El territorio de la antijuridicidad en la "Provincia de la responsabilidad civil".

(Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil).

Por Marcelo J. López Mesa [1]

Con la colaboración de Carolina A. Pasarin

I) Proemio.

Algunos autores argentinos han postulado en los últimos años la desaparición de la antijuridicidad como presupuesto o requisito de la reparación del daño.

Se basan para sostener ello –casi en exclusividad- en algunas obras europeas, que no constituyen una opinión mayoritaria, y -en muchos casos- se trata de aportes ciertamente antiguos y sin fundamentos de peso que avalen seriamente la idea.

Por nuestra parte creemos que dicha postura resulta inaplicable a nuestro país por existir normativa que lo impide y, además, conceptualmente cae en múltiples y graves errores, razones ambas por las que debe ser descartada[2].

Nos parece que la declamada desaparición de la antijuridicidad parte de un enfoque parcializado y de la repetición de ideas ajenas y foráneas, sin la debida consideración de las implicancias prácticas de su aplicación y de nuestra normativa vigente.

Para demostrar ello, nos dedicaremos aquí a analizar cuál es a nuestro juicio el territorio de la antijuridicidad en la "Provincia de la responsabilidad civil"[3].

Como nosotros creemos que la antijuridicidad tiene un territorio propio que abarca por completo a la responsabilidad civil y trasciende sus fronteras, analizaremos seguidamente nuestra posición y la de quienes sostienen la contraria.

II) Responsabilidad civil y deber jurídico.

La responsabilidad civil constituye una obligación de segundo orden; ello implica que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, si dicho incumplimiento ha sido la causa adecuada del daño, es responsabilizado por él.

De ello cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse un supuesto de obligación resarcitoria[4].

A un sujeto que no se le puede reprochar el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna, precisamente, porque la responsabilidad no surge de la nada, ni cae del cielo, sino que ella es fruto necesario de un proceso de imputación, que requiere que se cumplan

---

[1] **Juez de la Sala A de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trelew - Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.** Página web: www.lopezmesa.com

[2] Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS. – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T I, pp. 821 y ss.

[3] Tomamos esta expresión afortunada de Guido ALPA, quien la utiliza en la última de sus obras (cfr. ALPA, Guido, "Nuevo tratado de la responsabilidad civil", traducción y notas de Leysser L. León, ediciones del jurista, Lima, 2006, pp. 41 y ss.

[4] LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), "Tratado de la responsabilidad médica", coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007, en coautoría con Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, p. 38.

determinados presupuestos; uno de ellos –inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la antijuridicidad[5].

De tal modo, para que quede comprometida la responsabilidad de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico (responsabilidad extracontractual o aquiliana) que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que contrajera (responsabilidad contractual), sea por acción u omisión imputable a él.

Cómo no recordar aquí un dato obvio, que parece habérsele escapado a varios jueces y doctrinarios argentinos: **a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.**

De tal suerte, sin mandato legal incumplido no existe conducta reprochable al no ser ésta antijurídica. Y sin reprochabilidad del acto no queda comprometida la responsabilidad civil. En la Constitución Argentina vigente, para que un daño sea resarcible es esencial e inexcusable que éste haya sido causado por un hecho ilegítimo, antijurídico o no justificado.

Ello, porque si el daño fuera legítimo, o estuviera justificado, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser responsabilizado[6].

Las consecuencias de no advertir este dato tan simple son graves, porque permitiendo que los jueces "creen" deberes jurídicos se hace tabla rasa con los derechos constitucionales de los condenados a resarcir daños justificados o en supuestos no previstos legalmente, a quienes se les inventan o conjeturan deberes jurídicos, al correr de la sola voluntad del juez o del afán de protagonismo mediático de éste.

Parece extraño pero nadie se ha puesto a pensar que **una sentencia que impone a una persona una obligación no surgida de la ley no se sustenta constitucionalmente, no difiriendo en nada de un mero despojo.**

Ello ha llevado a un insigne jurista argentino y querido amigo, el maestro Héctor Alegría a decir que "los únicos que no tienen derechos en Argentina son los demandados" y, al menos en algunas sentencias, esa frase se hace cierta.

Parece que nadie se ha puesto tampoco a reflexionar detenidamente sobre que los jueces no pueden crear deberes jurídicos.

Pero la verdad es poderosa y se impone por sí sola, andando el tiempo; y así es innegable que:

a) una sentencia que imponga obligaciones no surgidas de la ley es nula e inconstitucional;

b) sólo el legislador puede crear deberes jurídicos; y

c) el juez a lo sumo puede extraerlos al interpretar normas legales, pero no puede ni extender éstas por interpretación analógica ni conjeturar deberes que no surjan en forma clara de la normativa, porque ello implicaría avanzar sobre los derechos constitucionales del demandado.

En un excelente fallo la CNCiv., Sala J, con voto señero de la Dra. Zulema D. Wilde resolvió una conjetura de responsabilidad, en la que un juez –presumiblemente- justiciero había inventado un deber jurídico al demandado: el deber de que los médicos y laboratorios que realicen diagnósticos hematológicos de HIV entreguen los resultados positivos al paciente en presencia de un cuerpo de abordaje multidisciplinario.

Ese deber jurídico inventado, al calor de las conclusiones o sugerencias de un presunto "V Congreso sobre SIDA" llevo ante su incumplimiento a condenar al demandado a resarcir al paciente un "daño". Felizmente la Sala J de la Excma. CNCiv, puso las cosas en su lugar y dejó sin efecto esa sentencia ilegal de grado, declarando que "Tampoco puede requerirse la participación de un cuerpo de abordaje multidisciplinario porque esa haya sido la hipotética conclusión o la sugerencia del presunto V Congreso sobre SIDA, frente a la ausencia de norma legal. El principio de legalidad

---

[5] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106.

[6] BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", 4ª edic., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 116, Nº 286.

está expresado de modo genérico en el artículo 19 de la Constitución Nacional y tiene su fuente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia"[7].

Aprecie el lector qué peligroso puede ser permitir que los jueces conjeturen o creen deberes jurídicos: el precio de tal ocurrencia puede ser una condena a resarcir sin norma que lo disponga, a través de una creación ex nihilo de un juez "creativo" o supuestamente justiciero.

Pero además del art. 19 C.N. existe una norma vigente en el Código Civil que también establece inexcusablemente la antijuridicidad como presupuesto de la reparación: el art. 1066 C.C.

A tenor de ambas normas la posición de quienes cuestionan la supervivencia de la antijuridicidad, amén de sus vacíos conceptuales, se vuelve insostenible formativamente.

De lege lata, en nuestro país, es indudable entonces que sin ilicitud o antijuridicidad del hecho atribuido al demandado no hay daño resarcible. Lo demás son manifestaciones de deseo y deben tomarse como tales.

En tal situación, toda sentencia condenatoria –como recaudo de validez constitucional- debe suministrar dos datos centrales: cuál ha sido el deber jurídico infringido por el sujeto condenado y de qué norma jurídica vigente surge ese deber.

El problema es que estos deberes del juez no se cumplen siempre. Por caso, en materia de responsabilidad médica, se constata que algunas sentencias judiciales argentinas prescinden de este requisito no indicando cuál es el deber jurídico infringido por el galeno o no precisando cuál es la norma que establece ese deber jurídico reputado incumplido[8].

La enunciación del deber jurídico incumplido es a veces tan genérica que resulta vaga, dando la idea de que este "deber" ha sido "inventado" por el juez un rato antes de condenar al demandado.

Bien ha dicho el Prof. colombiano Jorge SANTOS BALLESTEROS que "para determinar cuál es el alcance de esa responsabilidad, necesariamente hay que precisar los deberes jurídicos involucrados, sus fuentes y desde luego, la naturaleza de las prestaciones a cargo de estos profesionales"[9].

Cuando la responsabilidad civil es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre dos o más contratantes, que ostenta categoría y fuerza de ley para quienes lo han suscripto -art. 1197 Cód. Civ.- y forma parte por lo tanto el ordenamiento jurídico, aunque su obligatoriedad esté circunscripta a los contratantes y sus sucesores. En los casos de responsabilidad contractual, el juez debe identificar cuál es la obligación incumplida por el contratante y de qué cláusula contractual u obligación ex lege surge ella.

Tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad resulta de la violación a la ley en sentido material, y en particular de las normas de los arts. 1066 y ss.; 1074 y ss.; 1109 y ss. y concordantes del Código Civil-[10], debiendo explicitarse el deber violado y la norma de la que surge.

Se ha decidido asimismo que la antijuridicidad que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual supone falta al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos[11].

Inútil advertir que sin vulneración de un bien jurídico protegido no existe responsabilidad civil, por lo cual la identificación del bien jurídico protegido y vulnerado y de la norma que lo protege es requisito esencial de validez de la sentencia de condena.

---

[7] Cfr. CNCiv. Sala J, 14/2/08, en autos "G., E. A. c. Metropolitan Life Seguros de Vida S.A. y otros s/daños y perjuicios", con comentario a fallo de Marcelo LÓPEZ MESA, titulado "La ideología de la reparación y la concesión de reparaciones porque sí", en LA LEY 2008-B, 270/272. .

[8] Ello ocurrió arquetípicamente en el fallo de primera instancia del caso "G., E. A. c. Metropolitan Life Seguros de Vida S.A. y otros s/daños y perjuicios", pero felizmente la CNCIv. Sala J, reparó el error.

[9] SANTOS BALLESTEROS, Jorge, "Instituciones de responsabilidad civil", Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, tomo II, p. 253.

[10] CAZEAUX, Pedro N.- TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", Editora Platense, La Plata, 1996, T. V, pp. 504/505.

[11] Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 17/3/81, ponente: Sr. Santos Briz, LA LEY (Esp.), t. 1981-2, 534.

III) La antijuridicidad del daño: concepto, alcance y caracteres.

Con gran precisión se ha conceptualizado a la antijuridicidad como "un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico"[12].

Y también se ha apuntado correctamente que "la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito"[13].

En nuestro concepto, una actuación antijurídica es aquella que –infringiendo un deber legal u obligación contractual- causa un daño a otro, sin que medie una causa de justificación de ese daño.

La antijuridicidad es un elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil y consiste en un obrar contrario a derecho; se trata de una conducta que infringe o viola deberes impuestos en una norma o regla de derecho, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico[14]. Se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad[15].

La antijuridicidad es una noción consustancial a la responsabilidad civil, no siendo exclusiva de la responsabilidad extracontractual sino que también tiene aplicación en la responsabilidad obligacional[16] y en la contractual.

En esa línea se ha resuelto que "los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual, son cuatro los elementos necesarios de esa responsabilidad civil: a) la antijuridicidad; b) el daño causado; c) la relación de causalidad y d) el factor atributivo; ..."[17].

La antijuridicidad no se circunscribe a la vulneración de normas legales o a cláusulas contractuales, sino que las transgresiones a normas abiertas y a principios jurídicos también quedan comprendidas en ella[18].

En similar sentido se ha expresado que "…el daño merecerá la calificación de antijurídico cuando lesione un interés protegido por el Derecho, entendidos, tanto éste como aquél, en su sentido más amplio. Lo anterior significa que por intereses jurídicamente protegidos o tutelados no deben entenderse únicamente los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos e, incluso, las expectativas ciertas y legítimas, siempre y cuando unos y otras se encuentren protegidos por el Ordenamiento jurídico, concebido éste no sólo como la suma de sus concretas normas, sino integrado también por los principios y valores que lo informan"[19].

Y bien se ha aclarado que institutos como el abuso del derecho amplían la antijuridicidad mediante pautas axiológicas genéricas, como la funcionalidad en el ejercicio de los derechos, la moral, la buena fe, las buenas costumbres, etc[20].

Claro que en estos casos, el intérprete que pretenda extender el ámbito de antijuridicidad por conducto de la interpretación de normas abiertas o principios generales, debe ser particularmente

---

[12] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición revisada, Edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, p. 269.

[13] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 313, § 40.

[14] CAZEAUX, Pedro N.- TRIGO REPRESAS, Félix, "Derecho de las obligaciones", cit, T. V, p. 504.

[15] CNCiv., Sala D, 29/2/96, T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires, LL 1996-D, 24; Cám. CC 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, 29/5/97, Montalivet Nestor H. y otros c/ Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil, JA 1999-I- 456 y ED 182- 843.

[16] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 314, § 40.

[17] Cám. Civ. Com. y Lab. Venado Tuerto, 30/7/92, "Boyle, Alejandro c. Regidor, Oscar J.", en La Ley online.

[18] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", cit, T. 4, p. 314, § 40.

[19] NAVEIRA ZARRA, Maita María, "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual", Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2006, pp. 48/49.

[20] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 315, § 40.

cuidadoso en fundamentar correcta y suficientemente su decisión, so riesgo de que los principios generales del derecho –como la buena fe- terminen transformándose en una caja de Pandora, lo que resultaría violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional.

Con su agudeza característica, el maestro SALEILLES pensó a comienzos del siglo XX en un sistema normativo que fuera más allá del código civil, pero siempre dentro del código civil, para favorecer el progreso del derecho[21]. La estrechez de la exégesis debía ser superada, pero sin saltar al vacío. Fue una idea genial.

En la labor de ampliación de la antijuridicidad implícita en normas expresas se hace más cierta que en ninguna otra aquella frase señera de Raymond SALEILLES: **"Au-delà du Code Civil mais par le Code Civil"[22];** ella implica que en la interpretación evolutiva de un texto no son aceptables las cabriolas argumentales ni los saltos al vacío y que si desea realizarse una interpretación creativa de él, ella debe ir expandiendo razonablemente su letra expresa por conducto de criterios que deben dar las pautas y tendencias en que se basan, así como los puntos de apoyo normativos que los sustentan.

Certeramente ha expuesto la Dra. NAVEIRA ZARRA que la "amplia concepción del interés que configura el objeto del daño resarcible y que se formula a la luz del general principio del neminem laedere exige, al formularse en términos tan generales e imprecisos, una individualización de los concretos intereses protegidos por el Derecho. y en este punto, adquiere fundamental importancia la labor desempeñada por los órganos judiciales, a los que corresponde individualizar los intereses jurídicamente protegidos, no en base a la arbitrariedad ni a su libre discrecionalidad, sino tomando como punto de referencia la conciencia colectiva del momento histórico de que se trata, de la que los jueces actúan como representantes. En definitiva, cabe atribuir a la jurisprudencia el papel de artífice de la ampliación de la esfera del daño resarcible" [23].

Es dable aclarar que los particulares no responden frente a las víctimas por daño justificado. Sólo hay actuación lícita con obligación de resarcir en cabeza del Estado, no así de los particulares.

Y la diferencia de tratamiento entre los particulares y el Estado se justifica en el hecho –no tenido en cuenta por muchos- de que el Estado responde –además de los factores tradicionales *(dolo y culpa de sus dependientes o funcionarios y riesgo de las cosas de que se vale en el desarrollo de sus actividades)* por factores de atribución de responsabilidad que no son aplicables a los particulares, tales como la teoría del sacrificio especial o la falta de servicio.

A tenor de éstos últimos puede resultar justificable que en ciertos casos el Estado responda por actividad lícita, no siendo justificable ni legal que los particulares sean obligados a resarcir daños justificados, a mérito de lo dispuesto en los arts. 1066/1067 del Código Civil y 19 de la Constitución Nacional.

La antijuridicidad del daño desaparece cuando concurre una causa justificativa que lo legitima, o bien cuando existe una causa que la excluye, generando la obligación jurídica de soportar el daño[24]. La justificación del daño quita antijuridicidad a la actuación, motivo por el cual no se está en presencia de un daño indemnizable.

En sentido formal, antijuridicidad significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho[25].

---

[21] A mayor abundamiento vid la tesis doctoral Alfons ARAGONESES sobre el maestro SALEILLES y sus aportes, en http://www.tesisenred.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0515107-135747//taa.pdf

[22] Que significa « Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil".

[23] NAVEIRA ZARRA, Maita María, "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual", cit, pp. 48/49.

[24] Tribunal Supremo de España, 18/10/99, "D. Jesús Emilio C. G.", RCyS, 2000-1206.

[25] MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal, Parte General" PPU Edic., Barcelona,. 1995, p. 135; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit., T. I, p. 809; STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, "Responsabilidad civil por incumplimiento del deber precontractual de información", en "Derecho de daños", segunda parte, Ed. La Rocca, Bs. As., 1996, p. 572; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, pp. 106 y ss.

La antijuridicidad o ilicitud –términos que se utilizan como sinónimos en derecho civil[26], pero que no son equiparables en el ámbito penal[27]–, consiste en un proceder que infringe un deber jurídico preestablecido en una norma o regla de derecho y que causa daño a otro, obligando 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 del hecho ilícito, y constituye a la vez el elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil extracontractual[28].

Doctrina y jurisprudencia han destacado que la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral[29]. En esta misma línea se ha dicho que la antijuridicidad es una contradicción con el ordenamiento jurídico –y no sólo una contrariedad con una concreta norma jurídica-, una lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo carente de justificación que repercuta en la esfera jurídica ajena[30].

Ello, pues puede darse el caso de que un determinado acto estuviera prohibido por una norma y autorizado por otra, no siendo en tal caso posible calificarlo como antijurídico[31].

Un par de ejemplos permite comprender mejor la cuestión:

1) el terminar con la vida de una persona constituye un acto antijurídico conforme los arts. 79 y ss. del Código Penal; sin embargo, si la muerte fuera –por caso- de un delincuente que entró a la vivienda de un pacífico ciudadano quien, al resistirse legítimamente a una tentativa de robo con violencia, lo ultima, entra a jugar en el caso el art. 34 inc. 6º del mismo Código que establece que "No son punibles:... 6) el que obrare en defensa propia o de sus derechos...".

2) La revelación de un secreto conocido por un contador en el marco de la relación de confianza con un cliente constituiría un delito, penado por el Código Penal. Pero si el dato revelado fuera relativo a la existencia de un caso de lavado de dinero proveniente del

---

[26] BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", Ed. Astrea, Bs. As., 1981, t. 2, p. 87, § 396; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa", en "Revista Notarial" N° 845, p. 968, N° II.

[27] En este sentido, bien ha esclarecido el maestro BACIGALUPO que "en tanto relación de contrariedad al derecho, la antijuridicidad no es cuantificable: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, o sea: más o menos ilícito" (BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edic., Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 351, Nº 677).

[28] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 107.

[29] SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, T. I, p. 28, Nº 2; BUSTO LAGO, José Manuel, "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 34; BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", primera parte, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe", Ed. La Rocca, Bs. As., 1996, p. 148, Nº 3; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 109; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit, T. I, p. 810; BORAGINA, Juan Carlos, "Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad civil", en "Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, .p. 72; COMPAGNUCCI de CASO, R., "Manual de Obligaciones", Ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 595, § 495; CNCiv., sala D, 29/2/96, "T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires", LA LEY 1996-D, 24 y DJ 1996-2, 644; Cám. CC San Martín, Sala I, 24/4/86, "Salomón de Noi, María E. c/ Gagliotti, Antonia y otros", DJ 987-1-116; Cám. 1ª CC San Nicolás, 31/8/99, "Berdún Carmelo y otro c/ García Miguel Ángel y otro", Juba sum. B855753; Cám. Apels. de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 12/6/97, "Avinceto, Elba R. c. Provincia de Entre Ríos", La Ley 1999-D, 748.

[30] En este sentido, BUSTO LAGO, José M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, p. 67; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Responsabilidad civil y administrativa por el daño ambiental", en RRCCS, enero de 1994, p. 6.

[31] COMPAGNUCCI de CASO, R., "Manual de Obligaciones", cit., p. 595, § 495; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit., T. I, p. 810.

narcotráfico, que ha llegado a su conocimiento con motivo de su trabajo, el Capítulo III de la ley argentina 25246 intitulado "Deber de informar. Sujetos obligados", no solo autoriza sino que obliga al profesional de ciencias económicas a informar toda operación sospechosa de lavado, lo que quita toda antijuridicidad a la información que éste realizara al Fisco de tal sospecha[32].

Puede apreciarse, entonces, que no existiendo en estos ejemplos la contradicción integral con el ordenamiento, sino una mera colisión de la conducta analizada con una norma particular, que resulta desplazada en su aplicación al caso por otra regla legitimante, no puede alegarse que tales hechos sean antijurídicos ni generen obligación indemnizatoria alguna[33].

O como dijera el Tribunal Supremo de España en un fallo, la antijuridicidad del daño desaparece cuando concurre una causa justificativa que lo legitima, o bien cuando existe una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar, generando la obligación jurídica de soportar el daño[34].

La antijuridicidad como concepto inicial consiste en un juicio objetivo de desaprobación hacia el ordenamiento, concepto que comprende las leyes, las costumbres, los principios del sistema, etc.[35] O en palabras de MEZGER "el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico"[36].

La antijuridicidad del daño está constituida por la lesión de un interés jurídicamente protegido y protegible, frente a la actuación del dañador. Si el interés no está jurídicamente protegido, caso de ser éstos ilegales, inmorales o contrarios a las buenas costumbres, no puede haber antijuridicidad, porque al no existir el deber jurídico de no dañar esos intereses, no puede haber infracción del mismo. Si por el contrario, el interés goza de la protección jurídica en abstracto, pero no en concreto, frente a la actuación del dañador, por estar ésta, a su vez desplegada también para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido, tampoco puede existir antijuridicidad, porque al estar esta conducta justificada, deja de existir aquél deber para el dañador y, éste, al causar el daño, realiza un acto jurídico perfectamente lícito y, como tal, carente absolutamente de la antijuridicidad exigida para el nacimiento de la responsabilidad civil[37].

El maestro SANTOS BRIZ ha expuesto que la noción de antijuridicidad no aparece en todos los casos 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 y agrega que si la palabra ley se toma en sentido lato incluyendo los pactos contractuales, que son ley para los contratantes puede llegarse a un concepto aceptable de antijuridicidad[38].

Pero posiblemente sea la elaboración funcional de ESSER la más práctica y conveniente de adoptar en este punto; para ESSER la antijuridicidad es un medio para delimitar hasta dónde llega la imputación de daños a una persona, ya que para imponer a una persona una obligación indemnizatoria además de una relación causal adecuada entre el acto y el daño se requiere además que el resultado dañoso esté prohibido por la ley o por el contrato; es decir, que el ámbito de protección de los pactos contractuales o de las disposiciones legales sobre actos ilícitos incluya los

---

[32] A mayor abundamiento, vid LÓPEZ MESA, Marcelo, "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2005.

[33] Como dijera SOLER, "no toda muerte de un hombre causada por otro hombre constituye un homicidio, es decir un delito" (SOLER, Derecho Penal argentino, Tomo I, Edit. La Ley, Bs. As., 1945, p. 343).

[34] Tribunal Supremo de España, 18/10/99, "D. Jesús Emilio C. G.", RCyS 2000-1206.

[35] BUERES, A., El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, cit, p. 149, Nº 3; BORAGINA, Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad civil, cit, p. 72; GESUALDI, Dora M., De la antijuridicidad a las causas de justificación, en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 144; COMPAGNUCCI de CASO, R., Manual de Obligaciones, cit, p. 595, § 495. .

[36] MEZGER, Edmund, "Derecho Penal. Parte General", Edit. DIN, Bs. As., 1989, p. 131, § 30.

[37] PENA LÓPEZ, J. M., prólogo a la obra de BUSTO LAGO, cit, p. 25.

[38] SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, T. I, p. 28, Nº 2.

bienes afectados[39]. En su desarrollo, la imputación de daños es una cuestión "normativa", pues es la norma la que debe determinar si quiere indemnizar "este" daño surgido de "esta forma concreta".

Jurisprudencialmente se la ha definido diciendo que la antijuridicidad es una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apreciado con sentido unitario, agregándose que se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad. Concretamente, no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación. De tal modo, para que exista no es necesario que haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, pues es suficiente que se cause un daño sin justificación[40].

Todo lo dicho hasta aquí porta una sonora implicancia: la estrecha correlación entre los conceptos de "antijuridicidad" y "ordenamiento jurídico objetivo", torna impersonal a esta contradicción, a este juicio de reproche, en contraposición a la culpabilidad, de índole subjetiva, al estar íntimamente relacionada con la previsibilidad[41].

III.a) Antijuridicidad civil y penal.

Luego de lo expuesto cabe preguntarse si el concepto de antijuridicidad es el mismo o, al menos, si es relativamente equivalente en materia civil y penal. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa: ambas ramas del derecho en orden a la antijuridicidad, comparten el concepto básico sobre que ella implica una contradicción con una norma jurídica. Claro que también existen algunas diferencias, conforme se verá infra.

Con agudeza han dicho dos penalistas españoles de nota que "La antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, de forma tal que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas"[42].

En segundo lugar, cabe recordar lo expuesto por Ricardo NÚÑEZ: "debe sostenerse firmemente el concepto de la unidad de la antijuridicidad en todo el campo del Derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no; por ejemplo, la destrucción culposa de un objeto es un acto ilícito civil, pero, por no encuadrar en el artículo 183 del Código Penal, no produce efectos en el campo penal. La unidad de la antijuridicidad del hecho resulta de la unidad de la norma jurídica de valuación que regula su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho, con prescindencia de que, por su tipificación penal o por sus efectos civiles, se le atribuyan consecuencias jurídicas de una u otra índole o ambas"[43].

En ambos campos –civil y penal- la antijuridicidad está enlazada necesariamente con la tipicidad. Sólo lo que es típico es antijurídico, aún cuando no son conceptos identificables como se verá infra y tienen diferente extensión en cada uno de los campos.

Como aclaración sustancial, cabe dejar sentado que las nociones de antijuridicidad y tipicidad no son equiparables, sino que ambas categorías guardan entre sí una relación de proximidad y parcial yuxtaposición. Todo lo antijurídico es típico, pero no todo lo típico es antijurídico, pues un hecho típico, cuando concurre una causal de justificación queda desprovisto de toda antijuridicidad.

---

[39] ESSER, Josef, "Schuldrecht, Allgemeiner Teil", 3ª edic, 1968, pp. 308 y ss, cit. por SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil", cit. T. I, p. 29.

[40] CNCiv., Sala D, 29/2/96, "T., C. J. c/ Municipalidad de Buenos Aires", LL 1996-D-24 y DJ 1996-2-644.

[41] Cfr. MEZGER, Edmund, "Derecho Penal. Parte General", cit, p. 134, § 31.

[42] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición revisada, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 269.

[43] NUÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal argentino. Parte General", Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1964, T. 1, pp. 291/292; también en favor de la unicidad de lo ilícito se pronuncian PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", Edit. Comares, Granada, 2002, p. 263, Nº 1.2; BUSTO LAGO, M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Edit. Tecnos, Madrid, 1998, p. 49; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, pp. 106 y ss.

Ello así, prestigiosos autores han dejado sentado que la tipicidad de un comportamiento no implica necesariamente la antijuridicidad del mismo, sino que a lo sumo constituye un indicio de que el comportamiento típico puede ser antijurídico[44].

Por ello, bien se ha dicho que "tipo y antijuridicidad son dos categorías distintas de la teoría general del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (ratio cognoscendi), pero no se puede identificar con ella (ratio essendi)" [45].

Y se ha aclarado agudamente que "una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación"[46].

A fin de cerrar la temática de la importante distinción entre tipo y antijuridicidad cabe recordar un excelente párrafo de MUÑOZ CONDE: "La relación entre tipo y antijuridicidad puede ser más o menos estrecha. Generalmente, en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad. Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, y hay que dejar al juez o al intérprete la tarea de buscar las características que faltan. Sucede esto sobre todo en los delitos imprudentes, en los que la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con ayuda del criterio de la «diligencia debida». O en los delitos de comisión por omisión en los que el ámbito de la autoría tiene que ser completado con el criterio de la «posición de garante». Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal. Pero, una vez halladas, pertenecen al tipo igual que las demás. Lo mismo sucede con algunos tipos en los que para saber cuál es la conducta prohibida hay que acudir a determinadas. características de la antijuridicidad o características normativas (tipos abiertos)" [47].

Una concordancia trascendente entre ambas tipicidades –civil y penal- consiste en que las normas que establecen tipos delictivos tanto de delitos civiles –y aún de cuasidelitos civiles- como de delitos penales ambas están formulados a la manera de mandatos imperativos de tipo positivo, es decir ni en materia penal ni en el ámbito civil se prohíbe matar, lesionar, atentar contra el pudor, sino que se establece directamente cuáles son las consecuencias de actuar de esa manera. Por ello agudos penalistas han comprobado desde antaño que los delincuentes no vulneran las normas sino que las cumplen cabalmente, al quedar su conducta perfectamente subsumida dentro del tipo respectivo.

Un análisis muy simple permite comprobar esta idea, a través de un ejemplo. En materia de estupefacientes, la Ley 23.737 establece determinados delitos. Por ejemplo su artículo 23 dispone: *"Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de cuatro a ocho, años el funcionario público dependiente de la autoridad sanitaria con responsabilidad funcional sobre el control de la comercialización de estupefacientes, que no ejecutare los deberes impuestos por las leyes o reglamentos a su cargo u omitiere cumplir las órdenes que en consecuencia de aquéllos le impartieren sus superiores jerárquicos"*[48].

Se aprecia de este texto que el legislador no prohíbe una determinada conducta sino que establece cuál es la pena que su realización lleva aparejada.

En el caso que analizamos, el funcionario público -dependiente de la autoridad sanitaria con responsabilidad funcional sobre el control de la comercialización de estupefacientes- que no ejecutare los deberes impuestos por las leyes o reglamentos a su cargo u omitiere cumplir las órdenes que en consecuencia de aquéllos le impartieren sus superiores jerárquicos no estará violando la norma sino, precisamente, cumpliendo el tipo delictual.

---

[44] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 269; BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edic., Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 351, Nº 676.

[45] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 269.

[46] BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edic., cit, p. 351, Nº 676.

[47] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 269.

[48] Texto modificado por: Ley 24.424 Art.2 (Sustituido. (B.O. 09-01-95).

El eminente penalista alemán Karl BINDING fue el primero en darse cuenta de que los delincuentes no incumplían la norma sino que, justamente, eran quienes la cumplían al realizar la conducta prevista en el tipo.

Y si se abre un poco más el espectro, se comprueba que en materia de responsabilidad civil ocurre exactamente lo mismo. A poco que se analicen los delitos civiles contemplados en los arts. 1084 a 1095 se comprobará que la formulación de los tipos delictivos en ellos es muy similar a las normas penales.

Pruebas al canto:

Art. 1084 C.C: "Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar …";

Art. 1086: "Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá…";

Art. 1087: "Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá,…";

Art. 1088: "Si el delito fuere de estupro o de rapto, la indemnización consistirá…"

Art. 1089: "Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, …";

Art. 1090: "Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará …";

Art. 1091: "Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, …";

Art. 1093: "Si el delito fuere de usurpación de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el día del delito. …";

Art. 1094: "Si el delito fuere de daño por destrucción de la cosa ajena, la indemnización consistirá en el pago…".

Y algo equivalente ocurre con los cuasidelitos, ya que la formulación del tipo cuasidelictual también guarda notorias similitudes con los tipos penales: Art.1109: *"Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil….".*

En materia civil los delitos también son típicos, pues el juez no puede crear delitos a su leal saber y entender. Tampoco puede crear cuasidelitos, pero, respecto de estos últimos, la norma legal debe ser necesariamente completada por el juez.

Desarrollaremos un poco más la idea: un hecho es antijurídico cuando infringe una prohibición del ordenamiento, tanto en materia civil como penal. Hemos visto ya que en materia penal la prohibición es más rígida que en materia civil, pero en ambos campos sin tipicidad no hay antijuridicidad.

En materia de responsabilidad civil, la prohibición legal puede adoptar dos formas diversas:

1) puede ser **rígidamente típica** (*como en el caso de los delitos civiles que establece nuestro Código Civil en sus arts. 1084 a 1095), supuestos en que tienen que concurrir todos los elementos normativos que componen el tipo, no pudiendo el juez soslayar el incumplimiento de alguno –como el dolo-*[49]*; o*

2) **puede tratarse de la infracción a un tipo abierto** –nunca uno en blanco[50]- como el que contiene el segundo párrafo del art. 1109 C.C., que establece una matriz en materia de cuasidelitos, que debe ser necesariamente completada por el juez, echando mano al concepto de diligencia debida (disperso entre tres normas del mismo código, los arts. 512, 902 y,

[49] Aunque es dable reconocer que en ocasiones algunos jueces, utilizando una técnica defectuosa, se han sentido habilitados para saltar por encima de los tipos legales y soslayar que no hay delitos civiles culposos, pues las figuras previstas en los arts. 1084 y ss. requieren del dolo para configurarse. Se trata de un error conceptual de proporciones, el que no puede encomiarse.

[50] No puede tratarse de un tipo en blanco, porque en tal caso el juez tendría la facultad de crear deberes jurídicos y claramente ello sería ilegal e inconstitucional, a tenor de lo dispuesto en el art. 19 C.N.

según el caso, 909 C.C., para apreciar si en el caso concurre o no un supuesto de negligencia.

Esta última es una importante diferencia entre la antijuridicidad civil y penal: **en derecho penal no hay cuasidelitos, como sí existen en el ámbito de la responsabilidad civil.**

Es más, un molde delictual como el de los cuasidelitos en materia penal creemos que sería groseramente inconstitucional, porque se aproxima bastante a un tipo penal en blanco, lo que constituye un tipo de punición inaceptable para cualquier persona con una formación digna en ese campo.

La rigidez de la tipicidad penal tiene una explicación coherente y entendible: la ley penal puede –y debe- prever todos los ataques al orden social que por su gravedad merezcan represión penal y en derecho penal lo que no está punido expresamente no puede ser objeto de persecución, no siendo admisibles ni los tipos penales abiertos en exceso ni, menos, las normas penales en blanco, que delegan en el juez completar la manda en el caso concreto.

La legislación en materia de responsabilidad civil, por el contrario, se encuentra en la imposibilidad de prever todos los actos dañosos o perjudiciales respecto de los particulares, y de determinar por adelantado, a los efectos de adecuar a ellos la reparación consiguiente, el daño que de ellos eventualmente emergerá"[51] y por ello, junto a los delitos civiles, ha establecido una figura cuasidelictual amplia, que permite tallar figuras cuasidelictuales sobre la base de exigir los requisitos de los delitos de los arts. 1084 a 1095, pero en clave de culpa.

Dicho en palabras llanas, los cuasidelitos surgen cuando una conducta delictiva típica civil se cumple, a excepción del requisito del dolo –requisito insoslayable para tener por configurado cualquiera de los delitos civiles previstos en los arts. 1084 y ss. C.C.. En ese caso, si además de las notas típicas de dichos delitos, a falta de dolo hubiese culpa acreditada, entonces podrá el juez condenar al dañador culpable a resarcir el daño causado a la víctima como autor de un cuasidelito.

Pudo verse de ello que existe cierta diferencia a trazar en ambas materias, con eje en el requisito de tipicidad. En materia penal el requisito de tipicidad es de cumplimiento estrictísimo. En cambio, en materia de responsabilidad civil, si bien la tipicidad es una exigencia indiscutible, no es necesario que un texto prevea especialmente el perjuicio sufrido por la víctima para que ésta pueda demandar reparación: el legislador puede considerarse satisfecho con dejar sentado un principio general de la responsabilidad civil[52] o una norma abierta como el art. 1109 C.C. que permite al juez completar el tipo de los delitos civiles con una apreciación suya sobre la falta de diligencia del autor.

Sentado ello, a modo de cierre nos parece de interés plantear una nota distintiva central entre la antijuridicidad civil y penal. En materia de responsabilidad civil, sin daño no hay antijuridicidad, ya que no hay delitos de peligro; el mero peligro no genera antijuridicidad ni, por ende, obligación resarcitoria.

En cambio, en materia de derecho penal, "La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico"[53].

Agudamente se aseveró luego que "La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. Junto a la lesión, en el Derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos" [54].

---

[51] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ."Tratado de la responsabilidad civil", cit, . I, p. 814.

[52] MAZEAUD, Henri, Léon & Jean – CHABAS, François, « Derecho Civil. Obligaciones", trad. Luis Andorno, Zavalía Edit., Bs. As., 1997, T. 1, p 466.

[53] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 320.

[54] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 320.

Y se ha aclarado que "el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico). Para saber, por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, por qué tipo de carreteras viajaba, qué clase de coche era, etc., y, segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico, porque la antijuridicidad material exige por lo menos la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal" [55].

"Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado; sólo la acción que considerada ex ante (es decir, situándose en el lugar del autor en el momento en que es realizada) es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo" [56].

Estos conceptos que hemos referido, transcribiendo la pluma inspirada de MUÑOZ CONDE que son aplicables a la antijuridicidad penal, no lo son en cambio a la antijuridicidad civil, donde no existen delitos de peligro -ni concreto ni abstracto-, ni tentativas.

En derecho civil o hay daño causado o no lo hay. Si lo hay y no está justificado, habrá antijuridicidad. Si no hay daño, no habrá nada jurídicamente relevante a los efectos del derecho civil.

Y a efectos de evitar que algún ocurrente nos diga que en el derecho civil existe un caso de antijuridicidad por peligro abstracto, y que él sería la acción de daño temido del art. 2499 C.C., nos apresuramos a aclarar que esta figura, participa de los caracteres de una verdadera acción cautelar, aunque de naturaleza sustancial, en vez de ser una acción fundada en la antijuridicidad.

El propio texto del segundo párrafo del art.2499 no da esa pauta, cuando dice que *"Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez* ***a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares***".

Justamente es éste la figura híbrida -o el fenómeno jurídico- que confirma la regla que trazamos supra acerca de que en el seno del derecho civil no hay más antijuridicidad que la que puede derivar –además de otros requisitos- de la causación de un daño efectivo. Sin daño no hay, entonces, antijuridicidad, aunque la inversa no es exacta, pues puede haber daño sin antijuridicidad, al estar éste justificado, lo que le quita el carácter antijurídico al menoscabo.

Como adelantamos, existen algunas diferencias entre la antijuridicidad civil y la penal; seguidamente nos ocuparemos de ellas.

Los caracteres básicos de la responsabilidad penal son: ella se basa en un reproche a la conducta del individuo; implica un castigo o una sanción, el principio de tipicidad es de estrictísimo cumplimiento y la entidad de la pena guarda relación directa con la magnitud de la sanción. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad civil, la medida de la reparación no se determina en función de la culpabilidad del autor del daño, sino de la medida de éste, sin perjuicio de lo cual,

---

[55] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 321.

[56] MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte general", 2ª edición, cit, p. 321.

cuando se tratare de daños inferidos dolosamente o en forma alevosa, pueda servir esta circunstancia para incrementar la indemnización[57].

Pero existe otra diferencia esencial entre ambas ramas: en derecho penal, la antijuridicidad de la conducta es necesariamente por un acto personal. La persona que sufre la pena que se impone a un delito, la sufre en calidad de autor, partícipe, instigador o encubridor de ese delito, pues no cabe en derecho penal hablar de antijuridicidad por refleja o por el hecho ajeno. En el ámbito de la responsabilidad penal, por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable son el mismo individuo[58].

En el territorio de la responsabilidad civil, en cambio, no siempre el responsable u obligado a resarcir un hecho ilícito es su autor. Puede suceder, y de hecho sucede frecuentemente, que un individuo sea el autor del hecho ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo, es decir, que otros sean los que deban sufrir las consecuencias de la sanción que a ese delito le corresponde, de conformidad con una norma jurídica, lo que ocurre por ejemplo en diversos supuestos de responsabilidad refleja o por el hecho ajeno.

De lo visto hasta aquí, puede afirmarse que la diferencia más neta entre responsabilidad civil y penal la marca el hecho de que la responsabilidad civil puede recaer sobre personas diferentes de aquellas que han cometido el delito, mientras que en la responsabilidad penal, la imposición de una sanción requiere inexcusablemente haber participado, en algún grado, en la comisión del ilícito[59].

Jurisprudencialmente se ha decidido, en idéntico sentido, que en el Derecho Penal la responsabilidad se establece con respecto a los actos propios y no con respecto a los actos ajenos[60].

Esta diferencia lleva, a su vez, a otra accesoria: la exculpación del autor o partícipe en sede penal no es óbice para que éste responda civilmente[61]; es un principio asentado en nuestro derecho que con los mismos elementos de prueba, se puede absolver al demandado por no haberse probado su responsabilidad penal en un accidente de tránsito y adoptarse una decisión inversa en orden a la responsabilidad civil del mismo, ya que la responsabilidad penal y la civil no se confunden, porque se aprecian con criterio distinto y por consiguiente puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera[62].

Pero además, existen otros importantes contrastes entre ambas responsabilidades:

1) Una diferencia esencial se relaciona con el principio de taxatividad. LE TOURNEAU & CADIET han expuesto que "las infracciones penales no existen más que en número limitado. El Código Penal comporta una lista de infracciones y sus correspondientes sanciones. Los magistrados deben atenerse a esta enumeración legal"[63]. Como dijera FERRERES COMELLA, "las leyes penales deben ser precisas. Esta exigencia, que se conoce como "principio de taxatividad", está

---

[57] LÓPEZ MESA, Marcelo, "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 12.

[58] LÓPEZ MESA, Marcelo, "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal", cit, p. 12.

[59] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Las personas civilmente responsables", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – CAVANILLAS MÚGICA, Santiago – DE LA LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, Emilio, "La responsabilidad civil ex delicto", Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 145.

[60] Cám. Penal de Junín, 21/12/95, "I., E. G.; M. R.; M., C. s/ Defraudación", Juba sum. B1650089.

[61] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Las personas civilmente responsables", en "La responsabilidad civil ex delicto", cit., p. 146; LÓPEZ MESA, Marcelo, "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal", cit, p. 13.

[62] SCBA, 7/7/89, "Soler, Julio c. González, Néstor", AyS 1989-II-689; ídem, 10/9/91, "Romero de Moreyra, Clementina y ot. c. Alves Da Rocha, José Alberto", AyS 1991-III-199; ídem, 21/3/95, "Sueldo, Andrés Antonio c. Rodríguez, Carlos Oscar y otro", AyS 1995-I-389; ídem, 20/11/96, "Santillán, Omar Emilio c. Banco Local Cooperativo Ltdo.", LLBA 1997-12; ídem, 13/12/00, "Aguirre, Alejandra y otros c. Carca, Héctor Osvaldo y otros", DJBA 160-34; en similar sentido, Cám. 1ª CC La Plata, Sala 1ª, 21/4/94, "Gaggino de Vitali, Hayde, A. y ot. c. Alpino, Fabián A. y ot."; ídem, Sala 2ª, 24/2/00, "Wunsche, Juna c. Zambrana Clavi, Abdias", ambos en Juba sum. B100450.

[63] LE TOURNEAU, Philippe – CADIET, Loïc, « Droit de la responsabilité », Edit. Dalloz, París, 1998, p. 32, Nº 78.

vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley"[64] e implica que la ley penal no puede contener remisiones en blanco, ni normas abiertas, ni cláusulas regias a las que el juez pueda asignar el alcance que le parezca más conveniente o atinado; a diferencia de ella, "la responsabilidad civil se caracteriza por su extrema generalidad"[65] surgiendo muchas veces de cláusulas generales o de normas bastante abiertas o, incluso, de interpretaciones judiciales bastante libres de normas abiertas;

2) La entidad de la responsabilidad penal depende, fundamentalmente, de la gravedad de la conducta reprochable, no de la del resultado lesivo[66]; en cambio, la más ruin de las conductas puede no tener por correlato la imposición de una condena de responsabilidad civil, si no ha existido daño, por lo que puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño[67];

3) Puede haber responsabilidad penal sin que exista daño, si el delito típico ha sido configurado por la conducta del agente[68]; por el contrario, en el campo civil, no existe responsabilidad sin perjuicio, aún mediando dolo[69];

4) La responsabilidad penal, en contraposición a la civil, es personalísima; no puede ser objeto de transacción; y es inasegurable[70];

5) En materia penal la responsabilidad de la víctima resulta jurídicamente irrelevante respecto de la culpa del procesado[71]; el único supuesto en que la culpa de la víctima posee relevancia en dicho ámbito es cuando ella ha sido la única causa del daño, quedando así excluida la imputabilidad del autor[72]. En el proceso civil, en cambio, infinidad de veces se declara la culpa concurrente de actor y demandado.

III.b) Antijuridicidad subjetiva y objetiva.

Existen dos formas de entender materialmente la antijuridicidad; las dos presuponen una determinada concepción de la norma jurídica y se hallan ligadas a posiciones acerca de los fines a cumplir por el sector del ordenamiento en el que operan[73].

Desde una óptica formal, la antijuridicidad, no es más que la contradicción con lo que establece el Derecho. Por lo tanto, su virtualidad se extiende más allá de cada una de las concretas ramas del Derecho positivo, es una categoría general predicable de cualquier actividad humana contraria a lo establecido por el ordenamiento [74].

---

[64] FERRERES COMELLA, Víctor, "El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una prospectiva constitucional)", Cívitas, Madrid, 2002, pp. 23 y ss.

[65] LE TOURNEAU, Philippe – CADIET, Loïc, « Droit de la responsabilité », cit, p. 33, Nº 80.

[66] PANTALEÓN, Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, cit., p. 167.

[67] PANTALEÓN ilustra estas ideas diciendo que la responsabilidad civil extracontractual es "el reino de la buena o mala suerte"; si alguien que conducía su automóvil excediendo el límite reglamentario de velocidad, atropella a un peatón y éste pierde una pierna, puede tener "buena suerte" –que el peatón sea un jugador profesional de ajedrez- o "mala suerte": que se tratara de un bailarín profesional; mientras que para el Derecho penal la profesión de la víctima es naturalmente irrelevante (PANTALEÓN, Fernando, Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas), cit., p. 167, nota 3).

[68] Para la configuración de un delito penal es indiferente la inexistencia del daño (CNCiv., Sala C, 3/4/86, "Cybuch, Onofre c. Siragusa Virsi. Eugenio", LL 1986-C-20).

[69] LÓPEZ MESA, Marcelo, "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal", cit, p. 14.

[70] PANTALEÓN, Fernando, Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas), en "La responsabilidad en el derecho", cit., p. 167.

[71] SCBA, 12/11/91, "G., T. s/ Homicidio culposo", AyS 1991-IV-174; ídem, 29/9/98, "Z., C. D. s/ Homicidio culposo", DJBA 155-407; ídem, 14/3/01, "V., R. D. s/ Lesiones culposas", Juba sum. B61033; ídem, 7/9/99, "T., G. V. s/ Lesiones culposas", Juba sum. B66195..

[72] Cám. Penal San Nicolás, 1/12/94, "O. C. F. s/ Lesiones culposas", en Juba sum. B915331.

[73] PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", p. 263.

[74] DE CUPIS, Adriano, "El daño, Teoría general de la responsabilidad civil", trad. Angel Martínez Sarrion, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 84 y 129; prólogo a la obra de BUSTO LAGO, cit, p. 8.

Existen, fundamentalmente, dos formas de entender materialmente la antijuridicidad. Ambas presuponen una determinada concepción de la norma jurídica. Además, están ligadas a diversas posiciones acerca de los fines a cumplir por el sector del ordenamiento en el que operan, o bien a una específica ontología que impone un concreto entendimiento de algunas categorías jurídicas. Para referirse a estas dos concepciones se suele hablar de antijuridicidad subjetiva y objetiva.

Federico OSSOLA ha sintetizado el problema en discusión consignado que "La cuestión a tratar, busca responder a "si el concepto de ilicitud sólo expresa una formal oposición entre lo jurídicamente debido y lo efectivamente ocurrido (antijuridicidad objetiva); o si, por el contrario no basta la mera contrariedad entre el acto y el orden jurídico, sino que es necesario además la concurrencia del elemento psíquico (voluntariedad) por parte del transgresor (antijuridicidad subjetiva)"[75].

Antes de analizar en detalle cada una, cabe aclarar liminarmente que la disquisición referida entre una concepción subjetiva y otra objetiva de la antijuridicidad, no debe entenderse en el sentido de que existan dos posturas perfectamente definidas en torno a la antijuridicidad; por el contrario, dentro de cada una de estas dos orientaciones se aglutinan numerosas corrientes que entienden de manera parcialmente diversa los elementos que ella incluye. Sin embargo, todas las posturas que podríamos adscribir a una de las orientaciones se distinguen de las incluidas en la otra en su concepto del juicio de antijuridicidad, como portador, básicamente, de un "disvalor de acción" o de un "disvalor de resultado".

Sentado ello diremos que la antijuridicidad objetiva se basa en la idea de que la norma jurídica es primordialmente un juicio de valor. Según esta posición, la finalidad fundamental de las normas jurídicas es resolver conflictos de intereses declarando, en cada caso, el interés que consideran predominante y estableciendo determinadas consecuencias jurídicas para el supuesto de que el mismo se vea vulnerado. Correlativamente, los partidarios de esta tesis, postulan que el juicio de antijuridicidad consiste en el disvalor que recae sobre el hecho en el caso de que contravenga el interés declarado preponderante por la norma jurídica[76].

El juicio de antijuridicidad, entonces, es un juicio de disvalor sobre el hecho objetivo por haber producido un resultado contrario a las valoraciones de las normas, en este juicio no se tiene en cuenta componente subjetivo alguno, el análisis del comportamiento del sujeto será analizado en un momento posterior: el del juicio de culpabilidad[77].

Esta manera de considerar la antijuridicidad fue propuesta por IHERING por vez primera, en el ámbito del Derecho privado, siendo posteriormente receptada en el seno de la corriente positivista penal del siglo pasado[78].

Esta posición fue asumida por el neokantismo; la sistemática neokantiana no abandonó el punto de partida del positivismo, la antijuridicidad era un juicio de disvalor que recaía sobre los elementos objetivos del hecho dañoso y la culpabilidad un juicio de reproche subjetivo por haberse comportado de forma contraria a las valoraciones del ordenamiento cometiendo el acto ilícito[79].

---

[75] OSSOLA, Federico Alejandro, "La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?", en "Responsabilidad civil. Presupuestos", Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, p. 93.

[76] Cfr. PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", p. 263.

[77] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 112.

[78] IHERING, sobre la base de la situación jurídica del poseedor de buena fe definió por primera vez la antijuridicidad en sentido objetivo. En esta situación, aun siendo contraria a Derecho o antijurídica y, por ello susceptible de ser eliminada mediante la acción reivindicatoria del propietario, no existe nada que reprochar al sujeto que la ostenta. De ello se deriva la imposibilidad de exigirle responsabilidad. Solamente cuando existe mala fe, es decir, una actitud reprobable en el sujeto surge la posibilidad de imponerle la obligación de resarcir. Por vía de abstracción, IHERING identificó a la antijuridicidad con la existencia de un daño a un interés, y la distinguió de la culpabilidad, que afectaría a la determinación del carácter doloso o culposo del comportamiento (cfr. CIAN, G., "Antigiuridicità e colpevolezza", Ed. Cedam, Padova, 1966, p. 39).

[79] Este concepto de culpabilidad puede apreciarse como subyacente en las construcciones de un importantísimo sector de la doctrina civil española (cfr. LEÓN GONZÁLEZ, José María, "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas", EUNSA, Pamplona, 1969, T. VI, p 319; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Régimen

En cambio, la denominada concepción subjetiva de la antijuridicidad tiene como base, esencialmente, el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta.

Conforme entienden los partidarios de la concepción subjetiva, las normas no resuelven conflictos de intereses. La resolución de tales conflictos la decide el legislador en un momento previo a aquél en el que establece la norma. Una vez que se ha decidido por conceder preponderancia a un interés en un conflicto determinado, dicta una norma mediante la cual prohíbe a los particulares que realicen cualquier comportamiento que, por sus características subjetivas, pudiese vulnerar el interés que ha decidido proteger. Cualquier conducta que infrinja la prohibición es antijurídica[80].

Consecuentemente, el juicio de antijuridicidad es, según esta tesis, fundamentalmente un juicio de disvalor que recae sobre el comportamiento que se ha rebelado contra las órdenes contenidas en la norma. Todas aquellas acciones en las que no sea posible encontrar rastro alguno de rebeldía contra las órdenes del ordenamiento carecerán de carácter antijurídico.

Según la doctrina partidaria de una antijuridicidad de carácter subjetivo sólo las acciones dolosas o negligentes serán constitutivas de injusto, puesto que el dolo y la culpa constituyen los dos comportamientos rebeldes respecto a la orden normativa[81].

Dijo el maestro GOLDENBERG en esta línea que "los mandatos jurídicos tienen como destinatarios a sujetos capaces de comprenderlos y, en consecuencia, acatarlos. El derecho sólo puede ser ofendido mediante acciones voluntarias"[82].

Expuestas ya las dos posiciones básicas en torno a la antijuridicidad, nos parece que la doctrina civil debería operar con una concepción de la antijuridicidad que permita construir un sistema de derecho de daños adecuado a los fines que persigue la responsabilidad civil extracontractual. Hemos dicho ya que las funciones principales del Derecho de daños son fundamentalmente la prevención y la reparación del daño.

Es por ello que entendemos que la concepción objetiva de la antijuridicidad resulta adecuada al Derecho de daños, en primer lugar, desde el punto de vista de los dos fines que debe cumplir el mismo[83] y, además, porque permite distinguir perfectamente este presupuesto de la culpa[84].

Cabe aclarar que la concepción objetiva no impide que los criterios de imputación puedan consistir en valoraciones sobre la conducta del dañador inspirados por una finalidad de carácter preventivo. En efecto, para los defensores de esta tesis, la norma no sólo realiza valoraciones declarando preponderantes unos intereses sobre otros, sino que, una vez que ha realizado tal valoración, puede establecer que sólo se atribuya la correspondiente consecuencia jurídica en el caso de que el particular se rebele contra lo dispuesto por la norma[85].

---

de la responsabilidad por hecho propio", en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, "Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones", Bosch, Barcelona, 1994, vol I, p. 471; ALBALADEJO, M., "Derecho civil II. Derecho de obligaciones", Vol. 2., Bosch, Barcelona, 1997, p. 464; prólogo a la obra de BUSTO LAGO, cit, p. 8; DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Cívitas, Madrid, 2000, p. 298.

[80] Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", p. 265.

[81] La tesis subjetiva es sostenida en España por SANTOS BRIZ (cfr. SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal", Madrid, 1993, T. I, pp. 33 y ss).

[82] GOLDENBERG, Isidoro, "La unicidad de lo ilícito. Su problemática", en "Revista Jurídica de San Isidro", 1967, t. I, p. 80.

[83] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 113; en igual sentido, PEÑA LÓPEZ, F., "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", cit, p. 266.

[84] Se ha decidido que la ventaja de la concepción objetiva de la antijuridicidad se torna patente en los supuestos donde existe una conducta gravemente imprudente de un menor a quien no puede por su edad imputarse culpa. Implícitamente en esta línea se dijo en un fallo que el fundamento de la imputación de responsabilidad de un accidente de tránsito a la víctima -menor de edad que cruza desaprensivamente una avenida- se halla en su propia conducta descuidada o negligente, sin que sea necesario la culpabilidad sino que basta que sea antijurídica y originadora de daños en otra persona, ya que el daño que a sí mismo se causa el perjudicado no es jurídicamente reprochable (CNCiv., Sala F, 18/10/99, "Pino, Nicolás C. y otro c/ Salaber, Marcelo F. y otro", LL 2000-E-923, J. Agrup., caso 15.265).

Esto es lo que sucede con la responsabilidad civil en el caso general de que se requiera culpa o negligencia. En este supuesto, el haber realizado un comportamiento reprobado por el ordenamiento y por ende antijurídico, no será bastante para atribuir al autor la consecuencia jurídica constituida por la obligación de indemnizar, sino que, además, se requiere un reproche subjetivo de su conducta, un reproche personal porque debía haberse comportado de forma distinta a como actuó[86].

En la mayoría de las conductas antijurídicas, la antijuridicidad subjetiva coincide con la objetiva. Dichos actos son subjetiva y objetivamente antijurídicos y entonces no existe duda o hesitación alguna: dichos actos son antijurídicos.

Pero, en ocasiones, no se da dicha superposición y, consecuentemente, la doctrina se pregunta si el acto es o no antijurídico.

Para responder a tal interrogante, cabe recordar que la antijuridicidad objetiva se basamenta en la idea de que la norma jurídica es primordialmente un juicio de valor. El juicio de antijuridicidad, entonces, es un juicio de disvalor sobre el hecho objetivo por haber producido un resultado contrario a las valoraciones de las normas, en este juicio no se tiene en cuenta componente subjetivo alguno, el análisis del comportamiento del sujeto será analizado en un momento posterior: el del juicio de culpabilidad[87].

Es así que una acción puede ser objetivamente antijurídica, por más que quien la realice sea un menor de nueve años o un demente, que carecen de discernimiento[88].

Por el contrario, la antijuridicidad subjetiva ha sido denominada concepción subjetiva de la antijuridicidad, y tiene como base, esencialmente, el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta. El juicio de antijuridicidad es, para esta tesis, fundamentalmente un juicio de disvalor que recae sobre el comportamiento que se ha rebelado contra las órdenes contenidas en la norma. Todas aquellas acciones en las que no sea posible encontrar rastro alguno de rebeldía contra las órdenes del ordenamiento carecerán de carácter antijurídico.

Esta rebeldía no puede encontrarse, por ejemplo, en el actuar de quien no puede comprender el mandato normativo o, más sutilmente todavía, en la conducta de quien ha actuado bajo error excusable[89].

La importancia obvia de esta distinción es que si se adopta la antijuridicidad objetiva será considerado antijurídico el proceder de un menor de diez años o de un demente, mientras que de adoptarse la antijuridicidad subjetiva, los actos de un menor de ocho años, por caso, deberían ser considerados actos practicados sin discernimiento y por tanto no culpables ni antijurídicos.

Por nuestra parte hemos adoptado para la responsabilidad civil en general, un concepto de antijuridicidad objetiva[90].

Nos parece que si un niño de menos de diez años, o un ebrio consuetudinario se cruzan en el camino de un conductor atento que conduce su vehículo a velocidad prudente, la falta de

---

[85] Esta tesis corresponde en el derecho penal a la llamada teoría de la "doble función de la norma penal" (cfr. COBO DEL ROSAL, M. -VIVES ANTÓN, T.S., "Derecho Penal. Parte general", p. 248).

[86] PENA LÓPEZ, J. M.: Prólogo, cit., p. 13.

[87] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit., T. I, p. 815.

[88] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 114.

[89] En un caso penal se indicó que el error sobre la antijuridicidad se funda en tres distintos supuestos: a) el desconocimiento de la norma que es fundamento de la antijuridicidad, b) el error sobre el límite de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico y c) sobre las circunstancias de hecho que de concurrir justificarían según el derecho vigente la realización del tipo (CNCrim. y Correc., Sala IV, 26/8/97, "Ferros, Rodolfo E.", LL 1998-D, 797 y DJ 1998-3-714). Se dijo allí también que el error de prohibición inevitable excluye totalmente la culpabilidad, y la atenúa si es evitable.

[90] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, pp. 112-1114; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit., T. I, p. 815; en el mismo sentido, GESUALDI, Dora M., "De la antijuridicidad a las causas de justificación", en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 147.

discernimiento de éstos, que han ejecutado un acto objetivamente antijurídico, como interponerse por un lugar no habilitado, no puede revertirse sobre el conductor que ha actuado prudentemente[91].

La antijuridicidad objetiva, idea a que nosotros adherimos, permitiría en este ejemplo, considerar objetivamente reprochable el acto de cruzar la calle por un lugar no autorizado, o interponerse indebidamente al paso de un vehículo. Tal consideración implicaría un valladar para el reclamo por daños que podrían realizar los familiares del occiso o lesionado, ya que la antijuridicidad objetiva del acto de aquél, implicaría una forma de torpeza y haría aplicable la manda del art. 1111 del Código Civil[92].

La antijuridicidad es un requisito autónomo, distinto y distinguible de la culpabilidad; y tan es ello así que adoptando el concepto objetivo de antijuridicidad, el acto puede ser involuntario y seguir siendo objetivamente antijurídico, pues solo la existencia de una causa de justificación hace desaparecer tal presupuesto[93].

Esta cuestión de la diferenciación de dos clases de antijuridicidad normalmente no tendrá incidencia alguna en la responsabilidad de los profesionales, dado que –normalmente- quienes ejercen profesiones son personas que gozan de discernimiento, puesto que lo contrario los inhabilita para ejercer tales disciplinas[94].

Consecuentemente en la actuación de los profesionales, la antijuridicidad será normalmente tanto subjetiva como objetiva, motivo que nos exime de analizar con mayor detalle el tema.

Pero sí podría tener gran importancia esa temática en materia de culpa de la víctima, por ejemplo, en accidentes de tránsito.

En nuestro concepto, si existiese una discordancia, para la consideración de un acto como antijurídico, bastaría con que él lo fuera objetivamente, es decir, que él contraríe materialmente una manda normativa, con prescindencia del discernimiento del agente[95].

Por nuestra parte creemos que la tesis objetiva responde perfectamente a las necesidades derivadas de los fines que persigue el Derecho de daños[96].

En segundo lugar, es cierto que, como dice OSSOLA, la concepción subjetiva contradice en cierta forma el carácter unitario de la ilicitud, ya que por caso, un homicidio cometido por un menor de once años, sería ilícito en un campo y no lo sería en el otro[97]; dado que la antijuridicidad es, esencialmente, una contradicción con el ordenamiento jurídico todo, consideramos que la concepción subjetiva por esta causa tampoco puede aceptarse.

En tercero, como lo dice PEÑA LÓPEZ respecto de España, la concepción objetiva de la antijuridicidad –lo que es decisivo para adoptarla- respeta la estructura del sistema de Derecho de daños, que se compone de diversos regímenes de responsabilidad: la responsabilidad por culpa como Derecho común, y varios regímenes de responsabilidad objetiva o sin culpa[98].

---

[91] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 114.

[92] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 115.

[93] GESUALDI, Dora M., "De la antijuridicidad a las causas de justificación", en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini", cit, p. 147.

[94] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 115.

[95] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 115.

[96] En similar sentido, aunque denominándola ilicitud objetiva se pronunciaba el ilustre jurista, tristemente malogrado, Prof. Dr. Roberto LÓPEZ CABANA, en un artículo suyo (cfr. LÓPEZ CABANA, R., Ilicitud, en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pp.155/156).

[97] OSSOLA, F., "La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?", cit, p. 102.

[98] PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", p. 268.

En cuarto término, sostenemos la vertiente objetiva de la antijuridicidad porque consideramos vgr. que quien se defiende del ataque de un inimputable, actúa justificadamente ante una agresión ilegítima; sostener tal postura en materia de legítima defensa y asumir una posición subjetiva en lo tocante a la antijuridicidad, implicaría una grave contradicción de nuestra parte, lo que no podemos soslayar y significa una razón más para encolumnarnos detrás de la antijuridicidad objetiva[99].

El ilícito extracontractual consiste en la vulneración del interés que la norma jurídica considera preponderante; de tal modo, es posible mantener un único concepto de ilicitud en todo el sistema de Derecho de daños, pues tanto en los regímenes de responsabilidad subjetiva como en los de responsabilidad objetiva es necesario que el bien vulnerado por el hecho dañoso se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico. Ello es así, porque evidentemente el Derecho no puede dispensar protección a los bienes e intereses que se consideren indignos de tutela en el supuesto concreto de que se trate[100].

Por lo anteriormente expuesto, creemos que la concepción objetiva de la antijuridicidad resulta adecuada a los fines del sistema, consiguiendo superar de forma satisfactoria la pluralidad de criterios de imputación presentes en el derecho español de daños a través de un concepto unitario de ilícito[101].

IV) Funciones de la antijuridicidad.

Bien se ha dicho que "la relación de antijuricidad puede servir para delimitar las consecuencias dañosas de una conducta. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la antijuridicidad es un concepto relativo. Por un lado, la misma conducta puede ser frente a una persona antijurídica; frente a otra, no. El enjuiciamiento de lo ilícito presupone tres cuestiones:

1) Sujeto pasivo de la conducta antijurídica (frente a quién se ha infringido el deber).

2) Contenido y alcance de la infracción (en qué y por qué se ha infringido la norma).

3) Fundamento de la calificación ilícita de la conducta (en atención a qué consecuencias esa conducta debe ser calificada de antijurídica)"[102].

Y agregó el maestro SANTOS BRIZ que "por otro lado, el juicio de antijuridicidad sirve para calificar las diversas condiciones o presupuestos que concurren a un resultado para establecer que solamente serán antijurídicas aquellas condiciones que infrinjan la finalidad protectora de la norma que sirve de base en el caso concreto a la pretensión de indemnización. Es, pues, en cierto modo la relación o juicio de antijuridicidad el último factor de la imputación. Es decir, a la culpa o a la creación de un riesgo, ya la causación de unos daños, ha de añadirse esta característica delimitadora que es la antijuridicidad de la conducta" [103].

V) La antijuridicidad en el Código Civil argentino.

El Código Civil argentino establece 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*".

---

[99] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 115.

[100] PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", p. 269.

[101] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 116.

[102] SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", 7ª edición, cit, T. I, p. 30.

[103] SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", 7ª edición, cit, T. I, p. 30.

Debe aclararse en primer término que los términos "leyes ordinarias" se deben a una alteración del precepto proyectado, pues en los manuscritos del codificador la redacción era otra: *"...prohibido por las leyes, ordenanzas municipales o reglamentos de policía*"[104].

Pese a esta ampliación de la idea original de VÉLEZ, es indiscutible que todavía el texto resulta estrecho puesto que existen otras disposiciones prohibitivas emanadas de autoridad competente (leyes en sentido material), cuya violación debe igualmente constituir en ilícito al acto que las contraríe[105].

La infracción de un deber jurídico no sólo existe en aquellos supuestos, sino también siempre que se ejecute un hecho que por culpa o negligencia de su autor, ocasione un daño a otro; en cuyo caso la obligación de reparar emergente "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil" (art. 1109, Código Civil). En todos estos casos de infracción culposa, el deber jurídico preexistente violado podría sintetizarse en la compendiosa fórmula acuñada por ULPIANO: "no dañar a los demás" (alterum non laedere); o sea, un deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que los otros individuos, sea en su persona o en los bienes y cosas de su pertenencia[106]; por ello, quizá con mayor propiedad que el Código Civil, en el art. 864 inciso 2° del Proyecto de Reformas de 1936 se incluía entre los actos ilícitos, a los que hubieren causado un daño o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo.

Y además de ello, es dable criticar al texto velezano porque no contempla las prohibiciones que puedan surgir de los principios generales del derecho, entre ellos, especialmente, el principio de "alterum non laedere" o prohibición de dañar, que sí introduce el nuevo Código paraguayo, al mentar su art. 1833 segundo párrafo a "*los casos previstos por la ley, directa o indirectamente".*

El "alterum non laedere" que constituye el primer precepto jurídico y moral a respetarse en una sociedad civilizada, es asimismo un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas[107], al punto que para una corriente doctrinaria "todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho... o medie una causa de justificación"[108].

En la jurisprudencia se ha sostenido algo parecido, postulándose que en materia civil que todo daño se presume antijurídico, correspondiendo a su autor la demostración de que existe una causa concreta en virtud de la cual la ley ha justificado de antemano el acto lesivo[109].

Pero ¿cuál es la interpretación de nuestra doctrina del alcance de esa norma?

En un primer momento nuestra doctrina, ceñida a una interpretación literal del art. 1066 CC, requirió que la ilicitud estuviera consignada explícitamente y en forma específica por algún texto legal[110].

---

[104] TRIGO REPRESAS- LÓPEZ MESA, Tratado, cit, T. I, p. 819.

[105] SEGOVIA, "El Código Civil de la República Argentina", v. 1, p. 305, n. 1 a su art. 1067.

[106] BOFFI BOGGERO, Tratado Obligaciones, cit., t. 2, pp. 93 y ss., § 396; BUERES, El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en "Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", cit., pp. 149 y ss., Nº 3 y 4; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, cit., p. 109, N ° 177; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, su nota en Código Civil y leyes complementarias. Comentado. Anotado, Director Augusto César BELLUSCIO, Coordinador Eduardo A. ZANONNI, Ed. Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, p. 5, § 8; LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, cit., t. III, pp. 614 a 616, n° 2208-b) y nota 13; CNCiv., Sala C, 15/8/89, "Polino c/ Volpato", LL 1990-A–334 y JA 1989-IV-467; ídem, 6/9/88, "Parras c/ Arzobispado de Bs. As.", LL 1989-B-491; SCBA, 3/5/83, "Claudel c/ Furst Zapiola", ED 105-174; Cám. CC San Martín, Sala II, 11/11/86, "A. Q., J. R.", DJ 1987-1-845; Cám. CC Morón, Sala II, 5/2/87, "Altamirano c/ Cerámica Martín S.A.", LL 1987-D-373.

[107] BUERES, El daño injusto..., cit. en Derecho de daños. Homenaje al prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, cit., p. 150, n° 3; VÁZQUEZ FERREYRA, Responsabilidad por daños, cit., pp. 131 y s., n° 5.

[108] TALE, Camilo, El concepto de antijuridicidad, en ED 111- 908, N° IV; AGOGLIA, María Martha, El daño jurídico. Enfoque actual, Ed. La Ley, Bs. As., pp. 42/43.

[109] Cám. CC San Martín, Sala 2ª, 14/5/1992, "Vázquez, Carlos Alberto c/ Pineda, Laureano L.", Juba sum. B2000228.

[110] MACHADO, José Olegario, Exposición y comentario del Código Civil argentino, Bs. As., 1915, t. III, p. 346; AGUIAR, Henoch, Hechos y actos jurldicos, Bs. As., 1950, t. 11, p. 57.

A posteriori, la doctrina hoy mayoritaria entiende que para que exista ilicitud objetiva no es necesario que haya una norma expresa que prohíba unas determinadas conductas, bastando que la prohibición legal surja con nitidez del articulado de la ley, como establece el Código paraguayo en su art. 1833 segundo párrafo.

Es decir que el adverbio "expresamente" tiene la significación gramatical de "claro", "patente", "manifiesto". "En consecuencia, el carácter expreso de la prohibición sólo implica que debe estar consignada por la ley a través de términos claros, indubitables, inequívocos, ciertos o inconfundibles, no necesariamente sacramentales ni ceñidos a lo casuístico. No supone, entonces, la descripción particularizada del elenco de hechos ilícitos [...]"[111].

Hoy en día -y pese a que pareciera que VÉLEZ SARSFIELD se inclinó por la antijuridicidad formal en el art. 1066 del C.C.- la doctrina se inclina por una concepción material de la ilicitud[112].

Útil es aclarar que conforme la tesis de la antijuridicidad material, la ilicitud desborda el limitado criterio de la contradicción con norma expresas, por lo que, para categorizar un acto como lícito o ilícito, se recurre a elementos distintos que integran el orden jurídico.

VI) La antijuridicidad en la jurisprudencia argentina actual [113].

Los tribunales argentinos han dejado sentado sobre antijuridicidad los siguientes criterios:

a. Antijuridicidad. A) Con respecto a los daños y perjuicios la cuestión visceral radica en que el comportamiento de cada uno no perjudique a los demás, o sea, el "alterum non laedere" del difundido brocárdico de ULPIANO, subyacente en el primer elemento material u objetivo de la responsabilidad civil, que es la antijuridicidad[114]. La antijuridicidad es recaudo inexcusable para la atribución de responsabilidad civil, entendida como contrariedad o contradicción de una conducta con el ordenamiento normativo, que además provoca injusto quebranto en los derechos de otros[115]. La antijuridicidad es una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apreciado con sentido unitario; se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad[116]. Sólo los actos que infringen una prohibición legal pueden comprometer la responsabilidad del agente por los daños que pueda causar, pues la sola voluntariedad del acto dañoso es insuficiente para originarla[117]. La ilicitud surge de la colisión entre el acto y el derecho objetivo, considerado en su totalidad, pudiendo provenir la antijuridicidad de una acción o de una omisión impuesta por la ley en sentido formal o material[118]. Para que se configure un ilícito civil no es necesaria la violación de una ley en sentido formal sino que ha de considerarse el orden jurídico en plenitud, comprendiéndose cualquier orden emanada de autoridad competente[119].

B) La antijuridicidad no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación; de tal modo, para que exista no es necesario que haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, siendo suficiente que se cause un daño sin justificación[120]. Para concluir en la ilicitud no es necesario que la prohibición del acto sea expresa ya que toda violación del derecho objetivo convierte el

---

[111] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Reflexiones sobre la ilicitud, JA 1981-IV-740.

[112] MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, T. I, p. 37, Nº 16; OSSOLA, La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?, cit, p. 74 y ss.

[113] Cfr. en esta materia, LÓPEZ MESA, Marcelo, “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. II, pp. 328 y ss).-

[114] Cám. CC 1ª La Plata, Sala 1ª, 7/4/94, V. de S., O. S. c/ S., J. A., en Juba sum. B100437.

[115] Cám. CC 1ª San Nicolás, 31/8/99, Berdún, Carmelo y otro c/ García, Miguel Angel y otro, en Juba sum. B855753.

[116] CNCiv., Sala D, 29/2/96, T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires, LL 1996-D, 24; Cám. CC 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, 29/5/97, Montalivet Nestor H. y otros c/ Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil, JA 1999-I- 456 y ED 182- 843.

[117] ST Santiago del Estero, 17/2/97, Goldar, José E. c. Consejo de Ingeniería y Arquitectura, LL 1998-E, 758, (40.788-S) y LL NOA 1998-1126.

[118] CNCiv., Sala H, 11/3/98, Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros, LL 1998-B, 630.

[119] CNFed. CC, Sala II, 12/11/02, C., C. Leli y otro c/Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social - Consejo del Menor y otro, en elDial, clave AA13D7.

[120] CNCiv., Sala D, 29/2/96, T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires, LL 1996-D, 24.

acto en antijurídico y esa transgresión resulta del cotejo entre el acto y el contenido de la norma, y la redacción del art. 1066 del Cód. Civil no puede convertir en lícitos actos por la simple circunstancia de que no se haya dejado constancia expresa de la prohibición en el texto de la norma[121]. En concreto, en la responsabilidad civil, la antijuridicidad no es otra cosa que causar un daño a otro sin causa justificada[122].

C) El art. 1071 del Cód. Civil vino a formular un agregado al art. 1066 de ese cuerpo legal, ya que ubica en el plano de lo ilícito, todo ejercicio irregular de un derecho: la transgresión normativa se presentará toda vez que el titular del derecho lo ejerza de modo irregular y desde tal óptica, el acto abusivo no es un acto ilícito típico, sino una especie dentro del género, porque la transgresión no es a cara descubierta sino que es solapada, porque el transgresor invocando una facultad determinada va más allá de ella, la exorbita, por ello el acto abusivo es un acto ilícito, pero atípico[123].

b. Antijuridicidad y tipicidad. El concepto de ilícito civil para el derecho de daños, excede el rígido marco del art. 1066 del Cód. Civil, pues bastará que se haya provocado un daño injusto o que el autor no pueda justificarlo, para que nazca la obligación de reparar[124]. Para que exista ilicitud objetiva no es necesario que haya una norma expresa que prohíba unas determinadas conductas, dado que es suficiente que se ocasione un daño a otro sin justificación; si negamos su presencia en el trasfondo del ordenamiento, esto es, si negásemos que existe una antijuridicidad genérica amplia, habría que aceptar un principio diferente: "es lícito dañar mientras una norma no prohíba un daño concreto" y esto sería a todas luces absurdo[125]. La falta de tipicidad penal del acto no incide en la responsabilidad civil, pues ya se ha dicho que el Código Civil se contenta con una antijuridicidad genérica; por eso puede ocurrir que el Juez penal absuelva por no existir delito penal y el civil acoja la demanda porque el hecho es un cuasidelito civil, o aunque no lo sea, ha dado origen a una obligación de restituir o indemnizar[126].

c. Antijuridicidad: casuística. A) La falta de reconocimiento de un hijo configura un acto antijurídico que genera el deber de resarcir el daño moral causado, ya que la realización de dicho reconocimiento importa un deber moral y legal[127]. La negativa de un padre al reconocimiento de un hijo es antijurídica y se presenta de tal modo que el daño moral debe entenderse "in re ipsa"[128]. La falta de reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial importa una ilicitud que genera la responsabilidad del padre de acuerdo con las reglas generales establecidas por el Cód. Civil, cuyo art. 1066 debe interpretarse dentro del plexo de disposiciones que protegen a la familia, dado que no existe regulación específica en el ámbito de esta materia[129]. La filiación y el apellido, como atributos de la personalidad, no pueden ser desconocidos con fundamento legal, a lo que cabe sumar que el ordenamiento jurídico procura la concordancia entre el vínculo biológico y el derivado de la ley. Luego, aquel que elude voluntariamente tal obligación, resulta responsable de los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo y resultó perjudicado por dicha omisión del reconocimiento espontáneo[130]. En materia de filiación, el menoscabo que se deriva de la falta de reconocimiento, no requiere prueba a los fines de acreditar su procedencia, pues se lo demuestra con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado[131].

---

[121] SCBA, 28/4/98, P., M. D. c. A., E. (C. 59.680), JA 1999-III-461 y ED 181-225, voto de la mayoría, fundamentos del doctor de Lázzari.

[122] Cám. CC 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, 29/5/97, Montalivet Nestor H. y otros c/ Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil, JA 1999-I- 456 y ED 182- 843.

[123] Cám. CC Morón, Sala II, 8/5/97, Maschio, Florentina E. c. Rocena, Jorge C. y otra, LLBA 199987.

[124] Juzg. CC San Isidro Nº 9, 2/5/03, Hill Side S.A. c. Kodak Argentina S.A., RCyS, 2003-VI, 146.

[125] Juzg. CC San Isidro Nº 9, 2/5/03, Hill Side S.A. c. Kodak Argentina S.A., RCyS, 2003-VI, 146.

[126] Cám. CC Pergamino, 22/4/94, Loreto, Héctor A. c/ Cohen Imach de Piñeiro, Rosalía y/o quien resulte responsable, LLBA 1994, 362.

[127] CNCiv., Sala M, 17/5/02, L., M. G. c. G. O., N. A., RCyS, 2002, 830.

[128] SCBA, 28/4/98, P., M. D. c. A., E. (C. 59.680), JA 1999-III-461 y ED 181-225, voto de la mayoría, fundamentos del doctor Ghione.

[129] Cám. CC Mercedes, Sala I, 11/5/00, P. S., A. c. A., R. H., LLBA 2000-1083.

[130] CNCiv., Sala L, 10/11/97, S.F., M. N. c/ G. L., C. M. A., en elDial, clave AE195.

[131] CNCiv., Sala L, 10/11/97, S.F., M. N. c/ G. L., C. M. A., en elDial, clave AE195.

B) La responsabilidad civil no se produce por los hechos propios del desamor o del desencuentro afectivo de los esposos, sino de la antijuridicidad de los actos que puedan seguir a la ausencia del cariño conyugal[132].

C) Acreditadas las circunstancias fácticas relevantes que evidencian el incumplimiento de cuidados elementales para evitar el desprestigio y la deshonra de terceros, recaudos que exigen adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la realidad; máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, traen aparejada la tipificación de la "antijuridicidad"[133].

D) En caso de anulación de actos, la antijuridicidad del hecho que se pretende ilícito está fuera de toda duda, pues todo acto nulo o anulable es ilícito en el sentido amplio del término, en cuanto resulta contrario a una norma legal[134].

d. Antijuridicidad e indemnizaciones de equidad. Existen supuestos en los que a pesar de no concurrir la antijuridicidad, el derecho estima que deben establecerse consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado; tal es la razón de haberse introducido en nuestro derecho la indemnización de equidad del daño involuntario en el segundo párrafo del art. 907 del Código[135].

e. Presunción de antijuridicidad. En razón de la distinción que en orden a la antijuridicidad requieren ambas ramas del derecho (típica en lo penal, genérica en el campo civil), así como del rol exculpatorio que la duda tiene en el primer ámbito, lo que no ocurre en el segundo, se puede concluir en materia civil que todo daño se presume antijurídico, correspondiendo a su autor la demostración de que existe una causa concreta en virtud de la cual la ley ha justificado de antemano el acto lesivo[136].

f. Causales de justificación. Las causas de justificación -entre las que se encuentra la legítima defensa- son causales de exclusión de la antijuridicidad, supuestos de hecho excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer -por consiguiente- un juicio de desaprobación[137]. Las causales de justificación deben ser probadas por quienes las alegan[138].

g. Justificación del daño por estado de necesidad. A) El estado de necesidad disculpante resulta causa de exclusión de atribuibilidad de responsabilidad[139]. El estado de necesidad que contempla el art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal es un supuesto excepcional cuya configuración requiere de la existencia de un mal grave que amenace al autor con un peligro concreto, actual o inminente, y que la lesión del derecho ajeno se erija en el único medio disponible para neutralizarlo[140]. El estado de necesidad se verifica como causa eximente de responsabilidad, cuando alguien para evitar un mal grave e inminente al que ha sido ajeno causa un daño a otro: en tal caso él no incurre en responsabilidad si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitando y no ha habido otro medio para impedir este último, operando también en los supuestos en que se causa el perjuicio a un tercero en beneficio de otra persona o de la comunidad[141]. Lo característico de la situación de necesidad es que impone o demanda una solución que

---

[132] Cám. Apel. Concordia, Sala CC III, 4/8/95, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1-272.

[133] Cám. CC 1ª La Plata, Sala 3ª, 11/3/04, Kraiselburd, Raúl E. c/ Balcedo, Marcelo y otros, en Juba sum. B202235.

[134] Cám. CC 2ª la Plata, Sala 1ª, 12/10/00, Martínez Monjelos, Gonzalo c/ Espinel, Graciela y otros, en Juba sum. B253864.

[135] SCBA, 17/2/98, Baltuliones, Juan c/ Berrocal, Mario Alberto, DJBA 154- 226 y LLBA 1998-720, voto minoritario del Dr.Laborde.

[136] Cám. CC San Martín, Sala 2ª, 14/5/92, Vazquez, Carlos Alberto c/ Pineda, Laureano L., en Juba sum. B2000228.

[137] SCBA, 22/6/01, Castillo, Julio David c/ Estado de la Provincia de Buenos Aires y otro, ED 197-505, voto de la mayoría.

[138] CN. Crim. y Correc., 2/7/93, Sala V, Campos, Camiña, Escobar- (Sent. "D", sec. 8) c. 31.537, BOUZON, Juan C. y otro, en elDial, clave AI818.

[139] Cám. Penal Pergamino, 28/7/94, S., J. C. -. C., C. s/ Hurto Calificado, en Juba sum. B2825076.

[140] Cám. Penal Rafaela, 17/11/98, Moraz, Ubaldo A., LL Litoral, 1999-745.

[141] Cám. CC 2ª La Plata, Sala 3ª, 2/2/99, Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Guillen, Matías, en Juba sum. B352825.

si no se toma producirá un daño; ella involucra una hipótesis de peligro o riesgo, que se asume de distintas formas: a) en función del tiempo, b) por su naturaleza, o c) en razón de su intensidad[142].

B) No cualquier situación acuciante desde la perspectiva económica puede configurar una causal justificante de apoyo en el estado de necesidad[143]. El estado de necesidad como causa de justificación sólo puede admitirse en presencia de un peligro concreto, actual e inminente, para el que no haya otro medio de conjurarlo que lesionando el derecho requisito este último que se identifica con la "racionalidad" del acto que pretende como salvador, es decir como la relación que debe existir entre uno y otro bien, el salvado, o que se pretende salvar, y el violado[144]. No puede alegarse estado de necesidad cuando de la causa no surge que el peligro de sufrir el mal fuera efectivo y de realización inminente como para justificar una actuación inmediata con finalidad salvadora, ni que el acto de salvación fuera necesario y racional[145]. Tampoco puede hacerse lugar a la justificante del estado de necesidad por el mero hecho de que la situación económica del país empeore y las posibilidades de empleo se tornen cada vez más difíciles, si, no se comprueba que efectivamente se llegó a tal situación subjetiva y objetivamente liminar, donde no le quedaba al sujeto otra alternativa de acción[146].

C) Quien pretende ampararse en la causal exculpatoria contenida en el art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal debe indicar específicamente cuáles hechos o circunstancias concretas relacionan su conducta delictiva con la justificación que alega, no siendo idóneas a tal fin menciones abstractas que no referencian suficientemente cuál es el daño que se quiso evitar en la opción por lesionar el patrimonio de un tercero[147]. Para receptar el estado de necesidad como eximente o causal de justificación, quien lo invoca debe acreditar que ha atravesado por una situación de peligro grave e inminente que a su vez no haya podido conjurarse de otro modo que atacando un bien ajeno o causando un mal menor o equivalente, lo que supone los requisitos de razonabilidad y fundamentalmente la regla de la inevitabilidad, comunes a esta dirimente y a la legítima defensa[148]. No basta la mera invocación o prueba de un estado de pobreza o de dificultad para ganarse el sustento, para configurar el estado de necesidad eximente. Se trata de una cuestión de mayor importancia, que requiere de prueba eficiente con relación al momento y circunstancia del suceso[149].

D) No concurre la eximente prevista por el artículo 34, inciso 3º C.P., cuando la situación de peligro en el tránsito vehicular ha sido creada por el propio imputado[150]. Es improcedente invocar el estado de necesidad a fin de justificar la maniobra por la cual el conductor demandado por un accidente de tránsito colisionó con una bicicleta, aduciendo el padecimiento de un shock hipoglucémico, ya que la luz roja del semáforo le brindaba la oportunidad de detenerse en el momento del supuesto padecimiento, desapareciendo con ello la falta de alternativas que requiere dicho estado de necesidad y con independencia que se haya probado su condición de diabético[151].

h. Justificación del daño por legítima defensa. A) Jurídicamente la existencia de la legítima defensa obedece a la necesidad de preservación del sistema; de modo que si la agresión ilegítima -actual o futura- ocasiona peligro -presente- de daño a un bien jurídico entonces la nota de actual peligrosidad para un derecho caracteriza a la agresión que habilita la defensa. Mientras se halla presente el peligro del daño que, para un derecho, representa una agresión actual o futura (durante ese tiempo) la conducta defensiva correspondiente será oportuna; porque mientras concurra peligro habrá necesidad racional de

---

[142] Cám. Acusación Córdoba, 7/3/97, Giordano, María y otros, LLC 1997-611.

[143] Cám. Penal San Nicolás, 22/9/92, P. A. B. s/ Hurto y Falsificacion De Instrumento Privado, en Juba sum. B915110.

[144] Cám. Penal Junín, 20/4/95, C., P. A. s/ Hurto, Juba sum. B1650067.

[145] Cám. Penal San Nicolás, 3/12/92, A., P. s/ Hurto, en Juba sum. B915150.

[146] CN. Crim. y Correc., 2/7/93, Sala V, Campos, Camiña, Escobar- (Sent. "D", sec. 8) c. 31.537, BOUZON, Juan C. y otro, en elDial, clave AI818.

[147] Cám. Penal Rafaela, 17/11/98, Moraz, Ubaldo A., LL Litoral, 1999-745.

[148] Cám. Crim. y Correc. Mercedes, Sala I, 16/9/97, Guerrero y Rodríguez, Carlos O., LLBA 1997-1298.

[149] CS Tucumán, 13/3/96, C. J. C. A., LL 1998-C, 948 (40.476-S).

[150] Cám. Penal 3ª La Plata, Sala 2ª, 3/8/90, M., J. P. s/ Lesiones culposas, en Juba sum. B450348.

[151] CNCiv., Sala I, 16/12/03, Cerbino, Norma B. y otro c. Gianella, Alejandro L., LL online.

defensa[152]. La legítima defensa constituye un factor de inimputabilidad y excluye totalmente la responsabilidad de quien se defiende, siendo necesario para ello que se reúnan las siguientes condiciones: 1) una agresión ilegítima por parte de quien a la postre resulta víctima, aun cuando ésta haya actuado en estado de ebriedad; 2) que se trate de un ataque presente; 3) que no haya habido provocación por parte de quien se defiende; 4) que haya necesidad racional y proporcionalidad en el medio empleado[153].

B) La legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de sufrir un mal grave o inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permite la defensa de los bienes jurídicos aún mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende no haya debido optar por una conducta menos lesiva[154]. La causal de justificación de legítima defensa requiere la existencia de una agresión injusta y de tal naturaleza que ponga en peligro real, grave, actual e inminente cualquier bien jurídico de quien se defiende[155]. La agresión ilegítima que exige la legítima defensa ha de ser injusta y de tal naturaleza que ponga en peligro real, grave, actual e inminente cualquier bien jurídico del que sea titular quien se defiende y la reacción, inmediata al hecho, natural y súbita, no teniendo otra finalidad que la defensa[156]. La legítima defensa se caracteriza en esencia cuando, en situación de necesidad y con medios racionales, alguien repele por sí una agresión actual e ilegítima de otro[157].

C) La necesidad de la defensa debe ser valorada en función de la situación concreta de la persona al momento de la agresión, analizándose en especial si contaba o no con otros medios que fueran tan eficaces como el utilizado para liberar del ataque los bienes jurídicos del concreto riesgo, pero que implicaran menor lesividad para la persona del agresor[158]. El medio usado en la legítima defensa es racionalmente necesario si en su momento aparece idóneo, según la razón, con vistas a eliminar el peligro que para un derecho representaba la agresión y no se acredita la oportuna concurrencia de otra posibilidad defensiva que, también para la razón, tuviese equivalente suficiencia y menor aptitud dañosa[159].

C) La víctima de quien actúa en legítima defensa debe responder por las consecuencias de su comportamiento y debe asumir el costo de que el defensor se comporte tal como le ha sido impuesto por el contacto social[160]. Si es la víctima quien ataca, en forma injustificada y sin haber mediado agresión previa, a quien luego resultaría su victimario, colocándolo en circunstancia de tener que optar entre su propia integridad física o la de su oponente, recurriendo para ello al medio defensivo más cercano a su alcance en esa emergencia -en el caso, luego de que la víctima le pegara con una cadena, el acusado le disparó con una carabina produciéndole la muerte-, se configuran los supuestos del inc. 6° del art. 34 Cód. Penal para justificar el accionar antijurídico del causante del homicidio, por la causal de la legítima defensa[161].

D) La justificante de legítima defensa no puede sobrevenir de agresiones recíprocas. El permiso sobreviene a una agresión ilegítima y no suficientemente provocada que resulta inminente o que haya comenzado. Ello impone una traba lógica que hace que no pueda existir defensa de defensa y que ambas resulten ilegítimas. Menos aún que el permiso proceda cuando ambos contendientes se han agredido recíprocamente. Todos los permisos que el Derecho acuerda exigen que quien los alega no haya

---

[152] SCBA, 13/8/91, P., M. B. s/ Lesiones leves, JA 1992-III, 612, voto de la mayoría; ídem, 1/12/92, L., C. A. s/ Homicidio, LL 1993-B-208 y AyS 1992 IV, 436; ídem, 6/12/94, G., J. C. s/ Homicidio, JA 1995-III-205 y AyS 1994 IV, 409.

[153] Cám. CC San Martín, Sala 2ª, 23/5/02, Concha, Luis V. c/ Guerini, Rafael O. y otros, en Juba sum. B2002189.

[154] Trib. Casación La Plata, Sala 2ª, 27/12/01, R., H. D. s/ Recurso de casación, en Juba sum. B3285189.

[155] Cám. CC y Garantías en lo Penal de Pergamino, 26/10/00, Taborda, Omar H., LLBA 2001-256.

[156] Cám. Penal Pergamino, 23/6/95, F., V. A. s/ Lesiones graves, en Juba sum. B2825304.

[157] Cám. Penal Pergamino, 23/6/95, F., V. A. s/ Lesiones graves, en Juba sum. B2825303

[158] Trib. Crim. Nº 3 Mar del Plata, 3/3/00, C., M. A. y otro, LLBA 2001-350.

[159] SCBA, 1/12/92, L., C. A. s/ Homicidio, LL 1993-B-208 y AyS 1992 IV, 436.

[160] CSJN, 24/8/00, Scheffer, Ana T. c. Estado nacional y otro, LL 2001-A, 449 y DJ 2001-2-229.

[161] Trib. Crim. Necochea Nº 1, 6/8/04, García, Roberto A., LLBA online.

generado la situación en que éstos operan. Así la exigencia de la falta de provocación suficiente o la condición de extraña en la necesidad justificante[162]. Quien lanza o acepta voluntariamente un desafío a pelear se coloca voluntariamente en estado de necesidad, no pudiendo ampararse en la justificante de la legítima defensa[163].

E) La legítima defensa no constituye un permiso legal para ejercer actos de retorsión respecto de ofensas ya inferidas cuando el curso causal que las produjo se ha detenido; por el contrario, esta causa de justificación solo abarca los supuestos en que no es dable exigir al sujeto que soporte el desarrollo de una agresión actual susceptible de producir o agravar la lesión de un bien jurídicamente protegido[164]. El derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella; si el agredido logró despojar a su atacante del cuchillo, conjuró simultáneamente la situación de peligro grave y actual justificante de la repulsa; por tanto, no obró ya en legítima defensa cuando, utilizando la misma arma, infirió heridas mortales a su contrincante[165].

F) La legítima defensa no resulta apta para justificar aquella conducta cuyo resultado dañoso afecta a una persona distinta a la que realizó la agresión ilegítima[166].

i. Inexistencia de antijuridicidad: efectos. A) Siendo que la decisión de separar a la actora del plantel básico nacional de tiro fue adoptada por el órgano competente para hacerlo según el estatuto de la federación demandada, corresponde considerar que lo resuelto importó el ejercicio regular de un derecho propio, por lo que en principio debe descartarse que se trate de un acto antijurídico[167].

B) La petición de juicio político que tiene éxito causa daño, pero no es generadora de responsabilidad porque carece de antijuridicidad[168].

VII) La antijuridicidad en el derecho actual.

En los últimos años se ha manifestado una tendencia doctrinal a menoscabar la importancia de este presupuesto de la responsabilidad.

En un extremo hay autores que han calificado de superflua y equívoca[169] a la antijuridicidad; otros han considerado que la antijuridicidad no es un presupuesto esencial de la responsabilidad civil, habida cuenta de que su ausencia no empece en todos los casos a la reparación de un daño injusto[170].

En el derecho español un autor sostuvo que "con carácter general puede afirmarse que la antijuridicidad no es en nuestro Ordenamiento un presupuesto autónomo de la responsabilidad por daños. Desde el momento en que la responsabilidad puede nacer como consecuencia del desarrollo de actividades lícitas, no cabe hablar de conducta antijurídica de quien las realiza... A lo sumo, la antijuridicidad funciona como coelemento de imputación, normalmente en las conductas omisivas, singularmente cuando sobre el sujeto eventualmente responsable pesa un deber de información, de seguridad o de vigilancia, o bien para impedir la imputación objetiva en determinados casos (legítima defensa, cumplimiento de un deber, estado de necesidad... La antijuridicidad sirve también para afirmar que la obligación de indemnizar un daño tiene su límite allí donde éste es consecuencia del uso no abusivo por el causante de su propio derecho"[171].

---

[162] Cám. Penal 3ª La Plata, Sala 2ª, 9/10/94, A., H. M. s/ Homicidio, en Juba sum. B450445.

[163] Cám. Apel. Pergamino, 23/6/95, Ferrari, Vicente A., LLBA 1995-879.

[164] CJ Salta, 24/2/03, Mamaní, Fermín E. s/rec. de casación, LL NOA, 2003 (mayo), p. 264.

[165] Cám. Penal Pergamino, 30/8/96, V. D., G. D. s/ Lesiones graves, en Juba sum. B2825544.

[166] Trib. Oral Crim. Nº 7, 19/5/05, Socio, Mariano D. y otro, Sup. Penal, 2005 (junio), p. 73.

[167] CNCiv., Sala F, 15/10/04, Gallo, Cristina c. Federación Argentina de Tiro, RCyS 2005-II, 87.

[168] Cám. CC 1ª La Plata, Sala 3ª, 20/8/92, López, Enrique F. c/ Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas de La Plata y ot., JA 1993-II- 67.

[169] MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, 2ª edic., t. I, p. 63.

[170] BORAGINA, J. C., Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad civil, cit, p. 74.

[171] REGLERO CAMPOS, Fernando, "Tratado de responsabilidad civil", Aranzadi, Navarra, 2002, p. 52, Nº 16 y p. 53, Nº 18.

Cabe aclarar que la negación de la antijuridicidad como presupuesto de la obligación resarcitoria no es un fenómeno nuevo, por el contrario, podría decirse que se trata de una tendencia superada en Europa[172].

El primer embate contra la antijuridicidad provino de la doctrina italiana en la década del `60, siendo CARBONE su exponente más importante; este autor dedicó todo un libro a defender una premisa sencilla: en el ordenamiento italiano, el carácter de la ilicitud es extraño al hecho dañoso, porque el elemento común a los diversos supuestos de hecho de la responsabilidad civil no viene dado por el ilícito, sino por la existencia de un hecho dañoso relevante para el Derecho[173].

En similar postura se han pronunciado en el derecho español Fernando PANTALEÓN PRIETO y Encarna ROCA. El Prof. PANTALEÓN ha negado que el elemento 'antijuridicidad' forme parte, en lo que al Derecho español respecta, de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual[174]. Y Encarna ROCA ha sostenido que sólo la culpa es necesaria para que surja una obligación resarcitoria. La culpa es el criterio de atribución de responsabilidad, de modo que el ordenamiento considera –justo o económicamente eficiente, trasladar la carga dañosa al responsable"[175].

DÍEZ-PICAZO ha fijado de rondón posición en este tema, primero al afirmar la erosión de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil y, luego, al criticar en la última edición de su "Derecho de daños" al prólogo de PENA LÓPEZ a la obra de su discípulo, BUSTO LAGO, ya reiteradamente citado, donde no se priva de afirmar que en dicho prólogo la antijuridicidad se afirma casi apodícticamente[176].

Y, en Argentina, María Martha AGOGLIA expuso que "la teoría del responder… no se vertebra ya en derredor del acto ilícito, sino que se ha convertido en la teoría del acto dañoso. De este modo, la injusticia del daño prescinde de la injusticia de la conducta, cada vez que justicia y solidaridad social son la base de la moderna responsabilidad civil. La antijuridicidad se predica siempre de la conducta… El daño nunca es antijurídico, sino injusto, en tanto percute en intereses tutelados por el derecho"[177].

Se trata –esta última- de una expresión de una candidez remarcable y de una liviandad sustancial difícil de igualar.

Además, dos proyectos argentinos de unificación legislativa civil y comercial (Proyecto del PE de 1993 y Proyecto de 1998) también propusieron quitar a la antijuridicidad como presupuesto del deber de resarcir constituyendo este criterio, un aspecto cuestionable de ambos proyectos.

El fracaso de ambos proyectos ha evitado que se caiga en la mala senda en este tema.

Abstrayendo una línea directriz de las teorías negatorias europeas puede decirse, siguiendo a PENA LÓPEZ, que la supresión de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad se asienta principalmente, sobre estas premisas:

a) La existencia de tipos de conductas permitidos y fomentados por el ordenamiento jurídico que, sin embargo, aun desarrollándose sin haber transgredido ningún deber específico e, incluso con las correspondientes autorizaciones, originan la correspondiente responsabilidad civil (vgr. causación de daños originados por el desarrollo de actividades dañosas en potencia, pero con daños "estadísticamente inevitables" (v.gr., explotación de industrias de sustancias químicas inflamables, tóxicas o contaminantes, de energía

---

[172] PENA LÓPEZ, José María, prólogo a la obra de José Manuel BUSTO LAGO, "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, pp. 14/18; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 124.

[173] CARBONE, V., "Il fatto dannoso nella responsabilità civile", Ed. Eugenio Jovene, Napoli, 1969, pp. 180 y 154, resp.

[174] PANTALEÓN PRIETO, A. F.: "Comentario del artículo 1.902 del CC", Comentarios al Código Civil, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, p. 1.995.

[175] ROCA, Encarna, "Derecho de daños. Textos y materiales", 3ª edic, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 67.

[176] DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 291.

[177] AGOGLIA, María Martha, "El daño jurídico. Enfoque actual", cit, p. 43.

nuclear, de gas, eléctricas, de transporte, etc.) o, incluso, por actividades meramente dañosas del acto (v.gr., art. 612 y 564 del CC);

b) la repugnancia de considerar como hechos ilícitos aquellos en los que, a pesar de la falta de culpa, existe la denominada responsabilidad civil objetiva;
c) la inexistencia de un deber que tuviese por contenido el neminem laedere, en razón de que un deber de esta naturaleza ni estaría previsto por el ordenamiento jurídico, ni podría estarlo, so pena de paralizar la marcha de la vida económica y social normal correspondiente a una economía de mercado, con la prohibición de toda actividad que pudiera causar daño a otro;
d) y, en fin, en la latitud del deber de reparar el daño que, al referirse a cualquier daño, parece hacer abstracción del requisito de la antijuridicidad[178].

Estas corrientes negatorias que parten de los argumentos que referimos en los numerales a) a d) teniendo en mira exclusivamente el norte de la reparación del daño, llegaron a la conclusión de que el daño a secas –no el daño antijurídico- era el elemento axial de la responsabilidad civil, criterio que así expuesto es falaz y peligroso, pues ha hecho que –erróneamente- se llegue a creer que basta la constatación de un daño para que alguien esté obligado a resarcirlo, tesitura que es falaz en cualquier lugar del mundo, como se ha encargado de demostrarlo una lúcida jurista española contemporánea.

Con toda claridad Elena VICENTE DOMINGO escribió que "...Ni se puede, ni se debe asumir que todo daño tenga que ser reparado, a pesar de que el casuismo aumenta casi a diario. Este hecho, responde a un fenómeno social firmemente implantado en todas las sociedades desarrolladas y consiste en que prácticamente toda frustración personal se convierte en daño en busca de un responsable. Si a esto añadimos el aumento del aseguramiento de la responsabilidad civil, tanto obligatoria como voluntaria, el perjudicado se anima a pleitear bajo la excusa de que no litiga contra el causante del daño –su médico, su proveedor habitual, el director del colegio de su hijo-, sino contra la compañía aseguradora de éstos"[179].

En esta línea LE TOURNEAU y CADIET afirman, también en un párrafo afortunado que "No son más los tiempos en que Aubry & Rau podían consagrar un parágrafo de siete líneas a presentar las variedades de perjuicios reparables... Esa presentación rudimentaria ha quedado maltrecha por la proliferación contemporánea de diversas variedades de daños resarcibles. Las razones fundamentales de esta expansión continua están ligadas a la complicidad objetiva de dos lógicas diferentes. De un costado, la lógica de los derechos del hombre, que conduce a prestar una atención acrítica a las situaciones individuales, no solamente a las necesidades sino también a los deseos de los individuos: toda frustración deviene perjuicio en busca de un responsable. Del otro lado, la lógica de la marcha pausada a la multiplicación de los bienes... La responsabilidad deviene una mercadería como otras que pueden cambiarse en el mercado del seguro. En un exceso, los daños e intereses se convierten en bienes que tienen la virtud de permitir la adquisición de otros bienes. La ideología de la reparación se nutre así de mercantilismo, antes que de humanismo... y en todo caso de aquél humanitarismo disolvente que Gény denunció severamente en casa del buen juez Magnaud..."[180].

Quien diga que esta descripción ácida pero objetiva no refleja el escenario de la responsabilidad civil actual y que la pretensión de que todo daño debe ser resarcido –aunque no se cumplan los presupuestos legales para ello- evidentemente no ve la vida con los mismos ojos que nosotros. La pretensión de que todo daño obtenga reparación más que solidaridad destila materialismo.

Por nuestra parte pensamos que es importante resarcir daños; pero es fundamental evitar que, so pretexto de resarcirlos, termine el juez plasmando enriquecimientos sin causa de los

---

[178] PENA LÓPEZ, José M., prólogo a BUSTO LAGO, M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, p. 14.

[179] VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en "Lecciones de responsabilidad civil", dirigido por Fernando REGLERO CAMPOS, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 71.

[180] LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, « Droit de la responsabilité », Edit. Dalloz, París, 1998, p. 232, Nº 724.

reclamantes o violando los derechos constitucionales de los demandados. Ambos extremos son igualmente importantes y deben ser protegidos los derechos de las víctimas tanto como los de los demandados.

Una buena conclusión acerca del criterio ideologizado de que todo daño genera un crédito resarcitorio es que la ideología de la reparación[181] en que esta idea se basa, ha encontrado en el presupuesto de antijuridicidad y en las normas legales que lo consagran un valladar para ampliar al infinito la responsabilidad civil. Por eso han martillado con tanta tenacidad sobre el presupuesto de antijuridicidad, por eso han conjeturado su desaparición o su "erosión" o prohijado su supresión. Pero, con toda claridad, debe advertirse que no se trata de verdades consagradas por la ciencia sino de afirmaciones ideologizadas o expresiones de deseos de quienes pretenden hacer de la responsabilidad civil una seguridad social travestida de ropas más ortodoxas. Obviamente no compartimos estas tendencias, las que –además- chocan de lleno contra normas vigentes de nuestro país.

Sintetiza el proceso que venimos describiendo el maestro PENA LÓPEZ afirmando que estas elaboraciones negatorias no sólo prescindieron de la antijuridicidad como presupuesto de la obligación resarcitoria sino que atenuaron el requisito de la culpa y hasta llegaron a prescindir de él. Esta postura extrema postulaba que cualquier daño, fuera éste o no fruto de un hecho ilícito, generaba el deber de resarcir[182].

Un nuevo peldaño en la escalada en contra de la antijuridicidad lo dio DELL ' ANDRO, al negar su "existencia ontológica"; el doctrinario citado parte de una visión kelseniana del Derecho y aduce que lo único existente "ontológicamente" es la juridicidad, que es la que obsta al nacimiento de la responsabilidad civil, agregando que "Es inútil, a nuestro juicio, buscar en la teoría general del acto ilícito, en el ámbito de una serie de elementos condicionantes ...el valor jurídico que cualifique como injusto, antijurídico el comportamiento ...no existe una norma precedente que prohíba el comportamiento lesivo ...de modo que sólo por exclusión resulta injusto y, por lo tanto relevante, todo comportamiento no ontológicamente jurídico ... Existe sólo una ontológica juridicidad de los comportamientos ...la licitud o el carácter debido de algunos comportamientos puede impedir la relevancia que los mismos tendrían si no fueran precisamente (ontológicamente) lícitos o debidos"[183].

En cualquiera de las variantes de las elaboraciones negatorias, la desaparición de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, es el elemento unificador o aglutinante; en el caso de CARBONE y sus seguidores la antijuridicidad desaparece absolutamente, mientras que en el segundo caso se trata de un ocaso o erosión.

Para la doctrina negatoria el protagonismo del daño, como presupuesto estelar de la responsabilidad civil, va a ocasionar un oscurecimiento, menoscabo o erosión de la antijuridicidad como presupuesto, a la par que para otras posiciones otro requisito de la responsabilidad civil, la culpabilidad, va a originar, la pérdida de autonomía, cuando no el desconocimiento de la antijuridicidad como conditio iuris para el nacimiento de la responsabilidad civil[184].

Pero esta forma de ver la realidad jurídica no es la única existente, no siendo tampoco la numéricamente mayoritaria o cualitativamente superior. El gran catedrático de la Universidad de La Coruña, el maestro PENA LÓPEZ, plasma un párrafo incomparable que merece transcribirse íntegro: "...compruebo, con el gran alivio que supone no tener que cambiar totalmente mi concepción del Derecho, que no se trata de un sueño, que en los Códigos civiles más modernos y

---

[181] Para ampliar el análisis de la ideología de la reparación, vid LÓPEZ MESA, Marcelo, "La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí", Nota a Fallo, en revista La Ley del 13 de Marzo de 2008; MAZEAUD, Denis, "Réflexions sur un malentendu", Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 332; CADIET, Löic, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », en "Mélanges en l' honneur de Drai", Dalloz, 1999, pp. 495 y ss..

[182] PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo a BUSTO LAGO, M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, p. 14.

[183] Dell' ANDRO, R., voz Antigiuridicitá, en "Enciclopedia del Diritto", Roma, 1958, vol. II.

[184] PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo a BUSTO LAGO, M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, p. 15.

progresivos, exponentes como tales, se supone, de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más arraigadas y correspondientes, todos ellos, a países donde impera de forma floreciente, además, la economía de mercado: el CC alemán, el suizo de las obligaciones, el italiano del 1942, el portugués y el holandés de Derecho patrimonial de 1992, se erige la antijuridicidad, de forma explícita, en uno de los elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad civil"[185].

Se refiere PENA LÓPEZ a estas cinco normas:

a) El § 823 del BGB establece que "Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado;

b) El art. 41.1 del Código suizo de las obligaciones expresa que "aquél que cause, de una forma ilícita, un daño a otro, sea intencionalmente, sea por su negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo";

c) El art. 2.043 del Cód. Civil italiano edicta que; "cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a aquél que ha realizado el hecho a reparar el daño";

d) El art. 483.1 del Cód. Civil portugués estatuye que "aquél que, con dolo o mera culpa, violase ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición "legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al dañado los daños resultantes de la violación";

e) Finalmente, el art. 162.1 del Código holandés de Derecho patrimonial de 1992, determina que "aquél que comete un acto ilícito que le puede ser imputado respecto de otro, está obligado a reparar el daño que éste haya sufrido".

Consideramos que el hecho incuestionable de que cinco códigos europeos modernos y uno latinoamericano –el Código Civil paraguayo de 1987-, modelos todos de precisión y buena técnica legislativa, hayan mantenido el presupuesto de la antijuridicidad en sus normas, como condición para la resarcibilidad del daño, constituye un fuerte revés para las teorías negatorias que antes que argumentos deslizan sofismas en contra de la antijuridicidad.

Además no debe perderse de vista que el Tribunal Supremo de España, en un fallo de hace seis años, ha mantenido la antijuridicidad como presupuesto, en términos inequívocos, diciendo que "La doctrina suele dar un concepto objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. **El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad,** aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Puede, por tanto, decirse que daño es "todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra"[186].

En otro fallo del mismo año el Tribunal Supremo fue aún más lejos en esta senda al decir que "La tendencia a maximalizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación "in vigilando" y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible"[187].

Aclaró el mismo Tribunal que "es incuestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el art. 1.902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical...". Y finaliza el Supremo aclarando, por si alguna duda cupiera, que "toda

---

[185] PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo a BUSTO LAGO, M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", cit, pp. 16/17.

[186] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 26/9/02, sent. Nº 896/2002, ponente: Clemente Auger Liñan, en base informática El Derecho (Esp.), Nº 2002/35902.

[187] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, TS Sala 1ª, 11/07/02, sent. Nº 703/2002, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta, base informática El Derecho (Esp.), Nº 2002/26073.

obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

a) Una acción u omisión ilícita.

b) La realidad y constatación de un daño causado.

c) La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa.

d) Un nexo causal entre el primer y segundo requisitos"[188].

Creemos que de ambas sentencias surge indiscutible el criterio del Tribunal Supremo de España en pro del mantenimiento de la antijuridicidad como presupuesto "ineludible" del deber de resarcir.

A esta vigencia normativa y jurisprudencial de la antijuridicidad debe sumarse el hecho de que la doctrina más prestigiosa, nada amiga de aventuras especulativas dogmático-jurídicas, se ha pronunciado también de forma inequívoca, en pro del mantenimiento de la antijuridicidad como presupuesto para la reparación del daño[189].

En este andarivel, un brillante joven profesor de la Universidad de La Coruña, Fernando PEÑA LÓPEZ, apunta que desde un punto de vista lógico, la antijuridicidad se presenta como un requisito ontológicamente necesario para que se pueda imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima. En efecto, para que el Derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuando debe intervenir el Derecho y cuando no[190]. Agrega además el mismo autor que "frente a los que niegan que la antijuridicidad pueda formar parte de un sistema económico basado en el libre mercado, se debe señalar que en países como Alemania, Italia, Suiza, Holanda o Portugal, que cuentan con desarrolladas y modernas economías industriales capitalistas, el requisito de la antijuridicidad está plasmado legislativamente"[191].

Y el maestro José María PENA LÓPEZ, en la obra posiblemente más profunda que se ha escrito sobre antijuridicidad en los últimos años –curiosamente el simple prólogo de un libro ajeno- dice con toda claridad que "La antijuridicidad existe en nuestro ordenamiento, como en todos, porque, a nuestro parecer, es un requisito ontológico, de la responsabilidad civil"[192].

Por último, cabe consignar que el Prof. PENA LÓPEZ en otro prólogo jugoso[193] rebate exitosamente a nuestro juicio las afirmaciones de DÍEZ-PICAZO sobre la erosión de la antijuridicidad y sobre la apodicticidad de las afirmaciones del prólogo a la obra de BUSTO LAGO.

Sobre la presunta erosión afirma el maestro de La Coruña que "el requisito de la antijuridicidad no ha experimentado ninguna erosión; eso si, se ha ampliado el radio de acción de los intereses jurídicamente protegidos y, por eso, correlativamente, se ha ampliado tanto el ámbito de antijuridicidad que Galgano nos habla de un "universo en expansión"[194].

---

[188] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, TS Sala 1ª, 11/07/02, sent. Nº 703/2002, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta, base informática El Derecho (Esp.), Nº 2002/26073.

[189] DE CUPIS, Adriano, "Problemi e tendenze attuali nella responsabilita civile", en "Rivista di Diritto: Commerciale", t. 1970-1, pp. 95 y ss; PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo a BUSTO LAGO, M., La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, cit, pp. 16/17; BUERES, A., nota al art. 1066, en BUERES-HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., t. 3-A, p. 6.)

[190] PEÑA LÓPEZ, Fernando, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Edit. Comares, Granada, 2002, p. 260, nota 1 in fine.

[191] PEÑA LÓPEZ, F., La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit, p. 260, nota 1 in fine.

[192] PENA LÓPEZ, prólogo a la obra de BUSTO LAGO, cit, p. 24.

[193] PENA LÓPEZ, José M., prólogo a La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, de Fernando PEÑA LÓPEZ.

[194] PENA LÓPEZ, José M., prólogo a La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, de Fernando PEÑA LÓPEZ, cit, p. XXVI.

VIII) La supervivencia de la antijuridicidad como requisito inexcusable de la responsabilidad civil.

Las razones que un lector atento puedo advertir en el capítulo anterior nos llevan a sostener enfáticamente la supervivencia del presupuesto de antijuridicidad de la actuación del dañador como requisito inexcusable de la responsabilidad civil. Varias razones nos apoyan en este criterio:

En primer lugar, es profundamente inconveniente desde el punto de vista de la política legislativa, hacer a un lado la exigencia de antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, porque a través de ese mecanismo se daña gravemente a la seguridad jurídica. Esto es así, porque si no se requiere la antijuridicidad para que alguien sea condenado, los jueces pueden inventar o conjeturar supuestos de responsabilidad no previstos legalmente o extender la reparación más allá de lo previsto por el legislador, lo que implica acabar directamente con toda idea de seguridad jurídica[195], al no existir una ley general, igual para todos los justiciables, cognoscible ex ante de la sentencia.

En segundo lugar, como se viera en el capítulo anterior, en el derecho europeo, en la jurisprudencia de sus tribunales y en la opinión de sus autores más prestigiosos, la antijuridicidad sigue siendo un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil

En tercer lugar, Códigos modernos, como el Código holandés de Derecho patrimonial de 1992 o el Código Civil paraguayo de 1987 –en sus artículos 1833, 1938, 1939, 373 y 374-, consagran expresamente a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad.

Además, como pudo verse en el acápite anterior, la jurisprudencia de los tribunales supremos de países como Francia, Italia, España y la enseñanza de autores como Le Tourneau, Mazeaud, Pena López, Busnelli, etc, afirman enfáticamente la supervivencia de la antijuridicidad como presupuesto de la reparación.

Estas razones ya ameritarían que los nihilistas de la antijuridicidad revieran su postura, a la luz de datos que tal vez no han considerado.

Pero el argumento que sigue es todavía más concluyente y demuestra que, aún dejando de lado todas las razones anteriores, aún así, la antijuridicidad no puede ser quitada como requisito de la responsabilidad civil en nuestro país.

Ello, por cuanto existen razones legales y constitucionales que vedan acoger la idea de los negadores de la antijuridicidad en nuestras costas.

Es que, en lo que atañe al derecho argentino, a tenor de su Constitución y de su legislación vigente, para que un daño sea resarcible es esencial que él haya sido causado por un hecho ilegítimo, antijurídico o no justificado.

Ello, porque si el daño fuera legítimo, o estuviera justificado, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser responsabilizado[196].

Cómo no recordar aquí un dato obvio, que parece habérsele escapado a varios de los jueces y autores argentinos que tan fervientemente han declamado la muerte de la antijuridicidad: **conforme el art. 19 C.N., nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.**

Este sólo argumento debió hacer pensar a los negadores de la antijuridicidad en la absoluta orfandad sustancial y normativa de sus afirmaciones extremistas sobre la antijuridicidad, como mínimo en lo que a nuestro país respecta.

Y las consecuencias de tal error son graves, simplemente porque aplicando ese criterio se hace tabla rasa con los derechos constitucionales de los condenados, a quienes se les pueden inventar o conjeturar deberes jurídicos, al correr de la sola voluntad del juez.

Si ello es así, **¿cómo se sustentaría constitucionalmente una sentencia que imponga a una persona una obligación no surgida de la ley?¿pueden los jueces crear deberes jurídicos?**

---

[195] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, dirigido por el Dr. Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 103.

[196] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 4ª edic., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 116, Nº 286.

Las respuestas a estos interrogantes son tan simples que caen de su peso: a) una sentencia que imponga obligaciones no surgidas de la ley es nula e inconstitucional y b) sólo el legislador puede crear deberes jurídicos. El juez a lo sumo puede extraerlos por interpretación de normas legales, pero no puede ni extender éstas ni conjeturar deberes que no surjan en forma clara de la normativa, porque ello implicaría avanzar sobre los derechos constitucionales del condenado.

Participamos de la opinión jurisprudencial mayoritaria, que nos parece la única compatible con los textos normativos vigentes en nuestro país, sobre que la antijuridicidad sigue siendo un recaudo inexcusable para la atribución de responsabilidad civil[197].

Correctísimamente se ha declarado recientemente en tal sentido que "para que una persona sea condenada al pago de una indemnización por daños y perjuicios no sólo es necesario que estén presentes los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil (daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución) sino que resulta fundamental que la presencia de esos elementos esté probada en la causa judicial"[198].

Sólo los actos que infringen una prohibición legal pueden comprometer la responsabilidad del agente por los daños que pueda causar, pues la sola voluntariedad del acto dañoso es insuficiente para originarla[199].

Para poner un ejemplo general, cuadra manifestar que las lesiones sufridas por un agresor que pretende robar con una navaja y es herido por el atacado, quien defendiéndose con éxito -merced a un certero golpe de karate al rostro del agresor-, evita el robo, no pueden generar un reclamo del ladrón lesionado, ya que la legítima defensa resulta causal de justificación de ese daño (art. 34 inc. 6º del Código Penal argentino), cerrando el paso a un reclamo indemnizatorio del damnificado.

Pero puede ponerse otro ejemplo mucho más elaborado. Supongamos que un médico que atiende en un hospital a una menor de edad que se está desangrando por un aborto mal practicado; supongamos también que éste cumple su deber deontológico y legal de denunciar[200] y pone en conocimiento de las autoridades policiales o judiciales el hecho.

Según creemos, a tenor del art. 30 de la ley 26061, no podría en este caso pretender responsabilizarse civilmente al médico por revelación de secreto, dado que existe una justa causa de revelación, que lo libera de su deber de secreto profesional, quitándole toda antijuridicidad a la comunicación del aborto a la autoridad[201].

---

[197] En este sentido, Cámara Civil y Com. de Trelew, 22/9/08, "P., L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y Perjuicios", Expte. Nº 22.730 - Año 2008, sentencia registrada bajo el Nº 23 de 2.008 – SDC, con primer voto del Dr. Marcelo LÓPEZ MESA y segundo voto concordante del Dr. Carlos D. FERRARI; CNCiv., sala D, 30/5/08, "Najman, Clarisa Frida c. Baseboard S.A. y otro", RCyS 2008-IX, 61; ídem, 29/2/96, "T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires", La Ley 1996-D, 24 y DJ 1996-2, 644; ídem, sala G, 6/12/93, "Tévez, Luis A. y otros c. Lima de Rodríguez, Norma E.", La Ley 1994-B, 206; Cám. CC 1ª San Nicolás, 31/8/99, "Berdún, Carmelo y otro c/ García, Miguel Angel y otro", en Juba sum. B855753; Cám. Civ. y Com. 1ª Nom. Santiago del Estero, 17/12/97, "Bulacio, Carlos A. c. Nazar, Ramón E.", LLNOA 1998, 1332.

[198] CNCiv., sala D, 30/5/08, "Najman, Clarisa Frida c. Baseboard S.A. y otro", RCyS 2008-IX, 61.

[199] Sup. Trib. Santiago del Estero, 17/2/97, Goldar, José E. c. Consejo de Ingeniería y Arquitectura, LL 1998-E, 758, (40.788-S) y LL NOA 1998-1126.

[200] Conforme el artículo 30 de la ley 26061, *"Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión".*

[201] Coincidimos con el criterio de que la denuncia del médico que al asistir a una mujer toma conocimiento de la existencia de un aborto provocado por la propia interesada o bien consentido por ésta, tiene plena validez y efectos procesales e impone al funcionario que la recibe la obligación de impulsar la investigación o realizar a su vez la denuncia respectiva frente a la presunta comisión de un delito de acción pública (Cám. Penal Rosario, Sala III, 28/6/96, "A., M.G.", LL Litoral, 1998-1-395).

Sin embargo, es innegable que el tema está debatido en jurisprudencia, dado que otros tribunales han decidido que la denuncia de aborto efectuada por el médico en violación del deber de preservar el secreto carece de validez respecto de la paciente; sin embargo, esta conclusión no alcanza a las otras personas que intervinieron en el hecho, quienes no pueden alegar la violación a la intimidad puesto que no fueron víctimas de ella (CNCrim. y Correc., Sala IV, 28/4/03, "T. M., E.", Sup.Penal La Ley, 2004 (marzo), p. 76).

Un criterio contrario, implicaría llevar el deber de secreto del médico al extremo de obligarlo a no denunciar un hecho gravísimo como ese, lo que sería tanto como convertirlo en cómplice de delitos graves que en esa y otras materias son numerosos en nuestro país, lo que no puede admitirse.

Somos devotos confesos de la supervivencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Creemos que todo lo expuesto supra refuerza esta idea.

Y, en verdad, no hemos escuchado hasta aquí un solo argumento en contra de nuestra opinión que luzca respetable y varios de los vertidos en pro de la supresión de la antijuridicidad parecen el fruto de la repetición irreflexiva de ideas ajenas o de la inadvertencia de la vigencia de normas legales nuestras, incompatibles con lo que exponen.

Así que, en tanto no den mejores argumentos, los dados hasta ahora en la posición contraria a la que sostenemos nos parecen intrascendentes, ideologizados e insustentables.

Los negadores de la supervivencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, son encuadrables en dos categorías básicas:

1) están quienes, asumiéndolo o no, son partidarios de la ideología de la reparación y entonces creen que dar una reparación a todo damnificado es un deber santo, cuya enorme entidad no justifica reparar en detalles como la inexistencia de una ley que lo ordene o los derechos constitucionales de los demandados; y

2) están quienes -de buena fe- se han dejado llevar por algunas ideas que no han profundizado y que llevan estampado una marca registrada como la firma de DÌEZ PICAZO o algún otro jurista respetable.

Creemos que los primeros son irrescatables porque su ideología les impide siquiera ver el problema; y es sabido que la anteojeras ideológicas son exactamente lo contrario al microscopio del científico; ellas esfuman y esconden, lo que éste acerca y focaliza.

En cambio en el segundo grupo hay personas que si se detuvieran a reflexionar que algunas de las ideas que proclaman no han tenido detrás toda la reflexión necesaria y que, tal vez, han sido excesivamente influidas por párrafos de DÍEZ PICAZO o de algún otro autor europeo, muy posiblemente su aguda inteligencia les hiciera ver que no están –en este tema- en la senda correcta. Ojalá así sea.

IX) Conclusión.

Por las razones dadas, participamos de la corriente que sustenta el mantenimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la obligación resarcitoria y avalamos, sin dudarlo, su permanencia como requisito inexcusable de la obligación resarcitoria, pareciéndonos inconveniente su supresión como uno de los cuatro elementos de esa tetrarquía.

Los desarrollos innovadores que algunos cultores de la responsabilidad civil han querido mostrar en Argentina, no son muchas veces más que ocurrencias o ideas prestadas, que no resisten un análisis serio y desapasionado.

La supresión de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, máxime estando en vigencia normas como el art. 1066 CC argentino y el art. 19 de la Constitución Nacional, es claramente un despropósito mayor[202].

La existencia en el Código Civil paraguayo y otros códigos modernos de diversas normas que receptan la antijuridicidad de modo indudable nos refuerza en esa opinión, ya no basados en argumentos de derecho positivo argentino solamente, sino también en normas, fallos judiciales y doctrinas autorales correspondientes a multitud de países del orbe[203].

La extralimitación del neminem laedere, que muchos elevan a la categoría de dogma y que los lleva prácticamente a prescindir de los restantes requisitos y presupuestos esenciales para la resarcibilidad del daño, merece que se recuerde una frase inspirada del maestro PENA LÓPEZ

[202] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 128.

[203] LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 128.

sobre el grosero error de esta proclamada prevalencia del naeminem laedere por sobre los demás presupuestos.

Dicha frase, emanada de la pluma de un jurista que además maneja como muy pocos el idioma castellano, ilustra sobre los desconceptos en que han caído en materia de responsabilidad civil algunos autores: *"¿Se tratará de una "figura fantasmagórica" (como calificó CARNELUTTI el deber de neminem laedere), aparecida en un sueño más del conceptualismo jurídico, que habitase, en un palacio construido en el aire y enclavado en el territorio donde los soldados de plomo montan pomposamente a lomos de caballos de papel: el territorio de las quimeras jurídicas de WANGEROW, en el "palacio encantado del Derecho" de SOHM, en cuyos pasadizos se afanase en sorprender a misántropos juristas aficionados, como DUMOULIN, a perderse, tan lúdica como inútilmente (al decir de MAINZ), por sus "inextricables" y conceptuosos laberintos, en pos del hallazgo de la "sala de las momias" jurídicas?"*[204].

Ojalá dentro de unos años no deba decirse algo parecido de un porcentaje significativo de autores de nuestro derecho.

[204] PENA LÓPEZ, José M., prólogo a la obra de José Manuel BUSTO LAGO, "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Edit. Tecnos, Madrid, 1998, p. 16.