actos antijurídicos *positivos* o *negativos*; o dicho de otra forma, antijuridicidad por comisión y por omisión. Pero esta es solo una clasificación respecto de la modalidad del acontecer de la **antijuridicidad**, destacando que la misma puede asumir estas dos formas.

El código de Vélez trataba la *omisión* en el art. 1074 del Capítulo 1. De los delitos. Y con relación al perjuicio causado; estableciendo que será responsable toda

---

<sup>87</sup> GOLDENBERG. Isidoro H. , ob cit

persona que por cualquier *omisión* hubiese ocasionado un perjuicio a otro, solamente cuando una disposición de la ley la impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. También lo hace el Código Civil y Comercial del que nos ocuparemos más adelante.

Anotemos de paso, que la doctrina argentina se dividió al tratar la cuestión de la *antijuridicidad por omisión*: Para un sector es antijurídica la omisión que viola el deber legal de obrar impuesto formal o expresamente (Salvat, Machado); mientras que para otro alcanza con un deber implícitamente reconocido en la obligación general que se tiene de obrar con prudencia para no dañar a otro (Llerena, Aguiar, Quinteros, Colombo)<sup>88</sup>. Nuevamente, esta división nos asoma a los conceptos de antijuridicidad formal y material, con los cuales puede conjugarse.

Cabe agregar también que, a efectos de dirimir las *omisiones* antijurídicas, hay doctrina que apela al abuso del derecho, estableciendo que la omisión ilícita es la abusiva, la que se aparta de la moral social, de los fines del Derecho o de la buena fe impuesta en la vida de relación<sup>89</sup>.

Alberto Bueres, considera que: “*con prescindencia de toda noción de culpa cuando se causa un daño mediante una omisión abusiva, habrá conducta antijurídica que responsabilizará al autor de ese acto negativo en virtud del criterio legal de imputación abuso del derecho*” concluyendo en que , en los actos de omisión puros, la *antijuridicidad* genérica descansa en diversas normas contemplatorias del no dañar al otro, a despecho de que ese daño se cargue a la cuenta del autor por culpa, abuso del derecho, etcétera<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Todos los autores se hallan referidos en MOSSET ITURRASPE, ob cit, pág 65

<sup>89</sup> “Responsabilidad por el hecho ilícito negativo” JA 70-16 Y SS

<sup>90</sup> BUERES, “El daño injusto...” en ob cit, pág. 157

En fin, parece apreciarse que desde este enfoque modal de la *antijuridicidad* -por omisión o comisión- no se aportan, al menos por ahora, nuevos elementos para aclarar cabalmente la idea.

Veremos más adelante que la antijuridicidad por omisión adquiere una notable relevancia en lo que hace al fundamento de la función preventiva de la responsabilidad civil, rol recientemente reconocido a la institución de manera genérica en nuestro Código Civil y Comercial.

§ 8

**La Antijuridicidad en el Código Civil y Comercial**

La ley 26.994, sancionada en el año 2014, estableció el nuevo Código Civil y Comercial de la nación, que entró en vigencia el 1 de Agosto de 2015. El régimen de "Responsabilidad Civil" se encuentra regulado en el Libro Tercero, Título V "Otras fuentes de las obligaciones", Capítulo 1º "Responsabilidad Civil".

El nuevo Código opera con cuatro elementos, que suelen ser los mismos que emplea la doctrina vernácula clásica para armar el dispositivo de la responsabilidad: La antijuridicidad – arts. 1716-1717-; los factores de atribución – arts. 1721-1724; la relación de causalidad –art. 1726 –; y el daño – art. 1737-.

En lo que nos ocupa, la cuestión de la *antijuridicidad*, aparece en primera referencia vinculado al sistema resarcitorio en el art. 1716, el que dispone: "*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*"

La letra de la norma instituye la violación del *deber de no dañar* al otro, como una condición para el nacimiento del deber de reparar; junto -claro está- a la concurrencia de los demás requisitos que exige la ley, pues el artículo declara que tendrá lugar la reparación del daño causado *conforme con las disposiciones del Código*.

La violación del *deber de no dañar*, es la transgresión de un *deber genérico* - el *alterum nom laedere* o *naeminen laedere* -, de un mandato general; es una de las tantas prohibiciones implicadas y que se desprenden de las reglas del Orden Público, la moral y las buenas costumbres. Considerado literalmente, resulta harto insuficiente para fijar en su connotación, la compleja y rica idea de la *antijuridicidad*.

Más aun, dicha fórmula es un fácil e inadecuado expediente para vaciar la *antijuridicidad* en el molde del daño. O hacer de ellos, términos interdefinibles, y perder la posibilidad de ajustar epistemológicamente los conceptos de los presupuestos de la responsabilidad civil. Ya nos ocuparemos de este análisis.

Tal como lo enuncia el artículo reproducido, la violación del deber de no dañar se extiende al incumplimiento obligacional, quedando a este respecto definitivamente unificadas las áreas de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Pero luego, el Código Civil y Comercial -contra la sabia advertencia de Vélez en la nota al art. 499 de su insuperable labor-, entra en planos de definiciones y caracteriza la *antijuridicidad* y el daño.

La propuesta que porta parece ponernos en una encerrona: Esencialmente, el art. 1717 define la **Antijuridicidad** como *la acción que causa un daño injustificado*<sup>91</sup>. Y el art. 1737 define esencialmente al **Daño** como: *la lesión a un derecho o a un interés*.

Leyendo bien el concepto definido en el art. 1717, se advierte entonces que para la ley civil la *antijuridicidad* radica en *la acción que causa un daño injustificado*. No es la acción que causa un daño a secas, sino que requiere la circunstancia de que el daño no se halle justificado. *La acción que causa un daño es antijurídica, si no está justificada* dice la norma.

En consecuencia, dentro de la ley vigente, el sistema se complementa con lo establecido por el 1718, que regula las llamadas causales de justificación: " *Ejercicio regular de un derecho, Legítima defensa y Estado de necesidad. Está justificado el*

---

<sup>91</sup> En este aspecto, continuó la línea del proyecto de reforma de la Comisión Federal de 1993, que en el artículo 1066 prescribía que "Todo acto positivo o negativo que causa un daño es antijurídico si no se encuentra justificado". El 1588 del Proyecto de 1998, con menos cuidado aun expresaba: "Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o aun interés que no sea contrario a la ley, sino está justificado".

*hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se haya justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo”.*

Si la acción dañosa es el resultado, verbigracia, del *ejercicio regular de un derecho*, habrá daño pero no **antijuridicidad**. Lo mismo vale para la *legítima defensa*, el *estado de necesidad*, e inclusive y en rigor, para todo perjuicio alcanzado por una *causal exonerativa* de responsabilidad.

En primer término, la **antijuridicidad** se predica pues, de la conducta o de cualquier acción humana: es la forma de calificación de la acción; puesto que si está justificada – causas de justificación o exonerativas–, aunque sea dañosa, la ausencia de **antijuridicidad**, no la tornaría relevante a los fines de la responsabilidad civil.

La acción que causa un daño no sería *per se* antijurídica. Lo será si es que no está justificada, si la ley no la recepta como independizada de censura. De modo que la antijuridicidad a los fines de la responsabilidad civil es el *obrar nocivo no justificado*. Por lo tanto la vulneración a la ley es un *rasgo esencial* de la **antijuridicidad**. Y el otro *rasgo esencial* que incorpora la norma en su definición, el daño; *¿qué es?*

Hete aquí el problema. Si acatamos la definición del art. 1737 del Código Civil y Comercial, la solución se estrangula: El art. 1737 define al **Daño** como: *la lesión a un derecho o a un interés*.

Primera cuestión: Referir la *lesión*, a un derecho o un interés, solo es inteligible interpretándolo en el sentido de una vulneración, transgresión, conculcación. El término *lesión* (del latín *laesio*) remite a un *golpe*, una *herida*, un *daño*, un *perjuicio* o *detrimento*. No parece apropiado para predicarla de un derecho; los derechos, los intereses, no se lesionan decía Cifuentes; más bien se transgreden, se violan, se conculcan. Lo que se lesionan son los bienes materiales o morales<sup>92</sup>. La redacción de la norma no ha sido cuidadosa.

Ahora bien, si el Daño es *la lesión a un derecho o a un interés*, se está diciendo que el daño es la violación del orden jurídico, y se identifica su noción con la de *antijuridicidad*. El Código Civil y Comercial, en trance de definir el daño parece haber definido el concepto de *antijuridicidad*.

Entonces: Si la *antijuridicidad* radica en *la acción que causa un daño injustificado* (art.1717); y el daño es *la lesión a un derecho* (art. 1737), - supuestamente injustificado-; ergo la *antijuridicidad* es *la lesión injustificada a un derecho*. En la *antijuridicidad* está el daño y el daño en la antijuridicidad. Algo así como una *petitio principii*, como una especie de razonamiento circular, no informativo y por ende sumamente problemático. En ambos casos se está hablando de lo mismo (*petere id quod demonstrandum in principio propositum est*,). En toda definición, lo que se da en el predicado debe ser más claro que lo que se quiere definir. La falacia consiste en que ambas proposiciones se justifican una a la otra.

La circularidad es evidente; en las definiciones del Código Civil y Comercial argentino: *antijuridicidad* y daño aparecen como sinónimos o cuasi-sinónimos lo que, el empleo de una de ellas para definir la otra produce una falacia de definición.

---

<sup>92</sup> SANTOS CIFUENTES, "El Daño Moral y la Persona Jurídica" pág. 400 y sgtes. en "Derecho de Daños" homenaje a Mosset Iturraspe, Ed La Rocca, Buenos Aires, 1989.

La forma más simple de la definición importa una hiperonimia; recurriendo para ello a los términos englobalizadores de género y especie. Indicando el género y señalando sus rasgos específicos dentro del mismo.

- a. La antijuridicidad es una *acción* –género-, que causa un *daño injustificado* –notas específicas-. En consecuencia el daño justificado o la acción no dañosa no son **antijuridicidad**.
- b. El daño es la *lesión* –género-, *a un derecho o interés* -nota específica-. Luego, la lesión que no recae sobre derecho o interés alguno no es daño.

Ergo: La **antijuridicidad** es una *acción* lesiva de un derecho o interés, no justificada; una lesión que causa antijuridicidad.

Con esta construcción no se puede ir más lejos, salvo claro está, que se prescinda de la definición de daño proveída por el legislador en el art. 1737 del Código Civil y Comercial.

§ 9

**Interrogantes que plantea la definición en las leyes, y los que emergen de la redacción del Código Civil y Comercial.**

Son varias y serias las cuestiones que plantea el tema de la definición en un cuerpo legal y en particular, las adoptadas en el Código Civil y Comercial argentino. Algo hemos anticipado en el acápite anterior. Vamos a verlas:

**a.** La primera de las cuestiones es el asunto de la definición en la ley. ¿Es del orden de la ley la definición? Y si caben las definiciones legales ¿Cuál es su naturaleza y función?

Vélez ya había manifestado al respecto que, en la redacción de su Código, optaba por abstenerse de definir porque, como dice Freitas, *“las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues, mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta (...). La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley (...)”*<sup>93</sup>

Creemos que el pensamiento esbozado en la célebre nota de Dalmacio Vélez Sarsfield no puede ser más acertado. Con ello –adelantamos-, resulta a nuestros ojos criticable –por no conveniente ni útil- la definición dentro del texto legal actual del Código Civil y Comercial.

Pero continuemos:

**b.** La segunda cuestión es la siguiente:

---

<sup>93</sup> Código Civil Argentino según ley 340, nota al Art. 495

El nuevo régimen establecido por el Código Civil y Comercial reconoce una triple función a la responsabilidad civil: preventiva; resarcitoria y punitiva<sup>94</sup>; estableciendo luego una regulación detallada y diferenciada para la función preventiva y para la resarcitoria.

Lo primero que surge de la definición del Código Civil y Comercial, es que la *antijuridicidad* aparece como un elemento de la responsabilidad civil en la función *resarcitoria*, apareciendo como claramente excluida como nota de la responsabilidad, en las funciones *preventiva* y *punitiva*. Veremos luego que ello no es así.

Si se habla de *antijuridicidad* por cualquier *acción u omisión que causa un daño* o de la *violación del deber de no dañar* (1717 y 1716), en cualquier supuesto anterior a la causación del daño - o a la violación del deber de no dañar - no hay *antijuridicidad*; así como tampoco cuando se multa, o se castiga en miras a disuadir una conducta futura peligrosa –o de persistir en una presente- (condenaciones pecuniarias, arts. 1714 y 1715 del Código Civil y Comercial).

Las definiciones de *antijuridicidad* que provee el código no dan cuenta de ningún momento de ilicitud previo al daño. Más aún, éste elemento – el daño– califica, según los artículos mencionados, la acción como antijurídica. Tal es la palabra de la norma; y la interpretación de la ley debe comenzar por sus palabras; así lo estipulaba el art. 16 del código de Vélez y lo reedita el art. 2º del CCC. Dice el brocardo: cuando la

---

<sup>94</sup> Así lo hemos sostenido en nuestro artículo “Código Civil y Comercial de la Nación: Diez puntos en Responsabilidad” en <https://bit.ly/2yhcbk4> , punto 2, por considerar que la función punitiva puede entenderse como implícitamente admitida, teniendo en cuenta el texto finalmente promulgado del Art. 1714 que, bajo el título de “*punicción excesiva*”, permite al juez reducir el monto de las condenaciones pecuniarias (...) civiles. Entendemos que ello no puede sino referirse al daño punitivo, y con ello, si el juez puede reducir las o computarlas, no será otro que el juez quien puede aplicarlas, o si no: ¿cuál podría ser la fuente de esas condenaciones que pueden ser reducidas?

letra de la ley es clara, no hay lugar a interpretación alguna - *In claris non fit interpretatio* -; y las Cortes lo enuncian con frecuencia<sup>95</sup>.

No debe entenderse de lo expuesto que se está haciendo un juicio especial sobre la falta de inclusión de la **antijuridicidad** en los roles preventivo o punitivo de la responsabilidad; la cuestión se verá más adelante al tratar en lo específico la *prevención* o la *punición*.

Pero es lógico preguntarse ¿cómo la ley puede ordenar una determinada conducta preventiva, si no hay una situación de amenaza – y por tanto antijurídica – a los bienes que tutela el ordenamiento jurídico?

Baste por ahora señalar que la definición legal de **antijuridicidad** que analizamos, no solo dada, sino duplicada en el nuevo código; no comprende la situación de peligro o riesgo en que se enmarca la función preventiva ni punitiva. ¿Será innecesario un momento de **antijuridicidad** en la programada función preventiva? ¿Puede el ordenamiento jurídico imponer el deber de actuar sin considerar que el mantenimiento de la situación que se intenta conjugar atenta contra el derecho? Se verá.

Algunos autores al preguntarse qué tipo de **antijuridicidad** ha consagrado el nuevo texto afirman, sin mayores desarrollos, que consagra una antijuridicidad *objetiva* y *material*<sup>96</sup>. Ello, en cotejo con lo dispuesto en el Código de Vélez Sarsfield, en el que,

---

<sup>95</sup> “La primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contemplado por la norma.” (SCBA B 61265 RSD-43-17 S del 10/05/2017 in re “Porrez, Héctor Enrique c/ Provincia de Buenos Aires (Honorable Tribunal de Cuentas) s/ Demanda contencioso administrativa”, entre muchos otros.

<sup>96</sup> PICASSO, Sebastián, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 666: "Siguiendo estas últimas tendencias -así como la interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- el Proyecto consagra una antijuridicidad objetiva y material. El artículo 1717 dice que es antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo

como surgía de los artículos 1066 y 1067, la antijuridicidad era –al menos a primera vista- formal y subjetiva. La aseveración no aparece estrictamente consistente. Las disposiciones de la nueva ley civil y comercial, no definen a la antijuridicidad como la violación al orden jurídico tomado en su plenitud, o considerado como un todo, o la contradicción de un hecho con el plexo normativo apreciado en su totalidad, etc., como ha sido definida por la doctrina citada en el acápite anterior.

Nada de esto. El artículo 1717 habla de acción, y la acción contemplada en el código es la acción humana (arts. 260, 261); y dice que es antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño, si no está justificada. No hallamos allí con categoricidad - aunque pueda desprenderse de otros preceptos que hemos mencionados- la posibilidad de afirmar que se ha dado una definición de antijuridicidad en principio objetiva y material.

Claro que convenimos en que la *antijuridicidad* que deba extraerse del CCCA deberá ser objetiva y material, pero no por lo que surge de la letra de las normas que la definen.

El art. 1716 menciona la violación del *deber de no dañar* como condición de la reparación. Pero en sí mismo -lo adelantamos- ese mero deber genérico es harto insuficiente para fijar en su connotación, la compleja y rica idea de la *antijuridicidad*. Sabido es que está prohibido dañar; que dicha prohibición -ya lo hemos señalado- es una de las tantas prohibiciones genéricas, uno de los tantos mandatos generales; una de

---

que sucede en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida"; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 38: "A diferencia de su antecesor art. 1066 del Código de Vélez, el nuevo art. 1717 se inclina de manera manifiesta por la llamada antijuridicidad material, según la cual la simple violación del *neminem laedere* implica ilicitud, salvo que la conducta o el perjuicio se encuentren justificados. La nueva norma se inscribe en los postulados que viene sosteniendo la CSJN en diversos pronunciamientos, según los cuales el *alterum non laedere* tiene jerarquía constitucional"; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código", LA LEY del 14/10/2015, 1.

las tantas prohibiciones o deberes implicados; pero no debe venir *justificado* por la ley o por alguna causa exonerativa que ella disponga; pues el perjuicio causado obrando en ejercicio de un derecho u observando una diligencia razonable, etc. no dará lugar a la reparación.

c. La tercera cuestión que se suscita dentro de nuestra actual ley civil, es la relación entre antijuridicidad y daño:

Pareciera, según las palabras del código, siempre que exista un daño habrá *antijuridicidad* en la conducta que lo causó, excepto que se encuentre justificada por alguna de las causales que ¿taxativamente? prevé el art. 1718.

Ahora bien, decir que una acción que causa un daño es antijurídica sino está justificada, y afirmar tras cartón que está justificada si la acción daña en ejercicio regular de un derecho; es una enunciación retóricamente tautológica, -ταυτολογία-, estamos diciendo lo mismo, es algo obvio, redundante, que no avanza. La definición no presenta salida a su propia lógica interna, no aporta información alguna. Es una reiteración del pensamiento mediante el empleo de términos similares, la fórmula del código está diciendo que algo (la acción dañosa) es antijurídica si no es jurídica.

Ya que la ley ha entrado en definiciones, vale recordar que hay para esta actividad reglas básicas. Estas reglas en general indican que: lo definido (*definiendum*) sea ubicado por el definidor (*definiens*) y éste debe ser más claro que aquel; y que debe referirse al todo y no a una parte de aquél, porque el género precede a la especie; y que debe revelar su esencia. La definición deberá contar de términos anteriores y más conocidos que lo definido. Y además el término *definiendum* no debe entrar en el *definiens*. En síntesis, y en general, se dice que la verdadera definición debe revelar la causa de por qué una cosa es lo que es.

En los términos del código, claramente la *antijuridicidad* es el *definiendum* y la acción que causa un daño no justificado el *definiens*.

Ahora bien, sin dudas que la *antijuridicidad* consiste en un tipo de acción. Pero ¿ese tipo de acción en lo que consiste la *antijuridicidad* es la dañosa? Claro que no: Primero porque hay acción u omisión dañosa que no es antijurídica por estar justificada. Y segundo porque hay acciones antijurídicas que no son dañosas en el campo de la responsabilidad civil. Entonces ¿cuándo una acción es antijurídica? Cuando no está justificada, pues no es obrada en ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa propia o de terceros, o en estado de necesidad (art. 1718 del CCC).

Siendo equivalente a decir que la acción es antijurídica cuando infringe las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas desprendidas de los principios del orden público, la moral y las buenas costumbres, como las que se infieren de esos fundamentos sin estar previstas normativamente.

El elemento daño en el *definiens* de la *antijuridicidad* es -como adelantamos- incorrecto; no es una nota esencial. En todo caso lo será para definir la responsabilidad civil.

Y ello es así no obstante que el *deber genérico de no dañar* integra, junto con otros tantos deberes y prohibiciones implicados y desprendidos del orden público, la moral y las buenas costumbres, el ordenamiento jurídico con el cual se contrastará la acción. Sea ésta acción dañosa, riesgosa o peligrosa.

Y desde esta alternativa de definición, la acción antijurídica no podrá ser otra que la humana (art. 260, 261 y ccdtes.), la llevada adelante por un obrar humano voluntario o involuntario; que entrará en cotejo con el ámbito de lo infringible o de lo justificable. Siendo éste un cotejo claramente objetivo por no intervenir en este momento análisis alguno respecto de las condiciones subjetivas que entrarán en juego al compulsar los factores de la culpabilidad. Ya vendrá pues el reproche jurídico personalizado cuando le sea exigible al agente un comportamiento distinto conforme a

derecho en la situación en que actuó. La imputabilidad de segundo grado en términos de Llambías<sup>97</sup>.

En síntesis, la definición se orienta a un cariz objetivo y material, en tanto lo subjetivo y formal que claramente caracterizaba la concepción velezana en las definiciones de los arts. 1066 y 1067 y concordantes de su Codex, queda dispensada desde la nueva perspectiva de la ley civil.

Volveremos sobre el punto en el acápite siguiente, al tratar acerca de la **antijuridicidad** como predicado del resultado o de la acción.

---

<sup>97</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones" 6ª Edición Tomo I pág. 163, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005

§ 10

Otros planteos:

**a. ¿Antijuridicidad en la acción o en el resultado?**

**b. ¿Prescendencia del requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil?**

**c. La antijuridicidad en la función preventiva**

**d. Antijuridicidad y factores objetivos de atribución de la responsabilidad**

a. Alguna doctrina también se ha planteado la siguiente cuestión: Que es lo que adjetiva la antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*), ¿la acción o el resultado de la acción?

Y este es uno de los interrogantes que más se ha generado en torno al concepto, y que guarda estrecha relación con la cuestión que trajimos a análisis en el acápite anterior, sobre antijuridicidad y daño. Al punto de que puede analizarse prácticamente bajo los mismos razonamientos.

Pero vamos –¿nuevamente?- a verlo y eventualmente, a ampliarlo:

La ley civil argentina siempre calificó con ilicitud o *antijuridicidad* a la acción, a la conducta. Esta ley, -en el lenguaje de Vélez-, descargaba la calificación sobre hechos *voluntarios* (art.898).

Hoy -lo hemos adelantado- la norma del art. 261 CCCA parece abrir la posibilidad de hablar inclusive de hecho humano involuntario y descargar sobre el mismo el calificativo de ilícito.

En lo específico, el art.1717 CCCA habla de cualquier *acción* u *omisión*, y el art 1718 habla del *hecho justificado*. Sin dudas la ley civil vigente señala a la *acción* u *omisión* - cualquiera sea-, para adjetivarla de antijurídica. Así las cosas, la antijuridicidad es una predicación adjetiva de la acción.

Puede decirse que la *antijuridicidad* indica una *acción* que se exterioriza, que se manifiesta, y que impacta negativamente en el ordenamiento jurídico. Y si con ello o junto a ello -la infracción al ordenamiento-, opera también un cambio en el mundo exterior produciendo un resultado determinado: v.g. originando un peligro, amenazando o dañando, puede mediante el concurso de los factores atributivos dar lugar a responsabilidad.

Claro que junto con el resultado lesivo del orden jurídico, puede ocurrir el resultado dañoso. El efecto de una acción puede revestirse de ilícita, y originar también un daño.

El término resultado está formado a partir del participio del verbo resultar, que proviene del latín *resultare* (saltar hacia atrás, ser devuelto, etc.), y desde ese lugar, el resultado integra la acción. Cuando hablamos de resultado no hacemos referencia sino a la consecuencia o al efecto de la acción. Y si esa consecuencia es reputada sólo desde la trasgresión del ordenamiento, entonces hemos recalado en la antijuridicidad. Ahora, si la consideramos por su carácter *infractor* y su *nocividad*, recalaremos en la responsabilidad, en el deber de reparar el daño, pero tal como lo expresa el art. 1716, “*conforme a las disposiciones de este código*”.

Entonces, el resultado de la acción en tanto *antijuridicidad* es la violación del Derecho en los términos en que antes ha quedado explicitado; o sea, de deberes y prohibiciones explícitas o implícitos y desprendidos del orden público, etc. Y allí finca el desvalor del resultado de la acción; en su calificación como ilícita.

Pero el resultado de la acción antijurídica como dañosa se vincula con la responsabilidad. El daño, como elemento distintivo de la responsabilidad civil hace a la reparabilidad de la conducta antijurídica. El daño no califica la acción, pues ésta ya está calificada por su contrariedad con el ordenamiento; el daño -otra consecuencia eventualmente sumada a la violatoria de las normas- presupuesta el nacimiento de un posible deber de reparar. Hablar de daño injusto es entonces –creemos- una metonimia

por su relación de contigüidad temporal con la acción injusta o antijurídica. Es un “nombrar allende” (μετ-ονομαζειν). Designar por el efecto -el daño- a una acción antijurídica –la causa-.

Sin embargo, se han planteado diferentes posturas acerca de a qué elemento de la responsabilidad civil se puede/debe adjetivar como “antijurídico”.

En nuestro país, Bueres analiza la cuestión de manera detallada<sup>98</sup>.

El autor comienza explicando que la acción contradice el derecho objetivo, que en el ámbito de la responsabilidad civil es una infracción al *alterum non laedere*. Con ello, se afectan al mismo tiempo intereses humanos jurídicos, es decir, derechos subjetivos. Y que la problemática acerca del desvalor de la acción o del resultado – continúa- fue examinada y discutida principalmente en el ámbito de la doctrina penal.

Para las doctrinas catalogadas como *finalistas* del derecho penal que defienden el añejo principio de que, en las malas acciones -en el dolo directo- decide la voluntad, *el desvalor debe ser predicado desde el punto de vista de la acción*. El resultado es un dato que permanece relegado a otro ámbito, como por ejemplo, el de la *punibilidad*. En fin, el *desvalor de la acción* es el desvalor de la intención, y ello colma el contenido de la antijuridicidad. De esta forma, tanto el delito consumado como las tentativas merecen pena.

Por el contrario, los llamados *causalistas* postulan una concepción objetiva de la antijuridicidad -o plano objetivo de la acción-; distinguiendo la *manifestación de la voluntad* implícita en la acción, del *contenido de esa voluntad* (dolo) situando éste último -esto es, la intención- en el ámbito de la *culpabilidad*. Fincando la ilicitud en el desvalor del resultado. Así, al parecer, para evaluar si determinada conducta es

---

<sup>98</sup> BUERES, “El daño injusto...” en Derecho de daños, ob cit y en comentario al art. 1066 en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” Bueres (dirección y Highton (coordinación) Tomo 3A , Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág 1

antijurídica, ha de constatarse si ella ha producido una lesión o ha puesto en peligro un interés jurídicamente protegido.

De todos modos, creemos que esas reflexiones, ajenas a la problemática de teoría la responsabilidad civil, poco aclaran a la cuestión de la *antijuridicidad* en estudio en nuestro campo.

En la doctrina española, Fernando Pantaleón Prieto distingue tres ideas. La primera de ellas es objetiva, y centra su postulación en *el desvalor del resultado en sentido propio*. Así, la *antijuridicidad* resulta de la *violación de una norma primaria que protege el bien lesionado*. La segunda se centra en *el desvalor del resultado, pero en un sentido impropio*, considerando que hay un deber absoluto de no dañar al otro, entonces, la *antijuridicidad* radica en el daño sin justificación. Por último, la teoría subjetiva parte del *desvalor de la conducta* en sí, sosteniendo que tal conducta es antijurídica por ser la *“materialización de una voluntad rebelde a las exigencias de la norma primaria de determinación”*<sup>99</sup>.

Díez Picazo también se adentra en el estudio de lo que llama “el problema del carácter injusto del daño”<sup>100</sup>. Comienza por advertir que existen daños que son resarcibles y otros que no lo son, en fin, daños a los que el ordenamiento jurídico no atribuye el deber de reparar. Y continúa el célebre jurista español exponiendo algunos ejemplos de daños “lícitos”. Concluye, con cita del Código Italiano que ya hemos referido, que para que el agente deba resarcir el daño, el mismo debe ser injusto, para luego aclarar, que la caracterización de este concepto ha planteado no pocas discusiones. Habla del daño “*non iure*”, en referencia a aquel que se ha ocasionado sin tener derecho a ello.

---

<sup>99</sup> La doctrina española se halla citada por BUERES en ob cit nota anterior.

<sup>100</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” Tomo V (“La responsabilidad civil extracontractual”), Editorial Thomson Reuters, Navarra, España, 2011 pág. 300 y sgtes.

Pero nos preguntamos, ¿de dónde puede surgir ese daño si no es de una conducta que lo antecede? ¿No será que lo desplegado “*non iure*” es entonces la conducta antecesora del daño?

Es por ello que –sostenemos– la confusión entre los planos de la materia de la **antijuridicidad** con la del *daño* están presentes en las enunciaciones referidas. Ya hemos recaído –al inicio de este acápite– en nuestra crítica a dichas posturas.

Bueres escribe que, “*para ponderar el contenido de la antijuridicidad será primordial la comprobación del resultado (exitus). Si la acción es acromática, lo que confiere colorido a la antijuridicidad es el daño (único resultado en la responsabilidad).*”<sup>101</sup>

Pensamos que lo que confiere colorido a la acción es lo que posibilita calificarla de antijurídica o ilícita, es la transgresión al derecho, no el daño. En todo caso, el daño necesitará de una acción teñida de antijuridicidad. Podemos incluso graficarlo en el sentido de que esa acción, “tiñe” o contagia a su resultado, -el daño- para activar el dispositivo de la responsabilidad.

O al hablar de acción acromática ¿Acaso el autor se refiere a la acción de las *cosas* o la de los *animales* causantes de daños (1757, 1758 del Código Civil y Comercial)? En este caso, debemos comenzar por admitir que la cuestión de la predicación de lo **antijurídico** en referencia a la acción o actividad de cosas ha sido problemática. No existiendo *acción humana*, y habiendo hecho de las cosas por las que se debe responder, ¿acaso sugiere el autor que el daño tornaría antijurídico ese hecho o actividad? O será, como dice Bustamante Alsina, que la **antijuridicidad** en dichas

---

<sup>101</sup> BUERES, ob cit pág. 70

hipótesis consiste en dejar de imponer la reparación del daño?<sup>102</sup> En fin, esta es una cuestión importante, pero – por el momento- lateral.

Normalmente -dice Bueres- si el agente causa un daño justificado no es responsable; digámoslo claro, hay daño y al no haber *antijuridicidad* por estar justificado –habiendo obrado “in iure”- no hay responsabilidad.

Por excepción, ha habido y hay acciones lícitas generadoras de un daño que la ley impone reparar - pero sólo y exclusivamente agregamos - cuando así lo establecen las normas ¿Será ese, el proveniente de una acción lícita y que la ley manda resarcir, al que debe llamarse daño injusto?

El profesor de la Universidad de Buenos Aires y eminente jurista, afirma, que la ilicitud hace al carácter injusto del *perjuicio* (...). La antijuridicidad de la conducta comunica al daño una injusticia efectiva. Y resume “*el contenido de la antijuridicidad involucra un desvalor del resultado (principal o prioritario) y un desvalor de la acción (secundario)*”<sup>103</sup>.

Creemos sí que hay un desvalor de la acción, no tan secundario, como que si dicho desvalor falta – el de la acción-, aunque exista un perjuicio, no será resarcible. Y También creemos que hablar de daño injusto o de desvalor del resultado a éste referido es una denominación por extensión.

En fin, en tales postulaciones se lee -a nuestro modesto entender-, un reemplazo inadecuado del término definidor de la antijuridicidad (*definiens*): la acción infractora del derecho, colocando en su lugar el *daño*, presupuesto básico y conceptualmente autónomo de la responsabilidad civil.

---

<sup>102</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría general de la Responsabilidad Civil”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 78

<sup>103</sup> BUERES, ob cit, pág 70

Mosset Iturraspe, parece haber terminado efectuando el mismo recorrido al sostener que “la **antijuridicidad** se predicó del hecho antecedente -el obrar ilícito- y ahora se predica, mayoritariamente, del resultado -el daño injusto-“, exponiendo también que la injusticia del daño presume la injusticia del hecho que la origina<sup>104</sup>.

Para Zannoni, si bien el daño representa un concepto autónomo, “no debe alarmar la afirmación de que el ordenamiento jurídico califique como antijurídico un determinado resultado dañoso”<sup>105</sup>.

Se ha dicho también que, el debate tiene mucho de aquel que se daba en las cortes de Bizancio en torno al sexo de los ángeles ya que, en buena medida, implica estar aludiendo a dos cuestiones diferentes como si fueran lo mismo<sup>106</sup>. Así, se ha sostenido que la explicación se encuentra en la propia génesis histórica de la noción: la palabra “**antijuridicidad**” constituye un neologismo producto de una mala traducción de lo que en el idioma español ya se encontraba expresado con el vocablo “ilicitud”, vocablo cuya raíz es la “*iniuria*” del antiguo Derecho romano, donde era utilizada para referirse al dolo, es decir, al daño causado con intención. Este término vuelve a aparecer en el siglo XVII con los juristas germánicos, donde la palabra “*iniuria*” comienza a ser empleada con un sentido que no había tenido hasta entonces, significando lo *opuesto a derecho*. Así, la *iniuria* pasó de referirse al dolo, en tanto juicio de valor *de la conducta*, al resultado dañoso mismo que, como tal, era contrario a Derecho.

Ahora bien, sea cual fuere su origen, lo cierto es que el término **antijuridicidad** como traducción del vocablo alemán *Rechtswidrigkeit*, ha sido adoptado en la ciencia jurídica moderna por ceñirse con propiedad al *obrar contrario* u

---

<sup>104</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge “La prueba del daño injusto” en Revista de derecho de daños nº4, 1999, pág. 23

<sup>105</sup> ZANNONI, Eduardo “El daño en la responsabilidad civil” Ed Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 9

<sup>106</sup> PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil” en LA LEY 28/09/2016, 28/09/2016, 1 - LA LEY2016-E, 1049 Cita Online: AR/DOC/2876/2016

*opuesto al Derecho*, siendo más técnico jurídicamente que el término *ilicitud*, cuya estratificación semántica comprende la infracción en el orden moral, religioso, político; y en lo atinente al derecho, lo será en la medida que éste sea concebido como una expresión de la razón y la justicia, tal como se expusiera en acápite primero de este trabajo (Ilicitud, Antijuridicidad e Ilegalidad en el lenguaje ordinario).

Y si en algún momento y en algún lugar, la *iniuria*, o su supuesto neologismo la **antijuridicidad**, pasó de referirse a *la conducta*, al resultado dañoso cuando era contrario a Derecho; lo único que indica dicha operativa es que estamos frente o a una particular metonimia (μετ-ονομαζειν) del lenguaje; un nombrar más allá, nada más. O un error en el régimen de la expresión por un empleo incorrecto del calificativo.

El daño es tan injusto como barroco es Bach; barroca es la música de Bach. Recordemos que la adjetivación es un recurso del lenguaje que entrega información sobre el sustantivo, que aporta un contenido semántico y que suele intensificar su significado.

En fin, se ha adjetivado una cosa (daño) con la correspondiente a otra (acción) por la relación de contigüidad temporal -más que lógica- entre el *actio* y el *damno*. Del mismo modo como suele referirse al todo por la parte, o como se suele designarse el efecto con el nombre de la causa, o el contenido con el nombre del continente, etc., se adjetiva aquí el producto (daño) con el que cabe a su procedencia (acción).

Lo que contrasta con el derecho no es el daño, sino la acción.

El término **antijuridicidad** indica siempre un obrar *opuesto al derecho*, si se quiere, injusto, aun cuando ni siquiera se hubiese concretado daño alguno, ni siquiera bajo la forma de la amenaza, o el peligro, etc.

Para que el daño sea calificado de injusto por extensión, debe provenir de una conducta repudiada por el derecho (antijurídica). De cualquier otro modo no es correcto hablar de daño injusto, excepto claro está, en el plano coloquial. Pero hete aquí que se pretende, en general en la labor jurídica, clarificar exponiendo conceptos, términos técnicos y definiciones teóricas.

En síntesis, el daño no debe ser confundido con *antijuridicidad*, y ni siquiera es *per se* antijurídico o injusto. El daño es otro término que la teoría debe precisar y que los textos legales -al menos los nuestro nuevo código civil y comercial-, ayudan poco (v.g. art. 1737).

La antijuridicidad calificando la acción y adecuadamente separada del daño, se observa claramente en ciertos códigos; así puede verse en el BW holandés de 1992<sup>107</sup>; en el BGB alemán<sup>108</sup>; en el Código Civil portugués de 1966<sup>109</sup>. No así en la abstrusa redacción del Código Civil italiano de 1942<sup>110</sup>.

Todo lo expresado claro está, conlleva una operación de análisis que no es otra cosa que la de considerar en abstracto, separadamente una *acción antijurídica* de su eventual consecuencia dañosa. Operación decisiva a los fines de alcanzar precisión al momento de intervenir en los hechos. El ajuste de los términos, la delimitación del concepto, etc., son procederes ineludibles a la hora de jerarquizar la actividad teórica de

---

<sup>107</sup> Cuyo artículo 6:162 expresa que "quien comete un acto antijurídico contra otro, que pueda ser imputado al infractor, deberá indemnizar el daño que la otra persona sufre como consecuencia de él"

<sup>108</sup> Cuando en su parágrafo 823 manifiesta que "quien dolosa o negligentemente daña de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho especial de otro, está obligado a indemnizarle el daño causado"

<sup>109</sup> Cuyo artículo 483.1 dispone que "Aquel que, con dolo o mera culpa, viola ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al lesionado por los daños resultantes de la violación"

<sup>110</sup> Que prescribe que "Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto, obliga a quien ha realizado el hecho a resarcir el daño".

nuestra disciplina; sabiendo -claro está- que fenoménicamente acción y consecuencia están unidas. En función de esa circunstancia -la unicidad fenoménica- es que el carácter de la conducta suele continuar en su predicación al de la consecuencia<sup>111</sup>.

**b. ¿Prescendencia del requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil?**

Las posturas anteriormente expuestas, que ubican la antijuridicidad en el daño, también han avanzado hasta sostener que debe prescindirse del requisito de la antijuridicidad en el ámbito de la responsabilidad civil. En una apresurada lectura y análisis de nuestro actual Código Civil y Comercial, hemos caído también en este desliz<sup>112</sup>.

Pero incluso con anterioridad a la vigencia de nuestro actual Código Civil y Comercial, se postuló la conveniencia de *“una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del fenómeno de la ilicitud, centrando, por el contrario, toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido. A tales fines, se proyecta, como una posible superación del esquema cuyo abandono se propone, la transferencia del menoscabo a partir de su categorización como daño injusto”*<sup>113</sup>

Estas postulaciones encuentran un justificativo a sus propuestas en la tendencia a enfocar el fenómeno resarcitorio desde la visión de quien sufre el perjuicio,

---

<sup>111</sup> En este sentido, ORGAZ sostiene que "El acto y su consecuencia (...) constituyen una unidad inescindible, al punto de que el acto separado de su consecuencia es inimaginable, y ésta deja de ser ella misma con independencia de aquel. Si el acto es lícito, tiene que serlo también la consecuencia, si es ilícito ésta ha de participar de idéntica naturaleza" en ORGAZ, Alfredo, "La ilicitud (extracontractual)", ob cit, pág. 34/35

<sup>112</sup> ECHEVESTI, Rosario "Código Civil y Comercial de la Nación: diez puntos en responsabilidad civil", ob cit

<sup>113</sup> DE LORENZO, Miguel Federico, ob cit, pág 27.

así, al aparecer este último como “injusto”, debe nacer el deber de reparar. Nos hablan en definitiva, la distribución del daño injusto –entre dañado y autor del daño- desde el problema de la justicia interindividual. En fin, la responsabilidad civil, para configurarse, requeriría la mera existencia de daño injusto –presupuesto vital de la institución- y un criterio de imputación de ese daño –por ejemplo, la culpa-.

El interrogante que dejan –creemos- sin respuesta estas especulaciones, es el de la fuente, la causa, de la injusticia del daño. Estamos convencidos de que dicha cualificación no puede darse –ni entenderse- prescindiendo, como ya hemos explicado anteriormente, de la noción de una acción antijurídica que lo precede. Tanto menos a la luz de la ley civil vigente. Es que hablar de “daño injusto” es, para nosotros, una metonimia.

### **c. La antijuridicidad en la función preventiva**

Bien sabemos que nuestra ley civil actual incluye expresamente a la función preventiva como una aquellas que atañen a la Responsabilidad Civil (CCCA, art. 1708 y ccdtes.).

Este concepto no es nuevo. Se decía, bajo el régimen del Código de Vélez, que existía una función preventiva indirecta en las normas que regulaban la responsabilidad civil. Y ello en atención a que la conminación que importaban las sanciones previstas para los causantes de daños, operaba una disuasión que prevenía el perjuicio. Anotándose en forma aislada ciertas normas que consagraban una prevención directa del daño; así los arts. 2499 segundo párrafo que instauró la *acción* de daño temido (ley 17.711), o el art. 1071 bis. (ley 21. 173) que tutelaba la intimidad. En ambas normas se autorizaba la solicitud de medidas cautelares tendientes a la cesación de actividades o adopción de medidas conducentes.

En nuestros día, el art. 1710 del Código Civil consagra para la responsabilidad civil, la función preventiva directa, con el siguiente texto: "*Toda*

*persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.*

Según el texto, la tarea preventiva parece desenvolverse de tres maneras: a) *evitar causar un daño no justificado*; b) *adoptar medidas* para evitar que se produzca un *daño injustificado* o *disminuir su magnitud*, y c) *no agravar* el daño ya producido. Más elemental aún: Evitar el daño propio y el ajeno; disminuir la magnitud o en su defecto no agravarlo. Sin perjuicio de ello, se ha dicho que los tres supuestos devienen reiterativos, siendo que todo se podría haber reducido al inc. a) del art. 1710, pues en los tres supuestos de lo que se trata es de evitar causar un daño —lo que incluye evitar su agravación y adoptar medidas para tales fines<sup>114</sup>.

Si bien el dispositivo resulta encomiable –sin dudas que su finalidad es socialmente valorable-, requiere de algunas precisiones a fin de delimitar su aparente amplitud, que puede convertirla en excesiva. Veamos:

El nuevo texto legal viene a imponer entonces un *deber* consistente en la observancia de una conducta –¿diligente?– en torno a la evitación del *daño no justificado*. “Toda persona tiene *el deber...*” dice el art. 1710. Y sabemos que los deberes -así lo decía Soler<sup>115</sup>- enraízan en la voluntad.

---

<sup>114</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material” en La Ley RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 - RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/852/2016

<sup>115</sup> SOLER, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, 10° reimpression actualizada por Guillermo Fierro, Editorial TEA (Tipográfica Editora Argentina), Buenos Aires, 1992, pág 136 y sgtes.

Este estándar de conducta, refiere aquella que resulta esperable de un sujeto medianamente previsor y socialmente comprometido, ante la *amenaza* o producción de un daño –pero adelantamos, no en todas las circunstancias-. Aquella conducta que, en definitiva, le impone obrar -recurramos a la venerable alocución- como un “*buen padre de familia*”, o lo que es lo mismo: exhibiendo una diligencia media. Cabría entonces preguntarnos ¿cuál es el rol que juegan aquí las ideas de *antijuridicidad* y de culpa?

Debe entenderse que, ante la ocurrencia inminente de un daño - y siempre que esté a su alcance hacerlo-, el que no lo evite; o acontecido, no lo disminuya, o permita que se agrave, estará actuando de manera contraria a derecho, esto es, *antijurídicamente*, porque la norma le impone ese deber (art.1710). O lo que es lo mismo: quien no evita el acaecimiento de un perjuicio, por acción u omisión, pudiendo hacerlo -sin riesgo para su persona-, incurre en una omisión reprochable pues el derecho le imponía la conducta omitida.

Es que la ley impone en general obrar con la diligencia debida -obrar sin culpa-, y en este caso el modo negligente del obrar contradice el mandato emergente verbigracia de los arts. 1710 y art. 1724. Sin lugar a dudas, en este razonamiento, el obrar culpable se monta sobre la *antijuridicidad*. Aunque, naturalmente -y como ya ha sido visto-, no todo obrar antijurídico o ilícito es culpable. En este sentido, el no evitar el daño injustificado - en cuanto de él depende-, podría aparecer –seguramente lo hará en gran parte de los casos- como un obrar con culpa (art. 512 Código de Vélez y 1724 del CCC), pero sin duda alguna que configurará, siempre, un obrar contra derecho.

Aquí también es correcto poner el foco en la conducta. La mera actitud írritamente pasiva ante la amenaza de daño configura *antijuridicidad* en la conducta de aquel que, pudiendo evitarlo no lo hace <sup>116</sup>. Si no es con fundamento en ello, ¿Con

---

<sup>116</sup> Es en nuestro entender muy opinable, y en términos legales, sin sustento particular la opinión de VAZQUEZ FERREYRA: “Creemos nosotros que en realidad lo que debe ser antijurídico es la conducta considerada en sí misma (violatoria del ordenamiento en general, incluidos los pactos contractuales). Ello, claro está, siempre que no se haya efectivizado el daño injustificado. Es decir, ante la amenaza de

fundamento en qué, la ley va imponer deberes concretos de actuar? Más todavía ¿Con fundamento en qué, la ley va a conceder la *Acción* preventiva que instituye el art. 1711? No es necesario esforzarse en justificar este aserto, dado que la misma ley decreta que, la *Acción* preventiva procede contra una acción u omisión *antijurídica*, como -claro está- su continuación o agravamiento (art. 1711 del CCC).

El texto legal no autoriza a realizar discriminaciones en orden a hablar de *antijuridicidades* formales o materiales. La *Acción* es concedida cuando una acción u omisión *antijurídica* -la que se opone o va contra el derecho -, hace previsible la producción de un daño evitable o el agravamiento del mismo; es decir que la contrariedad con el derecho, en virtud de la previsibilidad del acaecimiento y la posibilidad de la evitación o reducción del daño, torna *antijurídica* la conducta indiferente, sin exigir las normas en ninguna hipótesis conductas formalmente *antijurídicas*, o que consistan en la violación de un deber específico de actuar .

El artículo 1711 sin dudas opera dentro de esta lógica, poniendo el foco nuevamente en la conducta: "*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*".

Al descartar la exigencia de un factor de atribución, pareciera prescindir el texto legal de toda idea de culpa. Pero no olvidemos en primer lugar, que la *antijuridicidad* en esta particular hipótesis, requiere para su configuración, que la amenaza de producción de un daño - o su continuación o agravamiento - sea "previsible" y "evitable"; ya que el *deber de obrar diligentemente* integra uno de los

---

daño, la acción preventiva funciona sólo contra conductas formalmente *antijurídicas*. La mera amenaza de daño no es por sí misma una conducta *antijurídica*. Si el daño injustificado ya se ha ocasionado, entonces dicha conducta de por sí es contraria a derecho. Más aún, existen conductas lícitas potencialmente dañosas, que no podrían ser atacadas mediante acción preventiva. De ahí que se ha sostenido que, si la *antijuridicidad* radica en la conducta, la misma ha de ser necesariamente formal (consistir en la violación de un deber específico de actuar) y no meramente material (VAZQUEZ FERREYRA artículo citado)."

tantos mandatos implicados en la moral y las buenas costumbres. Y esa previsibilidad exigible se requiere del que omita actuar para evitar o actúa agravando el daño, ¿qué es eso sino la culpa apreciada *in abstracto*?

En modo alguno esto significa invalidar el carácter objetivo de la *antijuridicidad*, de modo que si la norma decreta irrelevante o no exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, no será necesario probar culpa alguna, al menos *in concreto*. Pero el carácter *antijurídico* de la *acción u omisión* viene dado por la *previsibilidad* del acaecimiento del daño, y allí se superponen los discursos de la causalidad adecuada y la culpabilidad juzgada en abstracto (arts. 1726 y 1724 del CCC).

Se deberá descartar entonces la exigencia de prueba de factor alguno, pues la misma ley estatuye que la concurrencia de tales extremos no es exigible.

En otras palabras, ante una previsibilidad objetiva y concreta de daño, el principio fundamental de no dañar al otro justifica que el derecho tome intervención y exija determinada conducta -una conducta que, insistimos, no es otra que la de actuar ante la circunstancia en particular, y que además requiere un juicio sobre la previsibilidad- por parte de cualquier sujeto que se encuentre en condiciones de realizarla. Esto, dado que, de no desplegarse esa conducta impositiva -conducta exigible al agente en el caso concreto-, fatalmente sucederán dos cosas: se dañará, y el sujeto habrá obrado antijurídicamente -y, agregamos, negligentemente, aun cuando la acción preventiva concedida a quien acredite un interés razonable (art. 1712) contra quien omita los deberes impuestos en la evitación, no requiere la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711) -.

Sin perjuicio de todo ello, en este particular ámbito del derecho de daños que es el de la prevención, debemos tener en cuenta para poder calificar a la conducta que no evita el daño como antijurídica, una serie de factores tales como la compatibilidad con las libertades, la razonabilidad de los medios, el grado de

previsibilidad del daño y las relaciones preexistentes entre la potencial víctima y el agente. Prescindir de todos ellos puede llevarnos a pleitos y restricciones irrazonables.

Los maestros Pizarro y Vallespinos<sup>117</sup>, analizan detallada y logradamente la cuestión. Explican que en nuestro ordenamiento jurídico existe el derecho de “no actuar”. El mismo, reconoce dos excepciones: que una norma imponga actuar en determinado sentido, o que pueda configurarse un abuso del derecho de abstenerse de actuar. En este último caso es en el que –proponen- debe entenderse nuestro art. 1710.

Los autores escriben: *“Adviértase que en modo alguno se configura el abuso del derecho de no actuar, de permanecer pasivo, por el mero hecho de mantenerse pasivo frente al riesgo de que pueda producirse un daño por causas extrañas a su esfera de actuación. Menos aun cuando una intervención preventiva pueda generar al agente un peligro de sufrir daños”*<sup>118</sup>.

En conclusión, creemos que la antijuridicidad exigible en la función preventiva hoy reconocida a la responsabilidad civil, es de índole material. Pero además es, aquí también, un predicado de la conducta. Entonces, puede entenderse desde la preexistencia de un deber de actuar para prevenir el daño –deber emergente del ordenamiento jurídico integralmente considerado, de allí que es material-, o bien por una omisión de actuar que resulta abusiva de acuerdo con las circunstancias –abuso del derecho, que torna ilícita la conducta de su titular-.

En este sentido, no difiere en lo sustancial de aquella antijuridicidad por la que hemos tomado partido al tratarla en la función resarcitoria.

---

<sup>117</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS Carlos Gustavo “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I Parte General, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017 págs.829 y sgtes.

<sup>118</sup> PIZARRO- VALLESPINOS, ob cit pág. 830

#### **d. Antijuridicidad y factores objetivos de atribución de la responsabilidad**

La calificación de lo antijurídico, para los supuestos donde la responsabilidad proviene del riesgo de la cosa o de la actividad de cosas, difícil es de anidarla en la acción humana.

Con algunas variantes respecto del art. 1113 -versión según ley 17.711- del Código anterior, en lo dispuesto en su segundo y tercer párrafo, el Código Civil y Comercial regula la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas en su art. 1757: "*Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención*".

Vale comenzar afirmando que el carácter riesgoso de la cosa o de la actividad, no presupone **antijuridicidad** o ilicitud en la conducta de sus dueños, guardianes, o de quienes se sirvan de ellas. Suponer lo contrario resultaría poco lógico, dado que, por ejemplo, conducir un auto o encender una máquina resultarían conductas ilícitas. El derecho acepta, tolera -y hasta fomenta en aras al progreso- el empleo de cosas o actividades que pueden resultar riesgosas.

Siendo así, determinar la ubicación del presupuesto de la antijuridicidad en los casos de responsabilidad objetiva, parece un asunto complejo. Por ello se ha sostenido que, cuando se trata de responsabilidad fundada en factores objetivos, no es posible hacer ese juicio de calificación a priori. La **antijuridicidad** surgiría de un estado

posterior, y lo es precisamente porque a priori no hay acción humana reprochable. Crear un riesgo implica un peligro en abstracto, no en concreto<sup>119</sup>.

Es que la concepción “moderna” del derecho de daños -si bien la responsabilidad objetiva cuenta ya con casi siglo y medio desde sus primeras formulaciones-, se cimienta no sólo sobre la acción antijurídica, sino también sobre el perjuicio que, aún derivado de una actividad neutra<sup>120</sup> -como la de las cosas-, no puede ser exigido soportar al damnificado. Para poder explicar la existencia de la **antijuridicidad** en la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas o actividades riesgosas, ya no es dable enfocar una conducta causante -que en estricto no la hay-, sino reparar en la injusticia que significaría exigirle a la víctima que sobreleve ella el perjuicio sufrido.

Consistiendo aquí la **antijuridicidad** en el mantenimiento del perjuicio sin ser reparado<sup>121</sup>. Así lo expone brillantemente Bustamante Alsina: *“En cambio, hay otros actos en que el daño es el resultado del obrar de una persona dependiente de otra por la que ésta debe garantía, o del empleo de una cosa con riesgo, o de la actuación involuntaria de un sujeto inimputable en las circunstancias fácticas que lo hacen responsable; cualquiera de esos hechos es también ilícito en el sentido de que tales actos constituyen la fuente de la obligación de resarcir el daño. Pero no son actos ilícitos porque violen la ley, sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona. Su ilicitud es potencial”*.

Creemos en definitiva, que ese estado post hecho y perjudicial, contradice el derecho en los términos que hemos expuesto ya repetidamente.

---

<sup>119</sup> ZANNONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil” Ed Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 10.

<sup>120</sup> Ya explicamos que las acciones humanas son las que resultan susceptibles de ser calificadas de manera bipartita, como jurídicas o antijurídicas.

<sup>121</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil” ob cit nota 72, pág. 78

## §11

### **El presupuesto de la antijuridicidad en la pragmática judicial.**

Se analizará un extracto –necesariamente arbitrario y acotado, dado que el objeto de este trabajo se vería excedido de pretender realizar un análisis exhaustivo que además sería imposible- de lo que la praxis judicial ha considerado respecto de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Nos circunscribiremos mayormente a la revisión de los fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires<sup>122</sup>, agregando también fallos de Cámaras nacionales que han tratado el tema en materia de responsabilidad civil, excluyendo las discusiones sobre lo antijurídico en el ámbito penal.

Vale aclarar previamente que los algunos de los fallos consultados, corresponderán al análisis bajo la normativa del Código Civil velezano, atento la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Comenzamos por establecer que la Corte bonaerense adopta en general la taxonomía cuaternaria de los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil, incluyendo entonces a la **antijuridicidad** como una nota autónoma diferente del resto.

Así ha establecido que: *“Para que alguien deba responder por el daño que sufra otro deben concurrir necesariamente varios elementos: antijuridicidad; daño; relación causal entre la actuación antijurídica y el daño; y factores de imputabilidad por culpa o dolo o atribución legal de responsabilidad.”* (SCBA LP C 75489 S 06/05/2009 in re P. ,J. M. c/D. A. S. s/Daños y perjuicios)

Respecto del requisito de la **antijuridicidad**, recepta la postura en la que desembocó la mayoría de la doctrina nacional -aún con la vigencia de puntuales textos

---

<sup>122</sup> Esto dado que la Justicia de la Provincia de Buenos Aires es el ámbito donde la autora ejerce la profesión, bajo matrícula provincial, teniendo contacto diario con las bases de datos de juzgados y tribunales provinciales.

del Código Civil que indicaban lo contrario (v.g. art. 1066)-, dando un concepto no formal sino material de la antijuridicidad, considerando que puede incurrirse en conductas antijurídicas tanto por acción como por omisión. Veamos:

-“La redacción del art. 1066 del C.C. no puede convertir en lícitos actos que contraríen lo dispuesto por el derecho objetivo por la simple circunstancia de que no se haya dejado constancia expresa de la prohibición en el texto de la norma, si la veda de la realización del acto u omisión surge inequívocamente de los preceptos legales que regulan el caso.” (SCBA LP Ac 64506 S 10/11/1998 in re D. M., R. c/S., A. F. s/Reclamación de estado de filiación) “Para concluir en la ilicitud, no es necesario que la prohibición del acto sea expresa. Toda violación del derecho objetivo convierte el acto en antijurídico y esa transgresión resulta del cotejo entre el acto y el contenido de la norma, con prescindencia de que la prohibición conste en el texto de la ley en forma expresa” (fallo citado)

“Frente a un acto, el ordenamiento jurídico puede adoptar dos actitudes diferentes: lo prohíbe, imponiendo al agente consecuencias desfavorables si lo realiza; o lo permite. En este último caso se está ante un acto lícito, que se caracteriza por su conformidad con lo que dispone el derecho objetivo. De su lado, acto ilícito es el que transgrede o viola las normas que integran el derecho objetivo en su conjunto, que pueden asumir las formas de prohibiciones o de mandatos. Hay ilicitud tanto en el caso de que se realice un acto prohibido como cuando se omite un acto que la ley manda.” (SCBA LP Ac 61301 S 17/02/1998 in re De Ferrari, Jorge Marcelo c/Alman S.A.C. y A. s/Cobro ordinario de pesos si bien cabe aclarar que la sentencia fue anulada por la CSJN, emitiéndose nueva sentencia SCBA del 22-10-03, lo expuesto no deja de ser una pauta general de interpretación acerca de lo que el tribunal considera ilícito).

Esta postura es consistente con la necesidad de interpretar la antijuridicidad o ilicitud de manera integral y amplia en el ámbito del derecho de daños, a diferencia de lo que ocurre en otra rama del derecho, como la penal.

En cuanto al sustrato de la **antijuridicidad** o ilicitud –tomadas como sinónimos en los fallos-, la Corte refiere uniformemente un *juicio de disvalor en el acto, la acción, o si quiere, en la conducta*. Así:

“Siendo el fundamento de especial relevancia para desestimar el reclamo indemnizatorio el referido a la falta de **antijuridicidad** en la conducta de la demandada por falta de acreditación de omisión alguna de su parte como para incrementar, potenciar o producir el evento dañoso, toda consideración de cuestiones fácticas de la litis, no basta -para revertir la decisión- con denunciar absurdo (...)” (SCBA LP C 109029 S 21/08/2013 in re Rubio, Cristian Raúl c/Institución Ciclo Turismo de Pergamino y otros s/Daños y perjuicios).

“(...) Al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la **antijuridicidad** de la conducta del deudor, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y, desde luego, el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor.” (SCBA LP C 94500 S 13/05/2009 in re O. ,O. R. y o. c/P. d. B. A. s/Indemnización de daños y perjuicios)

En un todo coherente con dicha postura, a los actos involuntarios, los considera insusceptibles de ilicitud “*Tratándose de daños involuntarios la distribución del daño es ajena a toda noción de ilicitud, habiendo la ley 17.711 receptado una solución específica conforme la cual aunque no haya mediado enriquecimiento del autor del daño involuntario, puede haber una distribución cuya procedencia queda librada a la apreciación del juez, teniendo en cuenta la condición económica de las partes (art. 907 2ª parte, Código Civil).*” (del voto del Dr. Petiggiani en minoría en SCBA LP AC 79997 S 16/09/2003 B. ,A. S. c/B. d. C. ,M. S. y o. s/Daños y perjuicios).

Requiere como primera ponderación sobre el juicio de responsabilidad en primer lugar la existencia del daño, en el sentido técnico jurídico de la palabra. “*El problema de la responsabilidad civil recién se puede plantear cuando existe un daño, ya que sólo en presencia de éste el juez estará en condiciones de indagar si el mismo*

*fue provocado (relación causal) infringiéndose un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente; mientras que a la inversa, si no hay perjuicio alguno, por ausencia de interés, base de todas las acciones, resultará superfluo entrar a investigar la existencia o inexistencia de estos elementos de la responsabilidad civil ("Temas de responsabilidad civil" en honor al Dr. Augusto M. Morello, pág. 31)." (SCBA LP C 91376 S 25/02/2009 in re Bartoszevich, Stella Maris c/Banco Río de La Plata S.A. s/Daños y perjuicios).*

Si bien resta conocer si con el texto del nuevo Código, el tribunal mantendrá su actual comprensión de la antijuridicidad y la responsabilidad civil, no sería demasiado aventurado afirmar que las ideas se mantendrán tal cual han sido expresadas.

Las Cámaras Nacionales, en fallos sobre responsabilidad civil que han resultado de trascendencia, han interpretado en idéntico sentido la existencia y alcance del requisito de antijuridicidad, radicándolo en la conducta, y apreciándolo desde su aspecto material.

Sólo por mencionar algunos de los más particulares y actuales:

La sala K, en un juicio que versó sobre los daños y perjuicios generados al actor por la falta de cumplimiento del régimen de comunicación con el hijo en común con la demandada, se sostuvo, en lo atinente a la antijuridicidad, que *"Devienen parámetros comunes que para responder por el perjuicio que sufre otro deben concurrir varios elementos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (SCBA, Ac 79.389, sent. del 22/06/2001, ED, 197-505; C 91.325, sent. del 18/11/2008). (...) existen diversas apreciaciones del concepto de la antijuridicidad desde la perspectiva del derecho de familia, pero, más allá de ello, se admite la obligación de reparar siempre que exista un acto antijurídico (...) Es por ello que de probarse que por el obrar de una persona —ya sea de uno de los progenitores o de un tercero— se obstaculizó ese contacto, se generarán entonces consecuencias (...) En síntesis, de así*

*acontecer, (...), se presentará una conducta antijurídica”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K sent del 12/02/2019 in re: F., D. E. c. D., L. V. s/ daños y perjuicios. Ordinario Publicado en: LA LEY 28/03/2019, 28/03/2019, 5 - LA LEY2019-B, 134 - RCyS2019-V, 146 - LA LEY 06/05/2019 , 5, Con nota de Laura Fillia y Graciela Medina; Cita Online: AR/JUR/234/2019)

En un resonante caso donde se discutió la responsabilidad de los buscadores de internet se afirmó que *“El deber de diligencia que –en los términos de los ya citados arts. 1109 y 902 del Código Civil– compete a las demandadas les impone una pauta de conducta tendiente a impedir, en la medida de lo posible, la difusión de páginas y contenidos que ilícita y ostensiblemente dañen a terceros (...)*los buscadores son responsables si, luego de tener conocimiento efectivo del contenido lesivo denunciado por el interesado, no han actuado con diligencia para suprimir el enlace cuestionado. Es decir, el buscador deberá bloquear o filtrar el contenido con celeridad cuando fuere anoticiado de que aquél es ilícito o que daña derechos de terceros.” (Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil - SALA A, nº 102058/2009 in re: “MAIORANA ANALIA c/ YAHOO DE ARGENTINA SRL y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Id SAIJ: FA18020008)

En un conflicto generado por la invasión a los límites de la intimidad y privacidad del actor, el Dr. Dupuis sostuvo que: *“... con cita de Alterini Ameal y López Cabana, en un caso fallado en la Sala C he recordado que de conformidad con el primer párrafo del art. 1071 del Código Civil "El ejercicio regular de un derecho propio...no puede constituir como ilícito ningún acto". Pero nada obsta a que la realización de un acto lícito pueda causar un daño. Otra es la cuestión de si ese daño causado por un acto lícito genera responsabilidad, pero el daño en sí no torna ilícito o ilegítimo al acto”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala "E" sent del 5/7/2018 in re: “O.M.P. C/ EDITORIAL S. S.A. (DIARIO CRÓNICA) S/ DAÑOS YPERJUICIOS Id SAIJ: FA18020011)

En un particular caso en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala G condena a abonar una indemnización a una mujer que quedó embarazada tres meses después de haberse sometido a la ligadura y sección de las trompas de Falopio, se presentaron algunas dificultades (sent. del 19 de Diciembre de 2017 Id SAJJ: FA17020031). Ello, dado que el nacimiento de un hijo sano no puede considerarse un daño. Al respecto se predicó que *“Si todo daño injusto se presume antijurídico considerando a tal efecto el ordenamiento jurídico en su totalidad, (conf. Agoglia, María M., “¿Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil”, en Derecho Privado (Oscar AMEAL (dir), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 1036 y 1037; López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 166; De Lorenzo, Miguel F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996), a partir de ese mismo anclaje y por el principio lógico de no contradicción, debe inferirse que esos bienes y valores que tutela el Derecho tampoco podrían dar lugar a un daño indemnizable”*.

Sin embargo, se estableció que el menoscabo derivó de la violación del derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación de la madre, causados por la falta de suficiente información. O sea que si bien se habla de “daño injusto o antijurídico” –postura a la que hemos ya entrado en crítica-, creemos que no puede dudarse que en definitiva la antijuridicidad radicó en la conducta omisiva referente al deber de información sobre la posibilidad del fracaso de la técnica consentida, obligación legal del médico.

En todos los casos, los resaltados son propios.

En fin, podemos apreciar que los textos legales implicados más allá, del énfasis por el daño, -y a veces pesar de algunos oscuros preceptos-, no modifican en los conceptos en la función sustancial de la responsabilidad.

Probablemente la prevención –y en su caso, la punición- deberán tener desarrollos un poco más elongados, pero no necesariamente más complejos, atento lo ya expuesto a lo largo del presente trabajo.

## §12

### Conclusión

El presente trabajo ha pretendido preguntarse -e intentar una respuesta probable-, acerca de estas cuestiones básicas: La aparición de la **antijuridicidad** como presupuesto de la responsabilidad jurídica; sus primeras menciones en la ciencia dogmática; y adjuntamente, su papel como requisito autónomo dentro de la teoría de la responsabilidad civil.

La independencia conceptual de la **antijuridicidad** se la ha tratado en relación a otros elementos teóricos, de forzosa implicancia en la responsabilidad; tales como el *daño* o la *culpa*; aspectos éstos respecto de los cuales no pocas veces aparece como una duplicación.

Importantes autores parecen haber expuesto, y argumentado, a favor de la dependencia conceptual de la **antijuridicidad** respecto del *daño*. Postulación ésta que en apariencia -si la lectura es ligera-, puede juzgarse afincada en el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1717).

Sin embargo, **antijuridicidad** y *daño* no se subsumen, ni se identifican, ni se implican uno respecto del otro.

Así, puede afirmarse que: La **antijuridicidad** no es una cualidad predicable del *daño*, ni dogmática, ni positivamente. Sin dudas -ese es nuestro convencimiento-, la **antijuridicidad** es una cualidad predicable de la *acción humana*. Veamos:

El art. 1717 del CCC parece indicar que la acción se tiñe de ilicitud por generar un *daño*. Sin embargo, si la acción está justificada, maguer la producción de un *daño*, no hay **antijuridicidad**; la acción es lícita. Y si la acción es lícita, aun siendo perniciosa, no origina responsabilidad alguna. Así por ejemplo cuando el *daño* es producto de un ejercicio regular de un derecho (art.1718 inc. a del CCCA). Surge a las

claras, la independencia del daño respecto de la antijuridicidad. Repárese que hablamos de la autonomía de la **antijuridicidad** en relación al *daño* y no, de la autonomía de la responsabilidad en relación al *daño*.

Es necesario pues, la acción **antijurídica** o ilícita para que el *daño* que origine sea, por principio, reparable. Y también puede haber conductas **antijurídicas** o ilícitas que al no generar un daño, no darán origen a responsabilidad civil alguna.

Es que la presencia y concomitancia de los *elementos esenciales* para el surgimiento de la responsabilidad civil, no implican falta de autonomía o identidad conceptual propia de cada uno de ellos. Más aún, si tales elementos son esenciales, deberán ser lógicamente diversos; esto no es, no implicar alguno de ellos un apógrafo, una transcripción de otro.

Señalar la **antijuridicidad** como una implicancia o mera derivación del daño, resulta una simplificación que, si bien puede resultar cómoda al análisis, no explica adecuadamente el fenómeno. Además, y en rigor, el daño no puede adjetivarse como antijurídico. Tildar algo (el *daño*) con una cualidad correspondiente a otro algo (acción), por una mera relación de contigüidad temporal entre ellos - *actio* y el *damno* -, no es nada más que una metonimia. Se adjetiva el producto (daño) con el que cabe a su procedencia (acción). Ni siempre que hay daño hay conducta antijurídica que lo causa; ni siempre que hay conducta antijurídica hay daño.

La **antijuridicidad** es la cualidad predicable de una acción –voluntaria o involuntaria – que, toma su especificidad de la *contradicción* con un ordenamiento jurídico determinado.

El daño -como lo indicaba Vélez- es una *pérdida sufrida*, (el *quantum mihi abest et quantumque lucrare potest* (nota al Art. 519 del código velezano en cita a la ley romana), sea esta pérdida material o moral. Ni la muerte, ni la herida, ni la avería, ni la

destrucción, constituyen el daño, sino el *valor de la pérdida* por ellas originada, sea - reiteramos- *material o moral*.

En estos términos, se comprende la existencia de ***antijuridicidad*** sin daño y daño sin ***antijuridicidad***, ambos con autonomía conceptual en el núcleo de la Teoría de la Responsabilidad Civil y en juego de la normativa de la ley civil vigente.

La alocución *alterum non laedere*<sup>123</sup> encierra una inadecuada simplificación, pues está suponiendo dos cosas: Una *acción no justificada* y un *daño irrogado*. La expresión significa *no dañar al otro actuando ilícitamente, o si se quiere, no dañar ilícitamente al otro*. Sería infundado aludir al *alterum non laedere* para fundar en él una responsabilidad por un daño originado en el ejercicio regular de un derecho (art. 1718 inciso a del CCCA). El obrar nocivo en el ejercicio regular de un derecho, aunque deje subsistente el daño, borra la ***antijuridicidad***; y no habrá reparación.

Esto se verifica ni bien se repare en la letra de la ley, es decir la normativa implicada del CCC en los arts. 1717 y 1718. Allí no se habla en ningún caso de *daño injusto*, sino de la *acción u omisión injusta* o que no está justificada. O del *hecho* que está justificado. Pero nunca del *daño justo*. Si la norma menciona al *daño* es porque la finalidad con que contempla a la ***antijuridicidad*** es en vista a la reparación del mismo; materia de la responsabilidad civil de la que trata el Código en el Título V como fuente de Obligaciones.

En síntesis, el daño no define a la ***antijuridicidad***, y ni siquiera es *per se* antijurídico o injusto. El daño es una pérdida, una merma, una mengua. El daño es otro término, que entendemos la teoría debería precisar; tarea respecto de la cual -como dijimos- los actuales y vigentes textos legales del Código Civil y Comercial, poco aportan (v.g., Art. 1737).

---

<sup>123</sup> El principio "alterum non laedere" fue entendido como una garantía constitucional que deriva del Artículo 19 de la Constitución Nacional (CSJN Gunther Fallos 308:1118 y Aquino Fallos 327:3753, entre otros).

Es nuestra conclusión que la *antijuridicidad*, es una cualidad de la acción - u omisión- humana -voluntaria o involuntaria-, que la predica como contraria al contenido explícito o implicado del ordenamiento jurídico positivo. Es una cualidad intrínseca al sistema que no puede ser referida a una instancia extranormativa –v.g. idea de justicia-, sin experimentar una fuga epistemológica y jurídica.

## ÍNDICE

§ 1. Breve introducción: ilicitud, antijuridicidad e ilegalidad en el lenguaje ordinario.....	2
§ 2. La antijuridicidad sierva de la Responsabilidad Civil. La Responsabilidad Civil. Breve reseña acerca de sus presupuestos de procedencia.....	6
§ 3. El requisito de la antijuridicidad: Su aparición en los codices europeos.....	14
§ 4. La antijuridicidad en el Código Civil de Vélez Sarsfield: cita puntual.....	20
§ 5. Concepto de Antijuridicidad: Algunas apreciaciones sobre su caracterización. Crítica.....	23
§ 6. La antijuridicidad en sus perspectivas formal y material.....	41
§ 7. Otras perspectivas.....	46
§ 8. La Antijuridicidad en el Código Civil y Comercial.....	50
§ 9. Interrogantes que plantea la definición en las leyes, y los que emergen de la redacción del Código Civil y Comercial.....	55
§ 10. Otros planteos:	
a. ¿Antijuridicidad en la acción o en el resultado? .....	62
b. ¿Prescendencia del requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil?.....	71
c. La antijuridicidad en la función preventiva.....	72
d. Antijuridicidad y factores objetivos de atribución de la responsabilidad.....	78
§11. El presupuesto de la antijuridicidad en la pragmática judicial.....	80
§12. Conclusión.....	87