



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS
EMPRESARIALES Y SOCIALES**

**EL DAÑO INJUSTO: DEL DAÑO INJUSTAMENTE CAUSADO AL
DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO ARGENTINO**

Tesis de Doctorado en Derecho

Autor: Franco Nicolás Michi

Director de tesis: Dr. Julián Emil Jalil

Mes y año: Octubre, 2024

DEDICATORIAS

A mi familia, por su apoyo incondicional en la concreción de cada uno de mis sueños; mi gran fuente de amor y cariño, faro de toda tempestad.

A Agustina, por la complicidad de no parecernos a nada y que nada se nos parezca.

A Julián, mi Maestro, por ser conmigo lo que no fueron con él y demostrarme que la verdadera grandeza no proviene de la razón.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Gregorini Clusellas, quien con su grandeza y calidez confi6 en un joven inexperimentado, pero con los ojos llenos de suefios.

A Paola Urbina, que con su confianza, profesionalismo y admirable paciencia no solo hizo que esto sea posible, sino que, adem6s, me ensefio que los grandes resultados se encuentran en la magia del orden y los detalles.

A Juli6n Jalil, mi Maestro, por siempre confiar en m6, abrirme las puertas y ensefarme desde su lado m6s humano, que la perseverancia termina siempre por sobreponerse al talento.

A Fede, por animarme en la flaqueza y no permitirme dudar jam6s de m6 en este misterioso mundo de la Academia.

A Miguel, por encontrarnos hace tantos afios en el coraje de la resistencia, y seguir teniendo el placer de servir a una misma verdad.

A Alberto Damiani, quien me ensefio algo que lo cambi6 todo, que el primer paso para avanzar en una investigaci6n es comprender que el final nunca se alcanza; que, pese a las apor6as de la Verdad y la Justicia, el camino est6 lleno de sentido.

Al Dr. Carlos C6spedes Muoz, por el material brindado, pero a6n m6s, por la amabilidad y solidaridad con un desconocido.

A las bibliotecarias de la CSJN, quienes en su infatigable labor me acercaron durante afios todos aquellos libros que habitar6n en m6, junto a la calidez de sus sonrisas.

Al jurado, a quienes en este momento no conozco, pero que, en un pacto anacr6nico, seremos parte de una misma obra.

A todos aquellos lectores que se resisten a pensar como los dem6s y tienen el coraje de adentrarse a la incertidumbre de lo desconocido, en la fortaleza de sus convicciones estar6n los verdaderos cambios.

RESUMEN

Con el advenimiento del Código Civil y Comercial Argentino el ordenamiento jurídico privado se ha constitucionalizado, teniendo consecuencias directas y trascendentales en el sistema de daños.

En síntesis, hemos pasado de colocar el foco en el daño causado hacia el daño sufrido. Materializándose de esta manera la transversalización del Título Preliminar del cuerpo normativo mencionado, en el Derecho de Daños.

Como consecuencia de ello, asistimos a revisar las categorías sobre las que se asentaba todo el constructo de la materia, para así, preguntarnos sobre la incidencia que tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Por ende, nuestro objetivo general es determinar qué incidencia tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

De esta manera, constatamos mediante un diseño no experimental de alcance descriptivo y con un abordaje cualitativo que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en concordancia con los demás microsistemas que componen al derecho de daños, confirman la obsolescencia de la antijuridicidad como presupuesto de responsabilidad.

En este sentido, nuestra tesis doctoral contribuye al campo del derecho privado constitucionalizado al presentar propuestas que pueden abarcar no solo futuras reformas legislativas específicas, sino también -acudiendo a elementos de la sociología jurídica y filosofía jurídica- a eficientizar la formación profesional de los abogados, como así también, a las prácticas judiciales argentinas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I	5
ESTADO DEL ARTE	5
1.1. Introducción	5
1.2. Derecho italiano	6
1.3. Derecho argentino	8
1.3.1. Código Velezano	8
1.3.2. Proyecto 1998	9
1.3.3. CCCN	9
1.4. Conclusiones	11
Capítulo II	13
MARCO METODOLÓGICO	13
2.1. Introducción	13
2.2. Contexto epistemológico de la investigación	13
2.3. Planteamiento del problema	14
2.4. Diseño de la Investigación	16
2.5. Tipo de Investigación	17
2.6. Unidades de análisis	30
2.7. Variables	31
2.8. Técnicas e instrumentos	31
2.9. Procedimientos de la Investigación	32
2.10. Metodología y subjetividad	34
Capítulo III	35
ASPECTOS FILOSÓFICOS SOBRE EL INTERÉS	35
3.1. La noción del interés desde las concepciones jusfilosóficas de Ihering y Kelsen. Hacia una comprensión de la teoría del daño injusto en el CCCN	35
3.1.1. Introducción	35
3.1.2. Problemática: derechos subjetivos e intereses simples	36
3.1.3. El derecho subjetivo: nociones previas	37
3.1.3.1. El derecho subjetivo para Kelsen	38
3.1.3.2. El derecho subjetivo para Ihering: desde la teoría del interés	43
3.1.3.3. Kelsen y el <i>boomerang</i> del interés	47
3.1.4. El interés como objeto del daño: su importancia en el CCCN	49

3.1.4.1. El interés como eje transversal en el CCCN	50
3.1.5. Conclusiones	52
3.2. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: la pretensión de validez en un debate eterno.	55
3.2.1. Introducción	55
3.2.2. El paradigma iusnaturalista.	56
3.2.3. El paradigma positivista.	59
3.2.4. Hacia la superación: un punto de partida desde la hermenéutica de la discrecionalidad judicial en el CCCN	65
3.2.5. Conclusiones: Insuficiencias en un campo reiterado. Hacia la búsqueda de la superación	67
Capítulo IV	71
LA PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO DE DAÑOS	71
DEL ILÍCITO A LA CLÁUSULA GENERAL	71
4.1. Introducción: la Responsabilidad Civil como reacción al daño injusto. La crisis del paradigma tradicional: de la deconstrucción del ilícito hacia la distribución del daño injusto	71
4.1.1. De la deconstrucción del ilícito hacia la distribución del daño injusto	78
4.1.2. Del principio de que no existe responsabilidad sin culpa hacia la objetivación del derecho de daños.	80
4.2. Los nuevos pilares del ordenamiento jurídico privado	85
4.2.1. Los principios generales y las cláusulas generales en el derecho de daños actual: la llave a la justicia del caso	85
4.2.2. Las cláusulas generales como herramientas legales de categorización y selección de intereses	101
4.3. Conclusiones	103
Capítulo V	106
LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO	106
5.1. Una aproximación práctica	106
5.2. Principios generales	107
5.2.1. Transversales	107
5.2.1.1. Principio de Razonabilidad	107
5.2.1.2. Principio de solidaridad social	112
5.2.1.3. Principio de la buena fe	115
5.2.1.4. Principio de Abuso del derecho	119
5.2.1.5. Principio de inviolabilidad de la persona humana	125

5.2.1.6.	Principio de Igualdad	127
5.2.1.7.	Principio <i>Pro Homine</i>	127
5.3.	Principios del derecho de daños	129
5.3.1.	Generales:	129
5.3.1.1.	Principio Fáctico	129
5.3.1.2.	Principio de la integridad del derecho	130
5.3.1.3.	Principio de no dañar a otro: <i>Alterum non laedere</i>	130
5.3.1.4.	Principio en favor del damnificado	132
5.3.1.5.	Principio de prevención del daño	133
5.3.1.6.	Principio Sancionatorio-Disuasivo	135
5.3.2.	Específicos	136
5.3.2.1.	Principio de Amplitud del Daño	136
5.3.2.2.	Principio de Causalidad	137
5.3.2.3.	Principio de Responsabilidad Objetiva	137
5.3.2.4.	Principio de la interpretación del interés preponderante	140
5.4.	Conclusiones	141
	Capítulo VI	144
	LA ANTIJURIDICIDAD	144
	EL DESTIERRO DE UNA FICCIÓN OBSOLETA EN EL DERECHO DE DAÑOS	144
6.1.	Introducción: consideraciones en torno a la noción de antijuridicidad o ilicitud en el marco de la responsabilidad civil	144
6.1.1.	Concepción de la antijuridicidad	146
6.1.2.	De la antijuridicidad subjetiva a la antijuridicidad objetiva	146
6.1.3.	Desde la antijuridicidad formal a la antijuridicidad material	147
6.1.4.	La antijuridicidad: ¿Disvalor de conducta o de resultado?	148
6.2.	La situación de la antijuridicidad en el Derecho Privado Argentino	152
6.3.	La supresión de la antijuridicidad en los proyectos de reforma de código civil argentino	154
6.4.	La anfibología de la antijuridicidad en el CCCN. Hacia un esclarecimiento del sistema: desterrando al mito jurídico	155
6.5.	La proliferación de la responsabilidad objetiva. Una excepción con fisonomía de regla	157
6.6.	La ilicitud como criterio clasificatorio insuficiente	159
6.7.	La incompatibilidad entre prevención y antijuridicidad	161
6.8.	La negación de la antijuridicidad	166

6.8.1. Posturas argumentales en contra de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual	167
6.8.1.1. Crítica ontológica	167
6.8.1.2. La confusión de la antijuridicidad con la culpa	169
6.8.1.3. El derecho de daños se basa en el interés merecedor de tutela, no en un derecho subjetivo absoluto	171
6.8.1.4. El <i>alterum non laedere</i> se circunscribe al análisis del daño más no a la antijuridicidad	172
6.8.1.5. De la antijuridicidad a la imputabilidad	174
6.8.1.6. Del daño causado al daño sufrido. El protagonismo del principio <i>pro damnato o favor victimae</i>	174
6.8.1.7. Del problema del ilícito, hacia el de transferencia de consecuencias dañosas	177
6.8.1.8. La ausencia de la antijuridicidad o ilicitud como elemento de la responsabilidad civil en los Principios Europeos de la responsabilidad civil	177
6.9. Las causales de las causales de justificación: Una breve reflexión ontológica	1800
6.9.1. Ejercicio regular de un derecho	181
6.9.2. Legítima defensa	183
6.9.3. Estado de necesidad	184
6.9.4. Consentimiento del damnificado	186
6.10. Las causales de justificación. Nuestra posición. Una breve reflexión. ontológica	187
6.11. Conclusiones	189
Capítulo VII	194
DEL DAÑO INJUSTO EN RETROSPECTIVA HACIA SU NUEVA VIDA	194
7.1. El Contexto histórico del daño injusto	1944
7.1.1. El eterno retorno de la <i>Iniuria</i> del Derecho Romano	196
7.1.2. El redireccionamiento de la <i>iniuria</i> en el derecho moderno. Una aproximación a la injusticia del daño	198
7.1.3. El daño injusto. Del obrar <i>contra ius</i> al obrar <i>sine iure</i>	200
7.1.4. Del daño injusto histórico al daño injusto para la historia. De la experiencia italiana hacia un mundo globalizado	202
7.1.4.1. La primera vida	204
7.1.4.2. La segunda vida	214
7.2. Hacia una tercera vida: El juez humanizado lanzado al mundo	227

7.3. Conclusiones	231
Capítulo VIII	234
EL DAÑO INJUSTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO CONSTITUCIONALIZADO	234
8.1. El daño injusto en el CCCN	234
8.1.1. Aspectos metodológicos introductorio	235
8.1.1.1. La hermenéutica sistémica- dialógica en el derecho de daños argentino actual. Un giro necesario	235
8.1.1.2. El Título Preliminar: El protagonismo de los principios y valores	237
8.1.1.3. El nuevo enclave del daño injusto: del derecho normativista al derecho efectivista: los principios y la estratificación jurisprudencial abierta	239
8.1.1.4. La razonabilidad judicial como principio delimitante	241
8.1.1.5. La constitucionalización del derecho privado	244
8.1.1.6. Los remedios preceden a los derechos	246
8.1.1.7. La injusticia del daño y la reparación como fenómeno social	248
8.1.1.8. El daño evento y el daño consecuencia en la injusticia del daño en el CCCN	250
8.1.2. Análisis de la injusticia del daño en el CCCN	254
8.1.2.1. Los arts. 1717 y 1737 del CCCN. Cuando dos son uno	254
8.1.2.1.1. Nuestra posición	255
8.1.3. Reconfiguración del Derecho de Daños Constitucionalizado	259
8.1.3.1. La deconstrucción práctica del <i>alterum non laedere</i> en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado argentino	262
8.1.3.1.1. Introducción	262
8.1.3.1.2. De la desintegración del principio de no dañar hacia el repensar del otro. ¿Qué hacer con las desconocidas consecuencias dañosas sobrevinientes?	262
Capítulo IX	266
EL DAÑO INJUSTO EN LOS DERECHOS DE TERCERA Y CUARTA GENERACIÓN CONSTITUCIONAL	266
ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS	266
9.1. introducción	266
9.2. El daño injusto en lo derechos de tercera generación	266
9.2.1. El daño injusto consumeril	268
9.2.1.1. La figura del <i>Bystander</i>	268
9.2.1.1.1. La problemática de su reconocimiento	270
9.2.1.1.2. Su inclusión desde la argumentación de fuentes dialógicas	271

9.2.1.1.3. Su inclusión desde los argumentos de autoridad	272
9.2.2. El daño injusto ambiental	272
9.2.2.1. Introducción: hacia la transversalización y sistematización del derecho ambiental	272
9.2.2.2. El damnificado colectivo como nuevo otro	277
9.2.2.3. La creación jurisprudencial de los intereses de incidencia colectiva	279
9.2.2.4. Las inmisiones como daño injusto	281
9.2.2.4.1. La normal tolerancia	283
9.2.2.4.2. Daños e inmisiones	285
9.2.2.4.3. Interpretación italiana	286
9.2.2.4.4. El art 1973 del CCCN como supuesto de daño injusto. Nuestra posición	287
9.2.2.4.5. El injusto ambiental: casos prácticos	289
9.2.2.2.4.5.1. La fábrica contaminante	289
9.2.2.4.5.2. El caso de la actividad metalífera chubutense	291
9.2.2.5. El injusto ambiental. La fortificación del derecho privado constitucionalizado	293
9.3. El daño injusto en los derechos de cuarta generación: el daño sufrido a través de las tecnologías	294
9.3.1. Introducción	294
9.3.2. El daño injusto tecnológico	295
9.3.2.1. Una aproximación	295
9.3.2.2. El daño injusto derivado de la IA y Robótica	296
9.3.2.2.1. Importancia práctica de su estudio. ¿Por qué debe interesarse el derecho en la IA y robótica?	296
9.3.2.2.2. Los faros en el océano tecnológico	297
9.3.2.2.2.1. Desde el análisis del producto tecnológico: la autonomía y la .. capacidad de aprendizaje	297
9.3.2.2.2.2. Desde el análisis humano: los derechos personalísimos	297
9.3.2.2.3. Un nuevo desafío en el derecho de daños: repensar sus presupuestos en una sociedad de riesgos	298
9.3.2.2.3.1. El daño	299
9.3.2.2.3.2. Antijuridicidad	299
9.3.2.2.3.3. Relación de causalidad	300
9.3.2.2.3.4. Factor de atribución	301
9.3.2.2.4. Reflexiones sobre la regulación de la IA y Robótica: entre leyes y principios	301

9.3.2.2.5. El protagonismo de los principios en materia de daños sufridos a través de las tecnologías	304
9.3.2.2.5.1. Principios específicos	305
9.3.2.2.5.1.1. Principio de beneficencia	305
9.3.2.2.5.1.2. Principio de no maleficencia	305
9.3.2.2.5.1.3. Principio de Autonomía	306
9.3.2.2.5.4. Principio de transparencia	307
9.3.2.2.5.5. Principio de prevención y precaución	308
9.3.2.2.5.5.6. Privacidad y protección de datos	308
9.3.2.2.5.2. El auxilio de los principios generales	308
9.3.2.3. El daño injusto y las <i>Fake news</i>	309
9.3.2.3.1. Introducción: El uso de la información en la era de la posverdad	309
9.3.2.3.2. La responsabilidad en la era de la información: el consumidor entre la realidad y la virtualidad	310
9.3.2.3.3. El daño traspasando la pantalla	311
9.3.2.3.4. Las funciones del derecho de daños y las <i>fake news</i>	311
9.3.2.3.4.1. La función preventiva y las <i>fake news</i>	311
9.3.2.3.5. La antijuridicidad en la sociedad de riesgos tecnológicos: un laberinto sin salidas	312
9.3.2.4. El daño injusto en redes sociales	314
9.3.2.4.1. Aclaración	315
9.3.2.4.2. Definiciones	315
9.3.2.4.3. El daño injusto en redes sociales. Supuestos	315
9.3.2.4.3.1. La violencia en redes sociales	315
9.3.2.4.3.1.1. Calumnias e injurias	316
9.3.2.4.3.2. <i>Sharenting</i>	317
9.3.2.4.3.3. Responsabilidad de jueces y políticos en redes sociales	318
9.4. Breves reflexiones sobre el daño injusto y el tiempo existencial	319
9.5. Conclusiones	321
CONCLUSIONES GENERALES	323
NUESTRAS PROPUESTAS	328
1. Propuesta desde lo jurídico/político/legislativo	328
2. Propuesta desde el aspecto sociológico-jurídico	329
2.1. El problema de la formación jurídica	329
2.1.1. Propuesta para problemática formativa	329
2.2. El problema político de las estructuras de control institucional	330

2.2.1. Propuesta para el problema de control político	331
3. Propuesta legislativa	331
Palabras finales	331
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	332

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor	ALDC
Cámara.....	Cam
<i>Cassazione</i>	Cass
Código Civil Italiano.....	CCI
Código Pisanelli.....	CPI
Código Civil de Vélez Sarsfield.....	CC
Código Civil y Comercial de la Nación.....	CCCN
Código Civil de Alemania.....	BGB
Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	CIDH
Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	CSJN
Consejo Provincial de Ambiente.....	COPRAM
Constitución Nacional.....	CN
Convencion Americana sobre Derechos Humanos.....	CADH
Declaración Universal de Derechos Humanos.....	DUDH
European Group Of Tort Law.....	EGTL
Estado de Derecho Constitucional	EDC
Inteligencia Artificial.....	IA
Ley de Defensa del Consumidor.....	LDC
Ley General del Ambiente.....	LGA
Superior Tribunal de Justicia.....	STJ
Niñas Niños y Adolescentes.....	NNyA
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	PIDCP
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	PIDESC
Teoría General del Derecho de Daños.....	TGDD

INTRODUCCIÓN

En la actualidad hemos asistido a una reconfiguración de la responsabilidad civil, la cual, conforme lo entendemos con la doctrina mayoritaria, pasó a denominarse Derecho de Daños.

Este giro en la categoría del derecho de daños no es solo formal, sino que ha implicado una verdadera reversión en la ideología liberal y positivista sobre la cual hemos acostumbrado a operar los agentes jurídicos.

De esta manera, al entrar en vigencia una nueva base normativa desde el 1 de agosto de 2015, con el advenimiento del CCCN, no asistimos simplemente a una modificación de disposiciones normativas, sino más bien a un cambio de sustrato ideológico-filosófico, que pese a ser expuesto, aún no se termina de asimilar y materializar en la práctica jurídica.

A través del reconocimiento de dicho escenario, los codificantes han reconocido expresamente esta intención en el propio Título Preliminar del CCCN. En este sentido, analizaremos en la presente investigación cómo esta remodelación ideológica ha tenido directa incidencia en el sistema de daños.

De esta manera, haremos un recorrido cronológico de porqué las tradicionales categorías, no se compatibilizan con las bases propuestas en el sistema actual. Ello implica que no podemos parchar los sistemas, sino más bien readaptarlo a los fines de que la funcionalidad jurídica experimente el mayor grado de eficiencia.

En este sentido, el Derecho de Daños no fue ajeno, sino más bien, fue una de las materias que mayor impacto ha tenido a raíz de la nueva base filosófica del derecho privado moderno.

Esta base se sustenta en la constitucionalización del derecho privado, y, por ende, en el reconocimiento de un derecho privado que rompe las barreras con el derecho público.

En razón de ello se reconocen nuevos sujetos jurídicos, al mismo tiempo que dimanan múltiples y novedosos fenómenos con consecuencias jurídicas. Lo cual conlleva una desafiante tarea de identificación de intereses merecedores de tutela que no encuentran su reconocimiento en normativas expresas.

En virtud de ello, sostendremos que la teoría del daño injusto es la que mejor se adapta al armazón renovado del derecho privado constitucionalizado argentino vigente, como una herramienta que permite dotar de ductilidad al derecho en un contexto de cambio radical de los fenómenos que requieren respuestas creativas y en tiempos oportunos.

En efecto, el CCCN reconoce la dignidad humana como eje de interpretación transversal, esto implica que los damnificados no pueden ser ajenos a esta disposición filosófico-central. Lo que implica que, no se puede interpretar la dignidad como una disposición aislada sino transversal a la interpretación y argumentación jurídica en toda su extensión.

Este punto cardinal y transversal del nuevo ordenamiento tiene como sustrato el enaltecimiento a la persona humana sobre la visión patrimonialista. A la vez que, se abre el juego de la contemplación de intereses colectivos que antes no eran reconocidos por el ordenamiento jurídico privado argentino.

En todo este rediseño sistémico- jurídico, en materia de daños se advierte que la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad ya no emplaza lugar alguno y, por ello, constataremos en la presente investigación la insuficiencia sistémica que evidencia, al mismo tiempo que terminaremos por proponer su eliminación.

En virtud de ello es que encontraremos en el daño injusto la vía adecuada para identificar, reconocer y ponderar los intereses merecedores de tutela que no encuentran un elenco normativo en el ordenamiento jurídico.

En este punto, consideramos que el camino apropiado -por el cual llegar a establecerlos- es mediante la recepción del daño injusto en el derecho de daños argentino. En este contexto nos preguntamos: **¿Qué incidencia tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado?**

Consecuentemente, el objetivo general que perseguimos es determinar qué incidencia tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Para alcanzar tal propósito señalado partimos de la siguiente hipótesis de trabajo: la incidencia que tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado es su abolición como

presupuesto de la responsabilidad a los fines de atender a los nuevos daños que merecen tutela.

Esta hipótesis de trabajo la contrastaremos a través del análisis de las diversas variables que nos permitirán analizar la funcionalidad de las categorías jurídicas. Asistiendo a revisar las mismas, con la finalidad de comparar las tradicionales con las actuales y, de esta manera, identificar cuáles se adaptan mejor a las necesidades que se demandan en adelante.

Con dicho propósito, el abordaje será cualitativo toda vez que se interpretarán los datos obtenidos en lugar de medirlos cuantitativamente. De esta manera, pretendemos captar la profundidad y complejidad de la realidad social.

Para avanzar en esa dirección decidimos estructurar nuestra tesis en nueve capítulos, lo suficientemente amplios para que, dentro de cada uno de ellos, el objetivo específico tenga un amplio tratamiento:

Así, en el Capítulo 1 describiremos el “Estado de Arte”, es decir, la situación actual de la teoría del daño injusto y el fenómeno del ilícito, en el ámbito de la doctrina, legislación y jurisprudencia de la República Argentina como en Italia.

En el Capítulo 2 “Marco metodológico” detallaremos el conjunto de pasos, técnicas, instrumentos y procedimientos que empleamos para abordar y dar respuesta a nuestro problema de investigación.

Por su parte, a través del Capítulo 3 hemos desarrollado los “aspectos filosóficos sobre el interés” bajo el cual permite identificar la importancia que el mismo tiene en el nuevo sistema de daños, como así también trazar una línea transversal a todo el resto de la investigación.

En esta línea, en el Capítulo 4 “La perspectiva actual del derecho de daños. Del ilícito a la cláusula general”, realizaremos un primer acercamiento a la discordancia del ilícito en el renovado sistema de daños, al mismo tiempo que presentamos las herramientas jurídicas sobre las que se identificarán y seleccionarán los intereses merecedores de tutela.

En el Capítulo 5 “Los principios en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado”, continuando con la línea de las herramientas jurídicas propuestas, brindaremos una guía enunciativa de principios a los fines de ordenar las bases sobre las cuales se asienta el nuevo sistema de daños.

Una vez expuesto el problema y aportadas las herramientas para asentar los pilares de la remodelación teórica, en el Capítulo 6 “Antijuridicidad” haremos un desarrollo pormenorizado del instituto, analizando las aristas histórico-contextuales, para finalizar sosteniendo su eliminación como presupuesto del Derecho de Daños.

Por intermedio del Capítulo 7 “Del daño injusto en retrospectiva hacia su nueva vida”, realizamos un recorrido por los orígenes de la teoría del daño injusto, para detectar las características del daño injusto, a los fines de dotarlo de una nueva vida que se adapte a las necesidades del derecho moderno.

Ya adentrados en la nueva vida del daño injusto, en el Capítulo 8 “El daño injusto en el ordenamiento jurídico argentino constitucionalizado” circunscribiremos el renacimiento del daño injusto en la sistematización constitucionalizada del CCCN.

Por último, en el Capítulo 9 “El daño injusto en los derechos de tercera y cuarta generación constitucional. Aspectos teórico-prácticos”, concluimos la investigación con una propuesta práctica, adoptando una estructura constitucionalizada de los derechos de tercera y cuarta generación, con el propósito de presentar algunas de las fuentes de daños injustos en la sociedad de riesgos del derecho moderno.

En razón de lo expuesto, consideramos que existen diversas razones que justifican la presente investigación. Así, si bien existe una obra específica sobre el daño injusto en nuestro país, como así también artículos doctrinarios aislados, ninguna desarrolla una sistematización respecto al rediseño estructural que advino con el cambio de matriz del CCCN.

Por lo que, en este sentido, utilizamos las bases teóricas, adaptándolas a una propuesta novedosa y circunstanciada de los tiempos actuales.

En definitiva, lo que pretendemos es que se brinde una base, un esquema argumentativo sólido a los fines de que sean tutelados intereses que, por la rigidez -aún subsistente en la normativa vigente-, no permiten que se consagre la justicia del caso.

Al mismo tiempo, es nuestra intención dejar un aporte desde una mirada epistemológica crítica y práctica de un derecho que continúa en gran medida anquilosado en los flagelos del positivismo jurídico.

Capítulo I

ESTADO DEL ARTE

1.1. Introducción

Se entiende por estado del arte a “una investigación documental sobre la cual se recupera y trasciende reflexivamente el conocimiento acumulado sobre determinado objeto de estudio” (Galeano Marín y Vélez Restrepo, 2002, p. 1).

Además, es considerada como una investigación con desarrollo propio, cuyo fin es develar la interpretación de los autores sobre el fenómeno y hacer explícita la postura teórica y metodológica de los diferentes estudios. (Gómez Vargas, Maricelly; Galeano Higueta, Catalina; Jaramillo Muñoz, Dumar Andrey, 2015, p. 424).

Con esta finalidad, desarrollaremos en el presente Capítulo la situación actual del daño injusto desde la legislación, proyectos de ley, jurisprudencia y doctrina tanto nacional como internacional.

Como primera cuestión a señalar, es que el basamento de la teoría del daño injusto tiene su raigambre en el derecho de daños italiano. Surgiendo como un proceso de interpretación normativa que había quedado desactualizada con respecto a las necesidades que dimanaban de los fenómenos sociales.

En este sentido, se fueron dando procesos graduales de morigeración en las interpretaciones rigoristas, dándole así apertura a la comprensión de que muchas de las consecuencias injustas no se encontraban tuteladas expresamente como presupuesto de hecho.

En este proceso, la jurisprudencia ha tenido un rol protagónico. Debido a que era a través de los jueces que se le podía dar mayor ductilidad a la obsolescencia normativa. La cual muchas veces, por la misma naturaleza de sus procesos, no logra acompasarse a los veloces cambios de los fenómenos sociales, que denotan ostensibles consecuencias jurídicas.

Es aquí donde el Derecho de Daño Argentino, en su faz más renovada como iremos observando a lo largo de la investigación, termina por receptor en el CCCN una técnica legislativa que, si bien no recepta en forma expresa al daño

injusto, deja abierta su interpretación al juego argumentativo de diversas disposiciones que detallaremos.

1.2. Derecho italiano

A los fines de brindar un breve *racconto* del daño injusto en Italia, es preciso mencionar algunas de las etapas que llevan al estado actual del arte. Así, el código italiano sanciona la general responsabilidad civil por acto ilícito, cual acto doloso o culposo que ocasiona a los demás un daño injusto (Art. 2043).

Ahora bien, las calificaciones de las cualidades del daño injusto representan una novedad con respecto al código precedente de 1865 que preveía simplemente la resarcibilidad del daño a los demás, con culpa (art. 1151).

En este sentido, la doctrina era conteste en el entendimiento de que el elemento constitutivo del acto ilícito fuera la violación de un derecho. Con el nuevo código, se entiende que la injusticia se refiera al daño, lo que conlleva que el daño emerge así en el significado de la lesión de una situación jurídica.

Con posterioridad, la doctrina entendió que la lesión debía tener por objeto un derecho absoluto, dejando de lado los derechos relativos, como son los derechos del crédito del área del ilícito extracontractual, los cuales se comenzarán a reconocer como intereses de tutela con el devenir del tiempo.

En esta lógica, el derecho itálico ha ido reconociendo por senda pretoriana a la tutela de los derechos de crédito en casos de muerte o invalidez de familiares, dependientes y socios, entre otros supuestos.

De esta forma se ha superado la primera etapa de comprender al daño injusto como la lesión a un derecho subjetivo, extendiéndose la tutela a diversos intereses dignos de tutela como son; la posesión, las relaciones familiares, los clientes, etc...

En razón de lo expuesto, no ha sido un camino sencillo y lineal la doctrina del daño injusto. Un sector de pensamiento se orientó en el sentido de trasponer el requisito de la injusticia del daño a la acción observándose algunas variantes disimiles.

Una de ellas era la comprendida por quienes estaban interesados en restituir al art. 2043 el carácter de norma primaria y no meramente sancionatoria

con remisión a otra norma del ordenamiento, interpretan la expresión injusto como no justificado *-non iure-*, en vez de antijurídico *-contra ius-*.

En este sentido, existe un importante artículo de la doctrina italiana que fue el primero que escinde la comprensión del injusto de la antijuridicidad. Ello tuvo lugar en 1960 con la aparición de la publicación del artículo titulado: "*La ingiustizia del danno nell'illecito civile*" de Piero Schlesinger.

Por otro lado, estaban quienes con la intención de superar la idea de que solo la violación de un derecho subjetivo origina responsabilidad civil, trataron de colocar un límite al arbitrio del intérprete. Estos aferraron la evaluación de la injusticia a los textos legales que prevén o reprimen determinados comportamientos.

Pero no conforme con ello, la interpretación itálica sobre el daño injusto fue un poco más lejos y asoció la expresión injusticia del daño del art. 2043 con la de bien jurídico. De esta manera, son resarcibles las lesiones a bienes jurídicos en su sentido más amplio, atinentes a la persona, sus atributos morales, relaciones de familia, actividad económica, derecho de crédito e intereses legítimos, entre otros.

Con posterioridad, una visión más moderna se opone a la transposición del requisito de la injusticia del daño a la conducta, pues ante una realidad en continuo y creciente dinamismo, se revaloriza la consagración legal de la atipicidad de los hechos ilícitos. Acorde a esta concepción, el juez debe apreciar las modalidades de las situaciones nocivas concretas, siendo libre de desarrollar una función creativa en la construcción de un círculo abierto de hechos ilícitos.

Es en esta última visión modernizada donde la injusticia del daño se relaciona con la atipicidad del ilícito y se desvincula de la antijuridicidad como conducta. Es decir, se opera una paulatina ampliación del daño resarcible, en donde algunos de los institutos del ordenamiento jurídico necesitan readecuarse -cuando no extirparse-, por su obsolencia y contaminación sistémica. Es desde esta postura sobre la cual partiremos nuestra investigación.

Se pasa del ilícito reconocido en derechos subjetivos absolutos a las expectativas lícitas. Pasándose del reconocimiento de intereses formales y restrictivos a un reconocimiento amplios, basados en su relevancia jurídica y no solo legalista.

1.3. Derecho argentino

En nuestro país se ha dado una gradual flexibilidad en torno a la admisión de intereses merecedores de tutela a los fines de que se responda por los daños sufridos.

De esta manera, se fue matizando la raigambre positivista que ponderó la seguridad jurídica sobre la misma justicia. En este sentido se dieron tres etapas marcadas en este aspecto. La primera de ellas es la ideología del derogado código velezano, luego el Proyecto de código de 1998 y, por último, el CCCN vigente.

A raíz de este último estadio, es que la jurisprudencia y doctrina argentina comienza a receptar, - aun sin reconocerla en muchos casos- al daño injusto. A su vez, con un incuestionable proceso de constitucionalización del Derecho Privado.

1.3.1. Código Velezano

Hay que partir de la base que el código velezano, era un código decimonónico que abrazaba las ideas positivistas, donde se ponderaba la seguridad jurídica sobre las libertades individuales.

Por tal sentido, el art. 1066 del código derogado exigía expresamente la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. Cabe advertir, que el devenir de la historia de la responsabilidad argentina fue matizando esta postura radical.

Así, previo al reconocimiento legislativo del nuevo código, existía una línea doctrinaria y jurisprudencial en sustento de esta amplitud que reconocía la resarcibilidad de un simple interés no contrario a derecho, el cual priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituía el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente integraba la esfera del actuar lícito - actuar no reprobado por el derecho-.

Así, la lesión a ese interés- cualquiera sea éste- produce en concreto un perjuicio. De esta manera la tesis queda sustentada cuando se exige la afectación de un interés simple como antecedente para la reparación, toda vez que dicho interés sea lícito, cierto y de magnitud o relevancia.

1.3.2. Proyecto 1998

Es preciso resaltar que como antecedente inmediato al advenimiento del CCCN del año 2015, el Proyecto de 1998 ya marcaba una tendencia a que el daño injustificado tienda hacia una responsabilidad objetiva, enfocándose en la óptica de la víctima y no sobre el autor del daño. Cuestión la cual, hace prescindir del juicio de antijuridicidad del comportamiento.

Así, decía expresamente el art 1568 del Proyecto 1998: “El daño es cualquier lesión de un derecho o un interés que no sea contrario a la ley, y eso antijurídico por el acto mismo de que no está justificado.

Todo lo cual pondremos a trasluz con las disposiciones del código vigente.

1.3.3. CCCN

El CCCN en su art 1717, a diferencia del anterior art 1066 del CC, estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera, simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tutela jurídica y no reprobado por el ordenamiento jurídico, conforme el art. 1737.

Es central la influencia del nuevo código en alusión al fenómeno de la antijuridicidad, sobre la cual se denota un prolapso del mismo como tejido de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Así, la doctrina ha discutido largamente acerca de si debe considerarse la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad. En los códigos decimonónicos no ocasionaba problema alguno, ya que regía el principio de que no existe responsabilidad sin culpa. No obstante, actualmente la situación es otra -como desarrollaremos en la presente investigación-, motivo el cual generó que el sistema de la culpa se trasladara al daño.

De esta manera, entiende la doctrina que uno de los cambios más importantes que se han operado en el ámbito de responsabilidad civil, lo constituye la transición del principio del acto ilícito al del hecho dañoso. De esta manera, el ordenamiento jurídico busca la forma de proteger a las víctimas, con independencia de si el hecho que ocasionó el perjuicio fue o no ilícito.

Por ende, la doctrina comienza a sostener que existe un responder-sanción derivado del daño causado ilícitamente, pero entendiendo que esa materia es sólo una parte de otra más amplia, la del responder- distribución, que

corresponde a todos los casos de los daños civiles, hayan sido estos ilícitos o no.

Asimismo, en la doctrina argentina se comienza a reconocer la fuerza de los valores que encarnan los principios, como el de equidad, a los fines de brindar una solución adecuada para los supuestos en que la ley presenta un vacío, o su lectura nos lleva al injusto, y que junto a los principios generales del derecho de daños tendría la virtualidad suficiente para que se obligue a reparar el daño injusto.

En este orden de ideas, es dable entender que en el CCCN emerge una nueva cosmovisión hermenéutica para la consolidación de la teoría del daño injusto, en concomitancia con el hundimiento de la antijuridicidad como presupuesto de responsabilidad. Es decir, el fundamento de la responsabilidad civil deja de ser el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, deviniendo suficiente el daño injustificado de quien lo soporta.

En base a la teoría del daño injusto se podrá responder, ante cada caso concreto, si el interés es merecedor de tutela. En este sentido, se construye el eje por el cual se enfoca el resarcimiento en el detrimento sufrido injustamente -valorativo- y con independencia de la ilicitud de la conducta –hoy día ineficiente frente a la innumerable cantidad de conflictos de intereses y las nuevas figuras dañosas que los generan- que deja sin protección a las víctimas.

Esto es consecuencia -dentro de la responsabilidad civil- del traspaso de un paradigma resarcitorio en base a la culpabilidad -subjetiva- hacia un ordenamiento en donde abundan situaciones de atribución objetiva de resarcimiento -responsabilidad objetiva- donde, reiteramos, el daño se erige como su presupuesto por antonomasia.

A nuestro criterio, se destaca con este reconocimiento del daño injusto, la posibilidad de arribar a soluciones de mayor justicia, y de esta manera se reconoce el eminente principio que tiene por protagonista el nuevo CCCN, siendo el mismo el de dignidad humana (art. 51 del CCCN). Y es desde esta atalaya que partimos nuestra investigación.

Del mismo modo, se evidencia que la observancia de las necesidades de los individuos de una sociedad, poseen un rol preponderante en su vida social, por ende, el reconocimiento de los intereses -tanto individuales como colectivos- tiene una importancia superlativa frente a los peligros a los que quedan

expuestos, razón por la cual las legislaciones -debido a su lentitud respecto a los cambios sociales- no llegan en la totalidad de los casos a tiempo para ampararlos, y como consecuencia, imposibilitan el arribo de soluciones más justas y equitativas.

Solo a modo de adelanto, es dable resaltar que en el derecho argentino encontramos variados autores que ya venían anticipando que la senda los intereses debía ampliarse como veremos en la presente investigación.

1.4. Conclusiones

En nuestro país, la postura tradicional sólo contempló la recepción de los intereses legítimos como merecedores de la tutela del derecho -entendido el mismo- como el contenido de un derecho subjetivo. Esto llevó a situaciones ostensiblemente injustas, alejadas de la realidad. Lo antedicho, acompañado del advenimiento de la sociedad de masas del Siglo XX, nos impone una concepción distinta del fenómeno resarcitorio como exigencia de justicia.

A partir de esta situación, la corriente moderna -en la cual nos enrolamos- formula una concepción dinámica y flexible del daño. En consecuencia, se admite la protección de intereses simples que no se encuentren reconocidos expresamente en la ley, pero que constituyan justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, los cuales, si resultan respetables y serios, deben ser atendibles, siempre que no sean contrarios al orden público.

En tal sentido, la jurisprudencia y doctrina argentina sufrieron el impacto de esta corriente moderna, la cual se encuentra enraizada en un profundo respeto por la persona, en todas sus expresiones.

Conforme lo sostiene importante doctrina argentina, actualmente se admite como centro o núcleo aglutinante en la llamada Teoría General del Derecho de Daños -TGDD-, al daño injustamente sufrido, aceptándose la vulneración de los intereses simples o supraindividuales, y no solamente el interés legítimo o un derecho subjetivo.

En este sentido, no consideramos baladí el hecho de que hayan existido en nuestro país, dos proyectos de ley, es decir, el proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el proyecto de 1998 que propusieron quitar la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad.

Ello fue la fuente directa del renovado CCCN vigente que deja abierta en una interpretación sistémica, cómo carece de utilidad la antijuridicidad, al mismo tiempo que focaliza al daño como el más importante de los presupuestos para la existencia de daño. Desde este lugar, partimos a realizar la investigación.

Por real convencimiento de lo expuesto, culminamos este punto expresando que sólo un régimen de reparación amplio puede amparar al individuo respecto de todas las amenazas a su personalización.

Bajo tal designio, procedemos a desarrollar el marco metodológico sobre el cual asentaremos nuestra investigación.

Capítulo II

MARCO METODOLÓGICO

“El caos es un orden por descifrar” (Saramago, 2010, p. 9)

2.1. Introducción

En el presente Capítulo tenemos como objetivo desarrollar la metodología en la que se funda nuestra investigación.

En este sentido, entendemos por la misma, al conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 4).

Desde esta perspectiva, atravesamos la investigación para darle solución al problema que planteamos. En este sentido, expresa Herrera (1998) se investiga siempre que se busca la solución a un problema. (p. 1). En dicha finalidad, es menester definir el problema de nuestro estudio, para así poder arribar al tipo de investigación que llevamos a cabo, como así seguidamente, poder establecer el diseño que tendrá la misma.

En el mismo sentido, explicitamos el método empleado, es decir, el conjunto de procedimientos y reglas a que debemos ajustarnos, para desentrañar lo esencial de una cuestión desconocida, lo que se traduce en una exposición, demostración y sistematización fundada en hechos probados o razones lógicas. (Herrera, 1998, p. 4).

2.2. Contexto epistemológico de la investigación

En la presente investigación tenemos por fin actualizar las perspectivas epistemológicas del Derecho. Pasando de un sistema conservador y positivista a una apertura de formas que toma sus bases de la escuela de Derecho Crítico.

En este sentido, el planteamiento basal de la presente investigación requiere de la apertura de sistemas abiertos, que guardan una importante implicación con la filosofía de autores posfundacionales, en directa incidencia con los aportes de la filosofía del lenguaje y la comunicación que contribuyen a un nuevo núcleo epistemológico.

Este nuevo marco, se caracteriza por no requerir mayores desarrollos

sino más bien saber integrar una nueva cosmovisión desde un enfoque distinto al que se acostumbra en el Derecho. Esto implica que no se trata de inventar algo nuevo, de traer respuestas mágicas y apodícticas, sino más bien, en utilizar recursos integrativos existentes -aunque se encuentren dispersos- a los fines de encontrar nuevos enfoques.

Desde esta óptica, se puede elaborar una nueva mirada para comprender al mundo jurídico, el cual, anquilosado en rigorismos y ficciones obsoletas, termina por no cumplir con la función principal que debiera tener el derecho, esto es; su concreción dinámica en la práctica.

Por lo que, se colige que esta metodología implica una vocación práctica y pragmática del derecho. Que interpele a la institución judicial a acercar a los problemas reales de lo que acontece a la sociedad. Esto favorece a que la presente investigación se oriente a superar el enclaustramiento que el derecho mantiene dentro del muro de las ficciones que lo constituyen.

Una vez que se constituya esta nueva perspectiva metodológica en sus rasgos generales, será necesario comenzar un desarrollo particularizado de las diversas áreas jurídicas. Para de esta forma, generar una arquitectura hermenéutica dinámica que posibilite ajustar el Derecho de Daños a los cambios y necesidades de los tiempos actuales y venideros.

2.3. Planteamiento del problema

La formulación del problema consiste en la reducción del problema a términos concretos, explícitos, claros y precisos.

Es por ello, que “el planteamiento del problema es el centro, el corazón de la investigación: dicta o define los métodos”. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 34).

Es así, que toda investigación parte del interés de solucionar o encontrar respuestas a un problema, o el deseo de avanzar en el conocimiento sobre algún tema.

En consecuencia, en la medida en que el problema esté claramente definido, el estudio a realizar se orientará con mayor facilidad. En este sentido, cabe expresar que por “un problema se entiende a una brecha entre una realidad o aspecto de la realidad observada y un valor o deseo de cómo debe ser la

realidad para un determinado observador, sea este individual o colectivo". (Pineda, Alvarado, Canales, 1994, p. 39).

Es decir, delimitar el problema significa concretarlo, especificando su alcance teórico y empírico. (Pineda, Alvarado, Canales, 1994, p. 41).

En dicho propósito, cabe reflejar que se entiende por planteamiento del problema.

Siguiendo a Iglesias y Vázquez (2013) es en la explicitación de la/s pregunta/s que se pretende responder al terminar el proceso de investigación, de justificación de la investigación y del contexto en el que se encuentra el problema a estudiar (p. 80)

Los elementos fundamentales para plantear un problema en una investigación cualitativa dependen del autor que se elija. Normalmente, siguiendo a Iglesias y Vázquez (2009) se configuran tres elementos constitutivos en el planteo de un problema de investigación: la pregunta de investigación, la justificación de la investigación a realizar y el contexto en el que se encuentra el problema a estudiar (p. 96).

Por su parte autores como Hernández, Fernández, Baptista (2014) comprenden el propósito y/o los objetivos, las preguntas de investigación, la justificación y la viabilidad, una exploración de las deficiencias en el conocimiento del problema, la definición inicial del ambiente o contexto (p. 358). Es así que, la elección del tema, constituye simplemente el perímetro en el que se moverá el cuerpo central de la tesis.

En cuanto a los objetivos establecidos en la presente investigación, contamos con uno general y con otros específicos. El objetivo general, es determinar qué incidencia tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Establecido dicho eje, dentro de los objetivos específicos, pretendemos realizar una descripción de los derechos subjetivos e intereses simples a los fines de la comprensión del nuevo fenómeno resarcitorio.

Asimismo, en este recorrido nos proponemos establecer la transversalidad del interés en el Código Civil y Comercial de la Nación a los fines de precisar la utilidad de la teoría del daño injusto. Todo ello, no sería suficiente sin indagar los aportes del derecho italiano sobre el daño injusto a fin de evaluar una adecuada recepción al Derecho Argentino. Lo que, a su vez, nos lleva a

indagar los aportes de la jurisprudencia italiana y sobre el daño injusto a fin de evaluar una adecuada recepción en el derecho nacional.

En toda esta armazón, procuramos establecer qué modelos se erigen como las alternativas más viables para la aplicación del daño injusto. Entre otros, nos resulta de interés determinar cuál es la extensión y las herramientas de reconocimiento del daño injusto. En dicho designio, es que nos proponemos determinar cuál es el nuevo rol del principio *Alterum non laedere*.

Por otro lado, aspiramos a establecer la incidencia del daño injusto en la responsabilidad civil en la era de los derechos de tercera y cuarta generación. Así, una vez desandada la investigación, dando respuestas a numerosos interrogantes, nos encaminamos a realizar las propuestas pertinentes de nuestra investigación.

En base a todo lo expuesto, debemos fijar el punto de partida de nuestra hipótesis, pero no sin antes pasar por alto qué entendemos por ella. Por una hipótesis debemos entender al supuesto acerca de un recorte de la realidad que surge como respuesta tentativa al problema o a la/s pregunta/s de conocimiento. (Iglesias y Vázquez, 2013, p. 80).

Es por ello que sostenemos a lo largo de la investigación, la siguiente hipótesis: “La incidencia que tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado es su abolición como presupuesto de la responsabilidad en su función resarcitoria para atender a los nuevos daños que merecen tutela”.

2.4. Diseño de la Investigación

Siguiendo las ideas de Hernández, Fernández y Baptista (2014) una vez que se precisado el planteamiento del problema, definido el alcance inicial de la investigación y formuladas las hipótesis, nos emprendemos a visualizar la manera práctica y concreta de contestar las preguntas de investigación, además de cumplir con los objetivos fijados. Esto implica seleccionar o desarrollar uno o más diseños de investigación y aplicarlos al contexto particular de estudio al que nos enfrentamos. (p. 128).

Como enseña Balestrini Acuña (2006), el diseño de investigación se define en función de los objetivos establecidos en el estudio. Asimismo, es menester señalar que no existe un solo tipo de diseño o modelo de diseño a

utilizar para todas las investigaciones. Cada investigación, contiene en sí misma un nivel de especificidad que puede orientarse hacia la exploración, la descripción, la explicación, la experimentación o hacia una propuesta operativa factible. En este sentido, se hace necesario proponer un diseño que se adecue a los objetivos fijados, y además permita la introducción de ciertos controles en la recolección de los datos. (p. 131)

De acuerdo a las preguntas de investigación y a los objetivos planteados nos encaminamos a encuadrar el tipo de investigación a la que acudimos.

2.5. Tipo de Investigación.

A la hora de indagar en los diversos tipos de investigación, constatamos la existencia de variados esquemas de clasificación de la investigación científica, de los cuales se desprenden criterios significativos y determinados para cada tipo de investigación.

En la presente, abordamos la misma desde un carácter no experimental y descriptivo, ya que, al ser no experimental no se pueden manipular las variables. Es decir, se trata de estudios en los cuales no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables.

A lo que nos encaminamos mediante la investigación no experimental, es a observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 152).

Siguiendo a los citados autores, se entiende que la investigación no experimental es la que refiere a los “estudios que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 152).

Por otro lado, teniendo en miras los objetivos de la investigación, nos encontramos presente frente a una investigación de carácter descriptivo, habida cuenta que lo que se procura, es ir más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, nos dirigimos a responder por las causas de los eventos y los fenómenos sociales. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 95).

Por tal motivo, como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 95).

Asimismo, la presente investigación se enmarca dentro de la investigación pura o básica, ya que, se realiza con la finalidad de aumentar los conocimientos en la TGDD, *aggiornando* de esta manera, los criterios que se han desarrollado a lo largo de la historia en cuanto a la relación y aplicación de los intereses privados entre sí, como así también, entres estos últimos y los intereses públicos, aspecto que la actualidad demanda observar a raíz de la constitucionalización del Derecho Privado.

En lo que respecta a la historia, cabe circunscribir al derecho en una tensión entre el formalismo legal y la libertad de las decisiones humanas, que se traducen en una reacción contra normas positivas injustas. (Guibourg, 2013, p. 163).

De igual manera, utilizamos en la presente investigación, recursos y análisis de diversas materias, a los fines de llegar a una comprensión integral de la problemática suscitada.

En este último sentido, expresa Larenz (1980) que el derecho es un fenómeno complejo, susceptible de ser estudiado desde diferentes perspectivas. Desde la cual, enfatizará a la jurisprudencia como la materialización práctica de la teoría del derecho. (p. 177).

Por lo cual, en definitiva, no es fácil determinar si la investigación planteada es sociológica-jurídica, filosófica-jurídica o de dogmática jurídica, por lo tanto, describiremos a qué ámbito se circunscribe cada uno de estos recursos señalados.

En consonancia con ello, consideramos que el derecho no puede dejar pasar por alta a la evolución del pensamiento, sino que debe contribuir y recibir las contribuciones del debate interdisciplinario, y dar cuenta del papel que ejerce la filosofía en la comprensión y realización de la justicia (Pagani, 2016, p. 9).

Desde los ejes descriptos anteriormente, señalamos siguiendo las ideas de Fucito (1989) que, el problema central de la sociología jurídica es tratar de discernir cuáles son los influjos recíprocos entre el ordenamiento jurídico y la realidad social (p. 5).

Es por ello, que en la presente investigación se asiste al influjo descripto, para que, de esta manera, se puedan comprender las diversas funciones que cumplen las ideas e institutos desarrollados.

Bajo la idea antedicha, González Galvan (1998) enfatiza la idea de encarar el estudio del derecho como un fenómeno eco-sociológico. Es decir, analizar lo jurídico desde la interrelación social, como un fenómeno en el cual lo uno y lo diverso canalizan en lo propio, lo complementario y lo contradictorio. (p. 16).

Con este propósito, desde la Sociología del Derecho pondremos de resalto los intereses que surgen de una comunidad, en derredor a la realidad social y económica que se constata en nuestra sociedad contemporánea. Estos últimos dos, serán los aspectos que resaltará Scognamiglio (2010, p. 5).

Es así que, será necesario reestructurar lo que debe considerarse científico al interior de la tradición jurídica occidental. Lo que implica reestructurar la coexistencia organizada de culturas en una cultura, entendida a ésta, como un espacio mental y geográfico de respecto al multiculturalismo. (González Galván, 1998, p. 16).

Asimismo, debemos recurrir a la sociología, para argumentar según ciertos principios, la conexión causal entre la función normativa del derecho y la conducta humana que regula, o se si se prefiere, las posibilidades de que la reforma postulada que se insinúa al legislador, influya de una determinada manera sobre la acción humana tenida en cuenta por la norma. (Herrera, 1998, p. 22).

Por su parte, acudiremos a los recursos que aporta la filosofía del derecho. La cual, resulta de cimera importancia al situarnos en un abanico de perspectivas hermenéuticas que serán propias para desarrollar la presente investigación.

En virtud de lo expuesto, en palabras de Finnis (2017) entendemos que la Filosofía del Derecho indaga sobre los fundamentos para aceptar la justicia de los principios básicos del derecho y la autoridad de los actos jurídicos privados y públicos en la incidencia de tales principios y actos sobre el bien común. (p.1).

De esta manera, sostenemos que será sustancial indagar en el sustrato de los institutos desde un aspecto filosófico-jurídico para identificar los fundamentos rectores de cada uno de los mismos, como así también para

identificar y reconocer en el derecho positivo imperante los parámetros de lo justo y lo injusto.

En esta finalidad, la Filosofía del Derecho, como rama de la misma filosofía nos ayudará a remover el sustrato y armazón conceptual sobre el que el positivismo ha edificado un sistema jurídico apodíctico. De igual forma, será imprescindible como área de estudio a los fines de comprender lo que las abstracciones y categorías –a priori indiscutidas-, ocultan en su trasfondo. Como ya anticipa Derrida; el lenguaje siempre preserva una dimensión oculta, que no se muestra ni puede ser plenamente develada.

En este sentido, es un particularismo de nuestra época, siguiendo a Celis Vela (2016) que cada vez sea más frecuente que las concepciones filosóficas desempeñen una función metateórica en el derecho. Así, muchas posiciones axiológicas, teórico-dogmáticas o empíricas sobre el derecho tienen correlato en teorías filosóficas sobre el método, el conocimiento, la argumentación, el razonamiento o la justicia. (p. 15).

Es por ello que, el pluralismo teórico que acompaña los desarrollos filosóficos más recientes ha agudizado la posibilidad de análisis sobre la interpretación y argumentación jurídica, la justificación racional, el razonamiento jurídico, la ontología jurídica, las fuentes del derecho, entre otros problemas. (Celis Vela, 2016, p. 15).

Es así que, consideramos que en la investigación jurídica actual debemos colocar el foco sobre un análisis que -sin soslayar la ley o ciertos principios dogmáticos- atienda a lo extra sistémico, a lo filosófico y a su vez en su concreción práctica; también a lo político.

De esta manera, las controversias políticas, con su trasfondo moral, serán un ejemplo constante de pluralidad axiológica dentro de cierta unidad cultural. Lo que tendrá por efecto que los conceptos de derecho -que suelen ser de una gran indeterminación de contenido- puedan argumentarse y visualizarse por intermedio de un marco teórico que se interponga entre lo expuesto y la realidad. (Guibourg, 2013, p. 176 y 177).

Como dijera Herrera (1998), el planteamiento de la investigación podría formularse partiendo del principio de que existe otra u otras soluciones no contempladas por la ley, con lo cual el jurista podría postular una reforma en uno u otro sentido, como una contribución al perfeccionamiento del derecho. (p. 21).

En tal sentido descripto, nos encaminamos a realizar un aporte al derecho como practica social. Es decir, como un análisis que excede el ámbito de la disciplina, entendida esta como sistema cerrado de normas y principios, para invadir el más amplio de la política jurídica, la que abarca todos los problemas prácticos vinculados con la creación y aplicación de técnicas de derecho para lograr determinados objetivos sociales. (Ross, 2011, p. 326).

Si bien es cierto que la investigación se encuadra en los parámetros de la filosofía y sociología jurídica, no se puede dejar de lado, que la misma forma parte de la TGDD, y, por lo tanto, todas las mencionadas aristas comprenden un desafío en la comprensión jurídica.

En este sentido, es menester en este punto aclarar que, en lo que concierne a la dogmática jurídica, deberá aclararse previamente el hecho de que su conceptualización se encuentra inexorablemente coligada al posicionamiento que se tenga acerca de la ciencia.

En atención a lo expuesto, sostiene Girón Tena (1986) que la dogmática jurídica, en su condición de ciencia, no puede entenderse como una categoría estática, sino que cambia permanentemente de modo acorde a una sociedad que también lo hace. (p. 19). (Recasens Siches, 1945, p. 103).

En consonancia con tales ideas, en nuestra investigación acudiremos racionalmente al análisis de instituciones jurídicas históricas, y sobre ellas, a avizorar las implicancias empíricas que cada sistema conceptual poseyó en tal realidad fragmentada, como así también sus consecuencias prácticas, desde aspectos jurídicos- sociológicos.

En este sentido, enseña Alpa (2016) que al abordar la antijuridicidad - instituto clave de nuestra investigación-, y, por ende, desatar el nudo de la ilicitud, nos adentramos en un problema lógico, pero al mismo tiempo cultural". (p. 150, tomo 1).

Tal postura se refleja en el basamento de lo que se ha dado a llamar derecho en contexto *-Law in context-*. Dicha matriz investigativa innova en el desarrollo teórico-práctico del derecho, teniendo en cuenta los cambios de los fenómenos jurídicos de manera crítica en sus respectivos contextos; cultural, social, político, tecnológico, ambiental y económico.

Esta cuestión, por demás debatida en el mundo jurídico, no logra consenso aun entre los autores. Por ende, en lo que respecta a nuestra materia,

la posición que se tenga del derecho como conocimiento científico será crucial para encausar el camino del derecho.

En este mismo sentido, es menester resaltar que, en este último aspecto, habrá que estarse brevemente a las posiciones planteadas:

En una versión clásica, explica Morales Hervias (2001) que si entendemos a la ciencia jurídica como "el conocimiento del Derecho positivo en el sentido de su coherencia, de su objetividad y de su función social", estaremos en aptitud de definir al ordenamiento jurídico como "el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes, con contenido imperativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica"(p. 309).

En esta versión clásica y restringida, la científicidad poseía otra dimensión. Es así que, se sostenía que el objeto de la ciencia jurídica eran las normas del derecho. En tal sentido, toda una época entendió que la Ciencia Jurídica busca concebir su objeto jurídicamente, es decir, desde el punto de vista del derecho. (Kelsen, 2011, p. 121).

En este sentido, entiende Kelsen (2011), que concebir algo jurídicamente no puede significar sino concebir algo como derecho, es decir, como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica, como determinado por la misma (p. 121).

La postura antedicha, deviene a todas luces en una teoría limitada que ha perdido en nuestra modernidad toda virtualidad práctica, habida cuenta de que la diferenciación entre derecho y ley ha sido superada a partir de la Ley de Bonn de 1949, dejando atrás la sinonimia proclamada por la revolución francesa y los códigos decimonónicos. (Vigo, 2012, pp. 194).

Es en la lógica del autor citado, que se constata el paso de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho Constitucional y Democrático. Lo cual implica nuevos enfoques: principios, derechos humanos, ponderación, argumentación, etc. (Vigo, 2015, p. 9). En esta misma lógica, se impregna la filosofía del CCCN, marcos sobre el cual se desenvuelve el análisis del tema de la presente investigación.

En el mismo sentido expresa Guibourg (2013) que, en todo este esquema epistemológico, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, al constarse las

atrocidades que tuvieron apoyo en los esquemas formales de la ley, se dio paso a los principios y los propósitos supralegales (p. 165).

En similar sentido lo sostiene Zambrano (2009) cuando expresa que el cambio de Siglo y milenio estuvo signado por la advertencia de que la pretensión típica del positivismo decimonónico, de que los jueces aplicaran mecánicamente el Derecho, es más una expresión de deseos metodológicos que una descripción fiel de la realidad. (p. 112).

Por ende, la actualidad lleva consigo un ensanchamiento y complejización de las relaciones humanas, que ha necesitado recurrir a nuevas fuentes y fundamentos. En este último sentido, es que nos adentrarnos a la presente investigación demostrando el recorrido que ha tomado el derecho como ciencia, disciplina o práctica social.

En esta tesitura, Cárcova (2008) nos sitúa en esta idea de que los nuevos modelos del desarrollo del pensamiento jurídico y social, no soslayan el debate acerca de la justicia. Por esta última, se refiere no a aquella que se atribuyó a los dioses, sino a una justicia humana falible, pero también perfectible; histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados, entendida como producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideológicas. (p. 118). Es decir, lo que hoy se pregona como una sociedad pluralista.

En la misma línea de ideas, entiende Kaufmann (1985) que el conocimiento del derecho no se circunscribe a un mero conocimiento de un objeto, sino que la persona que busca aquello que se entiende por derecho, se encuentra siempre involucrada en el proceso de su realización. (p. 37)

Ello sin soslayar que, el ámbito del conocimiento, comprensión y aplicación del derecho no se aparte de las formas interpretativas del mismo. Es así que, en la órbita de lo que se llama neoconstitucionalismo, se entiende al mismo, no como una modalidad nueva del derecho, sino más bien que se caracteriza por la toma de conciencia explícita por parte de los operadores jurídicos y los estudiosos del derecho acerca de que la pregunta por los fines últimos del derecho es ineludible en la interpretación del derecho. (Zambrano, 2009, p. 124).

En este escenario, el movimiento del neoconstitucionalismo se encuentra estrechamente ligado al fenómeno de la constitucionalización del derecho, que

está abarcando a gran número de los sistemas jurídicos contemporáneos. (Comanducci, 2016, p. 12).

De esta manera, resulta ineludible, más no suficiente, continuar ateniéndonos a desentrañar el sentido de la norma y su proyección silogística. Más bien, se debe razonar de manera lógica y persuasiva empleando premisas o enunciados que se justifiquen por medio de razones o argumentos jurídicamente válidos. (Vigo, 2015, p. 10).

En este sentido, coincidimos con Negri (2018) al expresar que Las corrientes postpositivistas como el “neoconstitucionalismo” o el “constitucionalismo postpositivista” se han erigido como una alternativa plausible para abordar el paso del Estado de Derecho “legalista” al Estado de Derecho “constitucionalista”, en razón del auge de la constitucionalización de los derechos, de los principios, de la relación entre el derecho y la moral y la política, el surgimiento de otras técnicas para los conflictos del derecho como la ponderación, el desbordamiento de fuentes, etc. (p. 9) (Vigo, 2015, p. 109).

En este contexto, es dable recordar las palabras de Nino (2014), el cual expresa que admitir que el derecho tiene una conexión directa con la política, sirve para superar las paradojas de la superfluidad y de la indeterminación radical del derecho. Ello, en el sentido de que, el derecho es una empresa esencialmente cooperativa. De esta manera, se constata que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones de otros que se dieron en el pasado, en la actualidad o futuro (p. 150).

Todo esto se relaciona con la teoría de la inconmensurabilidad del modelo kuhiano, la cual se basa en que, así como en las ciencias naturales no existe una sola forma de conceptualizar la realidad, en el ámbito social tampoco ello es posible.

En tal sentido, el problema de inconmensurabilidad apunta también al hecho de que, ni en las ciencias naturales ni en las sociales hay método algorítmico para elegir entre teorías rivales, o para medir y comparar el éxito de las teorías. Siendo incluso quizás una incompletitud que resguarda a la humanidad de la inteligencia artificial, al menos hasta el momento.

Es entonces que, la elección de la teoría es un proceso subdeterminado, en el cual factores externos -sociales, políticos, culturales, metafísicos-

intervienen, y, en varias ocasiones de forma determinante. (Ulloa Cuellar, 2005, pp. 878 y 879).

Es así que, las tradiciones científicas, humanísticas y políticas, son convergentes con las características de los sistemas jurídicos -costumbres jurídicas-, en ambos casos se reconoce la existencia de un conjunto de principios y normas jurídicas, así como prácticas y procesos que interpretan, adecúan y aplican las normas y principios. (Velasco, 2005, p. 923)

Siguiendo esta lógica, y volviendo a las ideas de la autora anteriormente citada, podemos sostener que la corriente constitucionalista posee dentro de sus preocupaciones centrales al estudio que detentan las abstracciones del lenguaje constitucional en la interpretación no solo del texto constitucional, sino también en lo restante del ordenamiento jurídico sobre el cual se proyecta el poder normativo de la Constitución. (Zambrano, 2009, p. 124, nota 21).

De esta forma, es imposible no encaramar al lenguaje como el eximio sistema en el cual se enmarca el conocimiento, comprensión y aplicación del derecho.

En dicho sentido, Kaufmann (2019) expresa que “el derecho se produce a través del lenguaje” (p. 277). O bien, como expresara Wittgenstein (1986) - desde otro ángulo-, que los problemas filosóficos surgen cuando el lenguaje se va de vacaciones.

Todo ello, es coincidente con las ideas de Echeverría (2006) cuando refiere al papel generativo del lenguaje, quien expresa que hemos pasado de una función descriptiva y pasiva -tradicional-, a una función generativa o performativa en la cual el lenguaje es acción, y, por lo tanto, una fuerza poderosa que genera nuestro mundo humano. (p. 102). Y dentro de dicho mundo, no es ajeno el mundo jurídico como objeto cultural que nos constituye.

En este sentido, este autor nos demuestra que, en el esquema tradicional primero existía la realidad antes que el lenguaje, mientras que en la visión actual el lenguaje precede a la realidad, y, por ende, genera realidad. (p. 102)

En tal cosmovisión lingüística ya se visualizaba la pluma de Hegel (1968), aludiendo a la idea de que el derecho, no solo es un conjunto de leyes, sino que es un complejo de realizaciones espirituales y simbólicas que se determinan mediante el uso lingüístico, al cual llamó el más digno elemento de representación espiritual (p. 96).

No caminan en otro sendero las ideas de Lipari (2016) en cuanto expresa que dentro de la tradición civilística del derecho se encuentran categorías como elementos de un lenguaje, símbolos, expresiones lingüísticas. (p. 35).

Estas ideas no escapan al marco de análisis del derecho, por ende, dentro de este encuadre epistemológico -que tiene al derecho como práctica social discursiva-, consideramos al objeto de estudio del derecho como un proceso de producción interdisciplinario. De esta manera, analizando el discurso jurídico como productor de sentido social. (Aseff, 1998, p. 21).

De esta manera, se le va dando al derecho el carácter de una red semiótica que se ve atravesada por la ideología y el poder, una distinta consideración del sujeto, y el problema de la comprensión del derecho vinculados en su caso, a temas centrales de la filosofía del derecho, como son el concepto de derecho, la teoría de las fuentes, la cuestión de la vigencia y eficacia, la interpretación y aplicación de la ley y la administración de justicia. (Aseff, 1998, p. 21).

Es así que, en todo este contexto, el desafío estructural de esta práctica radica en conjugar -en términos de (Zambrano 2009, p. 123)- entre el piso semántico del derecho y el techo de lo justo moral. En tal escenario epistemológico resulta inevitable recurrir a la filosofía práctica (Vigo, 2015, p. 57).

Sobre esta última idea haremos hincapié y trazaremos una línea hermenéutica transversal, como metodología que se adapta a nuestro criterio de analizar al derecho como práctica social discursiva.

Tal constructo que hemos adoptado para este trabajo, guarda relación con la particularidad connatural del derecho respecto a ciencias formales como la física, por ejemplo. En este sentido, la ciencia del derecho -si es que podemos aseverar el carácter de tal ciencia-, está en manos de abogados que su principal objetivo consiste en hacer prevalecer los intereses que se le confían en su defensa, finalidad la cual dista mucho de la actividad de un físico, el cual busca el avance o progreso de la ciencia. (Guibourg, 2013, pp. 126 y 127).

Es así que lo dicho, se condice con lo expresado por Zambrano (2009) respecto a que el éxito de cualquier comunicación lingüística depende de cuánto se acerca el intérprete a la intención pragmática del orador. (p. 117).

En este sentido expresa Coaguila (2005), es sustancial entender al derecho como un discurso y no solamente circunscrito a un texto normativo.

Asimismo, sostiene, que el recorrido por los diferentes enfoques permite observar al derecho multidimensionalmente sin dogmatizarlo, evitando las deformaciones que traen consigo la propia disciplina jurídica y rescatando la perspectiva del otro en relación a un mismo objeto de estudio. (p. 177).

En otras palabras, consideramos que, asumir un discurso interdisciplinario del derecho, nos conducirá a encontrar nuevas soluciones, como así también, como expresa Coaguila (2005), arrojará una cuota de humildad a la disciplina jurídica. (p. 177)

En conclusión, abordaremos en nuestra investigación a la TGDD desde un proceso de racionalización que realiza el juez en su actividad jurisdiccional en un contexto -tablero de juego-, en el cual los intereses en pugna reclaman la imposición de uno sobre otro. Con especial atención, en la disciplina del Derecho Civil y dentro del mismo, circunscripto en el Derecho de Daños.

En esta línea, nos adentramos a un replanteamiento del campo epistemológico en el mundo jurídico. Es así que habrá de tomarse en cuenta lo que expresa Nuñez Flores (2007) acerca de la investigación actual del Siglo XXI, la cual, desde mediados del Siglo XX, tiene un horizonte vasto en las ciencias jóvenes y campos multidisciplinarios complejos; por ende, la metodología, los problemas semánticos, conceptuales, las leyes, la naturaleza de los objetos y ámbitos, son problematizados; así como las teorías son puestas a prueba en su validez basadas en diversos principios. (p.165)

En todo este desarrollo, entender al derecho pareciera ser algo cada vez más abstracto. Aunque, consideremos que es un enorme paso hacia su deconstrucción, toda vez que, no puede seguir construyéndose sobre vetustas bases epistemológicas que lo intentaron analizar desde alguna parcela aislada y hermética, dentro de sus variopintas aristas de estudio.

A esta altura, es menester recordar las palabras de Recasens Siches (1945) cuando dijera que el derecho no es la pura idea de justicia ni de las demás calidades de valor que aspire a realizar; es un ensayo de interpretación y realización de esos valores que se aplican a circunstancias históricas. (pp. 56 y 57).

A lo que sumó, que el derecho de un pueblo en un determinado momento histórico está compuesto de aciertos, y desaciertos en la intención de realizar determinados valores. Siendo todo derecho una pretensión de ideal de valor, un

propósito de derecho valioso circunscripto a la vida humana. (Recasens Siches, 1945, pp. 56 y 57).

En esta lógica se demuestra un alejamiento sin retorno respecto al positivismo formalista, quienes con la pretensión deliberada de utilización de un método que intente abarcarlo todo, han acudido a institutos ficcionales que acaban por utilizar la valoración -que ellos mismos discursivamente delezaban- para encontrar respuestas convenientes en la interpretación moral de sus análisis lógicos.

En tal directriz, se amalgaman los idearios neoconstitucionalistas, quienes han rediseñado un sistema de análisis y aplicación jurídico que resquebraja las teorías centrales del positivismo. En este último sentido, las teorías actuales nacen de un arsenal conceptual disímil, como así también de una tesis epistemológica que reclama un punto de vista ya no descriptivo, sino que incluye en su ontología a las valoraciones. Por ende, también el derecho del Siglo XIX, es un derecho en el cual se abandona el escepticismo ético o axiológico que imperaba en la cosmovisión liberal. (Vigo, 2015, p. 115)

De esta manera, el autor parafraseado adita la idea de que el nuevo derecho referenciado se instaura en las bases de la razón práctica, cuestión sobre la que, tanto los iusnaturalistas como los neoconstitucionalistas no positivistas defenderán cierto cognitivismo y objetivismo ético. (Vigo, 2015, p. 115).

Este proceso histórico, abrió el campo del sinceramiento de un derecho que se pretendió una ciencia más, sin el coraje suficiente a reconocer su propia naturaleza, y, de esta manera emprender el recorrido a enfrentar sus métodos acordes a aquella. Como dijera Guibourg (2013)

A lo largo del tiempo muchos conjuntos de proposiciones han sido invocados como el verdadero conocimiento del derecho y algunos sistemas de proposiciones han sido condecorados con la pretensión de constituirlos en la *ciencia* del derecho. Otras voces se alzan para negar que el conocimiento del derecho pueda llamarse ciencia y aun para discutir que exista alguna suerte de conocimiento jurídico. Es claro, que las diversas posiciones dependen de distintas orientaciones epistemológicas, ontológicas o aun políticas. (p. 137)

Sin descuidar estas particularidades, no dejamos de ver al derecho moderno como un campo de batalla, de combate, en el cual las ideologías juegan un papel importante. El derecho se erige como un sistema de criterios que habilita a la sociedad a distinguir moralidades con incidencias jurídicas que se impregnan en una tradición jurídica tempo-espacial determinada.

A su vez, todo lo expuesto -y, así también el derecho mismo-, conduce a establecer criterios de reconocimiento. Estos criterios, dependerán de normas intersubjetivamente formuladas, necesitarán a su vez de un cuerpo de metacriterios -término que hacemos nuestro de Guibourg (2013, p. 137)-, que nos permita establecer respuestas en cada caso concreto. En tal sentido, se encamina nuestra investigación.

A modo de síntesis, y comprendiendo la necesidad de abordar la presente investigación jurídica adaptada a la necesidad de una nueva ontología jurídica, consideramos que el núcleo epistemológico, se caracteriza por no requerir mayores desarrollos, sino más bien, saber integrar una nueva cosmovisión desde un enfoque distinto al que se acostumbra en el Derecho.

Esto implica que no se trata de inventar algo nuevo, sino más bien en utilizar recursos integrativos existentes, aunque dispersos. Desde esta óptica, se puede elaborar una nueva mirada para comprender al mundo jurídico, el cual, anquilosado en rigorismos y ficciones obsoletas, termina por no cumplir con la función principal que debiera tener derecho; su concreción dinámica en la práctica.

De ello, se deduce que esta metodología implica una vocación práctica y pragmática del derecho. Que, enfocada en la hermenéutica judicial, interpele a la institución judicial a acercarse a los problemas reales de lo que acontece en la vida cotidiana.

Esto favorece a que la presente investigación se oriente a superar el enclaustramiento que el derecho mantiene dentro del muro de las ficciones que lo constituyen. Y así, una vez que se constituya esta nueva perspectiva metodológica en sus rasgos generales, será necesario comenzar un desarrollo particularizado de las diversas áreas jurídicas, en específico al Derecho de Daños en su encuadre constitucionalizado. Desde directriz emprenderemos la presente investigación jurídica.

2.6. Unidades de análisis

En la presente investigación identificamos y conceptualizamos las unidades de análisis a las que acudimos.

Por unidad de análisis debe entenderse a un segmento de contenido textual, auditivo o visual que se analiza para generar categorías (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 461). Es decir, los elementos sobre los que recae la obtención de información.

En este sentido, existe una manifiesta relación entre la teoría elegida, la hipótesis y las unidades sobre las que recae la información recabada.

En razón de ello, hemos utilizado en la presente investigación como unidades de análisis a:

- 1) Disposiciones normativas: uno de los objetos específicos de estudio sobre los que se enfoca la investigación es el análisis normativo de diversas áreas jurídicas, con especial hincapié en la normativa del Derecho de Daños y la Constitución Nacional. Asimismo, se analizan tanto normas que tienen por objeto a los bienes individuales como los bienes colectivos.
- 2) Doctrina: en razón de la naturaleza del problema jurídico que nos concierne, el mayor foco de análisis se centra en la doctrina tanto nacional como extranjera, a los fines de describir la teoría para poder posteriormente readaptarlos a las necesidades que surgen de los fenómenos de análisis propuestos en la actualidad.
- 3) Jurisprudencia: el análisis de casos será importante a los fines de comprender la evolución de los institutos tratados y para visualizar cómo se brindan respuestas a través de la innovación pretoriana.
- 4) Principios generales y específicos: en razón de la naturaleza del tema que desarrollamos, como también de las dinámicas contemporáneas, debemos acudir a los principios generales y específicos del derecho, toda vez que, por la naturaleza de la presente investigación, requerimos vigorizar dicha fuente del derecho y darle mayor profundidad y extensión.
- 5) Actores jurídicos: aunque no sea un trabajo enfocado en ellos, sí es necesario observar las funciones y las implicancias prácticas que poseen las labores de los operadores jurídicos. Siempre que, sus

funciones y competencias siempre son puestas en tela de juicio como una tensión constante en las dinámicas del poder y la eficiencia del mismo en la ciudadanía.

2.7. Variables

Entendemos por variable, a la propiedad que tiene una variación que puede medirse u observarse. Es decir, las variables representan los elementos o factores que pueden influir en el resultado del estudio o análisis. Es decir, los supuestos que utilizaremos para realizar la investigación.

Entre las clasificaciones de las mismas encontramos: las independientes, dependientes e intermedias. En la presente investigación, utilizamos variables mayormente independientes y contextuales.

Asimismo, cabe resaltar que las variables independientes en determinados problemas pueden cambiar en base a la posición que ocupen en el enunciado, debido a que la realidad está en movimiento y que todos los hechos están coligados.

En este sentido, utilizaremos diferentes posturas doctrinarias que existen entre los expertos de la materia sobre la conveniencia de eliminar o no el presupuesto de responsabilidad de la antijuridicidad y las posibles consecuencias que la erradicación podría acarrear.

De igual forma, será una variable independiente el tipo de sistema judicial en el que circunscribe el análisis de la problemática, oscilando entre interpretaciones y posicionamientos según se trata de una perspectiva del Common Law o el Sistema Continental.

A su vez, se analizarán como variables a los diversos comportamientos de los presupuestos de la responsabilidad, a los fines de reconfigurar el sistema de daños y demostrar las oscilaciones prácticas del este último, en tanto se trastoque la funcionalidad de cada presupuesto.

Asimismo, utilizaremos variables contextuales, a los fines de exponer las diferencias existentes entre el sistema normativo obsoleto y el sistema renovado propuesto.

2.8. Técnicas e instrumentos

El abordaje de la investigación es cualitativo. Ello, guarda sentido ya que los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes,

durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después, para perfeccionarlas y responderlas.

Estas preguntas, nos ayudan a visualizar qué se necesita para dar respuesta a una pregunta. Es decir, para definir la formulación del problema. (Pineda, Alvarado, Canales, 1994, p. 42 y 43). La acción indagatoria, se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y, resulta un proceso más bien circular en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 7).

En este sentido expresa Cifuentes Gil (2011) que la investigación cualitativa se comprende como un cuerpo multifacético y policromado que asume, a manera de reactivos que fijan su color, una serie de posturas compartidas sobre lo ontológico, lo epistemológico, lo metodológico y lo ético. (p. 16).

Este tipo de enfoque, nos dará mayor apertura y flexibilidad en la realización del estudio que abordamos. Por ende, también debemos tener en cuenta como expresan Hernández, Fernández y Baptista (2014):

Un planteamiento cualitativo es como “ingresar a un laberinto “. Sabemos dónde comenzamos, pero no dónde habremos de terminar. Entramos con convicción, pero sin un mapa detallado, preciso. Y de algo tenemos certeza: deberemos mantener la mente abierta y estar preparados para improvisar. (p. 356)

En este sendero, las técnicas cualitativas empleadas, son la observación indirecta, específicamente de doctrina, jurisprudencia y legislación tanto nacional como extranjera. Así, es que optamos por el método indirecto, ya que, es el camino necesario para poder conocer a través de las preguntas lo que necesitamos conocer en nuestra investigación.

2.9. Procedimientos de la Investigación

La presente investigación, tiene su génesis con la selección del problema a plantearse. En esta primera etapa del procedimiento, nos adentramos a la TGDD, al llamarnos la atención la introducción en las normas

jurídicas de la materia, y sus posibles interpretaciones a raíz de la entrada en vigencia del CCCN.

Ahora bien, superada la conformación inicial de la investigación se procedió a la búsqueda de los antecedentes históricos de la misma, en esta fase del proceso, se indagó con la revisión de los archivos bibliográficos de diversas instituciones, sobre quiénes habían investigado en el pasado en esta línea de investigación, lográndose un escaso número de antecedentes, lo cual, resalta la poca labor investigativa en el tema que cumplimenta con el carácter novedoso y original del mismo.

Tal revisión, no sólo consistió en textos bibliográficos, como son la doctrina y jurisprudencia especializada, sino también en la legislación de derecho comparado sobre la materia, lo que permitió definir las bases legales de la investigación.

Con posterioridad se realizó una compilación de las teorías sobre el tema, ya sean las que tratan directa o indirectamente el problema y que en consideración nuestra son determinantes para la consecución de los objetivos.

Por último, procederemos a exponer sucintamente las conclusiones de la presente investigación.

Asimismo, decidimos desarrollar el presente trabajo investigativo de manera gradual, es decir, proponiéndonos como meta arribar mediante diversos escalones de conocimiento a las conclusiones de nuestra tesis. De esta forma, se hizo necesario en un primer momento del desarrollo, abordar las bases filosóficas sobre las que se sustenta el tema a investigar, para así, pasar a analizar las diversas causas del cambio de paradigma propuesto.

De esta manera, nos adentramos a un nuevo tablero de juego jurídico, en el cual, iremos constatando las deficiencias de los institutos tradicionales. Para así, a la postre, arribar a nuestras conclusiones y propuestas de la investigación.

En todo este desarrollo, no debemos partir del significado abstracto de las normas para determinar su ámbito de aplicación –al estilo kelseniano- sino que, por el contrario, es desde la perspectiva del caso concreto desde donde se cuestiona la norma o se busca la regla en cuestión. Estas operaciones que en el pasado se entendían como meramente prácticas, es decir, sin relevancia teórica, hoy se reconocen centrales para el conocimiento mismo de la regla a

seguir. (Viola, 2005, pp. 929 y 930).

2.10. Metodología y subjetividad

Otros de los aspectos neurálgicos a la hora de hablar de metodología del derecho en la modernidad, debería ser, no ya las posiciones escépticas de una corriente sobre otra en torno a lo que cada una incluye o excluye del ámbito válido de razonamiento jurídico, sino que, la preocupación metodológica ya se acerca más a una cuestión personal que normativa.

Es decir, en otras palabras, la clave metodológica- jurídica, no se refiere al escepticismo que se tenga frente a una norma o hecho determinado, sino más bien sobre la persona que opera con tales fenómenos.

Esta línea se mantiene presente en nuestra investigación, en la cual se mantiene latente la idoneidad en la ética y la técnica profesional de los operadores de la justicia. En este sentido es dable resaltar que, pueden existir loables teorías acordes a necesidades actuales, más si los operadores no la aplican del modo que corresponde, la finalidad de cada teoría, se verá desvanecida en sí misma. (Salas, 2007, p. 137 y 138).

En razón de todo lo expuesto, hemos desandado los aspectos metodológicos desde cuales enfocamos la presente investigación. Pasando a continuación a desarrollar los aspectos filosóficos basales sobre los que se asienta nuestra tesis.

Capítulo III

ASPECTOS FILOSÓFICOS SOBRE EL INTERÉS

“Querer sin interés alguno es querer sin motivo, es decir, es un efecto sin causa”
(Schopenhauer, 2002, p. 192).

3.1. La noción del interés desde las concepciones jusfilosóficas de Ihering y Kelsen. Hacia una comprensión de la teoría del daño injusto en el CCCN

3.1.1. Introducción

De lo advertido anteriormente, se desprende que transitamos un evidente replanteo en el derecho de daños. Es por ello que nos situamos frente a la necesidad de encontrar nuevas respuestas a los interrogantes que florecen en la modernidad. En consecuencia, el vigente CCCN -en materia de Daños- recepta una locución que, si bien no es nueva, se ve robustecida en los tiempos que corren: El Interés.

En el presente capítulo analizaremos y constataremos cómo se evidencia la transversalidad del término, así como se vislumbra su relevancia a lo largo de todo el CCCN.

En este sentido, consideramos que cada término del lenguaje tiene su tiempo al que es bueno remitirlo para entenderlo mejor. Es por ello que nos remitiremos a la etimología, nociones y conceptos del mismo. Ello, resultaría inacabado sin abordar las principales concepciones jusfilosóficas que consideramos de mayor asidero en el tema, las cuales se reflejan plasmadas en dos posiciones -a priori- de apariencias diametralmente opuestas, sin perjuicio de que -a posteriori- observemos que comparten más de un elemento de relevancia significativo en común.

Dicho contraste de posturas servirá para entender cuál es el sustrato que ha encontrado mayor acercamiento a la letra del legislador del CCCN. Cabe advertir, por ello, que lo expuesto en el presente título, no expresa una identidad con lo legislado, sino más bien, una identificación con su punto de partida. Bajo la lógica del presente andamiaje, pretendemos dar un resumido trayecto sobre

las concepciones de los jusfilósofos; Kelsen y Ihering en torno a la noción del interés.

El primero de ellos se erige como exponente del positivismo normativo, en el cual se consolida como un férreo defensor del monismo y de la lógica formal. En este aspecto, analiza la estructura de la norma jurídica entendida como una proposición hipotética, la cual considera hermética al mundo axiológico. De allí podemos afirmar, que este autor sitúa la norma jurídica en el ámbito del deber ser -lugar en el cual coloca al derecho-, en contraposición al mundo del ser.

Como antípoda, se alza la concepción del jurista alemán Rudolf Von Ihering, en el cual podemos reconocer dos etapas de su pensamiento; uno perteneciente a la jurisprudencia de conceptos -difundiendo la técnica del derecho alemán en base a las instituciones jurídicas del derecho romano-, y una segunda etapa en la que se enrola en la jurisprudencia de principios, en los cuales critica los conceptos teóricos de la misma, en el sentido de que nada aportan para resolver problemas fácticos, enlazando el derecho a la realidad social, es decir, asimilando la realización del derecho como función del mismo.

En este sentido, en el presente Capítulo desarrollaremos brevemente los pensamientos de cada uno de ellos en lo atinente a los derechos subjetivos y a su concepción, a través del área que nos interesa: el Derecho Privado. En este sendero, colocaremos mayor énfasis a la teoría del interés de Ihering, aproximándonos de esta manera a la antesala de las bases iusfilosóficas planteadas dado que, pese al largo tiempo acontecido desde su génesis, podremos constatar su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

En razón de ello, tendremos como finalidad hacer uso de estas teorías explicitadas, para así reelaborarlas y reinterpretarlas, en miras a la búsqueda de nuevas respuestas del derecho moderno.

3.1.2. Problemática: derechos subjetivos e intereses simples

Una respuesta urgente impera en nuestro sistema de derecho de daños actual, frente a la siguiente pregunta: ¿Qué postura adoptar al momento de valorar los intereses lesionados como presupuesto del resarcimiento?

Ante todo, cabe advertir, que la respuesta a dicha pregunta conllevará un análisis pormenorizado y exhaustivo, que emprenderemos a lo largo de la presente tesis. No obstante, consideramos oportuno expresar -a modo de

síntesis- que la pregunta impulsa al análisis y desarrollo de cuestiones estructurales, como ya hemos desarrollado en el capítulo anterior.

En tal sentido, como enseña Alpa (2016) la respuesta a la pregunta resaltada se asentará en la elección de cada ordenamiento jurídico en torno a un sistema típico, atípico o mixto (p. 458). En este sentido, no deja de resultarnos un desafío, que a lo largo de la historia diversos autores hayan debatido acerca del alcance dimensional que debe ocupar el derecho.

Asimismo, siguiendo a Zannoni (1995) tenemos dos posturas: la primera es una tesis interpretativa clásica, en la que debe tratarse de un interés jurídico legítimamente protegido. Por otro lado, se focaliza una tesis amplia, en la cual puede tratarse, igualmente, de otros intereses que existen en la esfera propia que no sean contenido de un derecho subjetivo por carecer de medios de protección legítimos para asegurar su satisfacción (pp. 104 y 105).

Ellos, no se tratan de intereses repugnantes al derecho, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible, a estos se los denomina intereses simples, en contraposición a los intereses legítimos jurídicamente protegidos. Frente a esta situación, intentaremos buscar en alguna de las siguientes posturas jusfilosóficas el sustento para dar inicio a las discusiones del derecho de daños moderno.

3.1.3. El derecho subjetivo: nociones previas

A modo introductorio, es dable resaltar, -sin perjuicio de las extensas divergencias doctrinarias que no pretendemos ahondar bajo el presente título-, la usual distinción dada en las ciencias jurídicas, entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Por aquel, se entiende al derecho en cuanto norma; por este; al derecho en cuanto facultad, prerrogativa o poder.

En esta disquisición, en palabras de Laclau (2009), la noción de derecho subjetivo, tal como ha venido entendiéndose en el campo del derecho privado, es de aparición relativamente reciente (p. 9).

Dicho brevemente, a mediados del Siglo XIX la hallamos en los escritos de Savigny -entendido como un poder de la voluntad del individuo-, alcanzando sus clásicas formulaciones -posteriormente- en las obras de Windscheid y Ihering. Asimismo, respecto a tal materialización histórica es preciso recordar en

palabras de Bobbio (2003), que otrora las legislaciones hablaban de deberes, no de derechos (pp. 512-515).

Prosiguiendo con nuestro análisis, con la aparición de la escuela histórica, se ubica al derecho como un objeto perteneciente al mundo de la experiencia, y cuya validez, por consiguiente, ya no era posible de derivar de un sistema normativo ajeno a la misma.

A partir de ese momento, la relación del individuo con el ordenamiento jurídico positivo y los derechos de aquel frente a este, ya no pudieron fundamentarse en principios iusnaturalistas, debido a que como ilustra Verdú (1957) este sistema constituía una amenaza a la seguridad jurídica y a la paz social (p. 149).

Dicha cuestión se planteó acudiendo a la noción de derecho subjetivo. Es necesario aclarar en este sentido, que el camino lo abrió Savigny ubicándolo como centro del orden jurídico privado.

En este Capítulo introductorio, consideramos pertinente esbozar una de las primeras definiciones del derecho subjetivo, brindada por Hugo Grocio, por parte de la escuela iusnaturalista: entendiendo como Derecho a la cualidad moral que compete a la persona de tener o de hacer algo justamente (Cibils, 1973, p. 100).

3.1.3.1. El derecho subjetivo para Kelsen

En primer lugar, hay que comprender que la objetividad y el carácter positivo es la postura desde la cual parte Kelsen en su desarrollo de la teoría pura. Es decir, pureza metodológica, la cual supone mantenerse aislado de todo elemento extraño al método de una ciencia, cuyo objetivo es el conocimiento del derecho positivo (Cruz Parceró, 1998, p. 27).

En miras a avanzar sobre el tema, es menester resaltar el desarrollo -y respectiva crítica- que Kelsen realiza en su obra Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Kelsen, 1987, p. 621), sobre tres corrientes de los derechos subjetivos que resonaban en la época.

En orden a lo expuesto, una de ellas era la que se pretende llamar clásica; la cual procura descubrir en la voluntad del sujeto el elemento esencial característico de los derechos subjetivos, entendido como poder de voluntad. Como reacción a esta doctrina, se exhibe otra postura que centra el énfasis, ya

no en el sujeto, sino en el objeto, constatando en el derecho un interés jurídicamente protegido.

Asimismo, como última doctrina, se constata la que combina e intenta realizar una síntesis de la voluntad e interés, es decir una teoría mixta. Todas corrientes coincidentes con las sintetizadas por Dabin (1955, p. 70).

Antes de elaborar el concepto de derecho subjetivo, Kelsen realiza una crítica a las tres teorías antedichas sobre el derecho subjetivo, de las cuales -la que nos interesa a los fines de este Capítulo-, es precisamente la teoría del interés de Ihering.

De este modo, la importancia del derecho subjetivo en las obras de Kelsen no fue menor, debido a que, desde su obra los Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, le dedica un abundante desarrollo al tema. A continuación, observaremos cómo fue depurando sus ideas en torno al concepto, hasta llegar al final de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, en la cual se constata su versión más acabada.

Para hacer una síntesis de su pensamiento evolutivo en torno al tema, podemos resumir dos etapas: la primera; precisamente en los Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, en la cual aborda extensamente el tema del derecho subjetivo. En este sentido, comienza criticando a las teorías alemanas, a los calificados exponentes de la tradición pandectista alemana; entre ellos, Ihering y Windscheid.

Bajo esta lógica, Kelsen intenta superar las teorías de los alemanes mencionados, para colocar la mira en un nuevo horizonte que era el derecho público, ya que todos los desarrollos previos se habían realizado en el ámbito del derecho privado.

Con el paso del tiempo, en la segunda etapa, Kelsen continuó tratando el tema de los derechos subjetivos en sus siguientes obras, hasta culminar en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. De esta manera, brindó distintos significados de la expresión derecho subjetivo, sin perjuicio de que lo hiciera con renovada fundamentación.

Ahora bien, para Kelsen, las teorías anteriores insisten en ver al derecho subjetivo como algo diferente al derecho objetivo, como algo material extrajurídico que el ordenamiento jurídico protege. En esta línea, el mentado

autor sostiene que se trata de un error fundamental, pues, como tantas veces ha dejado dicho, el objeto de la ciencia del derecho es un objeto formal.

Por ende, el derecho objetivo es pura forma jurídica, pero también lo es el derecho subjetivo. Siguiendo esta lógica, el derecho es la protección y no lo protegido (Kelsen, 1987, p. 539). Por tal motivo, esa forma jurídica de protección no es otra que la norma, y, en consecuencia, no existe -para el jurista- nada susceptible de ser analizado como contenido.

Al mismo tiempo, adiciona la idea de que la pretensión de algunos juristas de distinguir el derecho subjetivo del objetivo es una muestra clara de un punto de vista iusnaturalista que concibe a los derechos subjetivos como algo previo al ordenamiento jurídico, ya sea un fin, un interés o una voluntad (Kelsen, 1879, p. 70).

Así, desde la perspectiva kelseniana, la norma jurídica se convierte en derecho subjetivo no porque se proteja un interés o un fin o la voluntad de un individuo, sino porque los deberes estatuidos -el del súbdito y el del Estado de imponer una sanción- se hacen depender de una manifestación de una persona, con independencia de su interés, fin o voluntad.

En otras palabras, el derecho subjetivo es para Kelsen (1987), “la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama” (p. 545).

En referencia a dicho concepto, Kelsen refiere a que esa voluntad se materializa en forma de querrela o acción procesal, correspondiente al lesionado en sus intereses por comportamiento antijurídico del obligado. Es decir, que entiende “al derecho subjetivo como posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción” (Kelsen, 1949, p. 83).

En este sentido, queda evidenciado el extremo normativismo kelseniano -haciendo uso de sus propias palabras-, al señalar: “el concepto de derecho subjetivo es un concepto jurídico, y como tal, necesariamente debe relacionarse con la norma jurídica” (Kelsen, 1949, p. 85).

En esta línea, cuando se afirma que alguien posee un derecho subjetivo, se presupone la existencia -es decir la validez- de una norma jurídica que lo crea. Es decir, sin norma jurídica, pues, no se puede hablar de derechos subjetivos: ni existen, ni dejan de existir (Kelsen, 1949, p. 81). Todo esto, contrariamente al

planteamiento iusnaturalista que concibe los derechos y los deberes como algo independiente del ordenamiento jurídico.

Por este sendero, Kelsen enjuicia a la teoría del interés, la cual se encarga de definir los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos. En suma, desde este punto de vista, se entiende que el derecho subjetivo es algo diferente al derecho objetivo, -en concreto- un interés.

Lo antedicho, sin embargo, sólo es posible incurriendo en una contradicción, pues, dice Kelsen (2011), no cabe subsumir entonces bajo un mismo concepto superior tanto al derecho objetivo como al derecho subjetivo (p. 177).

De esta forma, si el derecho objetivo es norma, entonces el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido, sino la protección del interés, y en concreto, la obligación jurídica de no lesionar ese interés. En efecto, la antedicha obligación, existe en la medida en que la conducta consistente en la lesión de ese interés se convierte en condición para que una sanción deba ser (Kelsen, 2011, p. 178).

De esta manera, lo que resulta evidente para Kelsen (1987), es que existen derechos subjetivos sin intereses de por medio protegidos por el derecho y, por supuesto, intereses protegidos por el derecho sin derechos subjetivos, lo que Ihering denominó efectos reflejos (p. 502).

En un principio, Ihering sostiene que, frente a los efectos reflejos, los derechos subjetivos se caracterizan por incorporar una acción privada. No obstante, este punto de vista se modifica desde el momento en que admite también la existencia de derechos subjetivos sin acción privada, es decir, -en concreto-, los derechos subjetivos públicos.

Por consiguiente, Ihering reconoce la diferencia entre los derechos subjetivos y los efectos jurídicos en la posibilidad de transgredir individualmente los primeros, pero no así los segundos.

Dicha cuestión, es difícilmente comprensible -afirma Kelsen- pues, o bien nos está queriendo decir que podemos saber cuándo estamos ante un derecho subjetivo porque cabe una transgresión individual de dicho derecho subjetivo - cayendo en una petición de principio inadmisibile-, o bien nos quiere decir que sabemos cuándo estamos ante un derecho subjetivo porque en este caso es transgredido un interés individual, volviendo así a la cuestión psicológica de la

que partimos, esto es, a considerar que sólo existirá el derecho subjetivo cuando exista un interés individual (Kelsen, 1987, p. 504).

En definitiva, sostiene Kelsen, que el concepto de interés es absolutamente inútil para la elaboración del concepto de derecho subjetivo. En esta perspectiva, eliminado este elemento material queda lo que Ihering llama el elemento formal, esto es, el elemento que es protegido -como se verá más adelante-, la situación protegida o el estado de protección.

Pero esto no es sino, dice Kelsen, el reflejo material de la protección que el derecho objetivo establece. Por ende, es esta protección, y no aquel estado protegido el auténtico elemento formal -que no es otro que el deber jurídico-. En consecuencia, es un concepto al que no se presta ninguna atención (Kelsen, 1987, p. 507).

Todo lo dicho, no significa que para Kelsen no existan el interés o la voluntad, pero sí que tales cuestiones no pertenecen al concepto de derecho subjetivo, cuestión que referiremos luego.

En este sentido, lo único que pertenece al concepto de derecho subjetivo es la norma jurídica subjetivizada. De esta manera, destruye el dualismo; derecho objetivo-derecho subjetivo. En conclusión, el derecho subjetivo existe por y en la norma jurídica, entendida ésta como técnica especial de la que se sirve.

De todo lo expuesto por dicho jurista, es dable entrever en su teoría cómo el monismo metodológico combate los dualismos, al expresar que estos contaminan las ciencias jurídicas. De esta manera, en donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. De esta forma, los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo, ergo; el derecho objetivo y los derechos subjetivos existen concomitantemente (Kelsen, 1949, p. 81). En este sentido, consagra y explicita que ese derecho único es obviamente el derecho positivo, del cual dimanar -y al cual se reconducen- todas las nociones jurídicas, incluida la de derecho subjetivo.

A raíz de todas las ideas expuestas, para dar cuenta de la visión kelseniana, siguiendo a Cracogna (2002), se considera que el derecho subjetivo no es una noción material o de contenido -como afirma la teoría tradicional-, sino que es una noción formal, rigurosamente técnica. Por consiguiente, se abandonan las posturas que postulan al derecho subjetivo como noción

transformadora de la realidad jurídica o como estandarte para luchas de mudanza social. (pp. 41-43).

En lugar de ellas, corresponde aceptar su reducción al campo de la teoría del derecho. En este escenario, se logra constatar que el derecho subjetivo surge del derecho objetivo. Es decir, como todos los demás conceptos jurídicos fundamentales, es reconducible a la norma jurídica.

De lo expuesto anteriormente se desprende que el derecho subjetivo es una noción correlativa de la de deber jurídico, siendo ésta la que tiene procedencia teórica sobre aquella. De igual forma, podemos afirmar el hecho de que el derecho subjetivo como todo concepto jurídico fundamental, es reconducible a la norma jurídica. Por todo lo antedicho, Kelsen indica, que el correlato deber y derecho, y viceversa, deja afuera la posibilidad de derechos sobre la propia conducta (Cracogna, 2002, pp. 41-43).

De todo lo expuesto -y como una primera aproximación a nuestra visión-, coincidimos en un primer momento con lo expuesto por Ross (2011) quien, refiriéndose a la teoría kelseniana, deja en claro que la ciencia del derecho es una doctrina normativa específica y no es conocimiento de la realidad ni del derecho natural (p. 95).

3.1.3.2. El derecho subjetivo para Ihering: desde la teoría del interés

En razón de lo expuesto, partiendo de las críticas expuestas por Kelsen sobre la teoría del interés de Ihering, pretendemos sumergirnos al presente título con una contundente frase: “El derecho existe para asegurar al hombre el logro de los bienes que persigue. Es, por ende, la nota distintiva de la concepción de los derechos subjetivos, el interés unido al fin” (Yungano, 1975, pp. 637-647).

Como claramente expusiera Legaz y Lacambra (1961) al sostener que:
El derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es, a su vez, una de las formas de la vida humana; sin el derecho la vida social sería impensable como es impensable el derecho fuera de la vida social. (p. 281)

En este sentido, Ihering (1946) –apartándose de Kelsen- considera que los derechos no existen para realizar la idea de una voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar intereses de la vida, ayudando a sus necesidades y

realizando sus fines. De esta manera, se puede entender que en última instancia, la misión del derecho radica en garantizar esa utilidad (p. 181).

Es decir, la sustancia está dada en la utilidad. Es por ello por lo que consideramos que las ideas expresadas aúnan de manera precisa una breve introducción a las ideas de Ihering.

El mentado autor, partirá afirmando que el derecho tiene dos elementos: el primero de ellos es el elemento sustancial, el cual se colige a la idea de utilidad, en consecuencia, al fin práctico del derecho. El segundo elemento que describe el autor es el elemento formal, el cual se entiende como la protección del derecho, es decir, entendiendo el fin como medio (Ihering, 1946, p. 181).

Al comparar estos elementos, podemos decir que el primero sin el segundo se presenta como un estado fáctico de utilidad y goce que puede ser perturbado o destruido impunemente por cualquiera –también llamado interés fáctico-.

Asimismo, la precariedad de este estado desaparecerá en la medida en que la ley asista a protegerla, en este caso el interés práctico se convierte en un derecho. En suma, los derechos son intereses jurídicamente protegidos.

De esta manera, se puede constatar que el primero de estos elementos del derecho nos pone en contacto con las ideas de utilidad, bien, valor, goce, interés (Ihering, 1946, p. 181).

En razón a lo expuesto, para el mentado autor; los intereses no tienen un valor exclusivamente económico, ya que la fortuna no lo es todo, existiendo otros intereses que deben ser garantizados al hombre, tales como la libertad, honor, personalidad, entre otros. Es decir, también se constatan bienes de naturaleza moral, que tienen un valor mucho más excelso (Ihering, 1946, p. 181).

El segundo elemento expresado por Ihering es la protección jurídica que se le concede a ese contenido del primer elemento. Es por ello, que se le adiciona a la idea de los derechos; que son intereses jurídicamente protegidos, por ende, el derecho es la seguridad jurídica del goce (Ihering, 1946, p. 189). De esta manera, considera que la acción -procesal-, es la verdadera piedra de toque de los derechos privados.

Es por ello que, allí donde no hay lugar para la acción, el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su puesto. De lo dicho se colige, que no existe acción cuando vienen a faltar las únicas condiciones que la

hacen posible. Es decir, la exacta precisión de las personas a las que competen las acciones, el objeto sobre que versa, las condiciones que la rodean, los efectos que pueden entrañar y en los casos de duda, la posibilidad de probar la existencia de todos esos elementos del procedimiento civil (Ihering, 1946 p. 191).

Es por esta cuestión que el juez civil no puede proteger más que intereses que se presentan con apariencias de cuerpos sólidos, y cuando éstos son inasibles, indemostrables o indeterminados su poder concluye. Debido a ello entiende, que todo derecho privado existe para asegurar al hombre alguna ventaja, para venir en socorro de sus necesidades, para salvaguardar sus intereses y ayudar a la realización de los fines de su vida (Ihering, 1946, p. 181).

Siguiendo esta inteligencia, sostiene que no hay derecho sin objeto y sin utilidad; el bien y el derecho nunca se combaten, entendiendo por bien a toda cosa que nos pueda servir de algo. Entiéndase a lo que considera contenido del derecho. Ahora bien, a esta idea de bien se le deberá sumar la noción de valor y de interés. De este doble aditamento, podemos decir que la primera contiene la medida de la utilidad del bien; mientras que la segunda, expresa el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines (Ihering, 1946 p. 182).

En definitiva, para este autor, el interés se entiende como utilidad-sustancia del derecho-, bien, valor, goce, necesidad humana (Ihering, 1946, p. 180). A partir de estas ideas, cuando tal interés está jurídicamente protegido estamos frente a un derecho subjetivo que recoge o reconoce a ese bien, valor o interés –elemento sustancial– y le confiere tutela jurídica –elemento formal–, dotando a titulares de la facultad o poder jurídico de exigir, a través del ejercicio de acciones procesales o populares.

Sintetizando el desarrollo de lo expuesto por Ihering en lo que respecta a este punto, se vislumbra que las nociones de utilidad y bien se implican mutuamente, entendiendo por la última a toda cosa que posea una utilidad para un sujeto. En tal sentido, se encuentra vinculada con la idea de valor y de interés.

Dentro de esta concepción podemos afirmar que todo derecho es la expresión de un interés reconocido por el legislador como merecedor de protección.

Así es como, los intereses y los derechos son presentados como históricamente paralelos. No obstante, la propia dinámica social determina que los derechos se transformen en la medida en que varíen los intereses de la vida.

Ello pone en evidencia que la correlación entre derechos e intereses nunca es absoluta, sino que siempre aparecen nuevos intereses que reclaman mutaciones en lo que hace a la protección jurídica asegurada por el derecho positivo (Laclau, 2002, p. 28).

En este sentido, cuando se habla del derecho subjetivo se lo supone referido a un sujeto, es decir a un titular, a una especie de prerrogativa asegurada por la ley; es por ello, que deviene el individuo, ser el centro que da el tono a la concepción (Ihering, 1891, p. 365, tomo IV).

De esta manera, sería oportuno aclarar que esos derechos a los que hacíamos referencia no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sino que sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida. Es decir, como dijera Ihering (1891) “para ayudar a sus necesidades y realizar sus fines” (p. 363, tomo IV), igualmente (Ihering, 1946, p. 180).

Partiendo de los supuestos anteriores, para entender la lógica de Ihering, acerca de lo justo, cabe mencionar la siguiente concatenación de ideas: la voluntad se juzga con arreglo al fin que se propone -ergo-, el fin de la voluntad es el que caracteriza al acto como justo o no justo. Como resultado, lo justo es la medida de lo práctico, es decir, de la acción; la verdad es la medida de lo teórico, es decir, de la percepción. En suma, justo es la concordancia de la voluntad con lo que debe ser; verdad la de la concepción con lo que es (Ihering, 1972, p. 211).

Para simplificar lo antedicho; el derecho no expresa la verdad absoluta, su verdad no es más que relativa, y su medida con arreglo a su fin. En relación con lo referido, es que Ihering (1978) aporta algo muy valioso en su obra, sosteniendo así que el derecho no sólo puede, sino que debe ser infinitamente diverso, seguidamente explica que el médico no prescribe el mismo remedio a todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad, caso parecido sucede también con el derecho, el cual no dicta en todas partes las mismas disposiciones, las adapta al estado del pueblo, a su grado de civilización, a las necesidades de la época (p. 211).

Es por ello, que cabría preguntarse siguiendo a Ihering (1891): “¿de qué manera el derecho, abstracción hecha de su contenido, debe organizarse y establecerse, para que su mecanismo simplificado facilite y asegure lo más

ampliamente posible la aplicación de las reglas del derecho a los casos concretos?" (p. 21, tomo III).

A lo que a renglón seguido contempla que la razón natural no encontrará otra respuesta que la necesidad de una redacción clara precisa y detallada en las leyes, pero otra distinta será la contestación que brinde la jurisprudencia, es decir, la práctica en materia de derecho. Ella, no es otra realidad que la que graficaba Ihering sobre el derecho romano cuando se interrogaba: ¿De qué valen las definiciones y distinciones más claras, si en su aplicación a los casos particulares se tropieza con dificultades invencibles? (Ihering, p. 21, tomo III).

3.1.3.3. Kelsen y el *boomerang* del interés

Primeramente, existe una cuestión que ha desembarcado a las críticas de la concepción de derecho subjetivo de Kelsen, la cual se refiere -según Laporta (1987)- al hecho de que, en su teoría, aquel difiere de la idea usual de lo que entendemos por tener un derecho. Diciendo este autor, que el lenguaje de los derechos parece tener una fuerza explicativa-justificatoria propia que se desarrolla en un sentido contrario a la descrita por Kelsen (p. 25).

Asimismo, como entendía Legaz y Lacambra (1953), el verdadero problema no radica en si existe o no derecho subjetivo, sino en cuál es el contenido real de éste y, por consiguiente, hasta qué punto se puede considerar cierta conducta de su titular como ejercicio de derecho, o bien como acto ilícito o abusivo (p. 588).

Asimismo, este autor sostiene que la pureza metódica que exigía la teoría pura del derecho aparecía como ciertamente cautivante, pero también como problemática. Al mismo tiempo, denuncia la ilusión de una total despolitización, reflejando de esta manera, una actitud y posicionamiento de valores (Legaz y Lacambra, 1972, 237-238).

En este punto, como dijera Kelsen (1961), el derecho como ciencia sólo puede describir su objeto sin estar influenciada por el interés político; no puede prescribir nada, no puede servir a otro interés que el de la verdad (p. 41). Todo lo cual, nos conduce -una vez más-, a dilucidar su alejamiento del plano de la realidad social.

Por otro lado, desde la visión sociológica, se recepta la crítica de Pashukanis (1976), quien criticaba a Kelsen en el sentido de considerar al

derecho bajo la perspectiva de su existencia real, concentrando toda su atención sobre el valor formal de las normas (p. 73).

De esta manera, este autor critica a Kelsen en el sentido de no reconocer que las relaciones jurídicas nacen de las relaciones materiales de producción que se dan entre los hombres, y subordinar toda fuente al concepto de norma.

Entre muchas otras críticas que se le han realizado a Kelsen, consideramos oportuno traer a colación una serie de ideas a las que arriba Álvarez Gálvez (2001), las cuales asisten a la idea del presente título.

El autor citado expresa que, no obstante el rechazo de los intereses para la construcción del concepto de derecho subjetivo, Kelsen afirma; que en la Teoría Pura del Derecho del año 1934, existe una facultad, cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad del lesionado en sus intereses. (Kelsen, 1979, p. 78) A lo que se pregunta el autor: ¿a qué intereses refiere? ¿No suponía acaso que el derecho subjetivo, nada tiene que ver con el interés en la teoría Kelsen? (Álvarez Gálvez, 2001, pp. 67-70).

A su vez, en la Teoría General Del Derecho y del Estado sostiene que el orden jurídico confiere generalmente esta posibilidad -el derecho subjetivo- al individuo en quien el legislador presupone cierto interés en la sanción (Kelsen, 1949, p. 82). Es decir, nuevamente cabría preguntarse: ¿a qué interés refiere? ¿Acaso Kelsen no aislaba al interés del concepto de derecho subjetivo?

Por otro lado, en la Teoría Pura del Derecho de 1960 afirma que el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca. Y, a su vez, esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una obligación jurídica de no lesionar ese interés (Kelsen, 1991, p. 146).

Inexorablemente Kelsen en su afán de aislar al derecho de todo otro compartimento, termina por admitir que se presume un interés. Por ende, si se presume un interés, estamos muy cerca de la posición de Ihering -y a un paso de decir-, que el interés que se presume en los individuos -lo posean de hecho o no- pertenece al concepto de derecho subjetivo.

No conforme con ello, es un punto de análisis insoslayable entender que Kelsen se encuentra en un obstinado intento de derrocar las concepciones

iusnaturalistas, llevando su teoría a tal extremo normativo, que ha olvidado la importancia del individuo, lo cual resulta consustancial a la concepción de derecho subjetivo.

A lo que sumamos el hecho de establecer que un estado de cosas debe ser si los individuos lo desean, supone aceptar que los individuos tienen, -en general- interés en que ese estado de cosas sea. Es decir que también podría tenerse por comprendido no solo al interés, sino también a la voluntad -a la cual ha criticado Kelsen- como elemento integrante del concepto de derecho subjetivo. (Álvarez Gálvez, 2001, pp. 69 y 70).

3.1.4. El interés como objeto del daño: su importancia en el CCCN

Sin perjuicio una acabada explicación sistémica y pormenorizada que realizaremos en los Capítulos siguientes, resulta menester referirse a lo que entendemos por interés; tanto a su etimología, noción, y específicamente a lo que se entiende por el mismo en materia de daños. Así como también consideramos oportuno brindar un concepto, para así adecuarlo al nuevo paradigma del derecho de daños.

Con este propósito sostenemos que cada término del lenguaje tiene su tiempo al que es bueno remitirlo para comprenderlo mejor. En este sentido la etimología de la palabra puede ser aquí una ayuda. De esta manera, Carnelutti (1951) refería a la etimología misma del interés como: *id quod inter est*, es decir, relación, interacción, conexión (p. 58).

Por su lado, según la Real Academia Española la noción refiere a un provecho, utilidad, ganancia, en otras palabras: valor de algo. A los fines que nos interesa, es necesario realizar una breve construcción lógica acerca de la noción de interés como objeto del daño, a lo que atinadamente De Cupis (1975) enseña: el objeto del daño se relaciona con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente es siempre un interés humano (p. 107).

Por lo tanto, hablar del objeto del daño, es hablar de un interés, y no un interés desvinculado, sino, como ya hemos referido, dicho intereses se encuentran coligado a un interés humano.

Ahora bien ¿Es esto suficiente para comprender qué es un interés? Consideramos que no, debido a que, para comprender este objeto, es fundamental retrotraerse a la noción de bien, para que de esta manera se

explique posteriormente qué es lo que se entiende por un interés, siendo el primero, presupuesto del segundo.

De esta manera, el concepto de bien puede ser fácticamente determinado, considerando que se identifica con todo lo que puede satisfacer una necesidad. A su vez, la necesidad es una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas por lo que tiende a la propia satisfacción y postula, consiguientemente al bien. Naturalmente, la utilidad propia del bien constituye una utilidad humana, es decir; en cuanto el bien deviene idóneo para satisfacer una necesidad humana (De Cupis, 1975, pp. 109 y 110).

Es por ello, que la palabra interés, proveniente en latín de *interesse*, significa importar. Por dicha razón sostenemos lo manifestado por el filósofo Savater (1992): interés significa “lo que está entre” (interés entre-esta). Es decir, que el interés es lo que está entre las personas (p. 15).

Con cierta reminiscencia a lo que expresáramos con Ihering, Bueres manifiesta (1992) que el daño, en puridad, es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales. Es de esta manera que se constituye el interés en el núcleo de tutela jurídica. En este sentido considera que los derechos subjetivos y los bienes jurídicos en general se regulan o se tutelan en vista de la satisfacción de unos intereses. En suma, cuando se afecta la esfera jurídica del sujeto, lo que se traduce en la afectación del goce de bienes sobre los cuales podrá ejercer una facultad; existirá daño (pp. 241-242).

Por este motivo consideramos al bien como el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad del sujeto mientras que el interés es la posibilidad que tiene el sujeto de satisfacer la necesidad por medio de ese bien.

3.1.4.1. El interés como eje transversal en el CCCN

Con tal solo realizar una ligera lectura sobre el nuevo CCCN, resulta ostensible el cimero protagonismo que denota el término: interés.

En razón de dicha observación, su presencia se constata y emerge de profusas disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Ello, no constituye una excepción en materia del derecho de daños, en donde se manifiestan dentro del CCCN, como por ejemplo los arts. 724°, 725°, 1712°, 1724°, 1737°, entre otros.

En este sentido, el término referido brota del ordenamiento con distintos tonos, pero manteniendo su sustancia siempre del mismo color. Lo cual converge en la consideración de la persona como eje del derecho. Por citar algunos ejemplos: arts. 26°, 36°, 43°, 80°, 103°, 109°, 127°, 159°, 168°, 255°, 336°, 342°, 380°, 386°, 387°, 389°, 439°, 443°, 458°, 471°, 483°, 506°, 522°, 556°, 588°, 590°, 592°, 595°, 604°, 607°, 627°, 639°, 641°, 643°, 645°, 671°, 679°, 701°, 703°, 706°, 721°, como así también otros numerosos artículos que conforman y orbitan en derredor al CCCN.

Por citar algunas de las categorías dentro de los artículos mencionados, siguiendo a Márquez (2015) se materializa la idea de que, si el deudor no cumple con la prestación, el acreedor puede recurrir a los medios que el derecho le concede para obtener la satisfacción de ese interés (p. 370). De esta manera, hace mención especial al interés del acreedor, y la importancia de su noción.

En esta perspectiva, bajo el ejemplo en análisis, la doctrina entiende al interés del acreedor como una necesidad objetivamente valorable de bienes o servicios que la prestación del deudor debe satisfacer y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 145). Erigiéndose de esta forma un eje transversal que mantiene al interés como basamento del ordenamiento.

Dicho eje, no es otra cosa que el reflejo de la consideración primordial de la persona humana. Este código ya no confiere un enfoque estrictamente patrimonialista -tal cual las concepciones de los códigos decimonónicos- sino más bien, reconocen a la persona como núcleo del derecho, en base al reconocimiento de sus intereses. Es por ello por lo que en este moderno ordenamiento jurídico privado se consolida la tutela de la persona y su dignidad humana conforme lo indica el art. 51° del CCCN.

Sobre la base de las ideas expuestas, podemos considerar a la dignidad humana como la piedra angular del CCCN. Según Vigo (2015) la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el humano por ser tal (p. 37).

Por todo lo expuesto, se constata el reconocimiento de intereses dignos de tutela. Es decir, se consolida la idea que iremos abordando a lo largo de la tesis, reconociendo así, mediante la recepción de la teoría del daño injusto, una

amplísima herramienta para soluciones más justas y equitativas. En este sentido expresa Zavala de González (1993) cualquier *interés* de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo (p. 124).

Ante lo expresado, no quisiéramos dejar de resaltar en esta lógica el amplio espectro de posibilidades que surgen dentro de la axiología -por imperio de los arts. 2° y 3° del CCCN-, el cual nos permite dentro del campo hermenéutico la utilización de los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. De esta manera afirmamos que, a partir del art. °3, se contempla el deber de resolver del juez en base a una decisión razonablemente fundada, como veremos detalladamente más adelante en la presente tesis.

3.1.5. Conclusiones

Desde el camino transitado, es palmaria la comprensión de la realidad como aquella que garantiza al texto de la ley o cualquier otra formulación del derecho. En la base de la realidad encontramos al derecho; entendiendo a ella como el único medio seguro para el conocimiento de aquel.

Esto nos conduce a establecer una diferencia conocida en derecho pero que pareciera que queda muchas veces reservada al campo de lo teórico, esto es, la diferencia entre derecho y ley, el primero entendido como todo un sistema, mientras que esta última como una de sus fuentes.

En este sentido, entender el derecho exclusivamente como lo dicho por la ley nos llevaría a la dificultad de enfrentar la multiplicidad de problemáticas que se dan en el derecho privado de daños de la sociedad moderna, en el cual frente a la inflación del sistema urgen soluciones que respondan a la problemática.

Actualmente, la formación de microsistemas legales y de un vasto abanico de fuentes del derecho, constatan la necesidad de reinterpretar las herramientas que existen en el mundo jurídico. En esta línea seguimos la idea de Zavala de González (1993), quien considera que la tutela de intereses en sentido amplio - siempre que sean serios y dignos- objeto de resarcimiento, es una idea de avanzada, encaminada a la resolución de casos justos (p. 124).

Todo ello es parte de una realidad insoslayable, la cual se efectiviza en la dinámica del derecho en su faz activa, la que evidencia cambios exorbitantes, a

una velocidad cada vez mayor -y siempre con un pie por delante- respecto a las reformas legislativas. Todo esto, dejando indefensas a un sin número de situaciones jurídicas de hecho.

De todo lo expuesto, advertimos que la tutela de intereses que debe reconocer un ordenamiento jurídico, no se debe circunscribir estrictamente a un derecho subjetivo absoluto, debido a que ello resulta insuficiente para dar respuestas a los interrogantes que dimanaban de los acelerados cambios sociales. Es por ello, que consideramos que las ideas de interés en Ihering se erigen como una estructura basal primigenia -aunque inacabada para nosotros- a la hora de tomar un punto de partida interpretativo hacia los nuevos desafíos.

A modo de conclusión, Ihering expresaba que el destinatario de todos los derechos es el hombre –entiéndanse en clave amplia y actual como; humano-. Así como el objeto es el mismo para todos los derechos, ya conciernan a las cosas, ya se refieran a las personas. Como expresáramos en el presente Capítulo, todos deben procurarnos un servicio, una utilidad, una ventaja; tanto la libertad como la propiedad, el matrimonio y la obligación... (Ihering, 1946, pp. 181 y 182).

De lo dicho, puede evidenciarse, que resulta coincidente con la idea del legislador del CCCN, ya que coloca al interés y a la protección humana -entendido en un sentido amplio- en un rol protagónico del cuerpo normativo vigente.

Con estas aclaraciones, podemos evidenciar que la teoría de Kelsen contempla al derecho subjetivo desde una perspectiva formal. Es decir, la ciencia del derecho y -todo lo que ella incluya- se entiende estrictamente como pura forma jurídica. Tendencia comúnmente aceptada como anticuada respecto a los tiempos que corren, con relación a lo evidenciado con las nuevas corrientes jusfilosóficas explicitadas en el presente trabajo.

Como bien menciona Bueres (2001):

La cultura jurídica siempre se había fundado en el mandato -o el poder- y la sanción. Es más, en el derecho subjetivo fue acentuado el poder por el positivismo del Siglo XIX, en correspondencia con las ideas liberales individualistas y con las del capitalismo burgués, dirigidas a asentar sobre una estructura jurídica sólida la dominación económica. (p. 511)

Bajo las ideas expuestas, consideramos que ha llegado el momento de *aggiornar* y reconducir ideas tradicionales hacia nuevos cauces, pero siempre con el fin de conducir a resultados más justos que se constaten en la praxis del mundo jurídico.

De lo expuesto, hemos desandado un recorrido iusfilosófico basado en dos autores de notable envergadura, posiciones las cuales, no son susceptibles de descontextualización, ya que ambas doctrinas han sido de una relevancia indiscutible. Asimismo, es dable resaltar la contribución de estos pensadores en la evolución de pensamiento jurídico.

Por un lado, referido a Kelsen, en acercar el derecho a un método puro y científico propio de la necesidad de su época, y en Ihering debido a introducir al sujeto como ente preponderante del derecho y, por ende, de su acercamiento a la realidad social, como ente digno de poseer intereses y necesidades merecedoras de tutela.

Ahora bien, pretendemos demostrar que la obra de Ihering -pese a introducir al interés como un eje conceptualizador del derecho subjetivo- no contempla en completitud la idea que en la presente tesis planteamos. Pese a su apertura sobre el interés por el sentido humano del derecho, no dejan de verse sus ideas en un contexto fuertemente impregnado por el positivismo.

En este sentido, la evolución y la dinámica de los cambios sociales y tecnológicos, como así sus bases filosóficas y jurídicas, nos han llevado a ampliar los sujetos tutelados en el derecho de daño, como demanda de una necesidad social y jurídica actual. Sobre este punto retornaremos y nos explayaremos en el último Capítulo de la presente investigación.

Como dijera Ortega y Gasset (2007): “vivir es algo que se hace hacia adelante, es una actividad que va de este segundo al inmediato futuro” (p. 56), y es por esa razón; por la cual emprendemos desde ese punto de partida un objetivo que tenga por finalidad primera y última a la dignidad humana, encaminada a la solución de diversas hipótesis que surgen de un sistema que erige como particularismo el carácter de la atipicidad de los daños.

Como corolario pretendemos resaltar las palabras de Ciuro Caldani (1992):

Para que haya un régimen de justicia el individuo debe ser protegido contra todas las amenazas orientadas en su contra. El daño que pueden producirle los demás individuos y otras fuerzas (...) debe ser reparado para que esa justicia se haga realidad. Cada día se hace más amplio el reconocimiento de la necesidad de proteger al individuo en todos los frentes; cada día la exigencia de reparación adquiere mayor magnitud. (p. 1066)

En virtud de todo lo expuesto, no será suficiente reincidir en surcos ya zanjados por las escuelas tradicionales respecto al modo de entender el derecho. Para analizar nuevas propuestas es menester modernizar nuestro pensamiento y alinearnos a teorías que, pese a que sus bases no sean totalmente nuevas, puedan aún brindar soluciones en virtud de su reelaboración circunstanciada a las necesidades de la actualidad.

3.2. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: la pretensión de validez en un debate eterno

3.2.1. Introducción

En relación a las concepciones de los juristas que desarrollamos anteriormente, consideramos oportuno a los fines de brindar cierta sistematicidad que complementa lo expuesto, brindar un desarrollo sintético de dos paradigmas del derecho.

Por un lado, el positivismo jurídico como uno de los paradigmas más renombrados y analizados desde su consolidación en los Siglos XIX y XX, y, por el otro, al iusnaturalismo, entendido como una idea de derecho trascendente, que prevalece sobre el inmanente, es decir, sobre eso que podemos llamar lo dado o voluntario, es decir -como lo llamó Villey-, como aquel derecho oculto en la naturaleza de las cosas.

En virtud del presente título, abordaremos las respectivas distinciones y puntos de análisis que consideramos atinados a ambos paradigmas, a la luz de una visión moderada, en procura de establecer el enfoque que consideramos más adecuado para encausar el tema de marras.

En este recorrido, se presenta palmaria la imperante necesidad de brindar respuestas frente a los problemas que se han ido manifestando a lo largo de la

historia del derecho, lo que ha llevado al surgimiento de nuevas corrientes -que realizaron aportes desde la sociología, lógica y axiología-, todas ellas aportando propuestas alternativas a la reconocida dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

No podemos dejar de advertir, en palabras de Atienza y Manero (2009) el hecho de que, cuando desarrollemos las diversas concepciones que los paradigmas de marras arrojan, se hará ostensible el matiz político e ideológico que orbita el sistema, lo que tiene su correlato en que el debate y la contraposición que se enarbola entre las banderas del iusnaturalismo y el positivismo jurídico se corresponde de manera bastante exacta con la contraposición política entre conservadurismo y liberalismo (p. 130).

Como punto de partida -y sin abandonarlo en el camino- tomaremos las enseñanzas de Norberto Bobbio a los fines de hacer nuestras ciertas disquisiciones necesarias entre el derecho positivo y el derecho natural, para así lograr estructurar el desarrollo de la exposición.

Lo antedicho, en virtud de expresar la esperanza de poder continuar incorporando y armonizando ideas que nos conduzcan a una meta superadora del mundo jurídico, lejos de enquistarnos y refugiarnos en debates trancos que hoy día devienen inadmisibles.

Asimismo, no pretendemos entrar en detalles que acarreen discusiones antiquísimas, más sí nos proponemos enfatizar el fin de las corrientes que se dirigen por el mismo sendero, para así luego, situarnos en una base superadora acerca de la interpretación del derecho que consideramos adecuada a la actualidad.

Del camino que recorreremos, proponemos un cuestionamiento en la elección del punto de partida del derecho, para así avizorar soluciones posibles.

3.2.2. El paradigma iusnaturalista

Con el fin de esclarecer ciertas cuestiones semánticas, es preciso aclarar el hecho de encontrarnos con una diversidad de alcances del término iusnaturalismo.

A modo introductorio, siguiendo las enseñanzas de Bobbio (2015), nos advierte que tanto las viejas como las nuevas críticas al derecho natural pueden ser clasificadas en dos grupos; según los que nieguen que el derecho natural es

derecho, y, por otro lado, las que sostienen que el derecho propiamente dicho es natural. En consecuencia, explica este autor, que los juristas se han centrado sobre todo en la primera crítica, mientras que de la segunda de ella se han encargado los filósofos (p. 155).

Otra cuestión que es menester resaltar siguiendo a Vigo (1984), es la distinción relativa a que a lo largo del Siglo XX las diversas escuelas que han cuestionado al iuspositivismo, no lo han hecho -muchas de ellas-, desde los mismos supuestos filosóficos ni con las mismas caracterizaciones del derecho (p. 168 y 169).

En este sentido, continúa expresando el mismo autor, que no cabría agrupar a todas las corrientes antipositivistas como iusnaturalistas, sino como objetivismo jurídico. En lo que sí coinciden todas ellas, es en negar al derecho como aquello que el Estado sanciona como tal, cualquiera sea su contenido.

Es decir, que admiten que el derecho positivo no es el arbitrio absoluto del legislador, sino, que por el contrario su capacidad creadora se encuentra objetivamente condicionada o limitada por normas o derechos inscriptos en la naturaleza humana, datos de la realidad, o por ejemplo criterios axiológicos o estimativos: sobreviniendo en el derecho positivo que violente esas determinaciones: falsedad, ilicitud, injusticias, pérdida de validez o eficacia (Vigo, 1984, p. 168-169).

Por otro lado, Bobbio (2015) entiende al positivismo jurídico como aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, afirmando que no existe otro que el derecho positivo. De esta manera, considera a dichas definiciones como asimétricas (p. 122).

Un punto que cobra notable virtualidad es el hecho de entender que el jurista que niega que el derecho natural tenga el carácter de derecho no se pregunta si existe o no eso que suele llamarse derecho natural, sino que sencillamente impugna en caso de que exista, que sea derecho con el mismo título que el derecho positivo (Bobbio, 2015, p. 156).

Otro de los problemas con el cual nos encontramos al hablar de derecho natural es el ponernos de acuerdo acerca de lo que significa el término naturaleza. Ello, debido a que es uno de los términos más ambiguos que pueden encontrarse en la historia de la filosofía. Asimismo, surge como interrogante

dentro del iusnaturalismo identificar cuáles son los derechos y las instituciones que deben ser consideradas naturales y cuáles no (Bobbio, 2015, p. 160).

Aclarada las cuestiones previas, nos parece atinada la concepción de derecho natural que brinda Amato (2008), quien entiende “la idea de que el derecho no es nunca el hecho puntual que define esta determinada controversia en este momento sobre la base de esta determinada circunstancia, sino que es siempre, aunque a menudo no nos demos cuenta, algo más” (p. 175).

Cabe señalar que cuando comenzamos a reflexionar sobre el iusnaturalismo hace eco una afirmación de Garcia-Huidobro (2000) quien sostuvo que el iusnaturalismo no es una corriente filosófica, sino más bien un elemento que inspira a filosofías de muy diversa índole (p. 108).

En esta diversidad de filosofías a las que resulta inspirar el iusnaturalismo, en materia jurídica expresaba Dworkin (1990): “si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo” (p. 23).

Como ya anticipábamos, la escaramuza histórica entre estos paradigmas es ostensible, es por ello por lo que Smith (1999) sostuvo que Pufendorf es uno de los jusfilósofos que estableció la antítesis entre derecho natural y derecho positivo. Como así también estableció -al igual que Hobbes- al impulso social del hombre, motivado fundamentalmente por el interés.

De esta manera, Smith (1999) respecto a las ideas Pufendorf sobre la antítesis del derecho natural y el derecho positivo, sostiene que el primero es propio y connatural del hombre, anterior al Estado e incluso orientador de toda función legisladora, mientras que el segundo es dispuesto por el Estado, consagrando la mas de las veces, los derechos y deberes ya impuestos por el derecho natural. En este sentido, lo que resalta aquí Smith sobre las ideas de Pufendorf es la primacía lógica y temporal que se le otorga al derecho subjetivo, sobre el objetivo (Smith, 1999, p. 97).

Asimismo, Smith (1999) refiere a Vico, quien establece una visión adelantada para la época -que vale aclarar que incluso se adelantó a la concepción de la escuela histórica-, donde se puede constatar, que según Vico no puede existir una oposición absoluta entre derecho natural y derecho positivo,

ya que, uno y otro, son sólo distintas formas de manifestarse de una misma realidad jurídica (Smith, 1999, p. 100).

En esta lógica, consideramos atinadas las ideas de Vico en este tema, debido a que consideramos que no se queda enquistado en vituperar a una u otra postura -sino más bien-, enseña la posibilidad de partir el análisis en función de una mirada constructiva, contemplando de esta manera, el fenómeno de la realidad jurídica y sus aristas interpretativas.

Por su parte, Goldschmidt (2005) refiere a que la doctrina aristotélica del derecho natural, cual fuera renovada por Santo Tomás de Aquino, no considera como fuente de este derecho a la razón y tampoco la naturaleza humana: la fuente se encuentra en la naturaleza toda, lo que comúnmente denominan, cósmica. No consiste entonces en reglas abstractas, sino en soluciones justas de problemas de reparto de bienes y males (p. 382).

En el devenir de la historia del derecho natural, su funcionalidad ha mutado. En virtud de ello, expresa Cassagne (1971) que sobre las bases del iusnaturalismo actualizado se posibilita el hallazgo de justas soluciones con fundamento jurídico- científico. Consecuentemente, se eliminan del derecho natural aquellos enfoques idealistas y racionalistas, para acercarlo a la realidad, al reconocer que bajo la superficie del fenómeno jurídico anidan elementos de diversa índole, como norma, conducta y valor (p. 9).

En este punto, lo que resulta insoslayable resaltar son dos cuestiones: una de ellas es que el derecho natural no se confiere exclusividad, sino superioridad o preeminencia sobre el derecho positivo. Por otro lado, la existencia del derecho natural como único derecho sólo posible en el estado de naturaleza, pero como un estado hipotético, tal cual enseña Hobbes (Bobbio, 2015, p. 123).

Mas alla de las amplias disquisiciones y los profusos ríos de tinta que han corrido en derredor a estos sistemas de pensamiento, consideramos que a los fines práctico-metodológicos, nos resulta atinada la concepción de Goldschmidt (2005) cuando expresa que “el derecho natural no es la piedra filosofal; es un método de trabajo” (p. 383).

3.2.3. El paradigma positivista

En lo que a continuación referiremos tomaremos como punto de partida una serie de cuestionamientos al positivismo conceptualista, entendido al mismo,

como aquellos que enfatizan la posibilidad de definir el derecho, de individualizar cierto sistema jurídico y de describir su contenido, teniendo únicamente en cuenta propiedades de hecho, sin necesidad de incurrir en consideraciones valorativas sobre la justicia, adecuación axiológica o moralidad de los fenómenos que son objeto de tal definición, identificación o descripción (Nino, 2014, p. 28).

Delineado el camino, nos preguntamos: ¿hasta dónde nos lleva este paradigma? O expresado de otro modo, ¿hacia dónde nos pretende llevar el positivismo jurídico cuando se autoproclama como estandarte de la ciencia del derecho?

En este sendero, ya habiendo desarrollado una de las vertientes más llamativas de la escuela positivista -la que referimos en la primera parte de este Capítulo respecto a Kelsen-, sostiene Serna (2000) que el fracaso del positivismo -en perspectiva epistemológica-, deviene de situar su definición del derecho en el punto de partida de la teoría jurídica, mientras que las respuestas del iusnaturalismo, pretenden otro concepto establecido de modo similar, aunque con un contenido contrario. De esta manera, dicho autor le otorga preponderancia al punto de partida de la teoría jurídica, cuestión la cual, atribuye como causa del fracaso del positivismo (p. 55).

Siguiendo la idea del mencionado autor, no es posible partir de un concepto de derecho, solo es sensato llegar a él. Todo ello, lo conduce a entender, qué es primero en orden cronológico, el preguntarse por qué hay derecho ante qué es lo que es el derecho (Serna, 2000, p. 86). Ello, solo es sensato intentarlo por la vía de la experiencia, donde comparecen nítidamente los datos de la pretensión de justicia y fuerza obligatoria, pero también el carácter cultural e institucional de la vida jurídica (Serna, 2000, p. 85).

En un sentido disímil, expresa Scarpelli (1965), la aproximación científica al derecho no puede ser considerada como un momento lógicamente anterior a una definición del concepto de derecho inherente a una teoría del derecho: para poder hablar de una aproximación científica del derecho y para intentar realizarla, se requiere saber qué cosa es el derecho: la definición del concepto de derecho determina la dirección y el término de la aproximación al mismo (p. 30).

Insistimos con Serna (2000), al referirnos a la importancia de advertir que la regla de la recreación teórica ofrece una imagen de la realidad jurídica que no coincide con la realidad existencial del derecho, con la realidad de la vida, se

establece de esta manera la prevalencia del principio de cientificidad sobre el de realidad. Es decir, el precio que hay que pagar por la pureza, por la cientificidad, es precisamente el distanciamiento relativo entre las disciplinas científicas del derecho y la realidad social en que el derecho se desarrolla (p. 72).

Con una visión superadora, en referencia al punto de partida teórico en la conceptualización del derecho, compartimos lo expresado por Nino (2014) quien expresa que la manera de salir de este callejón sin salida es adoptando sucesivas aproximaciones dialécticas, comenzando con conceptos aproximados, preteóricos, para -a través de ellos- discutir los principios justificatorios, y, establecer qué propiedades son relevantes para una teoría. De esta manera se podrá desembocar en diversos conceptos del sistema jurídico en base a los distintos contextos discursivos que se presenten (p. 38 y 39).

A pesar de lo expresado por diversos autores, Bobbio (2015) nos adentra en la realidad de la cuestión, manifestando que uno de los mayores obstáculos que se interponen en el camino de la filosofía del derecho, es la disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, que se presenta como un conflicto entre dos escuelas enfrentadas permanentemente entre sí, tendientes -cada una de ellas- a la eliminación del adversario (p. 81).

De esta manera, dicha controversia ha justificado el trabajo de los filósofos durante varios Siglos, sin haberse acallado del todo, pese a las voces que cuestionan su relevancia (Nino, 2014, p. 21).

En torno a las cuestiones suscitadas en el debate de los presentes paradigmas, cabe preguntarse acerca del marco en el cual debemos encuadrar al acto constituyente.

Con relación a lo dicho, Amato (2008) expresa que el momento constituyente es de derecho positivo, empero, no solo es positivo, ya que debe encontrar su propio presupuesto en un dato meta-positivo: la capacidad de respetar la estructura relacional del derecho (p. 196). Expuesto de otra manera, como ya lo dijera Leibniz (1951): “los preceptos del derecho eterno, llamado también natural, no son otra cosa que las leyes del Estado óptimo” (p. 195).

En esta lógica, consideramos atinadas las expresiones de Montesano (2009), quien sostiene que hay que reconocer el derecho como una realidad de por sí, siempre inacabada. Como punto de partida, el primer precepto de la ley es que debe hacerse el bien y evitarse el mal (p. 380).

En base a lo expuesto, se fundan los demás preceptos de la ley natural, de modo que todas las cosas que deben hacerse o evitarse corresponden con preceptos de la ley natural, en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos. Es por ello, que la validez de una norma en general se identifica con su verdad práctica, su razonabilidad práctica y la verdad de sus enunciados teóricos (Montesano, 2009, p. 380).

Para comprender mejor las ideas, son oportunas las enseñanzas de Bobbio (2015) respecto a la realidad del tema en su país:

La polémica antipositivista ha tomado dos grandes direcciones en los últimos años en Italia: una dirección iusnaturalista en la cual se contraponen al derecho positivo un derecho superior, que constituye su criterio de valoración. Por otro lado, una dirección realista según la cual el derecho positivo es colocado al lado de un derecho diferente, como es el que emana directamente del comportamiento de los sujetos -derecho espontáneo-. (p. 101)

Entre otros rasgos, dentro del concepto genérico de positivismo jurídico se inmiscuye la tesis de la subsunción respecto a la aplicación misma del derecho, entendiendo por tal a aquella que se materializa en todos los casos como una subsunción libre de valoraciones (Hoerster, 1992, p. 11).

Bajo la referencia antedicha, resalta Bobbio (2015) que el positivismo jurídico está ligado a la consideración de la ley como fuente y a la subestimación del derecho judicial. Con este alcance, considera el mecanicismo de la interpretación judicial y se desconoce poder creador al juez. Es así como, se le reconoce al juez, tan sólo un rol autómatas (Bobbio, 2015, p. 116), cuestión sobre la que regresaremos mas adelante.

Prosigue este mismo autor manifestando que la teoría mecanicista de la interpretación ha sido casi completamente abandonada (Bobbio, 2015, p. 116). En este mismo sentido Carnelutti expresa que “el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial” (Carnelutti, 1953, p. 255).

Es por ello por lo que Bobbio (2015) expresa que cuando el positivista sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho tal como es y no como debe ser, no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren valoraciones personales del legislador, jurista y juez, sino que expresa que esas valoraciones

se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y que sean objetivamente verificables en el sistema de fuentes (p. 119).

Para simplificar, sin perjuicios de las disquisiciones esbozadas por Bobbio, contempla que dentro de esos hechos que el derecho es, se encuentran las valoraciones del legislador, juez y jurista.

En virtud de lo expuesto, arribamos a situarnos en el ámbito hermenéutico, donde enseña Ciuro Caldani (1995) que las teorías tradicionales acerca de la interpretación corresponden en gran medida a las soluciones que se desean obtener. A saber, el campo hermenéutico no es libre, sino que responde a situaciones sociales. Vale decir con ello que cada situación social invita a determinadas soluciones interpretativas, por ende, se da un juego de intereses donde se defiende la posición que más conviene a los que se quiere hacer triunfar (p. 83).

En cuanto a lo que hemos referido en el título respecto al ocaso del positivismo jurídico debemos, a priori, -sin perjuicio de que incurramos en una redundancia-, clarificar que el positivismo -excluyente en la teoría de Alexy- como contrario al iusnaturalismo, no reconoce conexión entre la moral y el derecho (Alexy, 2008, p. 61 y pp. 78-79).

En esta inteligencia, Nino (2003) invita a reflexionar invirtiendo el tablero, expresando que en la mayoría de los casos los filósofos del derecho han limitado su preocupación a proponer modelos acerca de cómo debería estar constituida una genuina ciencia del derecho positivo, sin prestar demasiada atención al grado en que los propósitos y funciones de la actividad que los juristas despliegan de hecho se ajustan a los modelos propuestos o se apartan de ellos (p. 315).

Es en esta línea que, es menester comprender ciertas razones que la historia tiene para cada una de sus etapas, bajo esta lógica, enseña Bobbio (1998), que existen tres momentos que destacan sobre los restantes en el fortalecimiento del positivismo: el dogma de la omnipotencia del legislador, el movimiento a favor de la codificación y la escuela de la exégesis. Por consiguiente, encontramos en estos tres hitos en conjunto el significado del positivismo, ya que hacen referencia a la definición integral del derecho: su creación, su concepción y su interpretación (p. 13).

Cabría preguntarse, ¿cuándo comienza a mermar la fuerza del iuspositivismo como paradigma imperante? Según Bobbio (1998), la Escuela Histórica del Derecho fundada por Savigny fue una de las que preparó al iuspositivismo a través de su crítica radical al Derecho natural (p. 61).

Con posterioridad, -Isern (2005) coincide-, la exégesis fue un punto de partida para la consolidación del positivismo (p. 25), -inclusive este último- subsistiendo ante la declinación de la escuela exegética, para así pasar a debilitar sus bases con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) (Isern, 2005, p. 32).

En atención a lo expuesto, esta autora manifiesta que los jueces comenzaron a partir de esa época a aplicar bajo el ropaje de los derechos humanos, conceptos iusnaturalistas, sociológicos e incluso valorativos a la hora de resolver intrincados problemas de validez y vigencia (Isern, 2005, p. 33).

Siguiendo el lineamiento de Bobbio, lo que habría que tener presente siempre es que el positivismo jurídico nace en una época de gran confianza en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación (Isern, 2005, p. 114). Cuestiones las cuales, hoy devienen obsoletas.

En consonancia con las ideas expuestas deviene oportuno expresar, en palabras de Squiavello y Velluzzi (2005) que:

La explícita incorporación de valores morales al derecho después de la Segunda Guerra Mundial ha producido cambios significativos en el modo de entender el derecho mismo, y, por consiguiente, ha concurrido a provocar un replanteamiento al interior del positivismo jurídico. En particular, esta incorporación ha contribuido de modo decisivo a la apertura de un debate entre los iuspositivistas sobre el dogma de la separabilidad entre derecho y moral y sobre la supuesta neutralidad de la ciencia jurídica. (p. 122)

De esta manera, Serna (2000) enseña que puede afirmarse que hoy casi nadie sostiene ya los dogmas de la plenitud y coherencia del ordenamiento, al menos en un sentido positivista (p. 76).

Es oportuno resaltar que ciertos autores perciben la insuficiencia del iuspositivismo. En este sentido, Spaemann (1980) señala que fundar al derecho positivo en el solo hecho de la fuerza de los que gobiernan, significa negar la

idea misma de obediencia política y transformar la política en una nuda dominación (p. 191).

En virtud de lo expuesto, pese a las subcategorizaciones que han amainado a las vertientes más extremas del positivismo jurídico -v.g. positivistas incluyentes-, se constata en unas y otras un forzamiento a dar respuestas a las necesidades de la modernidad, sin lograr ensamblarse de manera connatural a las mismas.

3.2.4. Hacia la superación: un punto de partida desde la hermenéutica de la discrecionalidad judicial en el CCCN

Esbozadas las anteriores ideas, consideramos pertinente trazar el contorno del terreno en análisis del derecho actual respecto a la función judicial.

De este modo, siguiendo a Vigo (2015) se comprende que el advenimiento del EDC trajo consigo un particularismo relativo a la judicialización del derecho. De esta manera, para saber cuál es el derecho vigente se requiere de la jurisprudencia que valide, corrija y enriquezca al mismo. En otros términos, el derecho ya no está solo contenido en la ley, ni tampoco ésta es fruto de una voluntad general infalible (p. 862).

En consonancia con lo expuesto, la constitucionalización del derecho privado -con mayor precisión aún, de la cultura jurídica-, trajo aparejado un rol judicial central en nuestro CCCN, disponiendo consecuentemente en la mesa de debates al tema de la discrecionalidad judicial.

Ello transita por el mismo sendero que las exigencias de la adopción de una nueva teoría del derecho: el neoconstitucionalismo, sobre las que manifestaremos algunas consideraciones entorno a la misma y las que nos servirán de base para solidificar el análisis de los últimos Capítulos de la tesis.

Un punto de partida respecto al concepto de discrecionalidad judicial, es que en lo tiempos actuales se supone la admisión de que el ordenamiento jurídico, al contrario de lo que constituía una de las afirmaciones capitales del positivismo como teoría, no es un ordenamiento completo o carente de lagunas (Rabi-Baldi Cabanillas, 2000, p. 33).

Es interesante traer a colación las ideas de Villey (1969), quien expone en su crítica al lenguaje de su época -la cual trasciende hasta nuestros tiempos- que se tiende a confundir derecho con ley. (p. 37).

Este autor, expresa que un buen lenguaje debe proceder de esta distinción entre el derecho y la ley escrita observable en la práctica del derecho. Por ende, el derecho no se resume en la regla; su aplicación no es la implementación de un silogismo hipotético deductivo (Villey, 1969, p. 37).

Otra de las reflexiones que nos convocan -referida a la idea de que lo jurídico no se agota en lo legal-, es la que deriva de la flexibilización de las corrientes mundiales en relación con la merma del acérrimo sentido positivista que imperaba décadas atrás.

En este sentido, enseña Vigo (2012):

(...) esa diferenciación fue decisiva en la gestación del nuevo Estado de Derecho Constitucional con posterioridad a la condena de Nuremberg contra los criminales nazis por haber cumplido la "ley" y violado el "derecho". Será la ley fundamental de Bonn del 49 la que consagrará en Europa continental esa crucial y decisiva distinción, dejando atrás la sinonimia proclamada por la revolución francesa y sus códigos. (pp. 63-64)

Es a partir de aquí, que nacen los interrogantes y nos cuestionamos por la completitud del derecho. De esta manera, nos preguntamos acerca de la eficacia de las interpretaciones y la utilización de diversas herramientas que nos permitan, al fin de cuentas, arribar al valor supremo del derecho, el cual no es otro que la Justicia.

En consonancia con el advenimiento de la Escuela Neoconstitucionalista, explica Croxatto (2017) puede explicarse el cambio en el rol de los jueces, y, en consecuencia, se denota un activismo judicial asociado a dicha corriente. Si bien en el positivismo jurídico, la misión del juez -máquina- era, más que interpretar, limitarse a aplicar mecánicamente lo que establecían las leyes positivas sin inmiscuirse moralmente en las decisiones (p. 134). Es decir, el juez no ponderaba, y tampoco argumentaba, se limitaba a subsumir y replicar lo que dice, establece y fija la ley (p. 133).

Asimismo, -explica Nino (2014)- que surge con la pretensión de Montesquieu, reflejada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa y reiterada como trasfondo del proceso de codificación europeo, la idea de que los jueces debían limitarse a ser la boca

por la que hable la ley, sin interponer sus propias opiniones y valoraciones (p. 15).

De lo expuesto, podemos constatar la entrada en crisis de dicha visión positivista, así como, un cambio radical en cuanto a las necesidades que la propia evolución jurídica ha ido presenciando.

En este sentido, la interpretación-argumentación jurídica hace frente a estos nuevos parámetros y métodos de aplicación del derecho que suponen visitar la tensión entre constitución y democracia, entre derechos fundamentales, ponderación judicial -principialismo- y soberanía política del legislador, como así también a la tensión entre moral y derecho. En otras palabras, queda expuesto de manera palmaria la crisis de la ley como instrumento omnipresente del derecho (Croxatto, 2017, p. 133).

En esta línea, coincidimos con Alexy (2010) en que el juez debe actuar sin arbitrariedad, debiendo descansar su decisión en una argumentación racional (p. 58). Todo lo cual, conforme a la ostensible relación que encuentra con lo dispuesto por el CCCN en su art. 3: “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

3.2.5. Conclusiones: Insuficiencias en un campo reiterado. Hacia la búsqueda de la superación

Como anticipábamos, el devenir del estudio del derecho se vistió con un renovado ropaje, lo cual fue surgiendo en la medida que las nuevas necesidades advenían, lo cual fue coincidente con un gradual proceso de reconocimiento del derecho de la dignidad humana sobre la visión patrimonialista por el que el derecho civil tradicional bregaba.

En tal sentido, y coincidente con lo antedicho, Ciuro Caldani (1995) manifiesta que para que haya ciencia, ha de realizarse como meta la verdad, que no es mera erudición, sino conocimiento humanizante (p. 107).

En referencia a lo expresado, el conocimiento humanizante en el derecho, supone apreciar los valores jurídicos. Es por ello, que estos culminan su camino en el valor supremo justicia como exigencia última de la esfera de libertad para la plena realización de cada hombre. (Ciuro Caldani, 1995, p.107)

En virtud de ello, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo apriorista suelen confluír en bloquear los caminos de la investigación, aquel en cuanto

oculta los significados axiológicos del derecho, y, éste último, en la medida que presentan un complejo ya dado, que se remite a una respuesta de tipo más o menos dogmático (Ciuro Caldani, 1995, p.107).

Esto juega en consonancia con el convencimiento de Nino (2014) acerca de que la subsistencia de la controversia entre iusnaturalistas y positivistas a través del tiempo se debe a las confusiones que contaminan esta polémica y que impiden percibir con claridad qué tesis defienden los contrincantes (p. 21).

De esta manera, Hoerster (1992), a pesar de su defensa al positivismo jurídico, reconoce, refiriéndose a la filosofía jurídica alemana, que hace por lo menos cincuenta años que es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico (p. 9).

Por la constatación de este motivo, expresamos que el positivismo jurídico –y, en esto coincidimos con Atienza (2009)- ha agotado su ciclo histórico (pp. 151 y 152). De este modo, confirmándose que la misma, no es la teoría adecuada para dar soluciones y operar dentro de la nueva realidad del derecho.

En suma, más allá de todas las críticas, hay una específica que nos resulta insoslayable, la cual es la referida al alejamiento, en todas sus vertientes del derecho como práctica social, y de enfocarse exclusivamente en un análisis jurídico como sistema.

Por su parte, consideramos de esta manera que el derecho natural se debe tener en cuenta en la actualidad como pórtico de acceso a una investigación arqueológica de argumentos y razones de otros tiempos, a sus permanencias en el pensamiento jurídico y al peso del pasado en la modernidad.

Respecto al iusnaturalismo, Bobbio (2015) desarrolla toda una serie de críticas articuladas, como ser, la falta de eficacia en comparación con el derecho positivo (pp. 126 y 127), la noción equívoca de naturaleza (p. 159), entre otras.

Sin perjuicio de ello, no las realiza con la intención de despojar al derecho natural de su función histórica, ni tampoco suprimir la exigencia que este derecho expresa, la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política en el poder (p. 168).

En suma, lo que desea es hacer constar claramente que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas, ni a su contenido, sino únicamente a su justificación (Bobbio, 2015, p. 168).

De esta manera las leyes positivas son medios para realizar ciertos fines: la obediencia escrupulosa a las leyes es recomendable cuando los fines son buenos, mas es desaconsejable cuando son malos, como se observa en el reconocido y resumido apotegma de Radbruch (1962): la injusticia extrema no es derecho (p. 27).

A modo de cierre y reflexión, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, cabría preguntarse si la dinámica jurídica exige reconocer la dimensión valorativa, así como el acercamiento del derecho y la moral, no sólo en el momento legislativo, sino también en el judicial, en virtud de ello nos preguntamos: ¿pueden seguir manteniéndose las tesis consideradas como el núcleo duro del positivismo? En caso afirmativo, ¿de qué manera sería posible?

Para finalizar, siguiendo las enseñanzas de Nino (2014): la posición no positivista en esta materia -a la que nos adherimos- consiste en sostener que el derecho positivo no puede ser identificado como tal si no se toman en cuenta ciertos valores o principios de justicia (p. 26).

Como corolario; desempolvamos un ensayo de Kelsen (1950) en el cual enjuiciaba a la teoría del derecho natural frente al tribunal de la ciencia, hoy -casi 70 años después-, nos atrevemos a asegurar, que tanto el positivismo jurídico, como el iusnaturalismo; han caído en la condena de la falta de cientificidad.

Desde lo aquí manifestado nos parece que se ha ido configurando una nueva cultura jurídica al hilo de inéditos y desafiantes problemas o tópicos que resultan difícilmente compatibles con tradicionales convicciones iuspositivistas y que, simultáneamente, notamos más fácilmente armonizables -si bien no en su totalidad- con las bases de las tesis clásicas iusnaturalistas.

En efecto, realidades como los derechos humanos fundamentales, el principalísimo jurídico, el excelso rol de la creación judicial, son aristas sustanciales para interpretar el derecho de la modernidad, realidades referidas las cuales, han llegado para ser atendidas, como así también para brindar nuevas soluciones que nos conduzcan al goce de un cimero y excelso valor: La Justicia.

Habiéndonos detenido en el desarrollo de los principales sistemas filosófico-jurídicos, como a sus referencias históricas, procedemos a continuación a exponer y desarrollar los aspectos técnico-jurídicos que nos

servirán de base a los fines de reconstrucción de un sistema de daños modernizado.

Capítulo IV

LA PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO DE DAÑOS DEL ILÍCITO A LA CLÁUSULA GENERAL

“Si me contentara con aplicar una regla justa sin espíritu de justicia y sin inventar cada vez, de alguna manera, la regla y el ejemplo estaría quizás al amparo de la crítica, bajo la protección del derecho, actuaría conforme al derecho objetivo, pero no sería justo”. (Derrida, 2018, p. 40).

4.1. Introducción: la Responsabilidad Civil como reacción al daño injusto.

La crisis del paradigma tradicional: de la deconstrucción del ilícito hacia la distribución del daño injusto

Afirmar que en la actualidad la responsabilidad civil ha incurrido en una metamorfosis, es una realidad indiscutible.

Dicho viraje, tiene su punto de partida en las vastas transformaciones sociales y culturales que se derivaron del desarrollo industrial y tecnológico, lo que tuvo como resultado un ostensible incremento de hechos dañosos. En virtud de ellos, se imponen nuevos interrogantes a la hora utilizar herramientas jurídicas para satisfacer a las víctimas, siendo ellas, el eje central de la nueva concepción de la responsabilidad civil.

Como ya ilustraban Mazeaud y Tunc (1961), en la antesala de la posmodernidad:

A medida que la civilización se desarrolla, las relaciones sociales se tornan cada vez más complejas, el círculo de la actividad jurídica de cada uno de nosotros penetra más hondo en el de sus semejantes. Estamos tan cerca los unos de los otros, que nos resulta imposible obrar sin correr el riesgo de causar un perjuicio a otro. (p. 10)

Es en esta tesitura, es que Mazeaud y Tunc (1961) citando a Sourdat (s.f.) invitan a reflexionar acerca de una sociedad de civilización adelantada, donde se entrecruzan y se encadenan tantos intereses, se establecen tantas relaciones, se forman a diario entre las personas diversas vinculaciones que, el derecho de cada uno, en contacto constante con las empresas de los demás, sufre frecuentes atentados.

De esta manera, agregan dichos autores, que la actividad misma de esas relaciones contribuye a hacerla más peligrosa, al mismo tiempo que los intereses vulnerados, son más susceptibles e irritables.

Es así que, constatamos la crisis -entendida como cambio, no en sentido peyorativo-, desde la misma terminología actual de la responsabilidad. En tal sentido, siguiendo a Vázquez Ferreyra (1993) se propone sustituir la idea de responsabilidad como núcleo del derecho de daños por una teoría de la reparación, cuyo centro no sería el obligado a reparar, sino el daño injustamente sufrido por la víctima (p. 40).

En referencia a lo expresado, conforme expresa Díez Picazo (1999) el derecho de daños se encuentra en un estado indefinido, convergiendo tendencias jurisprudenciales y doctrinales que amplían y otras que restringen el marco de la materia (p. 19).

Siguiendo las ideas Lorenzetti (2003), se puede afirmar que la cuestión hermenéutica debe afrontarse utilizando dos modelos: uno de ellos es la responsabilidad entendida como deuda -que coloca el énfasis en el deudor-, y, por otro lado, la responsabilidad como crédito; en la cual se valora el interés del sujeto acreedor (p. 3).

En orden a este último modelo, se pregona que la base de la responsabilidad consiste fundamentalmente en la imputación de un daño injusto a un sujeto solvente. En consecuencia, se constata una expansión del fenómeno resarcitorio teniendo especialmente en miras la satisfacción de la víctima (p. 3).

Cabe aclarar que, cuando nos referimos a las víctimas -lo que hoy es propio llamar damnificado según la semántica del CCCN-, identificamos tal categoría con la del núcleo central de la nueva concepción de la responsabilidad civil -mas precisamente Derecho de Daños-, sustentada en el cambio ideológico que pondera a la persona sobre la propiedad.

Avanzando en nuestro razonamiento, es menester reflejar las ideas de De Lorenzo (1996), quien sostiene que, el transitar por la sociedad post-industrial, no solo fue causa de profundas transformaciones que repercutieron en el derecho privado, y en el área del derecho de daños en particular, sino que ha específicamente llevado a un replanteo de la visión estática y monolítica del ilícito (p. 45). En suma, se superó la elaboración dogmática tradicional que giraba en derredor del ilícito culposo (p. 13).

En el situado margen de este escenario, se suscitan las diversas mutaciones en la materia. Conllevando ello, un análisis pormenorizado desde diversas aristas que no logran dar respuestas a preguntas -que si bien no modernas- adquieren matices propios de la modernidad.

En virtud de estas ideas, consideramos menester colocar en jaque ciertos dogmas que antaño se consideraron apodícticos de la responsabilidad civil, más precisamente hoy, hablando de derecho de daños y la metamorfosis de un sistema que busca encastrar piezas vencidas, en procura de dotar de mayor ductilidad a un sistema complejo.

En este derrotero, es insoslayable enfocar la mira hacia el daño, el cual se alza como centro de gravedad del sistema, reflejado en una unidad sistemática, conforme se extrae de forma unánime en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bariloche (1989).

Asimismo, Zavala de González (1991) en un denodado recorrido, enseña que, tanto en la visión tradicional del daño como en la visión moderna, el rol que ocupa el mismo dentro de la responsabilidad civil, es esencial. A lo que agrega que, en la visión moderna, su rol se ve magnificado. De esta manera, reconoce al daño no solo como un actor principal, sino como el protagonista de escena de la responsabilidad civil (p. 19).

Es por ello, que esta misma autora, presagia el rol omnicomprensivo e íntegro del daño en la responsabilidad civil al referir su preeminencia en estratos cronológicos diversos, tanto *ex ante* -como es el caso de la prevención hoy contemplada en el CCCN- como *ex post* -reparación del daño ocurrido-.

En tal sentido, Brun (2015) sostiene que el daño, desde cualquier punto de vista, es una constante en la responsabilidad civil, siendo inconcebible esta última sin el concepto del primero (p. 183).

En referencia a lo expuesto, De Lorenzo (1996) recopilando una serie de opiniones de la doctrina italiana, sostiene el formidable desarrollo del daño, tanto en su noción ontológico-jurídica, y de su contenido, como así también de su vinculación con la ilicitud, al punto de excluirla. Sobre esta última cuestión nos adentraremos en profundidad en el Capítulo VI.

Retomando las ideas expuestas sobre el daño, expresa Tucci (1967), que el fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito (p. 263).

Asimismo, se verifica en nuestro ordenamiento, un sinfín de hipótesis de repartición de daño que realiza el legislador, sin que las mismas se puedan incluir en la noción de ilicitud.

En razón de lo expuesto, se constata una multiplicidad de diversos criterios al momento de legislar sobre distintos temas -pretendiendo hacerlo sobre una sola categoría-, como son la responsabilidad por riesgo, garantía, equidad y diversas conductas lícitas, que no son desalentadas por el ordenamiento jurídico (De Lorenzo, 1996, pp. 23 y 24).

En consecuencia, hacemos nuestra la idea del doctrinario, respecto a que, con el advenimiento de responsabilidad objetiva, la antijuridicidad advino como instituto inoperante (De Lorenzo, 1996, pp. 23 y 24).

En concordancia con lo expuesto, Alterini (1987) advierte la existencia de una posición doctrinaria que contempla a los daños resarcibles en base a la presencia de una razón de justicia atributiva del perjuicio, como el riesgo creado o la garantía (p. 14).

De igual manera, expresan Moisset de Espanés y Márquez (2009), que en el devenir histórico de la responsabilidad civil se ha tendido a superponer las nociones de culpabilidad, con la antijuridicidad. Es así que se generó una confusión que ha llevado al obstáculo de soluciones justas (p. 17).

A su vez, esta situación generó a que se produzca una distorsión lógica en procura de buscar justicia, llevando a calificar de ilícitas conductas que no lo eran. Toda vez, que se olvidaba el hecho de que muchas conductas lícitas, y autorizadas, generan también responsabilidad (Moisset de Espanés y Márquez, 2009, p. 17).

En virtud de lo expuesto, es que el daño sufrido pasó a consolidarse como el fundamento de la responsabilidad civil, lo que ha llevado a tal punto que su misma denominación pasó a ser Derecho de Daños.

En este sentido, Calvo Costa (2012) añade dos elementos coyunturales del cambio, entendiendo, que la gran transformación que ha sufrido la responsabilidad civil desde la incorporación de los factores objetivos de atribución, ha provocado que la culpa dejara de ser el único factor de imputación del hecho dañoso (p. 1).

Así también, motivó a que se transitara desde un sistema de tipicidad del hecho ilícito a uno de atipicidad que impera en nuestros días, potenciando el rol

protagónico del daño resarcible, el cual se convierte en su piedra angular, en el eje sobre el que gira todo el sistema resarcitorio (Calvo Costa, 2012, p. 1).

Así también, lo expresa el español Concepción Rodríguez (1999) al referirse a que, toda la problemática relativa a la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño injustamente causado.

Esta idea se ve apuntalada, en la presentación a la obra de Mozos y Soto Coaguila (2006), en donde se inicia el texto estableciendo que: La responsabilidad civil, también denominada por un sector de la doctrina iusprivatista actual como derecho de daños, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho civil patrimonial. De acuerdo con sus postulados, todo daño injusto, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado (p. 9).

Bajo el presente epígrafe, no queremos dejar de resaltar el redireccionamiento de la responsabilidad civil, encaminada a la finalidad misma de reaccionar a un daño injusto, ya sea en su faz resarcitoria o preventiva, según criterios de atribución que determine el sistema normativo, lográndose de esta manera, una noción de responsabilidad unitaria vlida para la *fattispecies* subjetivas y objetivas, centrándose en el análisis soábre el daño a transferir antes que sobre un comportamiento eventualmente ilícito (De Lorenzo, 1996, p. 15).

Dicha idea, corresponde con lo expresado por López Olaciregui (1978) quien sostiene que “la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino la del acto dañoso, o -si se quiere-, la teoría del daño civil (p. 94).

Es así que, como sostiene Zavala de González (2015), se coloca el acento en la obligación compensadora que equilibra el daño injusto sufrido por la víctima, más que en la reprobación de una conducta antijuridica (p. 30).

Toda esta tendencia, tiene un trasfondo mayor cuando leemos lo que expresa Larenz (1985) respecto a un análisis sobre la concepción de Stammler, sosteniendo que este último ha contemplado en su pensamiento, al hombre que ha aprendido a concebirse a sí mismo como ser capaz de tener su propio juicio y decidir por sí mismo sus actos, y que solo está dispuesto a aceptar como regla obligatoria de conducta aquella que puede considerar justa por lo menos en sus líneas básicas (p. 22).

Lo expuesto, nos sitúa en la reflexión del campo ético- filosófico, en la medida que en cuanto más conocemos los avatares con sus respectivas

particularidades, no podemos dejar de entrever las situaciones de poder, como sus intereses, que han jugado un papel relevante en una regulación, complejizando aún más la pregunta sobre el por qué tal regulación ha de ser obligatoria.

En virtud de lo expuesto, es que compartimos las palabras de Alpa (2016) al referirse a que, si bien la aplicación de la cláusula general de la injusticia del daño ha conllevado una realidad incierta en el derecho italiano, por su misma naturaleza, puede que se vea justificada la aplicación de ella a los nuevos postulados de la vida civil, de la economía y de las necesidades sociales (p. 1311).

Es decir, siguiendo y readecuando la concepción Stammleriana de que las personas encuentren justificadas la regla obligatoria en base a la justicia, no al simple hecho de ser ley, se constituye en una necesidad imperiosa de la sociedad moderna.

Desandado brevemente el panorama actual del Derecho de Daños, afirmamos siguiendo las enseñanzas de De Lorenzo (1996) de que la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil coloca el énfasis ya no en la estructura del acto ilícito, sino en la estructura del evento lesivo (pp. 14 y 15).

En consecuencia, no queremos dejar de resaltar en el presente Capítulo, el redireccionamiento de la responsabilidad civil, encaminada a la finalidad misma de reaccionar a un daño injusto. En la cual, ante la imposibilidad de supresión del daño, el problema se presenta como una transferencia de la víctima al responsable (De Cupis, 1975, p. 579).

En consecuencia, el fenómeno del daño se deriva de una comparación valorativa de las posiciones recíprocas de las partes en el conflicto. Es así, que el problema de la ilicitud se emplaza siempre un problema mayor; el conflicto de derechos o intereses (De Lorenzo, 2000, p. 979).

En este sentido, según la doctrina, se entiende por la expresión injusticia del daño a la que constituye una cláusula general, por cuanto la elección del legislador implica remitir a los jueces la valoración y la selección de cuáles serán los intereses que merezcan tutela (Visintini, 1999, p. 9, tomo II).

Es por todo ello que, la doctrina del daño injusto se instituye como una válvula que modera la rigidez del ordenamiento, permitiendo al intérprete elasticidad en su apreciación. Todo ello, sobre la base de la atipicidad -como

veremos más detalladamente en los Capítulos siguientes- cimentado en el vigor de la cláusula general de la *ingiustizia* (Alpa, 2016, p. 456).

Con origen en una larga historia jurisprudencial y doctrinaria italiana, el daño injusto ha ido encausando sus alcances de diversas maneras, considerándose un iter con características históricas relativas (Alpa, 2016, p. 456), como desarrollaremos en específico en el Capítulo VII.

En este sendero, la procedencia del derecho romano ha generado las bases para lo que luego aconteció. Es en tal caso, la figura de la *iniuria*, que en la época de las primeras codificaciones se identificaba con la lesión a los derechos de otro.

En palabras de Visintini (1999), se constituiría en una regla cardinal para toda la sociedad, la manda de actuar con máxima cautela con el fin de evitar violaciones a los derechos ajenos, como así, para tutelar la libertad y la propiedad de los demás (pp. 4 y 5, tomo II).

En este sentido, siguiendo las ideas de Visintini (1999), la cláusula general en materia de responsabilidad civil, se refiere únicamente al área del daño injusto, o con mayor precisión, a la valoración de los intereses dignos de tutela, cuestión la cual, debe ser confiada al juez (p. 17, tomo II).

Es decir, como expresa Alpa (2016), como toda cláusula general, el significado injusticia se puede comprender en base a su aplicación efectiva, por ende, considerando las tendencias y corrientes que emergen de la jurisprudencia. Es decir, que el juez deberá en cada caso concreto establecer el contenido de la injusticia del daño (Salvi, 2001, p. 300) (Visintini, 1999, pp. 16 y 17, tomo II).

Conforme con lo expresado en nuestro ordenamiento jurídico, ilustra Jalil (2017) en referencia al daño injusto, de que lo que se trata de proteger es la lesión a los valores dignos y respetados por toda sociedad que ameritan su resarcimiento ante cualquier menoscabo, aun cuando no se haya contemplado actualmente -o en el futuro-, una norma específica que determine un deber jurídico predeterminados a tales efectos (p. 4).

A lo que suma Zavala de González (2015) que, estos intereses pueden ser simples, sin explícito reconocimiento normativo: basta que sean armoniosos con los valores reconocidos en el sistema (p. 458).

Lo antedicho presupone que, el daño injusto surge de realizar un cotejo del ordenamiento jurídico entendido en su totalidad -comprendiendo tratados internacionales y la Constitución Nacional-, para determinar si existe un interés susceptible de ser afectado en el caso concreto -entiéndase la aplicación efectiva, casuística, referida por Alpa (2016) anteriormente- el cual en la medida que sea merecedora de tutela jurídica, en base a su razonabilidad, debe ser indemnizado (Jalil, 2017, p. 4).

Desde esta atalaya, el daño se presenta como un concepto abierto e indeterminado que emana del reconocimiento de un interés aceptado, cierto, serio y respetable, el cual tendrá lugar como resarcimiento, toda vez que no sea contrario al ordenamiento jurídico apreciado en su totalidad. Todo ello, desde el amparo del art. 3 del CCCN, que exige que las decisiones del juez sean razonablemente juzgadas (Jalil, 2017, p. 26).

En este sentido, entendemos junto a Alessi (1955) que la cláusula general del daño injusto, presupone toda una serie de deberes jurídicos, que el juez como representante de la consciencia jurídica de la colectividad en un momento histórico dado, considere que deben ser admitidos, sustentándolos en la necesidad de una ordenada convivencia social (p. 9).

Sobre tales cimientos, se deberá reconstruir y fortificar la estructura del derecho de daños de los tiempos actuales y con miras al futuro.

4.1.1. De la deconstrucción del ilícito hacia la distribución del daño injusto

Como anticipábamos en el título del Capítulo, siguiendo las palabras del filósofo Derrida (2018) se sostiene que un cuestionamiento deconstructivo comienza por desestabilizar o complicar la oposición entre la ley, la convención, la institución, por una parte, y la naturaleza por otra, junto con todas aquellas oposiciones que estas condicionan, siendo un ejemplo la del derecho positivo y el derecho natural (p. 21). Siendo este el binomio epistemológico que abordamos en la primera parte de la investigación.

En otras palabras, dicho cuestionamiento deconstructivo comienza por desestabilizar, complicar o aludir a las paradojas a propósito de valores, referidos por ejemplo al sujeto, y, por tanto, nosotros sumamos, a la concepción del sujeto responsable. De todo lo que se sigue, un cuestionamiento deconstructivo es de principio a fin un cuestionamiento sobre el derecho y sobre la justicia. Es decir,

un cuestionamiento sobre los fundamentos del derecho, de la moral y de la política (p. 21).

En relación a lo expuesto, Busnelli (2006) nos enseña que no alcanza con unirse al coro de la simple denuncia de una comprobada inadecuación de los viejos diques y anunciar la destrucción, sino que, al mismo tiempo, se debe insistir en la no menos difícil tarea de construir nuevos diques (pp. 19 y 20). Ello, no es otra cosa que la misma teoría deconstructiva derridiana, la cual deconstruye al mismo tiempo que edifica un nuevo arquetipo conceptual.

Partiendo de los supuestos anteriormente desarrollados, sostenemos que nos encontramos a una necesaria revisión de categorías jurídicas, las cuales, tienen una incidencia que supera los márgenes del ámbito jurídico.

Desde esta atalaya, es menester resaltar las ideas de Lipari (2016) quien, sobre tal punto, expresa que la dificultad de la ciencia jurídica radica en recibir y clasificar lo nuevo sin caer para ello en una categorización *a priori*, sobre parámetros ya consolidados (pp. 34 y 35).

Lo antedicho, se explica aún mejor a la hora de abrir nuevos caminos jurídicos. Es decir, el hecho de que una determinada situación no se pueda reconducir a una categoría ya existente, no le quita sustento ontológico.

Es por ello que, sostenemos que la ductilidad de las herramientas del derecho no debe soslayar jamás la finalidad última del derecho: la justicia en su faz dinámica.

Es por todo lo expuesto, que estamos convencidos de una crisis de la responsabilidad civil -insistimos; entendida como cambio-, en la cual se traza un puente desde la concepción del deudor, hacia el énfasis en el crédito de la indemnización, lo que trae consigo -en este lado del puente-, colocar el acento en el derecho de la víctima.

En efecto -en observancia de lo desarrollado en el presente Capítulo-, podemos aseverar que la modernidad del derecho de daños procura la superación del esquema tradicional -de carácter individualista- propio de la tradición decimonónica.

En este sendero, se deberá colocar en tela de juicio -y, por ende, revisar- ciertos postulados clásicos, como así también ciertos principios; otrora apodícticos. Siendo uno de los ellos el presupuesto de la antijuridicidad, la cual consideramos obsoleta en el nuevo tablero de juego.

Por consiguiente, se reconceptualiza el sistema del ilícito a partir ya no de un comportamiento contrario a derecho o a un interés protegido, sino como una lesión justificada por un derecho o interés superior del lesionado sobre el del lesionado en caso concreto.

En consecuencia, dichas ideas, nos llevarán a conceptualizar el daño injusto en derredor del principio del *alterum non laedere*, consolidándose en la herramienta por excelencia a la hora de encontrar resguardo en ciertos intereses merecedores de tutela, dando paso a una mayor flexibilidad del sistema de daños.

Es en este panorama, se asevera lo expuesto con lo expresado por Moisset de Espanés y Márquez (2009) quienes sostienen que, en el momento actual de la humanidad, el sistema de reparación de daños debe ser elástico y amplio (p. 105).

4.1.2. Del principio de que no existe responsabilidad sin culpa hacia la objetivación del derecho de daños

En primer lugar, es menester aclarar que la doctrina tradicional se centró en la elaboración dogmática sobre la base de una idea central, esto es; sancionar el ilícito culposo. Ello trajo aparejado que el rol de la víctima sea superfluo en la determinación del responder (De lorenzo, 1996, p. 13).

Lo expresado, no obedece a orígenes casuales, más bien responde a una cronología histórica. Ya en Francia -país del cual hemos heredado en gran medida nuestra cultura jurídica- fruto de una incesante evolución, se le adjudicó la máxima de que el principio general de la responsabilidad civil se basaba en la noción de culpa (Viney, 2007, p. 34).

En este sentido, en la época que se conoce como el antiguo régimen del derecho francés, con una ostensible amplitud del concepto la culpa, identificada con el hecho ilícito expresaba Domat (1697): “se denominan hechos ilícitos no solamente a aquellos que están prohibidos por las leyes expresas sino todos aquellos que vulneran la igualdad, la honestidad o las buenas costumbres, aun cuando no existiese ley escrita que los expresase, pues todo lo que es contrario a lo antedicho, es contrario a los principios de las leyes divinas y humanas” (Libro II, tit. VII, secc. II, preámbulo).

A partir de esta idea Viney (2007) sostiene que, de dicha voluntad de extraer reglas generales y permanentes inspiradas en la igualdad fue ciertamente el origen de la admisión del principio general de la responsabilidad civil, la cual luego se materializa en el art. 1382 del Código Civil Francés: “todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño obliga a aquel, por cuya culpa éste ocurrió, a repararlo” (p. 35)

En este proceso, la noción de la culpa -normativizada-, posee una fuerte raigambre moralista sobre la que se sedimentará el código civil francés. En efecto, Viney (2007) expresa que esa preocupación de los codificadores, de atar la responsabilidad civil a la responsabilidad moral, tuvo como principal consecuencia: colocar a la noción de culpa en el centro de la responsabilidad civil (p. 40).

Ahora bien, con el advenimiento de la revolución industrial, la consecuente ola de eventos dañosos que traía consigo la industria y el desarrollo de la maquinaria; se comienza a gestar la teoría del riesgo. El fundamento de esta teoría reside en un primer momento en aliviar al obrero que sufría daños, de una insuperable dificultad probatoria (Mazeaud y Tunc, 1961, p. 87).

Por ende, las víctimas de accidentes de trabajo no conseguían nunca la reparación a los perjuicios ocasionados. Como se preguntaba Mazeaud y Tunc (1961): ¿no había algo de injusticia en esta situación? (p. 86, tomo I). Pues, la respuesta es ostensiblemente afirmativa. Por lo cual, en estas situaciones, se pregona la inversión de la carga probatoria (p. 87).

Lo cual, no es otra cosa que una ficción jurídica para paliar injusticias que resultaban efectos del viraje de los cambios sociales, culturales y económicos de la época. En síntesis; la presencia de un derecho eficaz ante nuevas formas de vida y nuevos procesos de interrelación social.

A todo esto, debemos denotar el fundamento que reviste toda esta discusión que se fue dando en torno a la teoría del riesgo, la cual se recepta en la necesidad de mejorar la suerte de la víctima. En efecto, se concreta un viraje axial, respecto a la cosmovisión que se poseía anteriormente respecto a la misma.

En consecuencia, con el advenimiento de la responsabilidad objetiva en el Siglo XIX se comienzan a reparar determinados supuestos, sin exigirse la falta. Por ende, esa reparación no es una sanción, sino en auxilio de la víctima. Es por

ello, que se comienza a vislumbrar la solidaridad en la víctima antes que en el reproche al agente causante del daño.

Todas estas ideas expresadas, se fundamentan en la noción de que quien introduce el peligro debe estar a la buenas y a las malas, máxime si se obtiene réditos de la actividad riesgosa para otros (Zavala de González, 2015, p. 34).

En atención a lo expuesto, se asiste a comprobar que el tratamiento de la responsabilidad civil cambió, enfocándose ahora en la protección de la víctima y la objetivación de la reparación del daño.

En esta lógica, se deriva la interpretación de que los factores objetivos de atribución son atípicos y constituyen la regla para imputar responsabilidad como realidad con predominio cuantitativo en la práctica (Zavala de González, 2015, p. 37).

En tal sentido, Papayannis (2014) sostiene que el cambio de paradigma de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización, supone un cambio en la articulación de los factores atributivos de responsabilidad. Ello conlleva que, al centrarse el paradigma actual en la compensación en la víctima, se debe ir más allá de la calificación que merezca la conducta que causa el daño. Así, se amplían sustancialmente los factores de atribución como son, además de la culpa, el riesgo creado, el beneficio obtenido, la garantía o la equidad (p. 122).

A esta altura, es preciso expresar que, del hecho de que se responda por razones ajenas a la culpa no implica soslayar la necesidad de algún factor de atribución o ideal de justicia para imponer una obligación ante el daño (Zavala de González, 2015, p. 20). Salvo que de materia preventiva se trate, que como es sabido no se exigen factores de atribución conforme al CCCN, tema sobre el cual volveremos más adelante a los fines de analizar sus particularidades.

Transitado el acotado marco histórico, deviene palmaria la llegada del derecho moderno con una particularísima distinción; la persona como centro del ordenamiento jurídico, entendida como la única e irreplicable titular de derechos fundamentales y basamento de los valores en los que se encarnan las constituciones del mundo occidental, las convenciones internacionales, etc. (Alpa, 2017, p. 37).

En consonancia con lo expuesto, encontramos asidero del valor de la persona humana en el art. 51 del CCCN, el cual cubre todo nuestro

ordenamiento, como manto protectorio del ser humano en su más profunda esencia; la dignidad humana.

En consonancia, cabe resaltar el art. 3 de la Constitución Peruana de 1993, la cual dispone, que son derechos de la persona no sólo los contenidos en el ordenamiento jurídico positivo sino todos aquellos que deriven de su propia dignidad. Por ende, en tales casos el juez debe valorar el caso y aplicar los principios generales del derecho (Fernández Sessarego, 1996, p. 881)

Es aquí, donde se evidencia lo que sostuvimos mas arriba sobre aquello que alguna vez dijera Ihering acerca de que el derecho es una idea práctica de justicia (Ihering, 1966, p. 49).

Lo antedicho, se corresponde con lo que ya afirmado, partiendo del hecho de que en los últimos veinte años se ha vivido un proceso de expansión en las fronteras del daño injusto (Visintini, 1987, p. 1), entendiendo que en la modernidad el derecho subjetivo deviene tautológico, como expresa Salvi (2001), toda vez que se habla de derecho lesionado porque se reconoce, en concreto, la injusticia del daño. Empero, es menester entender que, la afirmación de la injusticia se deduce no de la estructura de la situación lesionada, sino de un juicio de intereses involucrados en el acontecimiento dañoso (p. 300).

De lo desarrollado, se constata un cambio paulatino de un sistema de responsabilidad hacia otro, con nuevos escenarios, propios de un derecho privado que sigue la evolución del ordenamiento, de la praxis, del derecho viviente, pero también de los métodos interpretativos (Alpa, 2017, p. 25).

Es así que, entendemos que debe repararse el daño injusto, aún sin algún hecho reprochable del sujeto obligado. En este sentido, se debe aclarar que la culpa no resulta siempre excluida, pero si complementada por otros factores que evidencian la justicia del deber resarcitorio (Zavala de González, 2015, p. 33).

Como expresa Moreno More (2017), si la modernidad se caracteriza por ser reduccionista, simplificar la realidad y tender hacia una abstracción inmutable; la posmodernidad se caracteriza por negar la primera, es decir reconocer una realidad compleja y multifacética, que está en constante cambio (p. 15).

Todo el escenario que se describe, se expone en las ideas de Alpa (2017):

Hoy en día nos hemos adaptado a nuevos ritmos de la vida moderna, a una legislación de urgencia, volátil e imprecisa, a una información (jurídica) transmitida en tiempo real, cambiante y sintética, a una circulación de praxis, modelos y técnicas de dimensión planetaria, a una economía y a tecnologías en continua y rápida transformación, y a menudo nos vemos obligados a encontrar ad horas la solución a nuevos problemas que se suceden a ritmos acelerados. (p. 29)

En todo este sendero, se deberá armonizar y ponderar los valores que tutelen a la persona humana por sobre los valores del mercado. Es decir, la persona con sus valores, no puede sucumbir ante el lucro. Este, es el fin del derecho, imaginado para la persona (Alpa, 2017, p. 18).

En este sentido, consideramos que es menester dar acceso a los códigos que legislen mediante principios, ya que, ante un escenario tan cambiante en la actualidad, unos de los cambios más significativos del derecho privado que se han registrado en los últimos años está referido a sus fuentes (Alpa, 2017, p. 38).

A lo que sumamos, que el rol protagónico de las mismas se sitúa en los principios y cláusulas generales del ordenamiento jurídico entendido en su totalidad.

En tal sentido, sostiene Andorno (2006) que en la actualidad hablar de cláusulas abiertas representan el instrumento más adecuado para regular una realidad jurídica cada vez más dinámica, por lo que trae como consecuencia una imposibilidad de tipificar previamente las hipótesis (p. 240). Máxime cuando referimos a nuevas materias de incidencia disruptiva, compleja y veloz, sobre las que la legislación nunca lograr acompañarse a tales tiempos. (vg. Derecho de las tecnologías).

Sobre la base de todas las ideas anteriormente expuestas, intentamos realizar una breve introducción respecto al nuevo paradigma del derecho de daños.

Para ello, explicitamos la cimera importancia que ocupan los principios como fuentes en el derecho moderno. Lo que a continuación, desarrollaremos en procura de sentar las bases sobre las que iremos desarrollando la doctrina del daño injusto.

4.2. Los nuevos pilares del ordenamiento jurídico privado

Bajo el presente título, expondremos una serie de pilares que surgen con el advenimiento del CCCN. Realizando disquisiciones acerca de abstracciones categoriales que se reedifican con no solo la renovación legislativa del 2015, sino con su cambio radical de paradigma filosófico- socio- jurídico.

4.2.1. Los principios generales y las cláusulas generales en el derecho de daños actual: la llave a la justicia del caso

Al adentrarnos al estudio del presente título, hacemos extensivas las palabras de Forcellini y Luliani (2013): Reflexionar sobre las cláusulas generales significa, ante todo, reflexionar sobre el concepto del sistema jurídico, sobre su modalidad, la manera de situarse en el tiempo y el espacio, como así también la forma de interactuar con la realidad.

Como punto de partida, realizaremos una advertencia respecto a las dos ideas que manifiesta el título del presente apartado. En este sentido, cierta doctrina considera menester realizar una individualización acerca de los conceptos tratados, toda vez que existe una tendencia a la superposición de un concepto con otro -cláusula general y principio general-, debido a que en numerosas ocasiones subsisten en paralelo.

De dicha advertencia, coligamos lo ilustrado por Veluzzi (2017) quien expresa que es un error buscar la diferenciación de los términos en base a la distinción de uno con otro, sino que habrá que estarse a la perspectiva de la no necesaria superposición entre principios generales y cláusulas generales (p. 100).

En este sendero, debemos entender por cláusula general, a un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por indeterminación, para el cual el significado de dichos términos o sintagmas no es determinable, sino recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, potencialmente concurrentes entre sí (Velluzi, 2017, p. 104).

En otras palabras, siguiendo a Franzoni (2018) la cláusula general es una norma cuya preceptividad depende de la concurrencia de la actividad del legislador y el intérprete, ya que este último se llama para definir el comando. (p. 90).

Retomando las ideas de Veluzzi, sostiene que a diferencia de los principios -que para aquel son normas-, las cláusulas generales son términos o sintagmas, es decir, elementos que componen la norma. Por ende, no son términos que necesariamente se superpongan (Velluzi, 2017, p.105).

En este sentido, encontrar un criterio distintivo parece estéril enseña Velluzi, para ser principios no es necesaria, o no basta la presencia de términos valorativos. Y a su vez, por lo general las cláusulas generales operan dentro de los confines establecidos por los principios (p. 106). Asimismo, las cláusulas generales son términos o sintagmas contenidos en uno o más enunciados normativos, sin que sean enunciados enteros y completos (p. 55). Las cuales se encuentran dotados del carácter de la indeterminación.

En atención a lo expuesto, anticipamos nuestra posición al disentir parcialmente con Veluzzi (2017), en cuanto a considerar con estrictez el carácter normativo de los principios, más comprendemos que, la cláusula general, siendo un fragmento o una disposición normativa de vaguedad -coincidiendo con Gazzoni (2004)-, desde un punto de vista funcional de las mismas, consideramos que ellas señalan un criterio de justicia, que no es dictado por regla alguna, delegando al interprete la función de elaborarla, observando los estándares valorativos existentes en la realidad social (p. 49).

En esto reside, por otra parte, el sentido de una cláusula general que, en su esencia, constituye una delegación al intérprete para que busque valores fuera de los rígidos confines del derecho positivo (Rescigno, 1998, p. 2).

Es por ello, que mediante estas cláusulas que actúan como válvulas se posibilita evitar tensiones demasiado fuertes entre el sistema jurídico y los datos arrojados por la realidad. Lo que incluye una puerta abierta para traer los valores constitucionales conforme manda la reconocida e indiscutible constitucionalización del derecho (Lipari, 1996, p. 413).

Por otro lado, en tensión con lo dispuesto por Veluzzi (2017), se erige la postura de la cláusula general de Libertini. En un trabajo de Chiassoni (2017), analiza estas dos nociones en contraposición.

En miras a tal análisis, expresa Chiassoni (2017) citando a Libertini (2010) que este último entiende por cláusula general a las normas que contienen expresiones indeterminadas, que individualizan situaciones de conflictos entre intereses igualmente tutelados por el ordenamiento y delegan en el juez la

determinación del criterio de atemperación entre tales intereses, que deberá ser aplicado al caso concreto, a continuación de una constatación de la situación concreta de conflicto y de la valoración comparativa de los intereses en juego (Chiassoni, 2017, p. 162).

En este derrotero, es conveniente a los fines prácticos compartir la aclaración de Barcellona (2006), -con el cual coincidimos- respecto a que la cláusula general actúa como una válvula, que se erige como un dispositivo técnico a los que el mismo ordenamiento recurre cuando no está en condiciones de elegir. Por ende, la cláusula general no brinda un criterio de solución, sino más bien, denuncia un abanico de principios en conflicto a los que se debe autointegrar (pp. 25 y 26).

En este sentido, compartimos las ideas de Neme Villareal (2014) en cuanto a que la labor de ponderación se lleve siempre a cabo entre principios y nunca entre cláusulas generales. De ello se deriva, que tales cláusulas, no tengan por función reemplazar, ni agotar el principio, pues esta no es capaz de explicitar todo el sentido, ni todo el contenido, ni toda la fuerza de los derechos - e intereses sumamos- que emanan del principio, y debe sujetarse a las orientaciones del principio sin contrariar su esencia (p. 312).

En consecuencia, las cláusulas generales para su fundamentación dependen de un principio y para su justificación dependen de una aplicación que se adapta a cada caso.

En relación al ámbito de los principios generales, enseña Córdoba (2016) que los mismos constituyen una noción moral correspondiente al estándar de una sociedad, que resulta de su evolución social y jurídica (p. 868).

Asimismo, debemos entender la naturaleza de los mismos desde el plano cultural, a un modo de vida que se determina por costumbre y conocimientos de una población (Córdoba, 2016, p. 868).

De esta manera, se efectiviza por parte del juez, una concretización del contenido de la cláusula general. Es lo que, Castronovo (1979) llamó integración valorativa (p. 105). Esto último que expresa el autor citado, no es un carácter exclusivo de las cláusulas generales, sino que se refiere también a los principios, directivas, estándares, normas generales y conceptos indeterminados (Rodotà, 1987, p. 721).

A la hora de definir a los principios generales, nos encontramos con ciertas dificultades, dada la amplitud de concepciones acerca de los mismos. Como expresaba Diez Picazo (1985), el tema de principios es un tópico sobre el que mucho se habla, pero poco se precisa. Entendiendo, por ellos al pensamiento director de una regulación o de una institución jurídica (p. 14).

Esta observación que realiza el autor citado, encuentra su causa en la delgada frontera que se encuentra entre diversos conceptos. Ello, puede constatarse en el uso de expresiones como cláusula general o principio general, u otros conceptos de textura abierta, como parte de una misma cosa.

Así, en un fallo relativamente reciente de la Corte de *Cassazione* italiana, refiriéndose a la buena fe, en pocos renglones se define en un primer momento como cláusula general, luego como principio general y por último como obligación (*Corte de Cassazione* italiana, Sez. III, Sentencia N° 20.106 de fecha 18-09-09).

Consideramos oportuno aclarar que, en un tema tan vasto como son los principios generales, no consideramos oportuno adentrarnos a un análisis respecto al origen de los mismos. Por el contrario, los abordaremos desde la óptica de la fuente, y en mayor medida en lo que atañe a su punto contemporáneo crucial: su carácter normativo, no normativo o mixto.

Al esbozar las ideas en el presente Capítulo, pretendemos desde el inicio, poner en contraste una idea que De la Fuente (1983) en su derrotero sobre el principio de equidad expresa:

En el estado moderno en virtud de la preeminencia que se reconoce al principio de legalidad sólo por excepción se autoriza que los diferendos se puedan resolver al margen de las normas y principios jurídicos vigentes (...). (p. 722)

De lo citado, es dable subrayar, que cuando se refiere al estado moderno, claramente debemos situarnos en el año en que se escribió lo citado, es decir en la década del ochenta. De la misma, surge con notoriedad una época marcada aún, por la fuente legal, de carácter eminentemente positivo que reinaba por antonomasia en la dogmática jurídica.

Lo traído a colación, no resulta una cuestión antojadiza, por dos fundamentos, el primero es que constituye una fotografía de la cuestión hace pocos años atrás respecto a la concepción del derecho que existía en nuestro

país, como así también, con la finalidad de dar cuenta del copernicano viraje hermenéutico en la concepción del derecho actual, en cuanto a la admisibilidad de los principios generales con un carácter sustancial, como constataremos en el presente Capítulo.

De este modo explicitamos, el motivo por el cual vetustos institutos como la antijuridicidad han devenido en una resquebrajada ilusión de utilidad como demostraremos en los Capítulos venideros de la presente tesis.

Continuando con nuestro análisis, cabe preguntarse: ¿por qué debemos analizar los principios generales? La respuesta es que bajo los mismos se obtiene la orientación de una perspectiva fundamental de la evolución moderna de la responsabilidad civil: la lesión de intereses (Alpa, 2016, p. 283, Tomo I).

Es así, que volviendo a mirada a la década del sesenta, con una fuerte impronta premonitoria, Esser (1961) ilustraba que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios (p. 11).

En virtud de tal perspectiva, es que se reflejan diversas obras doctrinarias que han remarcado el cimero protagonismo de los principios generales del derecho. Por tanto, guarda relación de causa efecto con las funciones de esos principios, que son fundamentales no solo para aplicar, sino también para crear derecho (Rivero y Ramos, 2016, p. 245).

Asimismo, la importancia de los mismos, se refleja en palabras de Saux (1992) cuando expresa que los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar y por el jurista para pensar y fundar, y, para el operador jurídico para actuar (p. 850).

Es en este sentido que, Lorenzetti (2014) refiere a que los principios generales no solo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más debido al desprestigio de la ley, lo cual deriva de la superproducción legislativa, ante el peso abrumador de los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, es en miras a tales motivos que, cada vez más, se emprende una tarea de simplificación en base a principios (p. 136).

Frente a esta situación real, Lorenzetti (1995) sostiene que se tiende a legislar por principios más que por supuestos de hecho (p. 260).

De lo expuesto, las bondades se explicitan aún más, al entender a los principios generales con dos características distinguidas: una de ellas es la pretensión de simplicidad -en cuando a conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico-, la segunda; su alta jerarquía. En consecuencia, Lorenzetti (2014) considera a los principios como un armazón, una arquitectura del ordenamiento jurídico privado (p. 136).

En este sentido, Zambrano (2010) reflexiona acerca de los principios constitucionales y su finalidad esencial:

Si hay algo propio de los principios constitucionales es el recogimiento de conceptos normativos con un alto nivel de abstracción que confluyen todos en el punto ya señalado: la vocación de dispensar un trato personal a los individuos o, lo que es lo mismo, la vocación de tratar a las personas como se debe tratar a las personas. Pero, ¿cómo se las debe tratar? Ahí está el Derecho para decirlo: se debe tratar a las personas como establecen los principios jurídicos superiores o últimos de toda práctica jurídica. ¿Pero qué dicen o establecen estos principios? Sólo rumbos o indicaciones muy abstractas, que en conjunto se resumen en lo mismo: trato adecuado a una persona. (p. 126)

De igual manera, expresa Esser (1961) que:

El juez debe pasear libremente su mirada sobre el campo entero de los valores sociales admitidos en el mundo contemporáneo, en los que se concreta una conciencia cultural apoyada en la tradición, pero sujeta a un proceso de renovación constante, y cuyo precipitado es un ordenamiento social del que la constitución escrita no es más que una expresión parcial. (p. 100)

Lo anteriormente expuesto, es coincidente con la postura que se ve reflejada en el Título Preliminar del CCCN en el art. 2, el cual reza que, en cuanto a la interpretación, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En ese marco general, las ideas pregonadas se ven sustentada en los fundamentos del CCCN cuando expresa que es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejas, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y, a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores (pp. 10 y 11).

En esta misma tesitura, cabe resaltar lo expuesto por Kemelmajer de Carlucci (2015) al momento de brindar las pautas para interpretar el CCCN, en dicho análisis expresa que los principios generales no son meros instrumentos de interpretación, sino que son fuente del derecho que operan como vías del propio razonamiento (p. 9).

Consideramos de suma importancia lo expresado por la autora, debido a que sitúa a los principios generales como un senda o conducto derivado del principio de razonabilidad. En suma, otorgándoles a esta fuente, la vigencia y preponderancia que se desprende del análisis del Título Preliminar.

En tal sentido, lo expresado es consecuente con la idea de que el derecho está sometido a un proceso de materialización creciente, es decir que la decisión de los jueces se adopta teniendo en cuenta criterios de todo tipo y concepciones diferentes que conviven de modo tenso y contradictorio (Lorenzetti, 2014, p 19).

A partir de estas percepciones, es que Alpa (2017) refiere al derecho privado como un área de geometría variables, reflexionando acerca del cambio de terminología que opera con el paso del tiempo, de los nuevos significados que advienen con los mismos, todo lo cual, conlleva una remodelación de los confines, que se amplían o restringen, según el cambio de las fuentes del derecho (p. 72).

Asimismo, sostiene Alpa (2017):

La sucesión de leyes a un ritmo convulsionado aumenta, no obstante, su labilidad en incerteza, y la impresión que se recibe es la de una relación entre derecho y realidad, en la que el derecho persigue a la realidad, pero en el momento mismo en que parece que el derecho logra atraparla y fijarla en sus tablas, la escena ya cambió, porque el legislador intervino para modificarla o porque es la propia realidad la que se rebela ante las reglas y crea las propias. (p. 13)

De lo antedicho, el autor citado enmarca la tarea paciente del jurista, el cual reconduce este mundo a sistema, siendo consciente de la provisoriedad de este último, el cual es útil hasta que nuevos fenómenos requieran una nueva intervención reconstructiva (p. 73).

Es en este sentido, es que el sistema actual abre un amplio campo para el intérprete, que debe reconstruir el derecho del caso, mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, principios y valores (Lorenzetti, 2014, p. 21).

En este mismo sentido, en cuanto al carácter interpretativo de los principios generales refiere, Vigo enseña (1986):

La dilucidación del sentido y alcance de una norma jurídica requiere tener en cuenta los principios jurídicos, son ellos los que posibilitarán una interpretación que responda a los requisitos permanentes de lo justo natural y a las exigencias históricas de lo justo positivo. Hay un hábito bastante generalizado entre los juristas de limitar su mirada hermenéutica a las normas aplicables al caso perdiendo de vista aquellas dimensiones más radicales de lo jurídico; sin esta mirada amplia y profunda que posibilitan los principios corremos el riesgo de quedarnos con el árbol perdiendo de vista el bosque e, incluso, quedarnos sin conocer porqué eso que vemos es un árbol. (p. 865)

Encaminados en específico al ámbito de materia de daños, siguiendo a Franzoni (1999) entendemos que el sistema de la responsabilidad civil está saturado de principios que comúnmente son empleados en las motivaciones de las sentencias, aun cuando no tengan siempre una presencia significativa en las normas (Franzoni, 1999, p. 68).

Sucedo pues que, desde el análisis de los principios como fuente, se cuestiona si los principios generales son los valores del derecho natural, si se encuentran en el derecho positivo o si son producto de la historia (Lorenzetti, 2014, p. 137).

Evidentemente, el rol de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico privado, mediante la constitucionalización del Derecho Civil, ha incorporado un catálogo colosal de principios de diversa índole, los cuales están dotados de normatividad. Es decir, como enseña Lorenzetti (2014), los principios

se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional (p. 137).

En este sentido, es dable entender el rol actual de los principios en el derecho siguiendo a Rodotà (2010), quien sostiene que la ley incorpora a los mismos con una frecuencia abrumadora, siendo a tal punto así, que se tiende a legislar por principios y no por supuestos de hecho (p. 86).

En el mismo sentido expresa Córdoba (2016) que el rol de los principios es ser el fundamento del sistema. En tal sentido, sostenemos con este autor, cómo los principios cumplen el rol que antaño cumplían en el derecho romano, que tendían hacia la fusión de diferentes tradiciones e historias internas (p. 871).

Es así que, atento a las críticas que pudieran realizarnos ante la postura de considerar a los principios generales en el derecho privado, como un mecanismo de apertura en las resoluciones judiciales, consideramos necesario esclarecer la funcionalidad de los principios en distintas materias.

En dicho sendero, contemplamos dos perspectivas, por un lado el derecho penal, donde el bien tutelado guarda una estricta correlación en garantizar la libertad políticamente entendida, y por otro lado, el derecho privado, en el cual la problemática se enmarca en una justa correlación entre varias voluntades e intereses individuales, o dicho en palabras de Del Vecchio (1948) la valoración de la eficacia de una voluntad determinada, respecto de otra, o definir una cierta situación de hecho siempre en las relaciones entre varios sujetos según su verdadera naturaleza (p. 89).

En base a ello, Belenguer (2014) expresa a modo ejemplificativo que, uno de los principios por excelencia de la responsabilidad extracontractual -*el alterum non laedere*- es un principio general del derecho, que se configura como norma primaria -deber jurídico- y recoge una expresión sintética de toda una serie de deberes jurídicos que representan la conciencia social en un momento determinado, y que permitirá declarar la tutela al interés lesionado incluido en él (p. 284).

De esta manera, se incluye toda la tutela de la esfera jurídica de la persona, siempre defendida, sean derechos o intereses. De la misma forma, subyacen en numerosas normas jurídicas, sin perjuicio de que la regla principal en materia de responsabilidad civil extracontractual reside en el art. 1902 del Código Civil Español, consagrándose un sistema atípico de ilicitud, dado que

tutela intereses diversos de aquéllos elevados a la categoría de derechos subjetivos (Belenguer, 2014, p. 284).

Otra forma de contribuir al entendimiento de la cuestión en el ámbito del derecho privado, es el hecho de que particularmente en este sector, se mueven en otro clima metodológico, donde se tiende a eliminar el artificio de la ficción, propio de ordenamientos modernos basados en un sistema abierto, flexible y permeable a la realidad (De Lorenzo, 2007, p. 858).

En este sentido, dicho autor enaltece el rol de los principios generales del derecho y los sistemas de cláusula general. Con tal diseño, recurre a las palabras de Polacco, quien sostenía que los principios y cláusulas generales son órganos respiradores del derecho, que permiten adaptarse a realidades cambiantes que posibilitan evitar tensiones demasiado fuertes entre el sistema jurídico y datos de la realidad (De Lorenzo, 2000, p. 981).

En este marco argumentativo, podemos aseverar que la importancia de los principios generales y las cláusulas generales es ostensible a la hora de regular y aprehender una realidad sometida a un dinamismo creciente, y, por lo tanto, irreductible a una tipificación de hipótesis preestablecidas en el texto de la ley.

De esta manera, siguiendo a de Lorenzo (2007) entendemos que en el derecho privado hay una zona gris entre lo prohibido y permitido, que se resuelve caso por caso, según una valoración específica frente al conflicto de intereses (p. 863). Toda vez que, los principios se erigen como una herramienta de producción normativa.

De lo antedicho, se puede concatenar la funcionalidad del principio como fuente del derecho con la idea de utilidad práctica del derecho. Es decir, como expresa Ciuro Caldani (2000) los principios suelen no ser más que consagraciones sintéticas de las realidades (p. 12).

En este punto del desarrollo, consideramos oportuno el interrogante que plantea Esser (1961) siguiendo a Weinkauff (1952):

¿Han sido realmente necesarias las conmociones de la última guerra y posguerra para que la jurisprudencia se diera cuenta de que los meros conceptos jurídicos y el sistema positivo no están en situación de suministrar ningún criterio de valor aplicable a tareas no conocidas, o no reconocidas hasta ahora? A lo que suma, que ningún

jurisconsulto experimentado ha dejado de ver nunca que la armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto (...) en que surgen las cuestiones de valor decisivas, para las cuales la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica, si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse. (p. 6)

Sin intenciones de agotar el tema, como anticipaba la reflexión citada, habrá que estarse a la importancia de la función judicial y legislativa que se disputan su control y ejecución.

Es en este sentido que Esser (1961), analizando una decisión del Tribunal Supremo Federal de alemán ilustra por qué no debe ser el legislador quien exponga la totalidad de los principios generales (p. 5).

En argumento de ello, sostiene que sería inabarcable la materialización de principios en texto escrito, a los fines de una simple deducción de los mismos a todos los casos especiales (Esser, 1961, p. 6).

Así tampoco es misión del legislador, sentar una norma especial para todos y cada uno de los supuestos concretos que la vida va presentando. Como así tampoco incumbe al legislador, adivinar todas las argucias técnicas que pueden imaginarse para frustrar el propósito de la ley (Esser, 1961, p. 6).

En este aspecto, resulta oportuna la distinción que realiza Zagrebelsky (2011) entre reglas y principios, refiriendo a que aquellas son prevalentemente las normas legislativas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios. Por lo que, distinguir los principios de las reglas jurídicas será el equivalente a distinguir la constitución de la ley (p. 110).

Continúa dicho autor explicando que, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional -constitutivo- del orden jurídico, mientras que las reglas, por más que estén escritas en la constitución no son más que leyes reforzadas que se agotan en sí mismas, es decir, no gozan de la fuerza constitutiva de los principios. (Zagrebelsky, 2011, p. 110).

Asimismo, es menester diferenciar a los principios de aquello que Dworkin (2012) denomina directrices. Así, el autor citado diferencia la idea de principio del de directriz, entiende por el primero, a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se

considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (pp. 72 y 73).

Mientras que, a la directriz la considera como al tipo de estándar que propone un objetivo a ser alcanzado; generalmente que mejora algún rasgo económico, político o social de la comunidad. A modo de ejemplo, disminuir los accidentes de tránsito -directriz-, mientras que una persona no puede beneficiarse de su propia injusticia -un principio- (Dworkin, 2012, pp. 72 y 73).

A esta altura, habrá que detenerse y reflexionar: ¿no se ha pasado de un sistema individualista -propio de la filosofía liberal decimonónica-, el cual, estando inmerso en un sistema legal positivista, colocaba el énfasis -acorde a las necesidades de la época-, en la seguridad jurídica antes que en la verdadera libertad humana?

Haciendo una revisión histórica, el Código de Vélez Sarsfield en Argentina, y el Libro Primero del derogado Código Peruano de 1936, surgen como una prueba de los ideales del Código Napoleónico, en el cual, se resaltaba la tutela del bien jurídico de la propiedad por sobre el bien jurídico de la vida humana. Evidenciándose una desprotección total de esta última.

En estos términos, enseña Fernández Sessarego (2016) que el ser humano es el único mamífero cuyo ser es la libertad, lo que lo hace capaz de sensibilizar o vivenciar valores, abrirse a la espiritualidad, y crear reglas jurídicas. Por tanto, la libertad, es lo que hace al ser humano un ente diferente a todos los demás entes del mundo.

Siguiendo esta lógica, recién en el año 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos es cuando se reconocerá instrumentalmente la calidad estructural del ser humano y la protección como tal (pp. 115 y 116). Considerando este autor a la libertad como el sostén ontológico de la vida (Fernández Sessarego, 2016, p. 119).

En igual sentido, refiriendo Del Vecchio (1948) a un parámetro jerarquizante de lo de los principios generales del derecho, expresa que el que ocupa el primer lugar es aquel que afirma el respeto debido a la libertad, como expresión del valor absoluto de la personalidad humana (p. 90).

Es así que, emerge nítidamente a la par de las exposiciones, el mentado principio transversal del CCCN que refiere a la inviolabilidad de la persona humana, en reconocimiento y respeto a la dignidad de las misma.

En este sentido, será menester distinguir en un mundo donde el mercado expandió sus confines, las ideas propuestas por Kant (2010): en el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta equivalencia alguna, eso posee una dignidad (p. 52, tomo II).

De lo antedicho, el filósofo citado, arriba a la idea de que la persona constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo, es decir que no posee valor relativo. Es así que, moralidad y humanidad, en la medida que ésta es susceptible de aquella, es lo único que posee dignidad (Kant, 2010, p. 53).

Retomando las ideas expuestas por Esser (1961), sostiene que el T Tribunal considera que el juez al crear derecho, atiende no solo a los principios de un derecho superior y previo al escrito, sino que también lo hace siguiendo aquellos principios ideales o patrones del valor que constituyen la *ratio* del sistema jurídico vigente (p. 6).

De lo descripto, cabe superponer la relación de lo mentado por el autor citado con lo dispuesto por el Título Preliminar del CCCN, siempre que, desde la manda del art. 2 del mismo se constituye como parámetro interpretativo sustancial a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con el ordenamiento jurídico.

En esta idea que sostenemos, expresa Jalil (2017) al considerar que en virtud del precepto reseñado del art. 2 del CCCN se trata de tutelar, proteger la lesión de valores dignos y respetados por toda la sociedad, que ameritan su resarcimiento ante cualquier menoscabo, aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, una norma específica que determine un deber jurídico predeterminado a tales efectos (p. 4).

En esta inteligencia, es que los principios cobran eficacia con independencia del texto legal. Es por ello, que su justificación proviene de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas (Esser, 1961, p. 7).

Es así, como este autor en consonancia con lo referido en el párrafo anterior por Jalil (2017), refiere a que:

La necesidad, en conjunción con una armonía, no bastante estudiada aún, en las ideas de justicia formadas en el curso de la historia da lugar, en iguales conflictos de intereses, a soluciones coincidentes, aún en ausencia de ley y todo cuerpo doctrinario. (Esser, 1961, pp. 7 y 8)

En este sentido, los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley, se descubren siempre y comprueban en la problemática concreta, de modo que es el problema, y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico (Esser, 1961, p. 9).

Ya advertía Boulanger (1950) que, es cada vez más frecuente en el pensamiento jurídico continental una fundamentación directa de las sentencias a partir de principios jurídicos generales, considerados incompatibles con la idea de código -de la época-, sea por insuficiencia de la ley, como punto de partida de valoraciones y concepciones totalmente nuevas.

En tal sentido, es digno de ser recordado un pasaje del voto del juez Pliner, en el cual hace una interpretación no literal del art. 1074 del CC. En cuanto habla de que se deben tener en cuenta las exigencias de la convivencia humana y los principios de solidaridad que informan la sociedad organizada sobre fundamentos de derecho (Cam. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. En autos: Ferrú Mario c/ Club Estudiantes. Fecha 25-03-1958).

En esencia, si bien Esser (1961) inserta a los principios generales a la categoría de derecho positivo, nos interesa remarcar la manifiesta y creciente tendencia jurisprudencial de la época.

Asimismo, en esta lógica, el juego de los principios como cimera herramienta de los operadores jurídicos, -y, especialmente del juez al momento de la sentencia-, será la llave que abra las puertas de la justicia del caso.

Incluso aún, cuando se expresa que ningún principio es aplicable por sí mismo. Es en virtud de estos casos en que, se les descubre, entiende y conserva como elemento positivo en el precedente (Esser, 1961, p. 340).

Dentro de esta configuración, la actividad lógica del judicante, tendrá siempre a su lado el elemento de razón objetiva, es decir el sustento y garantía de la razonabilidad judicial que exige el art. 3 del CCCN.

Es decir, tal imposición, le será impuesta al juez en tanto protagonista y creador de la sentencia, pero así también entendida la razonabilidad como objeto, es decir, como elemento que permita en el análisis del caso, arribar a la solución más justa que la controversia amerite.

En igual sentido, Del Vecchio (1948) refiere al límite que posee la labor de comprender y completar el sistema históricamente determinado. En esta actividad, el intérprete no puede ser arbitrario (p. 73) (Trimarchi, 2002, p. 14) (Esser, 1961, pp. 89 y 124).

Es decir, su tarea no puede consistir en forjarse un derecho natural a su capricho, que vaya en contra de la lógica. Por el contrario, los criterios y fundamentación atinentes a la investigación de los principios, debe encontrarse en una sólida tradición científica -a lo que nosotros llamamos el desarrollo jurisprudencial-, que a su vez se liga al proceso por el que se crean las mismas leyes. Afirmando que esa tradición, sentará las base para los cambios del futuro (Del Vecchio, 1948, p. 73).

En esta última finalidad de la razón, se adentra el filósofo González Quirós (1999) al sostener que, a lo largo de su vida, la razón se objetiva y asume diversas formulaciones en función de una serie de categorías de la realidad. En una de sus funciones más decisivas, la razón se encarna en un discurso que comparte la mayoría de una sociedad, se estructura de un modo que es, casi por definición histórico y cambiante; es lo que entendemos por espíritu de un tiempo, o la cultura de un determinado grupo humano, es decir el conjunto de valores y creencias que comparte de forma fundamentalmente acrítica una sociedad determinada (p. 158).

Todo ello, deviene de un redimensionamiento de las ideas esbozadas por Savigny (1970) donde expresaba que el origen del derecho, es la conciencia común del pueblo. De lo cual se entiende que, todo derecho es originado en un primer momento por la costumbre y las creencias del pueblo, y, por ende, se crea el mismo a través de fuerzas internas que actúan de forma silenciosa, y no en virtud del arbitrio de un legislador (pp. 56-58).

Es en este sentido, es que se debe encaminar el juez a un trabajo de ponderación de principios que jueguen en el caso concreto, extrayendo los valores y creencias de una sociedad determinada.

Es por ello que, la compatibilidad entre principios se hará, no solo sobre la concepción jurídica, sino del conjunto de ideas que informan la cultura en su totalidad (Esser, 1961, p. 99).

Dicha idea, es coincidente con lo expresado por Vigo (1986), quien afirma que el ámbito de los principios jurídicos no es un terreno para fórmulas exactas sino para decisiones prudentes (p. 866).

De esta manera, la virtualidad que cobran los principios, se va reflejando en las mismas instituciones jurídicas, mediante la recepción de los datos de la realidad social. Por ejemplo, surgen criterios como en las relaciones de vecindad, en donde existe un deber de amoldamiento y consideración, o bien en el caso de la máxima: quien ha sido beneficiado por el acto, debe soportar el coste de su realización (Esser, 1961, p. 127).

En el mismo sentido, expresa Ciuro Caldani (2004) “Como sucede con las remisiones valorativas en general el contenido suele ser el resultado de una construcción socialmente compartida” (p. 5).

De esta manera, comprobamos la idea que planteamos inicialmente, al responder porqué la sociedad moderna debe estar munida de elementos flexibles, abiertos, como lo son los principios y las cláusulas generales. En esta perspectiva, se orienta y permite al juez identificar y fundamentar las decisiones justas que reclamen los casos concretos de una controversia.

Asimismo, en consonancia con la idea que los principios generales no son consecuencia de la creación de la doctrina ni del legislador, ellos son tan sólo intérpretes del comportamiento social que los impone, siendo su función causar su introducción al ámbito del derecho (Córdoba, 2016, p. 868).

De todo lo expuesto, se traza una línea histórica que conlleva a la aceptación del derecho -en su faz dinámica- como proceso de creación de una estructura dotada de mayor complejidad. En tal trama, se entrelazan momentos productivos, dialécticos, intuitivos, que el juez deberá hacer suyos en el momento de la decisión en miras a la solución más justa y equitativa del caso concreto, tomando el camino de la alternativa más racional a la luz del principio constitucional de razonabilidad que la conforma.

Como conclusión, y a los fines de no dejar de resaltar una idea crucial, Bobbio (1991) nos llama a reflexionar expresando que, al colocar de resalto cómo se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre con

el paso del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un proceso de gradual diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, de los que se exige su reconocimiento y protección (p. 15).

A lo que sumamos el particularismo de que, ese hombre concreto de la actualidad, es inabarcable para un legislador que, de querer utilizar los esquemas rígidos de los derechos subjetivo absolutos -en los que se pondera la seguridad jurídica ante la libertad humana-, se ve imposibilitado de abarcar un sin número de situaciones fácticas que las relaciones intersubjetivas propias de la modernidad, exige reconocer.

De esta manera, el escenario propicio para dicha demanda se erige en la tarea de los jueces, quienes deberán argumentar, fundamentar y actuar en base a la ponderación de intereses de las partes, al elemento social, al contexto al que circunscribe el conflicto, y, a todo recurso creativo que le exija el caso concreto. Tarea siempre circunscripta al límite y amparo de la razonabilidad, y las garantías fundamentales.

Así también, se sostiene que el conflicto entre valores o bienes jurídicos en apariencia contrapuestos, obliga a los jueces a realizar una armónica ponderación axiológica, con miras a determinar con precisión sus respectivos alcances y límites, a fin de asegurar los objetivos para lo que fue dictada la constitución que los ampara (CSJN en autos: "Granada Jorge H c/ Diarios y Noticias S.A. Sentencia: 26/10/1993).

4.2.2. Las cláusulas generales como herramientas legales de categorización y selección de intereses

Llegados a este punto, es dable resaltar que, el *quid* de la responsabilidad es elaborar y determinar cuál es el sistema conveniente para categorizar o seleccionar intereses merecedores de tutela, como así también de los criterios en virtud de los cuales se justifica que se realice la transferencia del daño de un sujeto a otro.

En esta dirección, De Lorenzo lo explica en una estructura de 3 posibilidades. Es decir, expresa dicho autor que, para saber cuáles son los daños injustos y como distribuirlos, se debe estructurar un sistema para categorizar al daño injusto. Lo cual históricamente los ordenamientos lo han hecho en 3 modelos. (De lorenzo, 1996, p. 32).

Entre ellos encontramos: 1. Figuras ilícitas sistema alemán. 2. Cláusula general: v.g. Francia. 3. Método ecléctico: el cual se constituye en una mixtura entre cláusula general y un elenco de figuras categorizadas. v.g. el derogado Código de Vélez Argentino.

Respecto a lo expuesto, debemos expresar siguiendo al autor citado a que, en la práctica, pese a obedecer a distintas categorías, se entrelazan pareciéndose una a la otra. (De Lorenzo, 1996, p. 33).

De esta manera, los sistemas de cláusula general van agregando figuras típicas al sistema, como también por su parte los sistemas más rigurosos y típicos van estableciendo válvulas de apertura al reconocimiento de intereses merecedores de tutela. (Alpa y Bessone, 1980, p.179) (De Lorenzo, 1996, p. 33).

En tal sentido, es ejemplificativo el BGB alemán que en contempla -al menos dos- nítidas válvulas de descompresión del sistema rígido, lo cual lo lleva en la práctica a ser un sistema claramente abierto, tales canales son; el art 823 que en su parte *in fine*, el cual establece que pueden existir otros derechos que los tipificados, y, el otro, es el art. 826, en el cual se establece el caso de que se ocasione un daño a otro en violación a las buenas costumbres traerá como consecuencia una reparación.

Mediante estas dos válvulas, podemos constatar que, pese a catalogarse como un sistema típico, el mismo no encuentra razón práctica de ser, en un mundo con nuevas exigencias de ductilidad. En este mismo sentido se pronuncia Visintini (1999, p. 6, tomo 2).

Por su parte, en el derecho francés asentado en los sistemas de cláusula general, dotado de un sistema abierto y atípico, el rol clave del desenvolvimiento de los intereses merecedores de tutela necesariamente deben categorizados y reelaborados por la jurisprudencia.

En el fondo de la cuestión, tales sistemas se caracterizan por el rol que le brindan al juez al momento de determinar el contenido del daño. Esto es sustancial, debido a que, en el caso de los sistemas de cláusula general, el judicante deberá determinar -caso por caso- las necesarias limitaciones, especificaciones y articulaciones del *Alterum non laedere*.

Lo que, siguiendo a la lógica explicitada, se torna similar en la práctica de los sistemas, en tanto que, también resultan dentro de los sistemas típicos mecanismos de morigeración. Así, es que, mediante términos de relativa

vaguedad -mediante disposición legislativa-, facultan a la apertura de criterios interpretativos del juez. (De Lorenzo, 1996, p. 33). Todo lo cual, se funde en un trasfondo axiológico que impregna el sustrato de la decisión judicial.

4.3. Conclusiones

En breve síntesis de las ideas expuestas, hemos aseverado que los valores de una comunidad se van reconociendo poco a poco en cada sentencia, es decir en la reiteración de normas individuales que van uniformando, y, a su vez, dinamizando el derecho con categorías variables y supremas que rigen la lógica de una época determinada.

En otras palabras, se debe buscar la valoración objetiva en el caso particular, teniendo como fuente material de estos principios, la vigencia de los valores comúnmente compartidos en una sociedad en un lugar y época determinada. Siendo que para ello, debemos atender a los principios generales y el rol de las cláusulas generales.

En orden a lo expuesto, consideramos que los principios no son normas jurídicas en sentido técnico-jurídico, sino que pueden ser utilizados como fuentes autónomas de derecho que permitan coadyuvar a la armonía en el comportamiento social y ayudar a los jueces en su tarea de dictar la norma individualizada, aplicable al caso concreto.

Asimismo, en el presente Capítulo, establecimos ciertos criterios encaminados distinguir rasgos distintivos de los principios generales y las cláusulas generales.

Sobre estas últimas, las consideramos las válvulas a las que recurre el ordenamiento jurídico cuando el mismo no está en condiciones de elegir las soluciones, encomendando la labor hermenéutica al juez, quien deberá determinar el carácter indeterminado de la cláusula en cada caso concreto.

Por su parte, dichas cláusulas generales abren un abanico de principios que entran en juego mediante ellas. Sobre los que, a la postre, el juez deberá ponderar tales principios en orden a los intereses merecedores de tutela en juego.

De igual forma, se demostró que tales ideas obedecen al trípede hermenéutico normativo, los cuales son los arts. 1, 2 y 3 del Título Preliminar del CCCN.

En razón de ello, hemos dejado explicitado el hecho de que tal conjunto normativo ha tenido una razón de ser, el cual es que en el derecho moderno se opte por legislar por principios antes que por supuestos de hechos.

Queda corroborado que, seguir optando por el último supuesto, lleva a una hiperinflación normativa que ostenta un resultado ineficaz; la norma que llega tarde a perseguir un hecho, no cumple la función de justicia. En suma, la la vertiginosidad de los cambios y el advenimiento de nuevas fuentes dañosas son un desafío a la hora de crear y aplicar el derecho actual.

De igual manera, evidenciamos el rol esencial que tuvo el paso de la responsabilidad sin culpa hacia la consolidación de la responsabilidad objetiva en el derecho moderno. Sobre el cual, se asienta una nueva cosmovisión que rompe con categorías vetustas del derecho.

En relación con el fenómeno expuesto, en el marco de la elaboración legislativa de principios, queda expuesto de igual forma, de que es imposible enmarcar todos los principios dentro del cuerpo del CCCN, prueba de ello es el principio de solidaridad, como veremos en el Capítulo siguiente.

Es por ello que, pregonamos los principios generales como fuente del derecho por antonomasia en la actualidad. Los mismos, no solo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más por las razones expuestas en el presente Capítulo.

Sobre el orden de las ideas anteriormente expuestas, no podemos dejar de contemplar el principio rector, que tiñe con nuevas luces al sistema del derecho de daños actual, el mismo es, el de que todo daño sufrido es injusto, salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado (De Lorenzo, 2000, p. 979).

En resumen, consideramos como ventaja indiscutible al autónomo rol del principio del *alterum non laedere* en nuestro CCCN. Ello, se encamina a recuperar para nuestro ordenamiento una noción de daño elástica, flexible, que se dote de ductilidad y sea permeable a las adaptaciones dinámicas.

Es una realidad insoslayable que, en todas culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y formulación de un sistema (Esser, 1961, p. 10). Es por ello, que el ciclo se completa en materia de daños con el reconocimiento del objeto del mismo; en un interés humano que se erige como núcleo de tutela jurídica (De Cupis, 1975, p. 107).

Pero cabe preguntarse: ¿cómo identificamos tales intereses merecedores de tutela?

Si bien la respuesta excede las consideraciones del presente Capítulo, en lo que respecta al mismo debemos responder que será sustancial para aquella identificación -como primera aproximación-, el rol activo del juez junto al análisis y aplicación de los principios generales.

Asimismo, será necesario un denodado trabajo argumental de las partes del proceso, las estrategias, la razonabilidad y sentido común de las actuaciones, en orden a un sistema de valores enmarcados en principios que cada época y sociedad reconoce como tales.

En este derrotero será insoslayable profundizar el análisis y la consecuente aplicación de los principios generales como una fuente del derecho dotada de autoridad, autonomía y omnipresencia en la solución de controversias.

Para concluir, consideramos oportunas las palabras de Rodotà (2010) quien expone que muchas veces, un vacío de derecho puede definir el sistema con mucha mayor precisión que muchos de los llenos que lo caracterizan. Hay ausencias que, como en la vida, pesan mucho más que las presencias (p. 39).

En base a esta tesis, procedemos a explayarnos acerca de los principios en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado en razón de ser ellos los que posibilitan la identificación y reconocimiento de los intereses merecedores de tutela.

Capítulo V

LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO

Ante todo, el derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva. Ahora bien; vivir es moverse y transformarse. Para el derecho es más aún: es luchar con el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación de las exigencias de la vida social (Ihering, 2018, pp. 54 y 55).

5.1. Una aproximación práctica

En virtud de lo desarrollado en el Capítulo precedente, consideramos relevante a los fines prácticos, exponer una serie de principios que iluminan nuestro ordenamiento.

En este derrotero, es que debemos diferenciar a los fines metodológicos en; principios generales, es decir, que tienen por aplicación una apertura de contenido más abierta, tal es el caso de aquellos que se encuentran dotados de una aplicación transversal de los diversos compartimentos jurídicos. Por otro lado, aquellos principios generales específicos que son propios del derecho de daños, los cuales a su vez seccionaremos en parte general y especial.

En este sendero, no dejamos de resaltar la aclaración de que ninguno de los principios que hemos escogido es un *numerus clausus*. De este modo, advertimos que la categorización elegida, es aproximativa a una ilustración de los principios en juego en relación al tema de la presente tesis.

Con este plan de vuelo, desarrollaremos brevemente los principios generales comunes: de razonabilidad, solidaridad social, buena fe, abuso del derecho, y el principio de la inviolabilidad de la persona humana, de igualdad y principio pro homine, como ejes rectores y transversales del derecho.

Por otro lado, desarrollaremos los Principios del derecho de daños generales: Principio fáctico, integridad normativa, *alterum non laedere*, favor *victimae*, prevención del daño, sancionatorio disuasivo. Con idéntica finalidad describiremos los Principios del derecho de daños específicos: Principio de amplitud del daño, Principio de causalidad, Principio de responsabilidad objetiva, y Principio de interpretación del interés preponderante.

Es este esquema propuesto, recorreremos de manera sintética los principios mencionados.

5.2. Principios generales

5.2.1. Transversales

En razón de ser principios de aplicación en toda la extensión del ordenamiento jurídico, -no solo en materia de daños-, siendo algunos de ellos receptados en el Título Preliminar del CCCN, los hemos denominado transversales. A continuación, clasificaremos algunos de ellos, sin perjuicio de que es una descripción meramente enunciativa.

5.2.1.1. Principio de Razonabilidad

Como punto de partida, es difícil demostrar que el humano sea un animal racional o irracional, pero lo que sí es cierto, es que a menudo nos referimos a él al menos construyéndole una racionalidad que consideramos característica (Ciuro Caldani, 2000, p. 10).

En decir de Maraniello (2005) “Etimológicamente, razonabilidad o razonable proviene del latín *rationabilis*, que significa arreglado, justo, conforme a razón” (p. 3).

En efecto, cuando nos referimos a la regla o principio de razonabilidad, reflejamos un cierto contenido de justicia, el cual, es opuesto a la arbitrariedad (Bidart Campos, 1986, p. 228). Esto nos lleva a estar en presencia de un principio que coloca frenos al poder estatal.

Es así, como en un prístino fallo la CSJN delimitó una cuestión trascendental en el tema, en el cual consideró que:

La doctrina de la omnipotencia del legislador que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. (CSJN. Horta c/ Harguindeguy. Sentencia 21/08/1922)

De lo dicho, se infiere de que el principio de razonabilidad viene a colocar un límite en el art. 28 de la Constitución Nacional, el cual reza que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Del mentado fallo, se desprende la idea de preservación del valor justicia en el contenido de todo acto de poder -inclusivo de los particulares-, lo cual se erige como finalidad el principio de razonabilidad (Bidart Campos, 1986, p. 229).

En este sentido, se sostiene que es una herramienta del control de constitucionalidad de las leyes -como también de las decisiones judiciales- que tiene asidero constitucional. Dicho instrumento, permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes que regulen de un modo irrazonable los derechos constitucionales.

En este orden de ideas, Cianciardo expresa que el concepto de razonabilidad (2002), es un concepto jurídico indeterminado, amplio, que se determina caso por caso, en el momento de su utilización (p. 957).

En cuyo caso, se tendrá como pauta para distinguir entre aquello que sea o no razonable, al motivo y finalidad que se tiene en miras en cada caso (Linares, 1970, p. 153).

De esta manera, para entender lo que conlleva lo razonable, debemos tomar en cuenta la toma de decisión y la estrategia en la que se inscribe.

Es decir, se entiende que la toma de decisiones es un proceso de elegir entre varias opciones, lo cual se relaciona con cierta razonabilidad y, por otro lado, tener en cuenta en el contexto de lo razonable, al sujeto y el criterio de su referencia. Mientras que, por estrategia debemos entender a la toma de decisión que se encuadra en un marco estratégico (Ciuro Caldani, 2000, pp. 11-13).

Es decir, le sumamos por nuestra parte, el hecho de que esas decisiones se proyecten de manera acorde a un fin determinado, a un plan trazado que tenga por fin, como lo señalaba el autor reseñado, que la razonabilidad no se transforme en una mera racionalización (Ciuro Caldani, 2000, p. 17).

En orden a lo expuesto, consideramos conveniente darle fisonomía al principio de razonabilidad. Esto conlleva, a su vez, identificar los subprincipios que lo componen.

Siguiendo las ideas de Cianciardo (2002) el principio de marras se compone de tres juicios o subprincipios, a saber: 1) adecuación, 2) necesidad, 3) razonabilidad en sentido estricto.

El primero de ellos, se refiere a que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar.

El segundo subprincipio; de necesidad, se refiere a la menor restricción de los derechos fundamentales, para el logro del fin que se procura.

Es decir, es un juicio comparativo entre el medio elegido y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. Por último, el subprincipio de la razonabilidad propiamente dicho, hace especial hincapié en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esto refiere, a la concreción de un juicio de balance entre las ventajas y desventajas de la medida.

Sin perjuicio de lo expuesto, el autor sostiene que la razonabilidad, en sentido estricto, no se limita al balance de ventajas y desventajas, sino que, señala la existencia de un juicio más: la inalterabilidad del derecho, el cual se refiere al contenido esencial (Cianciardo, 2002, p. 957). A lo que sumamos, en esta misma lógica; al interés merecedor de tutela.

Bajo las ideas expuestas, podemos constatar como el principio de razonabilidad posee un valioso rol de justicia. A tal punto que, Bidart Campo (1986) sostiene que existe un tránsito del principio de legalidad al de razonabilidad, no basta como mera formalidad de la ley, sino que es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes (p. 226).

Por esa misma razón expresa que, es menester darle contenido material de justicia a tal principio de legalidad. Para lo cual, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o el principio de razonabilidad.

En consecuencia, el apotegma deberá trastocarse y expresar: “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley “justa” no manda, ni privado de lo que la ley “justa” no prohíbe (Bidart Campos, 1986, p. 226).

En atención a lo reseñado, cabe consignar que el CCCN recepta expresamente el principio de razonabilidad como un principio que complementa y expande los confines de aplicación del mismo.

Dentro del Título Preliminar, es categórico el art. 3 del CCCN, el cual lo recepta desde la función resolutoria de los jueces. El mismo señala que, el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

En este sentido, enseña Tobías (2016) en cuanto a que “la directiva legal impuesta a la característica que deben tener los fundamentos de la sentencia,

abarcaría el aspecto vinculado a lo racional -arreglado, conforme a la razón- como al aspecto axiológico -justo- (p. 36, Tomo 1)". De este modo, se desprende del precepto el carácter constitucional del mismo, propia de la reconocida constitucionalización del derecho privado (Lorenzetti, 2015, p. 29, Tomo I).

Todo lo cual, se encuentra en íntima relación con el art. 18 de la constitución nacional, en tanto tienen derechos los justiciables de obtener una sentencia fundada o motivada, lo que constituye una manifestación particular del derecho de tutela efectiva o al debido proceso (Tobías, 2016, p. 34, Tomo 1).

Como así también, la CADH lo ha garantizado en causas como (CIDH en autos Apiz Barbera vs. Venezuela. Sentencia 5/8/2008) (CIDH en autos: Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27/01/2009) (CIDH en autos Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23/06/2005).

En atención a lo anteriormente expuesto, por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, como así también por el art. 1 del CCCN, se debe recurrir a los Tratado Internacionales como fuente del derecho.

Es aquí, donde cobra vigor el principio de razonabilidad, ya que, en palabras de Maraniello (2005):

Fueron los tratados internacionales con jerarquía constitucional los que en mayor medida han ayudado a enriquecer los elementos del principio de razonabilidad, otorgando a las decisiones de los Estados reglas claras sobre ciertos derechos sensibles, que expresamente deben respetarse para no transformar dichas decisiones en arbitrarias o irrazonables. (p. 13)

De lo anteriormente expuesto, constatamos que el principio de razonabilidad se encuentra contemplado enérgicamente en los tratados internacionales:

Así lo hace, la CADH: en los arts. 7 -inc. 3 y 5-, art. 8 -inc. 1-, art. 32 -inc. 2-. De igual modo lo hace, la DUDH; en los arts. 9, 12, 15 -inc. 2-, y art. 24. Asimismo, el PIDCP: Art 6 -inc. 1-, art. 9 -inc. 1 y 3-, art 12. -inc. 4-. Mientras que, en el PIDESC; lo hacen los arts. 7 -inc. d-, art. 10 -inc. 2-, art. 14.

En consonancia con la cimera letra convencional en torno al reconocimiento del principio de razonabilidad, es insoslayable la trascendencia otorgada al mismo por parte de los legisladores del CCCN, toda vez que, la palabra razonable se encuentra situada a lo largo de todo el cuerpo legal.

Se erigen como evidencia de ello; como mencionábamos anteriormente, el art. 3 con el carácter de eje rector. Así también, en materia de nulidades parciales, el art. 389 de CCCN expresa que, en caso de ser necesario, se contempla que el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

De igual manera, en lo atinente a restricciones de la capacidad se menciona en los arts. 32 y 35. Entre otros de los Capítulos en que se alude a lo razonable, es también en materia del nombre el art. 67.

En lo relacionado a la tutela; el arts. 107, 133, 134. En cuanto a lo que respecta a fundaciones; art. 194. En representación voluntaria: art. 367. En los vicios del consentimiento: art. 409, inc. b. En materia de alimentos; art. 434 inc. b, y el art. 553; el cual estipula que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.

Por otro lado, es digno de traer a colación el art. 961 como eje rector de la buena fe contractual, el cual dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y que obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Asimismo, en materia de cláusulas abusivas; el art. 988. En relación a los contratos de locación es insoslayable la armonía de principios que se conjugan en el art. 1011, en cuanto a la regulación de los contratos de larga duración dispone en su parte final; la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

De igual modo, en materia contractual en cuanto a los medios de prueba el art. 1019 establece en su parte pertinente que, los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción (...).

En la materia que nos concierne -derecho de daños-, se puede encontrar en las diversas funciones. En materia preventiva; el art. 1710 inc. b cuando refiere a la adopción de medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (...). En la misma función preventiva, en cuanto a la legitimación, el art. 1712 expresa; quienes acrediten un interés razonable.

Por su parte, sin adentrarnos a la historia del art. 1714 de punición excesiva, a los fines del presente Capítulo, la disposición expresa que, si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

Con respecto al daño, y específicamente con relación a la pérdida de chance, el art. 1739; expresa que la misma será indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable (...).

En relación a la cuantificación de las indemnizaciones por lesiones o incapacidad física o psíquica permanente, el art. 1746; las mismas deberán ser evaluadas mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. (...)

Los antedichos son solo algunos de los artículos que contempla el CCCN, por lo cuales, se demuestra que el principio de la razonabilidad, deviene en un ineluctable principio general y transversal del derecho.

Como corolario de todo lo expuesto, deviene digno de distinción el principio de razonabilidad como un principio general del derecho, que baja a la tierra desde la escalera de los tratados internacionales y de la CN, se afirma en suelo del CCCN, y, expresa que lo que se tome como medio para alcanzar un fin, sea a proporcional a este último. O bien, como expresa el autor anteriormente citado, que existe razón valedera para fundar tal o cual acto de poder (Bidart Campos, 1986, p. 229).

5.2.1.2. Principio de solidaridad social

En primer lugar, debemos expresar qué se entiende por solidaridad. Por la misma se entiende a la adhesión a la causa, situación o necesidad de otro (Córdoba, 2016, p. 874).

Como expresa Zavala de González (1996): “superando el individualismo atómico y disolvente del Siglo pasado, el derecho de daños armoniza la libertad con la solidaridad” (p. 1195).

Siguiendo la idea de la autora reseñada, sostenemos que la solidaridad expresa un valor, el cual, no es cualquier valor, sino que es el soporte de toda justicia; una sana y digna vida de relación es imposible sin aquel principio. De tal modo, que este valor se constituye en una vertiente de la dignidad personal. La cual se entiende, como una dignidad asociada a la rectitud. Es decir, es recto el obrar de quien respeta la dignidad ajena (Zavala de González, 1996, p. 1195).

De lo expuesto por dicha autora, cabe consignar la vigencia de lo afirmado, toda vez que, nuestro CCCN consta de un portal que, adentradas sus puertas, rige a todo el ordenamiento de manera transversal; lo cual cobra nítida visibilidad en los arts. 51 y 52 del CCCN.

Con el carácter omnipresente -ética y jurídicamente-, el primero de ellos, contempla la inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Por su parte, el segundo artículo se expide acerca de las afectaciones de la dignidad que, la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

Al mismo tiempo, la autora al referir al hecho de que la solidaridad implique un valor, tiene una directa relación con la recepción en el pórtico del Título Preliminar del CCCN, ya que, el art. 2 estipula que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

De lo expuesto por dicha disposición, cabe enfatizar la idea de principios y valores jurídicos. En tal caso, sostenemos que la solidaridad social es un principio, y, la dignidad de la que surge la fuente del mismo, se concreta en un valor jurídico de rectitud que impregna al ordenamiento en su totalidad.

Desde esta perspectiva superadora, se pasa del paradigma individualista a uno solidarista, que será un principio al que deberemos acudir en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en el campo de las omisiones, en el cual demostraremos cómo la antijuridicidad deviene estéril en atención a los propósitos que pretendió cumplir antaño (De Lorenzo, 1996, p. 90 y nota 182).

Del mismo modo, De Lorenzo (1990) sostiene que, en la modernidad, la libertad del individuo resulta condicionada ante la nueva concepción solidarista, por una serie de limitaciones, por ejemplo, el abuso del derecho, buena fe, etc. que nacen del nuevo sentimiento con que se aprehende actualmente la inserción humana en el mundo jurídico. A lo que el autor refiere como neohumanismo solidarista (pp. 8 y 9).

Es decir, en otras palabras, como señala Zavala González (1996) la solidaridad es entonces fuente de cooperación para impedir el mal de otro.

Asimismo, entiende Córdoba (2016) que, en la estructura jurídica de la Argentina, la solidaridad es un principio que ha informado al legislador a efectos de normas particulares, pero no como norma abierta (p. 870).

Ahora bien, coincidimos en la idea de este autor de que será importante en esta apertura, una actividad hermenéutica conforme el sentido común, la lógica y la utilidad práctica (Córdoba, 2016, p. 870).

Como expresa Laje (2016):

La sociedad organizada reconoce una estrategia basada en la solidaridad, y el comportamiento natural y espontáneo solidario de la persona humana es receptado por el orden jurídico, clasificándolo, calificándolo, y atribuyéndole consecuencias jurídicas, de modo tal que el orden legal en su conjunto se apoya en la solidaridad como fundamento esencial. (p. 598)

Asimismo, el principio de solidaridad deviene en un cimero instrumento de interpretación hermenéutico del ordenamiento actual, que se robustece ante los nuevos desafíos tecnológicos-ambientales a los que nos enfrentamos. (Cafferatta y Peretti, 2019, p. 274). Como así también, a un nuevo rol socio-cultural cimentado en el valor pluralista.

Para concluir el desarrollo del principio de solidaridad social, sentamos nuestra posición en el ámbito de la plena vigencia y utilidad práctica del mentado principio.

Sin perjuicio de que existan quienes lo niegan como principio positivo del ordenamiento y, por ende, niegan su virtualidad en la práctica jurídica, y quienes reclaman que se positivice -Laje (2016)-, nosotros por nuestra parte, consideramos la plena vigencia y vigor del mentado principio, que se encuentra

a la espera de que los operadores comiencen a utilizarlo con asiduidad, a los fines de que se vayan imprimiendo los cimientos operativos del mismo en la jurisprudencia.

5.2.1.3. Principio de la buena fe

En lo concerniente a este principio, es abundante lo que se ha escrito. En tal sentido, solo pretendemos brindar una breve esquematización del mismo.

Para ello, compartimos lo que sostiene De Lorenzo (1990) acerca de que el mentado principio se caracteriza ontológicamente como un módulo axiológico que se erige con autonomía conceptual, como un valor ético. (p. 5). Seguidamente, refiere este autor, de que el punto de confluencia entre lo ético y lo jurídico radica en que tanto lo moral como el derecho se inspiran en valores éticos.

Lo expuesto, es útil a los fines de entender que el principio de la buena fe, como valor ético, trasvasa su naturaleza y contenido al mundo jurídico. A lo que este último, lo adaptará a su campo y lo erigirá como valor jurídico (De Lorenzo, 1990, p. 6).

Este mismo autor, entiende que el concepto de la buena fe es unitario. Es decir, a pesar de que se separe en la doctrina a la buena fe objetiva y subjetiva, tal distinción solo obedece a las formas en que se manifiesta la exigencia de conducta en el ordenamiento (De Lorenzo, 1990, p. 11).

En orden a tal clasificación, ilustra Kluger (2004), la existencia de una tercera forma de buena fe; la hermenéutica. Es decir, como interpretación de los actos jurídicos -ahora previsto en el CCCN en el art. 961-. La citada autora, manifiesta la posibilidad que otorga esta modalidad de la buena fe para comprender las manifestaciones de la voluntad. Las cuales, deberán vivenciar una consonancia con lo razonable, es decir, con lo normal. En otras palabras; con lo que es de esperar normalmente (Kluger, 2004, p. 91).

En concordancia, en el derecho comparado, con mayor precisión, el caso de Alemania, siguiendo a Vernengo (2004) la buena fe posee una función de creación o aplicación de nuevas obligaciones que no se han previsto en un contrato, pero también como pauta interpretativa (p. 30). Como expresamos con antelación, ambas funciones lucen en consonancia con lo dispuesto por el art. 961 del CCCN.

Asimismo, esta autorización abierta que le otorgan estos principios a los órganos de aplicación, generalmente se aplican con la analogía como técnica, más cuando esto no sea posible, se recurre en el país teutón, a valores o estándares colectivamente aceptados. Es decir, a convicciones objetivas colectivas que razonablemente se consideran equitativas y decentes (Vernengo, 2004, p. 30).

Es así que, nuestro CCCN lo incorpora en el Título Preliminar - precisamente en el art. 9- como piedra angular, pese a que, el principio se reitera expresamente en diversas áreas del cuerpo legal.

Sin intenciones de adentrarnos en un recorrido diacrónico, ya la reforma de 1968 contenía el reconocido art. 1198. Y sin duda alguna, para legislar el nuevo cuerpo normativo se vislumbra una directa relación de lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena; art. 7.1, y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales Unidroit, arts. 1.7, 2.1.15, 4.8, 5.1.2 y 5.1.3, 5.3.3, 5.3.4.

En esta lógica, es que el CCCN, recepta con nitidez al mentado principio a lo largo y ancho del ordenamiento. La mención a la buena fe en el mismo, es explícita en todo el código, constituyéndose piezas basales al momento de su análisis, tanto el art. 9 -dentro del Título Preliminar -, como el art. 961 - específicamente en materia de contratos-.

El primero de ellos, dispone el principio de buena fe en relación a cómo deben ser ejercidos los derechos. Por su parte, el art. 961, en materia contractual dispone que se deben celebrar, interpretar y ejecutarse los mismos contratos, de buena fe. Adicionando, que no solo obligan a lo que está formalmente expresado, sino que a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

De lo expuesto, se puede dilucidar como los principios generales empiezan a entrelazarse y a dimanar de diversas interpretaciones de diversos artículos. En este caso, se puede vislumbrar cómo el art. 961 relaciona la buena fe a un criterio de razonabilidad. Es decir, enlaza al instituto respecto a un parámetro o estándar de lo que es un contratante cuidadoso y previsor.

A su vez, es indisociable la buena fe a principios como el de abuso del derecho. Prueba de ello, es la íntima relación de los arts. 9 y 10 del CCCN. En este último -que desarrollaremos más adelante-, se puede notar como el legislador coloca el parámetro de la existencia del abuso del derecho, a la contradicción de los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Asimismo, y en virtud de la caracterización de la sociedad actual como una sociedad de riesgos globales, hemos de poner especial foco del principio de la buena fe, en relación con el análisis moral y jurídico que lo recubre con su manto.

En tal sentido, Morello (2004) resalta el valor pétreo del principio de la buena fe, lo cual conforma la renovada cultura jurídica de nuestra época, que pese a suscitarse cambios y dificultar las reglas de juego en las relaciones negociales -propio de una sociedad de riesgos donde las asimetrías son notables-, se debe lograr adaptar un cuadro axiológico renovado que se adapte a cada reclamo, teniendo en miras el marco jurídico, económico y social de una sociedad de riesgos (pp. 33- 41).

De lo expuesto, sostenemos que, sin perjuicio del movimiento pendular del derecho, los principios, sin perjuicio de la mutación del contenido axiológico a lo largo del tiempo, sostienen su vitalidad en el transcurso del mismo.

Como enseña Cicerón (1984): “lo que es principio no tiene origen, pues todo procede del principio y él no puede nacer de otra cosa alguna, pues no sería principio si fuera engendrado por otro; si nunca nace, tampoco puede morir jamás. En otras palabras, todo lo que se mueve es eterno (pp. 169 y 170).

Por su parte, desde un aporte constitucional de la buena fe, Bidart Campos (2004) enseña que, pese a que en un primer momento el principio de la buena fe haya entrado por las puertas del derecho privado, luego pasó a conformar el derecho público, integrando el sistema axiológico de la constitución (p. 45). En este proceso de influjo mutuo entre carácter privado o público del Derecho, se puede explicitar como otra arista desde la cual, advino la consolidación del fenómeno de constitucionalización del derecho privado. Lo que se traduce en difuminación de las fronteras entre lo público y privado.

En igual sentido, expresa Pandiella (2018) que al incluirse por parte del legislador dentro del Título Preliminar se considera un principio general que

trasciende el campo del derecho privado, y se proyecta a lo público. De esta manera, informando y fundamentando todo el ordenamiento jurídico, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (p. 3).

En concordancia con la ubicación de la buena fe, expresa Wieacker (1977), que el Título Preliminar de un código es como un pórtico de todo el ordenamiento jurídico. A lo que expresa que, no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio (p. 10).

Asimismo, el autor cala más profundo y señala -con cierta impronta premonitoria- que con respecto a los principios del Título Preliminar del código: “En los años venideros se van multiplicar los alegatos forenses y decisiones judiciales que tengan su base en estos textos y que se multiplicará, por ende, la jurisprudencia que haya de recaer en torno a ellos” (Wieacker, 1977, p. 10).

Para concluir, es de nuestro interés tratar una cuestión relacionada a lo que mencionamos en la primera parte del tratamiento del tema de los principios. Y ello es el interrogante acerca de cómo se ha receptado la buena fe; como principio o cláusula general. En primer lugar, los fundamentos parecen tratar la cuestión de manera sinonímica.

En este sentido, es menester recordar las pautas sobre las cuáles nos encuadramos en tal o cual postura.

Para ello, ilustra Pandiella (2018), trayendo la cita de Tobías (2015) que: Los principios generales apuntan a los valores fundantes de un ordenamiento jurídico o parte de él; por su parte, las cláusulas generales, llamadas también preceptos en blanco o válvulas del ordenamiento, lucen como normas legislativas que presentan un elevado grado de indeterminación y una estructura atípica, en el sentido de que no operan ellas mismas la calificación jurídica del hecho, sino que comportan una cierta delegación al intérprete; la cláusula general permanece parcialmente indeterminada en su contenido, ya que demanda que el intérprete formule un juicio de valor tendiente a la calificación jurídica del hecho. (Pandiella, 2018, p. 3) (Tobías, 2015, p. 56)

En este sentido, consideramos que la recepción del art. 9 dentro del Título Preliminar enmarca a la buena fe con una diáfana fisonomía de principio general. A su vez, se legisla a la buena fe de manera sistemática en diversas áreas del código. Lo que, a nuestro criterio, se configura como un indiscutido principio general de carácter transversal y funcional a todo el ordenamiento.

5.2.1.4. Principio de Abuso del derecho

En una primera aproximación, si tuviésemos que elegir una primera idea para acercarnos al tema, deberíamos pensar en la libertad de las personas en derredor del ejercicio de sus derechos.

Ello, por ende, nos llevaría a situarnos en el campo de la relatividad de los derechos. Es decir, en otras palabras, los límites que el ejercicio de los derechos subjetivos importa.

Por su parte, la RAE define al abuso como hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien. (<https://dle.rae.es/abuso>).

En contexto jurídico, la idea de un abuso en términos de principio ha sido entendida como un producto espontáneo de una conciencia universal situada en tiempo y espacio, resultando unos de los procedimientos por los cuales la moral penetra el derecho (Iannello, 2017, p. 1195).

En este sentido, la CSJN en un reconocido fallo, diferenció el abuso sobre el derecho del abuso de ejercicio del mismo (CSJN en autos “Automóviles Saavedra, S. A. c. Fiat Argentina, S. A”. Sentencia: 4/08/1988. Considerandos 15 y 16).

Bajo esta idea aproximativa, se constata la regulación del mentado principio general en el CCCN. De esta manera, se instituye el art. 10 dentro del Título Preliminar. El mismo expresa, por un lado, que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

Por otro lado, expresa que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Considerando a continuación las pautas para configurar tal situación. A saber; la contradicción a los fines del ordenamiento, el exceso de los límites que imponen la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

De tal modo, como advertimos precedentemente, se constata en forma directa la subordinación del abuso del derecho al de la buena fe. De esta manera,

se requiere como uno de los parámetros de configuración del abuso del derecho al exceso del límite que imponga la buena fe del art. 9 del mismo CCCN.

En este orden de ideas, lo antedicho guarda un ostensible avance en un derecho *aggiornado* que tiene en miras al equilibrio de las libertades que expresan las personas en el ámbito de sus relaciones jurídicas dentro de una sociedad.

En dicho aspecto, existen diversas teorías a los fines de establecer los criterios para la determinación del abuso del derecho. Entre ellas; subjetivas, objetivas y mixtas. Sin ánimos de adentrarnos a un pormenorizado desarrollo de cada una de ellas y sus subespecies, nos limitaremos a rotular cada una de manera genérica y explicitar a cuál de ellas adscribimos.

En este derrotero, las teorías subjetivas se concentran especialmente en la situación del sujeto que incurre en un ejercicio abusivo de un derecho o interés. Mientras que las teorías objetivas colocan el foco en aspectos de la naturaleza objetiva del abuso del derecho; criterio finalista o funcional. Por último, las teorías mixtas no dan un criterio para caracterizar el abuso del derecho, y lo deja librado a la determinación por parte del juez en el caso concreto.

Por nuestra parte, nos consideramos enrolados en una postura ecléctica, ya que la legislación a nuestro criterio apresa dos teorías. Por un lado, consideramos que el art. 10 del CCCN en su segundo párrafo, enfatiza expresamente los fines del ordenamiento jurídico, es decir, un criterio objetivo.

Asimismo, se evidencia un criterio subjetivo, el cual estará demarcado por un aspecto valorativo que se informa con las creencias de una determinada sociedad en un momento dado. Es decir, es un estándar exigido al sujeto actuante. Este último criterio, se encuentra receptado en el art. 10, segundo párrafo *in fine*, en cuanto hace referencia a los límites que impongan la buena fe, la moral y buenas costumbres.

A su vez, consideramos que el abuso del derecho -pese a que el art. 10 no lo disponga expresamente- se relaciona directamente con la teoría subjetiva del interés legítimo, debido a que la cercanía del abuso del derecho al daño, remite al análisis de la definición de este último. Lo que trae aparejado, el encuadre del reconocimiento de todo interés que no sea reprobado por el ordenamiento jurídico, conforme al art. 1737.

Bajo las ideas expuestas, sostenemos que para corroborarse un ejercicio abusivo de un derecho -o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico-, el juez deberá considerar los aspectos valorativos -moral, buena fe, buenas costumbres- que conllevan ínsitos los intereses exteriorizados en la conducta de cada sujeto, en cada caso en concreto.

Desde un punto de vista histórico, es oportuno recordar la postura de Vélez Sarsfield al respecto, quien se mostró en contradicción con el principio del abuso del derecho. Tal postura, se extrae de la nota del art. 2513 del CC, en la cual exponía que, si el judicante se constituye juez del abuso, no tardaría en constituirse juez del uso, haciendo perder la idea de propiedad y libertad.

En un análisis actualizado, tal idea no podría entenderse sino en el contexto de una sociedad demarcada por el liberalismo individualista del que se impregnaban los códigos decimonónicos. Empero, la evolución fue haciendo lo suyo, de tal manera que la reforma de 1968 en nuestro CC -actualmente derogado- lo contempló en el art. 1071 de un modo similar al actual art. 10 del CCCN.

Pese a algunas diferencias, entre ellas, en el primer párrafo del art. 10 se contempla la contradicción a los fines del ordenamiento jurídico, de forma disímil a lo expresado por el art. 1071 del CC, el cual se atenía a la voluntad del legislador.

Por otro lado, el nuevo cuerpo normativo imparte ciertos efectos del abuso del derecho. En consecuencia, impone el deber de actuación del juez, de ordenar lo que sea necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo -en consonancia con la función preventiva-, o de la situación jurídica -expansión novedosa acorde a modalidades abusivas modernas propias del mercado-, y continúa expresando que, en caso que corresponda, el juez debe ordenar la reposición al estado anterior al hecho y fijar indemnización.

Es decir, en la medida que fue evolucionando la sociedad, se fue contemplando con mayor énfasis la idea de la relatividad del ejercicio de un derecho subjetivo, siempre enmarcado en un relación o situación jurídica determinada, la cual siempre se observa bajo el manto de la función social.

Desde esta perspectiva de la función social, la CSJN entiende en un fallo clásico: un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. Lo que implica que la reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una

necesidad derivada de la convivencia social (CSJN en auto “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”. Sentencia 28/04/1922).

Es decir, lo que viene a enfrentar el principio del abuso del derecho -*ergo* en donde cobra entidad- es la cuestión de cuáles son los límites internos de los derechos subjetivos.

Es así que, se ha reconocido el mentado principio tanto en ordenamientos del sistema continental como del *common law*. Lo que trae aparejado, la significancia de que el ejercicio abusivo incumbe a la delimitación de los aspectos internos de los derechos subjetivos. Todo lo cual, se verá determinado por el rol de los principios generales (Alterini y López Cabana, 1990, p. 1116).

A continuación, consideramos poner de resalto dos cuestiones que traen consigo ciertas discusiones y sobre las cuales consideramos oportunos sentar nuestras opiniones al respecto.

La primera de ellas, es la que se suscita en derredor a la figura del abuso de posición dominante. En recepción a esta figura, dentro del mentado Título Preliminar, el art.11 del CCCN contempla el instituto del abuso de posición dominante. El cual expresa que, lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

A tal efecto, es necesario dirigirse a las disposiciones de la ley 27.442 de ley de defensa de la competencia, en su art. 5 que dispone que: A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

A continuación, el art. 6 de la citada ley considera que, a los fines de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, se deberán considerar una serie de circunstancias, tales como:

a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las

restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

En este sentido, coincidimos con Fissore (2014) en que el abuso de posición dominante es una subespecie del abuso del derecho (p. 73). Ello, *contrario sensu* Acosta (2017) quien considera que el abuso de derecho parte de la existencia de un derecho subjetivo, cuyo ejercicio entra en colisión con un interés ajeno no tutelado por una norma específica (p. 1). Mientras que en el supuesto del abuso de posición dominante la colisión es frente a una norma específica.

Con tal afirmación disentimos, toda vez que el término del derecho que conlleva la fórmula -abuso del derecho-, a nuestro criterio, posee una extensión amplia, incluyendo las actividades o conductas que realice el agente en manifestación del interés que ostente. Ello, en consonancia con lo dispuesto por el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual dispone:

Prohibición del abuso de derecho. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Es decir que, pese a que la ley de defensa de la competencia regule con mayor detalle el instituto, ello no implicaría que en un caso particular se expanda la figura, siempre que se tengan presentes los elementos que se consideren relevantes para la justicia del caso.

Es cierto, como dice Acosta (2017) que el abuso del derecho parte de una conducta legalmente permitida y el abuso de la posición dominante no lo hace. No obstante, lo que consideramos que cobra relevancia en tal caso, es la finalidad que ambas tienen -más allá de la apertura o restricción utilizada por el legislador en uno y otro caso- es la de delimitar conductas en un equilibrio funcional y razonable, que no genere un ejercicio abusivo de un derecho o interés, como así tampoco en el marco de una situación jurídica abusiva.

En cuanto al hecho de que uno afecta un interés público de carácter general -abuso de posición dominante-, mientras que el abuso de derecho tutela un interés privado, consideramos que dicha distinción, si bien es viable a los fines teóricos, representa una distinción necesaria entre el género y la especie. Debido a que, a los fines prácticos, la semejanza en ambos es que el núcleo de la afectación es el interés.

Por último, no coincidimos con otra de las diferencias que enmarca el autor citado respecto que sostiene que en el abuso del derecho el daño es actual y cierto. Mientras que para el abuso de posición dominante no debe necesariamente haberse producido la lesión.

En sentido contrario, sostenemos que en ambas figuras no es necesario el acaecimiento de la lesión. Ello, por imperio del 1710 que opera con transversalidad en todo el ordenamiento -trascendiendo a cualquier rama del derecho-, y, por la misma disposición del art. 10 último párrafo, en donde el legislador lo obliga al juez a tomar las medidas que sea necesaria para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica. Todo ello, opera aún *ex ante* al acaecimiento del daño consecuencia.

Por otro lado, es menester analizar la figura del abuso del derecho y la relación con la ilicitud atípica. En cuanto al principio del abuso del derecho, es menester resaltar la idea que replica Iannello (2017) acerca de la relación que tiene el mismo con el concepto de ilicitud atípica.

Según el autor citado, existe una regla general lícita, pero en su acción se la utiliza controvirtiendo un principio o conjunto de principios. Este sería el caso del abuso del derecho. El ilícito atípico constituye una acción que aun siendo *prima facie* subsumible en una regla permisiva, respecto de ellas no resulta aplicable la justificación subyacente a dicha regla permisiva, o esta se ve desplazada por algún otro principio, que, en relación con el caso, tiene un mayor peso (Iannello, 2017, p. 1198).

En otras palabras, Atienza y Manero (2000) sostienen que la acción está permitida en un primer momento por existir una regla regulativa que la permite. El cambio en su estado deóntico, se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso. Es lo que ellos llaman, laguna

axiológica del sistema de reglas. Y tal balance, exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso (p. 45).

Luego de esta serie de reflexiones, cabría considerar la postura que sostiene De Lorenzo (1996) en cuanto al juego que tiene el abuso del derecho con la teoría del daño injusto.

Este autor, entiende que en un primer momento la teoría del abuso del derecho nace para morigerar la rigidez del esquema clásico de la ilicitud, sin llegar al extremo de negarla. A lo que colige el interrogante acerca de la utilidad semejante que tiene el abuso del derecho con la teoría del daño injusto, en el hecho de que un determinado daño no deba soportarlo la víctima y, por ende, se opte por su desplazamiento (De Lorenzo, 1996, p. 83).

En este sentido, coincidimos en la similitud más no en la identidad que poseen en su esquema lógico, la utilización del principio del abuso del derecho con la teoría del daño injusto, toda vez que, el daño injusto consiste en determinar un disvalor de resultado a partir de una adecuada valoración comparativa de los intereses contrapuestos.

Es por ello que, sostenemos que la teoría del daño injusto se encarga de una etapa de razonamiento posterior al eventual abuso del derecho o interés de las partes, en la cual, el judicante, deberá tener en cuenta los parámetros ponderativos *-judicial balancing-* que exija el principio mentado, acorde a los parámetros de funcionalidad y equilibrio de las actuaciones *-sin perjuicio de los demás criterios axiológicos y normativos-*, para así, a la postre, lograr identificar los intereses en juego, sopesando los unos con los otros a los fines de desinsacular al que merezca mayor reconocimiento en el caso concreto.

5.2.1.5. Principio de inviolabilidad de la persona humana

El CCCN ha iluminado su hábitat moral, ético y jurídico en derredor de un ente insoslayable: la persona humana.

Como lo sostiene Lorenzetti (2014): “se ha evolucionado desde una concepción productivista, que considera al daño en función de lo que la persona da a la sociedad, hacia otro personalista, que se basa en lo que la sociedad debe a la persona” (p. 315).

Es por ello que, se ha pasado de colocar el foco en la propiedad *-códigos decimonónicos-*, al énfasis que coloca el CCCN en la persona humana. Es

prueba de ello, lo dispuesto en el Capítulo 3 sobre derechos y actos personalísimos. En el mismo art. 51 dispone que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Tal concepción, se relaciona con la mirada tuitiva que el nuevo cuerpo normativo recepta para la persona humana, es decir, en la prioridad a lo que se es y no a lo que se tiene (Saux, 2014, p. 276). De tal manera, el renovado código vigente instauro un eje axiológico en derredor a la persona humana y su dignidad.

Ello, ya se evidenciaba en diversos fallos de la CSJN, la cual venía consolidando -con anterioridad al CCCN- principios humanísticos, que a su vez, se nutrían del texto constitucional y convencional.

En tal sendero, es que la CSJN sostiene que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CSJN en autos: “Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social”. Sentencia: 24/10/2000). (CSJN en autos: Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688. Sentencia: 21/09/2004).

Por ende, el principio de inviolabilidad de la persona humana ocupa un lugar central y prioritario en nuestro ordenamiento, otorgándosele a la persona humana, una tutela indiscutida sobre la esfera que conforma a la misma en su faz esencial.

En dicho sentido, expresa Nino (1989) que, estos derechos individuales básicos, son un límite a la aprobación mayoritaria -es decir a los procedimientos democráticos-, ya que, en tal caso, tales derechos serían superfluos e inoperantes, y solo bastaría el principio de que se hace lo que la mayoría decide (p. 263).

Como expresa Zavala de González (1996), los derechos personalísimos se encuentran impregnados de humanitarismo, conducente a sensibilidad hacia las víctimas. La sensibilidad no es compasión, ni caridad, sino reconocimiento de sus desgracias inmerecidas y reacción con la injusticia que significan (p. 1190).

En otras palabras, es un principio básico que coloca a la persona en el centro del derecho, como fundamento tutelar amplio de la existencia de las mismas.

5.2.1.6. Principio de Igualdad

Aristóteles ya distinguía la correspondencia entre la igualdad y la justicia, en cuanto expresaba que lo injusto no es equivalente y, por lo tanto; desigual. De ellos, se deriva la posibilidad de un término medio de lo desigual; que es lo igual, debido a que como refería el mentado filósofo, en todo lo que hay más y menos también existe lo igual. Es decir, si lo injusto es lo desigual, lo justo será lo igual. En este sentido lo justo será un término medio, y, algo igual relativo a algo y respecto de ese algo (Aristóteles, 2014, pp. 174 y 175).

En otras palabras, la justicia conlleva igualdad, pero ésta debe ser entendida como igualdad entre los iguales, mientras que la desigualdad es justa, pero no para todos, sino para aquellos que sean desiguales.

Por nuestro lado, enuncia nuestra Constitución Nacional, en su art. 16 que no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Bajo la guarda del referido principio, se orientará la tarea legislativa al respaldo del mismo, en la creación del derecho, como también será un principio al cual deban atender los jueces en la aplicación del derecho (Alexy, 2012, p. 349).

A lo que debemos aditar la cimera resignificación que cobra tal principio en una sociedad contextualizada por el pluralismo, es decir, por la convergencia de grupos e intereses que distan de formar un cuerpo homogéneo.

Por ende, revitalizando las ideas aristotélicas, la justicia no podrá concebirse sin igualdad, y, por ende, no podrá entenderse a la primera sino como proporcionalidad (Aristóteles, 2014, p. 177)

5.2.1.7. Principio Pro Homine

Para presentar el principio *pro homine*, debemos retomar la idea central del CCCN; la constitucionalización del derecho privado, y, por ende, la categoría de derechos que merecen tutela jurídica privada-constitucionalizada.

Ello conlleva, como camino lógico inmediato, a remitirnos a la lectura de los arts. 1 y 2 de dicho cuerpo normativa. De la misma, surge la preponderancia que el legislador le otorga a los tratados de derechos humanos, y a los tratados en general como norte teleológico. Es decir, constituye un prisma hermenéutico-jurídico insoslayable.

En este sentido, Medina (2017) conceptualiza al precepto *pro-homine*, como ideal humanista que ordena al poder, en todas sus formas y expresiones, cualquiera sea su rostro, público o privado, a estar siempre a favor del hombre y su dignidad (p. 250).

En amplitud a lo reseñado, Pinto (1997) sostiene que:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes en el ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. (p. 163)

En otras palabras, estar siempre a favor del humano. Este principio, cobra relevancia en numerosas ocasiones en donde los derechos humanos coexisten.

Es por ello menester resaltar, que el principio de *marras* impone no extender más allá de lo permitido, el campo de las restricciones (Pinto, 1997, p. 166).

En igual sentido, Palacio De Caeiro (2015) enseña que, a las disposiciones de la CADH, la exégesis de sus cláusulas ha de practicarse en forma extensiva a favor de los seres humanos *-pro homine-*, es decir, de una manera evolutiva (p. 665).

En esta lógica, Bidart Campos (2000) desmenuza el principio en cuanto a la relación que tiene con las fuentes del derecho, sosteniendo que en la medida de que el principio *pro homine* se identifique como un principio de rango constitucional -cuestión a la que contesta afirmativamente-, será la misma fuente constitucional la que derivará a otra fuente, junto a su norma -o interés tutelado sumamos- que aporte la mejor solución al caso (p. 15).

En este entramado, el *principio pro homine* es fuente de una conexión axiológica jurídica cooperativa que tiene como objeto la realización efectiva de los derechos humanos (Giménez, 2016, p. 289).

5.3. Principios del derecho de daños

5.3.1. Generales:

En cumplimiento de la finalidad propuesta, desarrollaremos una serie de principios que orbitan en el derecho de daños de forma general. Es decir, que funcionan como cimientos estructurales y funcionales de una determinada materia; como es el derecho de daños.

En tal derrotero, esbozamos los siguientes principios:

5.3.1.1. Principio Fáctico

Pese a incurrir en una verdad perogrullo, es menester sentar los cimientos de la responsabilidad civil desde sus raíces, incluso aquellas que parezcan más obvias. En consecuencia, es menester recalcar que no es concebida la existencia de responsabilidad civil sin la existencia de un hecho.

Ahora bien, dichos hechos no podrán ser de cualquier clase, sino que, deberán ser hechos específicos, es decir que cumplan ciertos recaudos susceptibles de ser encuadrados jurídicamente.

En este sentido nos preguntamos: ¿Qué utilidad tiene la determinación de hechos dotados de relevancia jurídica en el ámbito de la responsabilidad civil? La respuesta se encuentra, en la perspectiva que tengamos del hecho se determinarán las consecuencias a las que nos enfrentamos.

En tal sentido, el CCCN consigna en el art. 257 la definición de hecho jurídico, por tal, se entiende al acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Por ende, del hecho que reúna en cada caso particular tales recaudos, se podrá sostener que cobran relevancia dentro del ámbito de la responsabilidad civil. Ej. Granizo que daña a un vehículo asegurado.

De acuerdo a lo conceptuado, el art. 257 del CCCN se encuadra en lo que se conoce como *fattispecie* proveniente del derecho italiano. La cual, entiende que los hechos jurídicos resultan ser los presupuestos fácticos de la norma abstracta.

En otras palabras, como entiende Messineo (1971), la *fattispecie* es la descripción abstracta que realiza la ley, de los acontecimientos que considera relevantes. Se trata de una hipótesis, de una suerte de situación típica, de la figura del hecho plasmada en el derecho (pp. 321 y 322, Tomo II).

Asimismo, adelantamos, que dichas *fattispecies* en la teoría del daño injusto, serán relevantes para que el juez -apreciando las diversas modalidades de las mismas-, establezca en cada una de ellas, si el daño es o no injusto (Visintini, 1999, p. 11, Tomo II).

5.3.1.2. Principio de la integridad del derecho

Concatenado al principio anterior, debemos situar al principio de derecho integro o integridad del derecho. Tal termino, lo hemos acuñado, en orden al nuevo paradigma con que el derecho transita los rieles de la modernidad jurídica.

Con antelación a la existencia del CCCN, podríamos haber llamado al presente principio: integridad normativa, más ello, deviene obsoleto, toda vez que -como hemos referenciado en Capítulos anteriores-, el derecho no se circunscribe al exclusivo análisis legalista. Por ende, no debemos soslayar la importancia -y, por ende, vigencia- de que el hecho deba estar en consonancia con el derecho.

En este sentido, debemos entender que la hermenéutica jurídica actual, otorga mayor amplitud en el sistema del CCCN, como hemos venido sosteniendo en el desarrollo de la investigación.

Una realidad irrefutable, es que no se puede concebir el derecho de daños solo con el código, sino que hay que hacerlo tanto desde los estatutos particulares, como desde un contexto global del ordenamiento jurídico, es decir, en consonancia con los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, incluso con un amplio abanico de fuentes como es por ejemplo el *Soft Law*. Sobre este ultimo, asistiremos a comprobar su importancia en el Capítulo 9.

5.3.1.3. Principio de no dañar a otro: *Alterum non laedere*

Es dable advertir al lector, que el presente principio se erige como cimero principio rector del derecho de daños. Es por ello, que optamos en el presente Capítulo solo tratarlo sintéticamente a los fines de orden expositivo. En el devenir de la presente tesis, realizaremos un análisis exhaustivo del mismo.

En diversas ocasiones, bajo la pluma de los juristas se manifiesta como *alterum non laedere* - o, *neminem laedere*-, lo que en su contenido interesa, es que estamos ante la presencia del principio de no dañar a otro.

Este principio, que proviene del derecho romano, más precisamente de las ideas de Ulpiano, ha evolucionado en el sendero del tiempo, para redimensionarse en la actualidad. Es así, que se considera una realidad incuestionable su anclaje constitucional en el art. 19 de la CN.

Asimismo, en esta ambivalencia del derecho privado y su constitucionalización, el mismo se consolida como máxima del sistema de responsabilidad civil extracontractual (Otaola, 2016, p. 42).

En este derrotero, debemos aclarar que el principio de no dañar a otro, trasvasa el ámbito del derecho privado, como lo sostiene la CSJN (“Morea, Mariana Marcela c/ EN -M° Justicia y DDH - SPF s/ daños y perjuicios. Sentencia 30/3/2004) (CSJN: “Fabro, Víctor y otra c. Provincia de Río Negro y otros”. Sentencia: 9/11/2000), (CSJN: “Coronel, Oscar A. y otros c. Ministerio de Defensa”. Sentencia 9/11/2000).

En relación a ello, se lo reconoce como un principio de raigambre constitucional (CSJN en autos: “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A. Sentencia: 05/08/1986), (CSJN en autos: Gunther c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ Recurso Extraordinario. Sentencia: 05/08/1986), (CSJN en autos: Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688. Sentencia: 21/09/2004), (CSJN en autos: “Díaz, Timoteo Filiberto c/Vaspia SA”. Sentencia: 07/03/2006), (CSJN en autos: “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional”. Sentencia: 26/12/2017).

Al mismo tiempo, cuando nos referimos al *alterum non laedere* -traemos en este breve, pero profundo apotegma-, una historia milenaria que nos remonta al jurista romano: Ulpiano.

En este sentido, Fernández de Buján (2004) expresa que además del espíritu del Derecho Romano, también las instituciones como sus reglas y principios se fueron cristalizando en la mayoría de los códigos civiles europeos. Ello, trae a la superficie la actualidad y vigencia del Derecho Romano en el derecho actual (pp. 480-491).

Por su parte, Franzoni (1999) enseña que este principio, inmutable en el tiempo, pretende indicar tanto una regla de comportamiento cuanto un precepto, cuya violación debe ser sancionada (p. 68).

Es virtud de lo expuesto, nuestro CCCN contempla el *alterum non laedere* en dos artículos diversos; por un lado, respecto a la función preventiva en el art. 1710, mientras que para la función resarcitoria lo hace en el art. 1716 del mismo cuerpo.

Mientras que, para los que consideramos loable la utilidad de los daños punitivos o también llamada multa civil -hoy contemplado expresamente en el art. 52 bis de la LDC-, también se ampara bajo el manto del *alterum non laedere*, toda vez que, de permitirse las conductas graves y desaprensivas se invitaría al eventual agente responsable/s a reiterar conductas que dañen a terceros (Otaola, 2016, p. 49).

Con respecto al derogado CC, compartimos la postura de De Lorenzo (1996), quien expresa que la figura del *alterum non laedere* tiene virtualidad propia en el art 1109, con aptitud *per se* para ser fuente de la responsabilidad civil, sin perjuicio de que el vetusto -y derogado- sistema civilista realizaba la reconducción a la antijuridicidad típica del art. 1066 (pp. 59 y 60).

5.3.1.4. Principio en favor del damnificado

Hacemos nuestro -como sustrato elemental del desarrollo de nuestra tesis- el rótulo de que, se ha pasado de colocar el énfasis en el daño injustamente sufrido, antes que en el daño injustamente causado (Olaciregui y Ray, 2007, p. 1179).

Como ya lo advertía Lorenzetti (2006) desde la reforma del CC, en el año 1968, la responsabilidad civil comenzó a tener nuevos enfoques, basado en la protección de la víctima -hoy más propio es hablar de damnificado- y en la objetivación de la responsabilidad (p. 70).

Esto tiene su correlato, en que la responsabilidad civil ha evolucionado de una responsabilidad que se basa en la deuda, hacia una que lo hace en el crédito. En esta última, el derecho mira a la víctima -damnificado-, y ya no le interesa castigar, sino reparar (Lorenzetti, 2006, p. 72).

Sobre el asunto de que el derecho de daños en la actualidad coloque el foco en los sujetos damnificados de daños injustos -actual o en su carácter

potencial-, constituye una evolución hacia una protección más contundente del *alterum non laedere*. Por ende, el antaño *favor victimae* -actual favor del damnificado- se refuerza con el principio central del *alterum non laedere* o derecho de no dañar al otro.

Adelantándonos, el presente principio, será apto -por sí mismo- para suministrar protección a todo interés merecedor de tutela. Sin necesidad alguna de derecho subjetivo previo.

Eso conllevaría la consagración del daño en derredor a este principio. En tal sentido pregonamos la fórmula propuesta por De Lorenzo (1996): En principio todo daño sufrido es injusto, salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado (p. 77).

En consonancia, expresa Zavala de González (2011) que no existe un derecho a dañar que se excepcione en una expresa prohibición, sino por el contrario; existe un deber de no perjudicar, salvo que se encuentre justificado hacerlo. Como resultado, tal prohibición dimana directamente del art. 19 de la Constitución Nacional (p. 1117).

5.3.1.5. Principio de prevención del daño

Uno de los grandes hitos del derecho de daños que consolida el CCCN, es sin lugar a dudas la prevención del daño.

Ante todo, surge un interrogante sobre el cual invita a cavilar Zavala de González (2011): “¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegar a serlo?” (p. 1117).

Ello, posee un propósito que ya se venía reconociendo con la tutela inhibitoria, la de anticiparse al acaecimiento de un daño, lo cual, es sustancialmente preferible a la atención de la tradicional función reparatoria (Saux, 2006, p. 133).

En igual sentido, entendemos junto a Zavala de González (2011) que se debe defender la idea de que es mejor prevenir que reparar -así no sea más barato en todos los casos- pues la reparación presupone un daño injusto, el cual no puede ser borrado así se procure una excelente compensación en favor de la víctima (p. 1117).

El principio descrito, se encuentra consolidado legislativamente en el art. 1710 y siguientes del CCCN.

En este proceso previo a la consolidación legislativa referida, a modo ejemplificativo, se reconocían diversos fallos reconocidos de mandatos preventivos, tales como la reconocida sentencia de Camacho Acosta (1997), en la cual se dispone el mandato preventivo de otorgarle la prótesis que solicitaba la actora, en virtud del perjuicio irreversible que ello podía ocasionar en la recuperación de la víctima (CSJN en autos Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros. Sentencia 07/08/1997).

Por otro lado, en el fallo Altamirano (1986), en el cual acontece un luctuoso hecho en el que fallece un niño de 10 años al adentrarse en una laguna que se había formado en el terreno de la demandada. En consecuencia, el juez Iribarne responsabiliza a esta última en la sentencia resarcitoria, y, a su vez, -sin estar legislada la función preventiva- manda a la demandada a que restaure el cauce del arroyo para que no se acumule el agua y a cercar la propiedad bajo apercibimiento de que el municipio lo realicen a costa de la demandada (Cam. De Ap. Civ. Y Com. De Morón, Sala II. En autos: Altamirano Elsa c/ Cerámica San Martín S.A y otros. Sentencia 10/07/86).

Es ostensible de los dos fallos reseñados como se aplican mandatos preventivos dentro de una causa de carácter resarcitorio, siempre que, la función preventiva no se encontraba legislada como una función de la responsabilidad civil.

En el estado actual, con vigencia del CCCN y, por ende, en plena vigencia y vitalidad de la función preventiva, el juez Domínguez de la Cámara de Apelaciones de Salta dispuso que el Sindicato de Conductores de Taxímetros de debía abstenerse de concretar las manifestaciones que tenía previstas realizar en la Estación de Servicio para el día 7 de septiembre del 2015.

Tal medida, es dispuesta en virtud del peligro que conllevaría tal evento para la seguridad pública, como así también, para ejercer el derecho de trabajar, comerciar y ejercer industria lícita que respalda la C.N.

Asimismo, manda a que se comunique la presente decisión a la Jefatura de Policía de la Provincia, para que garantice la seguridad pública debiendo adoptar las medidas y protocolos que la actividad de protesta anunciada requiera, la que deberá ser comunicada con carácter urgente en estas actuaciones (Cam. Ape. Civ y Com de Salta. En autos: Cámara de Estaciones de servicios, expendedores de combustibles y afines de la Provincia de Salta vs.

Sindicato de Conductores de Taxímetros y Afines de Salta (SICOTASA). Sentencia: 03/09/2015).

En conclusión, en virtud de las exigencia ética y jurídica de no dañar que hemos referido como principio, es menester ante todo impedir los daños injustos, al margen de reparar los que se hayan causado (Zavala de González, 2011, p. 1117).

5.3.1.6. Principio Sancionatorio-Disuasivo

Sin intenciones de adentrarnos al intrincado camino legislativo que conllevaron las discusiones preliminares de la creación del CCCN, en cuanto a que se introduzca o no la función sancionatoria como una tercera función de la responsabilidad civil, sostenemos que, pese a que la misma fuera extirpada del art. 1708, se mantiene vigente en el derecho privado.

Ello, por dos motivos; uno de ellos es que subsiste en el derecho del consumo en el art. 52 bis, lo cual, al constituir un microsistema del derecho privado, no encontraríamos razones para apartarse de este instituto en el CCCN.

Por otro lado, al constituir la función punitiva una finalidad preponderantemente preventiva-disuasiva, no encontramos reparos a que sean aplicables las disposiciones de la función preventiva. Toda vez que, la amplitud de dicha función es ostensible en el art. 1710, el cual dispone con meridiana amplitud que: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

En virtud de ello, consideramos que el principio de sancionatorio-disuasivo se mantiene vigente como función del derecho -sin necesidad de recurrir al derecho del consumo-, siempre que se acredite y justifique su carácter preventivo-disuasivo (Michi, 2019, pp. 117 y 118).

5.3.2. Específicos

5.3.2.1. Principio de Amplitud del Daño

Como lo reseña Alferillo (2016), uno de los temas más sorprendentes del régimen de la responsabilidad civil, es la mutación del concepto del daño resarcible (p. 199).

En un primer momento, se entendía sólo como daño resarcible a la lesión de un derecho o un interés legítimo, entendiéndose al que se protegía por la ley. Así fue, que con el pasar del tiempo se entendió comprendido dentro concepto de daño resarcible, al simple interés.

La línea propuesta, obedece a la recepción de mandatos constitucionales como son los arts. 41 y 42 de la CN. En atención, a las necesidades expuestas en los preceptos, se amplía ostensiblemente la apertura de un catálogo de intereses que merecen tutela.

En tal razonamiento, el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente integraba la esfera de su actual lícito *-agere licere-*, es decir, de su actuar no reprobado por el ordenamiento jurídico. Es así que la lesión a ese interés produce un perjuicio (Zannoni, 1993, p. 29).

En atención a tales consideraciones, nuestro CCCN dispone en su art. 1737 que: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En esta nueva cosmovisión del daño, se amplía su concepto, extendiéndose no solo a los derechos subjetivos, sino también a los intereses lícitos, legítimos o simples con la condición de que no sean repudiados por el ordenamiento jurídico (Galdós, 2015, p. 473).

Es decir, que si estamos frente a un interés legítimo; entendido como un supuesto de alteración de una situación jurídica de provecho, amparada por un derecho subjetivo, como el caso de los intereses simples; en los cuales estamos ante una alteración de una situación fáctica de provecho, que si bien no resulta exigible por carecer el sujeto de medios de protección legítimos que aseguren su satisfacción, le generan, una expectativa lícita de permanecer en dicho estado (Galdós, 2015, p. 475).

En el mismo sentido, expresa Urbina (2015) que el daño en sentido jurídico, es aquel que sin estar justificado afecte algún interés, que a su vez acarree consecuencias (p. 234).

5.3.2.2. Principio de Causalidad

El presente principio, es un presupuesto fundamental en el Derecho de Daños. El mismo tiene como propósito, establecer una conexión causal que apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente, lo que supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias (Jalil, 2015, p. 454).

Este principio rector de la responsabilidad civil será esencial para cumplir una doble función: determinar la autoría -quién debe considerarse jurídicamente como autor de un determinado daño-, y establecer la extensión del resarcimiento -qué consecuencias debe reparar quien resulte responsable- (Picasso, 2015, p. 418).

5.3.2.3. Principio de Responsabilidad Objetiva

Como una primera aproximación, el principio de la responsabilidad objetiva responde a una concepción solidarista del derecho, que pone especial énfasis en la protección de quienes son económicamente débiles, con el propósito de concretar un ideal de igualdad que no sea meramente formal (Pizarro, 2015, p. 98, Tomo I).

En este terreno, es que la teoría del riesgo y sus transformaciones implican un cambio radical de perspectivas de la responsabilidad civil, así como también una revolución conceptual (Brun, 2015, p. 165).

En tal sentido sostiene Viney (2007) -reflexionando sobre las enseñanzas que en el tema aportó Saleilles (1898)-, la idea de que es injusto e inhumano un sistema que permite tomar los riesgos en detrimento de otro (p. 110).

En tal lógica, deviene indiscutido el hecho de que la responsabilidad civil se encuentran inmersa en una socialización del riesgo (Pizarro, 2015, p. 99).

En orden al desembarco normativo de los factores de atribución, cabe consignar que el legislador del CCCN ha pronunciado en el art. 1721 que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

En atención a lo expuesto, se desprende que, en caso de que expresamente no se exteriorice el carácter objetivo en una norma, el factor de atribución será la culpa. Es decir, el factor subjetivo de la culpa, ocupa un rol residual, como criterio legal de imputación de responsabilidad a un determinado sujeto.

Retomando la política legislativa adoptada en el CCCN, el art. 1722 manifiesta en qué casos el factor de atribución es objetivo, optando el legislador por el criterio de la negativa, es decir, será un factor de atribución objetivo cuando existe ausencia de la culpa. Es decir; cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.

Ahora bien, cuando uno recorre el ordenamiento jurídico la mayoría de los supuestos que se encuentran en la práctica jurídica del derecho de daños; son de responsabilidad objetiva.

Surgen ostensiblemente como puerta de entrada a la responsabilidad objetiva los arts. 1757 y 1758 del CCCN. No obstante, en la medida que nos sumergimos en la profundidad del ordenamiento jurídico, encontramos numerosos casos en el mismo CCCN, como así también, en diversos microsistemas que conforman al ordenamiento jurídico argentino.

En este sentido, es ejemplo de lo antedicho, el estatuto de la LDC, en la actividad riesgosa del derecho minero, accidentes de trabajo, derecho aeronáutico, derecho ambiental, daños nucleares, residuos peligrosos, entre otros. Mientras que en el cuerpo del código encontramos supuestos como el riesgo o vicio de las cosas, responsabilidad por hecho ajeno, responsabilidad por los animales, responsabilidad colectiva, entre otros.

Asimismo, los diversos grupos de responsabilidad objetiva que se contemplan son: el riesgo -arts. 1757 y 1758-, la equidad -arts. 1742 y 1750-, la garantía -arts. 1753 y 1767-, el abuso del derecho -arts. 10 y 11-, el exceso de la normal tolerancia (art. 1973). No dejando de resaltar que dichas categorías no devienen un catálogo cerrado.

De lo anteriormente expuesto, podemos constatar como conclusión; una hiperobjetividad de los factores de atribución a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico privado.

Sin perjuicio de lo constatado en la práctica, el legislador no se pudo apartar de la milenaria figura de la culpa como factor subjetivo de atribución, toda

vez que la misma cumple el rol de informar moralmente la conducta humana en una sociedad.

Lo antedicho, se suma a la idea de que soslayar la moral de la conducta humana en el ámbito de la intersubjetividad, llevaría indefectiblemente a una distorsión y abuso del fenómeno asegurador en concomitancia con el desinterés de los potenciales agentes dañosos en evitar el daño -como manda el art. 1710 y ss. del CCCN- (Viney, 2007, p. 134).

Ello, a tal punto de generar un fenómeno de distorsión económica, social y jurídica insostenible en la práctica, trasvasando los márgenes tolerables para la convivencia humana que el derecho tiene como finalidad mantener en equilibrio.

En otras palabras, suprimir la culpa legislativamente, implicaría desprender un concepto moral antiquísimo, con las consecuencias jurídicas y metajurídicas que ello puede conllevar. Sin perjuicio de lo expuesto, ello no implica que, con el devenir del tiempo, no haya llevado a que los factores objetivos se multipliquen en la jurisprudencia, desplazando -en gran medida- al factor de atribución subjetivo.

De igual manera, las repercusiones expuestas conllevan consecuencias ostensibles en materia asegurativa. Debido a que, a mayores bienes en el mercado, los cuales se van configurando en atención a las nuevas necesidades humanas, se generan mayores riesgos, los cuales serán causa de contratos de seguro, mientras que los intereses asegurables -en aumento-, serán el objeto de los mismos.

A esta altura, no deja margen a dudas que los deseos de Josserand y Saleilles como los grandes promotores que fueron de las primeras teorías objetivas en Francia, fueron satisfechos con plenitud con el devenir de la historia. Más aún, si tenemos presente que ambos autores no tenían como fin explicar el derecho existente de su época, sino modificarlo o transformarlo en un sentido que ellos estimaban -con buen tino-, más justo (Viney, 2007, p. 112).

Como conclusión consideramos oportunas las palabras de Ghersi (1999):
El derecho de la empresa ha avanzado sobre el derecho del hombre. Ha justificado daños, con el argumento de que los riesgos que le ha trasladado son los propios del

desarrollo, de la necesaria experimentación que traerá el beneficio del progreso. (p. 26)

Con dicho propósito, debemos revertir los efectos nocivos que se ocasionan a los damnificados, sin subterfugios que vayan en desmedro de quienes se encuentran inmersos en posiciones asimétricas de poder -de facto y jurídicas-.

5.3.2.4. Principio de la interpretación del interés preponderante

El presente principio es propio de la tesis que sostenemos acerca de la teoría del daño injusto. De lo que hemos desarrollado hasta aquí, podemos evidenciar el hecho de que la responsabilidad civil gira alrededor de la tutela de intereses.

Como expresa Geny (1925) “el objeto de este tipo de interpretación es la de dar una adecuada satisfacción a las diversas aspiraciones rivales, cuya justa conciliación aparece necesaria para realizar el fin social de la humanidad”. (p. 620). Ello se constata en la idea de que la intersubjetividad y la creciente fuente de perjuicios, conllevan una superposición de situaciones en las que los intereses de diversos sujetos se encuentran en pugna.

Como decía Esser (1961) el interés, es sinónimo de ponderación que el juez debe realizar entre los intereses particulares y colectivos -art. 1737 del CCCN, le sumamos-, tantos de los afectados por el resultado objetivo de la medida concreta, como de los que en general están enlazados con el ordenamiento jurídico en el caso en cuestión.

En virtud de ello, una teoría que pretenda dar una respuesta integral al problema de la reacción al daño injusto, debe suministrar las bases que posibiliten determinar en qué supuestos se menoscaba el interés. Es decir, otras palabras cuándo la lesión a un interés -núcleo de tutela- debe ser calificada de injusta (De Lorenzo, 1996, pp. 48 y 49).

En tal sentido, como anticipábamos, la determinación del significado y alcance de la injusticia estará a las resultas de un juicio de ponderación.

De tal forma, siguiendo las ideas de De Lorenzo (1996) debemos entender que todo daño será injusto, salvo que si como resultado de una valoración comparativa de los intereses involucrados en el conflicto, resulta específicamente justificado el del lesionado (p. 79).

Retomando lo antedicho, será necesario mediante el principio de interés preponderante, que se coloquen los intereses en juego en una balanza, de la cual el judicante deberá sopesar y desinsacular el interés preferente de uno sobre otro mediante la realización de un análisis comparativo.

En otras palabras, los intereses de las partes en la contienda, deben ser valorados y priorizados teniendo en cuenta los de ambos: el lesionante y el lesionado. Para así, a la postre, determinar cuál debe ser preponderante.

Como ilustra Geny (1925) habrá que reconocer los intereses que se oponen, evaluar su fuerza respectiva, pesarlas en la balanza de la justicia, con la mira de asegurar la preponderancia de las más importantes, según un criterio social; y, finalmente, establecer entre dichos intereses, el equilibrio deseado (p. 620).

Sobre tal principio, iremos desarrollando nuestra tesis central, y lo iremos relacionando con otros institutos a los que acudiremos en adelante.

5.4. Conclusiones

A modo de conclusión, son oportunas las ideas de Alpa (2016), quien al analizar hacia donde se dirige la responsabilidad civil, esclarece la tendencia de que hoy, más que nunca, se está tendiendo hacia un comportamiento pragmático. Por tal, se entiende una apreciación especial de las circunstancias, una consciencia particular de los criterios de distribución del daño, una combinación óptima de institutos, principios y reglas para obtener el resultado deseado (p. 1311, Tomo II).

De lo evidenciado a lo largo del Capítulo desandado, hemos constatado que los principios generales del derecho poseen un rol fundamental en el derecho actual, y en específico en el área del derecho de daños.

En virtud de tal protagonismo, identificamos a la hiperinflación normativa como una causa de desbordamiento legal que no solo vuelve ineficiente al derecho, sino que lo termina por volver mas confuso, al mismo tiempo que se materializa un cambio de paradigma jurídico que sitúa la atención en la importancia del damnificado por sobre la misma causa del daño.

Desde otra atalaya, es dable resaltar que recobra nuevamente importancia la constitucionalización del derecho privado, con ello, los nuevos

matices que se traducen en reglas y preceptos hermenéuticos que trasponen las barreras que antaño colocaban entre derecho privado y derecho público.

En este aspecto, se corrobora la concordancia con lo expuesto por Lorenzetti (2014) en las palabras preliminares del CCCN, quien explica que existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales (p. 3).

Ello nos conduce a entender al derecho como unidad. En consecuencia, bregar por la recomposición de la unidad jurídica, en virtud de las ventajas que ello conlleva para los damnificados en el derecho moderno, siempre que los mismos se encuentran cada vez más desamparados en una sociedad de riesgos.

De tal escenario, la ruta se transforma en nuevos caminos, echando mano a nuevos principios, los cuales se erigen como herramientas que actúan en pos del paradigma de la defensa de la persona humana y su dignidad.

Así, reflexionar sobre los valores que cada época y cada comunidad proponen en el renovado contenido de principios mutables, es el eje sobre el cual se deberá ponderar a los intereses en juego.

En concordancia a lo expuesto, la historia del derecho nos demuestra una oscilación pendular. Así, los romanos en un primer momento concebían a la responsabilidad civil como factor de atribución objetivo, con diversos principios rectores del derecho. Ahora la historia parece volver a adoptar prístinos criterios en auxilio de nuevas necesidades, pero sin soslayar cuestiones modernas como el avance del derecho supranacional y comunitario, los fenómenos de hipertecnologización creciente, la prioritaria tutela de los bienes colectivos, entre otros.

En base a todas las ideas expuestas, consideramos que un pormenorizado estudio y aplicación de los principios, serán la puerta de entrada a una gran fuente del derecho que conduzca a viabilizar la finalidad última del derecho: la Justicia. Dicho ello, podemos sostener que tenemos las llaves, aunque solo nos reste abrir las puertas.

En tal sentido nos dedicaremos a continuación a realizar una profundización en los aspectos centrales de la antijuridicidad, para así, finalizar a la postre postulando su destierro como presupuesto en el sistema de daños vigente.

Capítulo VI

LA ANTIJURIDICIDAD EL DESTIERRO DE UNA FICCIÓN OBSOLETA EN EL DERECHO DE DAÑOS

Alguna vez dijo Einstein: “Conceptos que en el orden de las cosas se han mostrado útiles alcanzan con facilidad una autoridad tal sobre nosotros, que olvidamos su origen terrenal y los aceptamos como datos inmutables (...) con frecuencia tales errores hacen inviable durante mucho tiempo el camino del progreso científico”. (Padova, 2013, p. 294)

6.1. Introducción: consideraciones en torno a la noción de antijuridicidad o ilicitud en el marco de la responsabilidad civil

Bajo el presente Capítulo desarrollaremos un análisis en derredor del instituto jurídico de la antijuridicidad. Para llevar a cabo la presente exposición, asistiremos a demostrar cómo se origina la misma, qué evolución ha tenido, para luego, analizar por qué consideramos que la antijuridicidad se diluye en las orillas del derecho moderno.

En primera medida, cabe aclarar que la antijuridicidad ha sido siempre materia de cuestionamientos, al punto de considerarse por ciertos autores como una de las cuestiones más espinosas de la responsabilidad por daños (Vázquez Ferreyra, 1993, p. 121).

En consonancia con tal complejidad, es que se denotan ciertos ordenamientos jurídicos mundiales con total ajenidad a la antijuridicidad como presupuesto autónomo -para otros, ni siquiera tratándose de un presupuesto de la responsabilidad por daños-, por ejemplo; España (véase Céspedes Muñoz, 2008, p. 35), y Francia (véase De Lorenzo, 1996, p. 34 y 35).

Por el lado de nuestra cultura jurídica local, es insoslayable que, tanto la legislación, doctrina y jurisprudencia han dedicado un profuso análisis alrededor del instituto.

En vista de lo reseñado, nos trasladamos a analizar brevemente los comienzos del mentado instituto, el cual tiene sus orígenes en el derecho penal, para luego desembarcar en el derecho civil, terreno en el cual se desarrollará con ciertos particularismos.

Retrotrayéndonos, ilustraremos sintéticamente los orígenes siguiendo las ideas de Ripoll Montijano (2013).

Como punto de partida, se tiene por cierto que la antijuridicidad se emplea terminológicamente en el Siglo XX por parte de la doctrina jurídica germánica, por ende, ello derivó en la implementación de la misma en el reconocido BGB alemán.

Este antecedente, es el que ejerció una gran influencia -debido el gran prestigio y popularidad de dicho cuerpo legal alemán- en códigos civiles de otros países, como fueron Italia – art.2043-, Portugal -art. 483.1- y Holanda -art. 6:162-

Sin embargo, con anterioridad al mentado BGB, en el SXIX se vislumbran ciertos códigos civiles, como fueron los casos del *Obligationenrech* suizo y el Código Austríaco de 1811, en su Art. 1294.

En referencia a las influencias del BGB en diversos ordenamientos, cabe resaltar que no fueron influenciados la totalidad de los ordenamientos, sino que ciertos países de tradición continental como fueron Francia, Bélgica y España, no han receptado a la antijuridicidad. Menos aún se han referido a la antijuridicidad, los países alineados al sistema jurídico del *common law*.

Las anteriores ideas expuestas, nos llevan a resaltar que, la antijuridicidad tiene su procedencia, y, por ende, su génesis en el derecho penal. Es por ello, que ha llegado con las influencias de Italia, a incorporarse la figura de la antijuridicidad en materia penal en el derecho español, país sobre el cual, manifestamos que no contempla el instituto en el ordenamiento privatístico.

En este sentido, es notable la influencia que ejercerá la idea de la antijuridicidad en el derecho iberoamericano con la traducción que realizó Jiménez de Asúa, del Tratado de derecho penal de Franz Von Liszt.

Así las cosas, la proliferación en el uso del derecho penal argentino fue *in crescendo*, para luego traspasar las fronteras del derecho penal y pasar a situarse dentro del derecho civil, como un presupuesto de la responsabilidad por daños.

Un claro ejemplo de estas nuevas fronteras de la antijuridicidad, se constatan en las páginas de Enneccerus- Kipp- Wolff (1935, p. 421).

6.1.1. Concepción de la antijuridicidad

En referencia a las concepciones de la antijuridicidad, conviene resaltar, de igual manera el sentido histórico-cronológico del instituto. Es decir, se evidencia que la configuración inicial acerca de la primera concepción, fue necesitando de una readaptación para cumplir con la finalidad que le exigían los cambios y avances de la sociedad.

En tal sentido, se entendió en un primer momento a la antijuridicidad desde un carácter formal, para luego pasarse a entender en la actualidad, desde un sentido material. En idéntico sentido, aconteció con su carácter subjetivo en un primer momento, para luego pasarse a entender a la antijuridicidad en un sentido objetivo.

6.1.2. De la antijuridicidad subjetiva a la antijuridicidad objetiva

Para diferenciar estas dos concepciones de la antijuridicidad, es menester en primer lugar, realizarse las siguientes preguntas: ¿cómo debemos realizar el juicio de desvalor? ¿Desde un aspecto objetivo o subjetivo?

Cuando hablamos de la perspectiva objetiva, tanto en materia penal y civil, se parte de interpretar la valoración de un acto -sin perjuicio de las precisiones que haremos al respecto-, como un contradictorio con el orden jurídico. Es decir, se prescinde de la culpabilidad o inculpabilidad del autor. (De la Rúa y Tarditti, 2014, p. 543).

Dentro del derecho civil argentino, fue Alterini (1972) uno de los precursores de esta concepción al concebir a la antijuridicidad -ilicitud- de una forma objetiva. El mismo, expresaba que la misma, se refería a una observación previa y primaria del acto, que no penetra aún en la subjetividad del agente. (p. 67). (En igual sentido, Orgaz, 1973, p. 32).

En otras palabras, mediante tal juicio de disvalor, se puede establecer cuándo una conducta es -en abstracto- jurídicamente reprobable. (Alterini, 1972, p. 81).

A propósito de lo expuesto, se entiende por antijuridicidad objetiva a la que surge de la observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente (Lorenzetti, 1996, p. 1108).

En orden a este cambio de paradigma en la antijuridicidad, señalan Picasso y Sáenz (2019) que el cambio tuvo lugar en las primeras décadas del

Siglo XX, lo que implicó que el eje del sistema se trasladara de la culpa al daño. (p. 267, Tomo 1).

Por su parte, las tesis subjetivistas, parten de la idea de que sólo existen ilicitudes culpables. (Fontán Balestra, 1998, p. 254). (Petrocelli, 1962, p. 149)

Es decir, siguiendo las ideas de Fontán Balestra (1998) podemos afirmar que, en la antijuridicidad concebida de forma subjetiva, la obediencia o desobediencia de un imperativo supone un acto anímico constituido por la conciencia de obrar contra derecho. Esta sería la particularidad de la perspectiva subjetiva: no poder hablar de acto ilícito, sin participación de un sujeto. (p. 255).

En consecuencia, en este último aspecto, ha sido profusa la doctrina -a la cual adscribimos- en destacar la confusión entre la antijuridicidad con la culpabilidad. Esto ocurre, tanto en ámbito del derecho penal, confundiendo las fronteras de dos elementos de la teoría del delito -antijuridicidad y culpabilidad- y, por el lado del derecho privado -a cuyo desarrollo nos encaminamos- se confunden los presupuestos de la responsabilidad civil de la antijuridicidad con el de los factores de atribución. (De la Rúa y Tarditti, 2014, p. 539) (Calvo Costa, 2009, p. 1) (Zavala de González, 2015, p. 393, tomo 1) (Orgaz, 1973, p. 101).

6.1.3. Desde la antijuridicidad formal a la antijuridicidad material.

Por otro lado, diferenciar entre una antijuridicidad formal y material, adquiere diversas connotaciones al referirnos a los efectos -amplios o restringidos- a los que se quiera circunscribir el ámbito de actuación del instituto.

De esta manera, en palabras de Fontán Balestra (1998), se adjudica a Von Listz la primera distinción entre antijuridicidad formal y material. En efecto, se entiende por antijuridicidad formal a la que infringe una norma establecida por el Estado e incorporada al ordenamiento jurídico. (p. 256). Mientras que, por antijuridicidad material, cuando esa conducta es contraria a la sociedad -antisocial-.

En términos de Picasso (2013), la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho. (p. 666).

En el mismo sentido, señala Zavala de González (2015) que la antijuridicidad no se circunscribe a la violación de normas legales o

contractuales, sino que también abarca la transgresión a valores y principios jurídicos (p. 389, Tomo 1). (En igual sentido Vázquez Ferreyra, 2015, p. 39).

Por su parte, Bueres (1989) sostiene que la antijuridicidad presupone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo el mismo, de leyes, costumbres, principios jurídicos y hasta reglas de orden natural. (p. 149).

Asimismo, y, dicho en otras palabras, por antijuridicidad material entendemos a aquella que considera que la ilicitud desborda el limitado criterio de la contradicción con normas expresas, por lo que, para caracterizar un acto como lícito o ilícito se recurre a elementos distintos que integran el orden jurídico (López Mesa, 2008, p.20).

De esta manera, se permitió encontrar a la antijuridicidad en todo el ordenamiento, incluida en las sentencias que delinear deberes de comportamiento (López Herrera, 2014, p.1013).

En conclusión, siguiendo las ideas Zavala de González (2015), la antijuridicidad material refiere a un espectro de principios y valores, como la buena fe, la funcionalidad en el ejercicio de los derechos y el respeto a una moral elemental, incorporada a convicciones sociales y reflejadas en usos generalizados. (p. 390).

6.1.4. La antijuridicidad: ¿Disvalor de conducta o de resultado?

En virtud de la cosmovisión material de la antijuridicidad, se debe pensar en la misma como un juicio valorativo o juicio de disvalor que resalta un carácter no permisivo para el ordenamiento jurídico, en derredor de una lesión -o riesgo de tal- a un bien o bienes jurídicos, en los cuales se sustentará el interés merecedor de protección.

En materia de antijuridicidad es discutida la cuestión en referencia a si el juicio de disvalor que se realiza en la operación lógica de la misma, corresponde a un juicio en relación a la conducta o al resultado de la misma.

En este marco, esta diferenciación no es baladí, en el sentido que permite asignarle funciones y posiciones diversas al instituto, con ostensibles efectos prácticos.

A decir verdad, la gran mayoría de la doctrina sostiene que el juicio de disvalor de la antijuridicidad recae sobre la conducta del agente.

Asimismo, la discusión trascendió los ámbitos de la materia. Ya que, tanto en el ámbito penal como civil se han alojado estas posturas divergentes.

En referencia a la materia penal, autores como De la Rúa- Tarditti (2014) han dejado en claro que el disvalor de la acción -conducta- es propio de las doctrinas subjetivistas que hemos referenciado anteriormente, siempre que, la finalidad contraria a la norma se encuentra completa y exteriorizada. (p. 542).

En asidero a lo expuesto, ejemplifican que en el caso del derecho penal se punen de manera diferentes el delito consumado y tentado, con lo cual se evidencia que el disvalor del resultado no puede quedar al margen del juicio antijurídico. (De la Rúa- Tarditti, 2014, p. 542).

Asimismo, es profusa la doctrina que considera en el sistema de responsabilidad civil, la antijuridicidad debe referirse al juicio de disvalor de la conducta y no del resultado.

Desde otra vereda jurídica, en el derecho civil surgen posturas en pos de reconocer el juicio del disvalor en el resultado. Todas estas concepciones, son el fruto de concebir el nuevo paradigma de la responsabilidad civil desde la primacía del presupuesto del daño, y ya no desde el acto ilícito, aunque manteniendo -forzadamente a nuestro criterio- la vigencia de la antijuridicidad como presupuesto del derecho de daños.

De esta forma, resalta De Lorenzo (1996) que uno de los cambios de mayor envergadura que sucedieron en el ámbito de la responsabilidad civil, lo constituye, sin lugar a dudas, la transición del principio del acto ilícito al del acto dañoso”.

En el mismo sentido, Agoglia (1999) concluye que el epicentro de la antijuridicidad reside en el resultado disvalioso; o sea que lo trascendente en el nacimiento del deber de responder no es la antijuridicidad de la conducta, sino la injusticia del daño (p. 30). En otras palabras, la ilicitud está referida al efecto dañoso de la actividad y no a la actividad en sí. (Alpa, 2016, p. 392. Tomo 1).

Por ende, se puede aseverar, que mientras el disvalor en la conducta opera en una lógica subjetivista, desde las antípodas, surge la primacía del juicio del disvalor en el resultado, criterio el cual, se enrola con el ostensible crecimiento de la responsabilidad objetiva en el derecho argentino.

En consecuencia, De Lorenzo (1996) vaticinó que la tendencia del derecho de daños era comenzar a esquematzarse en derredor del menoscabo

sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo genera. (p. 22). Sobre este tema ampliaremos en el siguiente Capítulo al desarrolla las concepciones *contra ius* y *sine iure*.

Avanzando en nuestro razonamiento, siguiendo las ideas de Casiello (2001), es cierto que se corresponde la ilicitud con un juicio de disvalor en la conducta o acción para determinar la antijuridicidad. Sin embargo, ello no obsta a que tal conducta antijurídica no conduzca indefectiblemente al daño jurídico como resultado. (p. 6)

En este sentido Macías Castillo (2004) sostiene que “cualquier rastro de ilicitud habrá que buscarlo en el resultado de la actividad, en el daño mismo, pero no en la conducta en sí”. (p. 274). En igual sentido, García-Ripoll Montijano (2013, p.1529) (Diez Picazo, 1999, p. 298) (Prevot, 2013, p. 25).

A lo que sostenemos, que sumado a la creciente objetivización de la responsabilidad, las numerosas situaciones dañosas han hecho replantear el examen de conductas lícitas que ocasionan como resultado un daño resarcible.

En otras palabras, si replicamos la regla de que la responsabilidad es subjetiva en el sistema de daños argentino -como impera por el art. 1721 – tampoco podemos dejar de demostrar que al ser la responsabilidad objetiva una excepción a la regla normativa, su propagación en la práctica demuestra que tiene mayor entidad la excepción que la regla, como ya hemos anticipado anteriormente.

Por ende, entendemos que la regla que enuncia el CCCN, es una regla que tiene validez en un contexto acotado, mientras que la excepción -responsabilidad objetiva- se erige como un desplazante de la regla, en la mayoría de los casos prácticos.

Lo dicho, se relaciona con la expresión que De Lorenzo (2001) resalta, respecto a que gran parte de las reglas del derecho de daños tienen una nítida filiación jurisprudencial. (p. 352). Y de tal filiación jurisprudencial, sostenemos que, la responsabilidad objetiva se posiciona como la regla en la praxis judicial, mientras que la responsabilidad subjetiva se encuadra como una verdadera excepción práctica.

Lo descripto, guarda íntima relación con el gran cambio de paradigma acontecido en el Siglo XX, en el cual aparecen diversos supuestos en los cuales se responde sin culpa, dando lugar a la posibilidad de que el acto ilícito esté

constituido no solo por el hecho humano, sino también por el hecho de las cosas. Por ende, esta situación, que dio posibilidad a que exista responsabilidad por actos lícitos, tornó insostenible la concepción subjetiva y formal de la antijuridicidad. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 267. Tomo 1).

En esta lógica, sostiene Lorenzetti (2003) que en el derecho actual existe una prevalencia de los factores objetivos. Por ende, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa fue superado por la explosión de numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso de derecho, la equidad, etc. (p. 988)

Es por ello que el citado autor sostiene que “la jerarquía entre todos ellos es igualitaria, pero es claro que, cuantitativamente apreciados, son mucho más trascendentes los factores objetivos, ya que la mayoría de las pretensiones se canalizan a través de ellos” (p. 988).

Esto es una clara demostración del pasaje entre el apotegma de que no existe responsabilidad sin culpa de antaño, al actual no hay responsabilidad sin daño. (Vázquez Ferreyra, 1993, p. 169).

En esta lógica de la responsabilidad objetiva extracontractual, se llama a reflexionar sobre la posibilidad de que un sujeto que es jurídicamente responsable no siempre es el autor del hecho dañoso que es llamado a resarcir. (Rodotà, 1967, p. 73).

En este punto, y a modo de reflexión, compartimos la idea de Alpa (2016) al señalar que “desatar el nudo de la ilicitud es un problema lógico, pero al mismo tiempo, cultural, mas no textual”. (p. 150).

En este enfoque, Pantaleón Prieto (1991) expresa que si se funda el juicio de disvalor en la conducta -a diferencia del disvalor de resultado-, lo que se traduce en una infracción a una norma de determinación o imperativo de conducta, se debería acreditar la necesidad de vincular la antijuridicidad al daño. Lo cual conlleva a que el disvalor de la conducta, se asocie a un criterio subjetivo -ya superado por la legislación y doctrina- sin ninguna utilidad práctica en el nuevo escenario del derecho actual. (p. 1995).

Ahora bien, siguiendo la observación de Papayannis (2014), si la antijuridicidad es un presupuesto necesario que se ubica en el resultado dañoso ¿cómo entendemos la responsabilidad por daños justificados que no son antijurídicos por definición? (p. 185).

En este sentido, el citado autor refiere que, en la responsabilidad extracontractual, el *alterum non laedere* es un presupuesto necesario de la mismas, mas no la antijuridicidad (p. 185).

6.2. La situación de la antijuridicidad en el Derecho Privado Argentino

Para analizar tales ejes, consideramos menester retroceder en la historia del derecho privado argentino y situarnos en la realidad del CC. En éste, el principio rector de la antijuridicidad se situaba en el art 1066 que disponía: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

Asimismo, este precepto legal se veía completado por la recepción de la antijuridicidad omisiva del art 1074 del mismo cuerpo, el cual rezaba: “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

A su vez, el art 1067 le añadía que: “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Del expuesto trípode, podemos palmariamente dilucidar la expresa tendencia decimonónica, -de neto corte positivista- que se asentó en el texto del Código Velezano. Es por ello, que no cabía margen a dudas de que el concepto de antijuridicidad era de carácter formal, es decir, aquella que se concreta cuando la conducta viola una norma particular y expresa del ordenamiento jurídico (Trigo Represas, 2015, p.29). En otras palabras; la antijuridicidad formal presupone la necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto (Picasso, 2013, p.2).

En el mismo sentido, resume las ideas De Lorenzo (2000) al expresar que el Código Velezano se articulaba en torno al derecho de propiedad, más que sobre el derecho de las personas. Sobre lo cual señala, que en la medida que se supere tal ideología, se irá necesitando darle una apertura a los ilícitos, por ende, la antijuridicidad se irá desvaneciendo. (p. 976). Lo expuesto guarda

consonancia con el cambio filosófico-ideológico del CCCN que hemos expuesto con anterioridad.

Asimismo, la antijuridicidad del Código Velezano era entendida de forma subjetiva, es decir, entendida en el sentido de que solo hay acto ilícito si media culpa o dolo (Trigo Represas, 2015, p.58), en otros términos, tiene en cuenta a la voluntad de las personas como dato previo e incluido en la transgresión (Prieto Molinero, 2016, p.1052).

De las ideas expuestas, si nos situamos en la normativa vigente del CCCN, podremos vislumbrar un cambio abrupto en la manera de concebir a la antijuridicidad. Todo ello, fruto de una evolución que fue trastocando al instituto a tal punto de desdibujar los contornos del concepto primigenio.

Es por ello que expresamos que, hasta la concepción decimonónica se nucleaba todo en derredor al fundamento de carácter ideológico-principista, basada en el individualismo propio que impregna a todo el código velezano, y que también, posee anclaje constitucional en el art. 19 de la C.N. (Llambías, 1977, p.613).

El desprendimiento de este precepto constitucional instaaura el adagio: “todo lo que no está prohibido está permitido”, apotegma el cual, actuaba en consonancia con la concepción formalista de la antijuridicidad contemplada en el derogado código.

Ahora bien, el devenir del mundo jurídico, y la adaptación del derecho a los nuevos cambios sociales, fueron necesitando flexibilizar el concepto rígido de antijuridicidad formalista -susceptible de numerosas críticas-, y así empezar a permitir la posibilidad de no ceñir la ilicitud a un derecho subjetivo absoluto y concreto. (De Lorenzo, 2001, p. 348).

Ello, sumado a la idea de que problema de la responsabilidad civil no es una cuestión de prohibición expresa, sino, eventualmente, de cómo resolver, frente a la existencia de principios opuestos, un caso que no esté expresamente prohibido. (De Lorenzo, 2007, p. 6).

Mas bien, la doctrina moderna -en su mayoría- sostiene que se ha pasado de una antijuridicidad formal a una antijuridicidad material Picasso (2013), Lorenzetti P. (2015), Calvo Costa (2005), Ibarlucía (2011), como así también, nuestro CCCN dio paso de una concepción subjetiva a una concepción objetiva de la misma. Por tanto, entiende la doctrina mayoritaria que la antijuridicidad en

el CCCN -art. 1717- es objetiva y material (Picasso, 2015), (Lorenzetti, 1996, p.1108) (Gesualdi, 2013, p. 8).

A esta altura, consideramos inaplazable la reflexión que trae a colación Acuña Anzorena (1963): “lo ilícito debe ser algo más que la violación de lo autorizado o prohibido legalmente”, debido a que en el derecho son los principios antes que la ley escrita, y esta, no es sino una de las formas técnicas de lo justo”.

En virtud de dicho, el CCCN expresa en su art. 1717: cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

A partir de lo expuesto, el CCCN tuerce la concepción tradicional -aunque de manera incorrecta a nuestro criterio-, cuestión que abordaremos en lo venidero.

Por ende, comprender que el fenómeno de la ilicitud opera en una apertura y amplitud considerable desde el código velezano hacia el código vigente -coincidente con las ideas de Jalil y Piccioni, 2019, pp 4y 5-, implica analizar el modo en que se plasma y encausa legislativamente tal decisión.

6.3. La supresión de la antijuridicidad en los proyectos de reforma de código civil argentino

En materia de antijuridicidad, la historia legislativa argentina demuestra que no ha sido indiferente. Ejemplos de ello, han sido el Proyecto de Unificación de 1987, el Proyecto de 1993 y el reconocido Proyecto 1998 -el cual deviene en la principal fuente del CCCN vigente-.

De ellos, como referíamos, el último proyecto de 1998 ha sido el que más repercusiones ha tenido en los tiempos modernos, prueba de ello es el art 1588 del mismo, el cual, en otras palabras, considera que en primer lugar todo daño sufrido es injusto salvo que se haya justificado por un interés preponderante con relación al lesionado. (De Lorenzo, 2001, p. 348).

Asimismo, a modo ejemplificativo, Rivera (2000) era uno de los autores que sostuvo la seductora idea de suprimir la antijuridicidad. (p. 50).

Por su parte, el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial, sancionado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el 3/11/93, establecía en su art.1066: “todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado”.

En la línea dispuesta por quienes realizaron el proyecto 1993, se asume que la conducta que genera un daño, abre las puertas de la responsabilidad cuando no se puede justificar, aun cuando el acto no haya estado expresamente prohibido según la existencia de un derecho subjetivo positivo. (Barbero, 2001, p. 1025).

El citado artículo, fue la fuente para Proyecto de Reformas del CCCN. Este último reza en su art 1715 -el cual, luego pasó a ser el 1717 del CCCN- que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. (2012).

A su vez, los textos citados, guardan íntima relación con lo dispuesto por el art 1588 del Proyecto de 1998 que establece -ya desde su título- una marcada tendencia hacia los terrenos del daño: "Reparación del daño no justificado: Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado". (Proyecto de Código Civil Argentino 1998).

Se puede dilucidar, de todas las ideas anteriormente expuestas, que tanto el proyecto de 1993, como el proyecto 1998 y el proyecto 2012 -devenido en texto vigente- guardan una estrecha similitud en la concepción esencial de la ilicitud.

6.4. La anfibología de la antijuridicidad en el CCCN. Hacia un esclarecimiento del sistema: desterrando al mito jurídico

En primera medida, cabe mencionar que la antijuridicidad tiene recepción en el sistema de responsabilidad por daños vigente en Argentina, al menos desde una inclusión terminológica; no cabe duda alguna.

Prueba de ello, lo constituye el art 1717 del CCCN, el cual entiende por antijuridicidad, a cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

Veremos cómo tal artículo posee una sintaxis oscura. Toda vez que, deja de enlazar la antijuridicidad con la culpa, para pasar a cercarla dentro del concepto del daño. De esta manera, la antijuridicidad descripta, está lejos de ser un presupuesto, debido a que solo se vislumbra como una valoración del daño.

Asimismo, Calvo Costa (2005) sin intenciones de prescindir de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad por daños, sostiene que, en el CCCN se enfatiza un principio cardinal del ordenamiento jurídico; el de no

dañar a otro, de donde se deriva -mediante la tesis de la mayoría de la doctrina argentina- que es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación. (p. 164). (Picasso y Sáenz, 2019, p. 268).

De igual manera, Posteraro (2019) expresa que, estaría configurada la antijuridicidad con la producción de un daño injusto, sin necesidad de que la ley describa la conducta. (p. 1)

De esta manera, se desprende a todas luces la negación de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Pese a la persistencia de la doctrina argentina en mantener con vida a la misma. Asimismo, es digno de resaltar que su redacción actual, sin perjuicio de su expresa incorporación terminológica, termina por negarla ontológicamente cuando se completa su análisis sistémico entre los arts. 1717 y 1737 del CCCN.

Es así, que el contenido actual de la norma del art 1717 del CCCN, reproduce en otras palabras, las ideas que los proyectos de 1993 y 1998, ya traían a la luz. A modo de refrescar las ideas, la concepción gira en torno a que todo daño sufrido es injusto, salvo que se haya justificado por un interés preponderante con relación al lesionado.

En la misma materia, pero en otro orden, cabe referenciar lo que dice cierta doctrina respecto a la diferenciación entre la antijuridicidad en la órbita extracontractual respecto a la antijuridicidad en materia contractual.

En referencia a tal diferenciación, es menester comprender que el CCCN unificó ambas materias, mas no refiere a una identidad de las dos orbitas, históricamente analizadas por carriles paralelos. (Vivas, 2017, p. 1)

En virtud de ello, cierta doctrina argentina entiende que la antijuridicidad en materia contractual es de carácter formal, a diferencia de la antijuridicidad extracontractual, debido a que en la primera nace del incumplimiento de una obligación preexistente que precisaba la conducta que el deudor estaba obligado a ejecutar. (Picasso, 2019, p. 270).

Ahora bien, entender tan tajante tal diferenciación conduciría a no interpretar de forma sistémica la responsabilidad derivada de fuente contractual, toda vez que, en las disposiciones generales del título II de contratos generales, Capítulo I, instituye el art. 961 como artículo bisagra del derecho contractual.

En este sentido, el artículo 961 ilumina las sombras cuando expresa: "...que los contratos obligan no solo a lo que esta formalmente expresado, sino

a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidados y previsor”.

Va de suyo, que este cimiento que instituye el legislador en las disposiciones generales contractuales nos lleva hacia algo más complejo que una antijuridicidad formal, siempre que las consecuencias -evaluadas bajo el principio de razonabilidad- podrán exceder lo formalmente expresado.

Lo antedicho, establece una coherencia sistémica en el CCCN, lo cual conlleva a que la atipicidad del ilícito es una realidad insoslayable de contenido ontológico-jurídico deliberado por la letra del legislador.

En base a tal idea, consideramos que tal atipicidad se extrapola necesariamente a la existencia de las causales de justificación, cuestión que analizaremos hacia el final del presente Capítulo.

6.5. La proliferación de la responsabilidad objetiva. Una excepción con fisonomía de regla

Brevemente partimos expresando que, cuando hablamos de un factor atribución, en mérito de comprender su finalidad y esencia, hay que tener en cuenta que los mismos nacen de una decisión de política legislativa en la observancia de ponderar intereses. (Kubica, 2015, p. 129).

Bajo este título, consideramos como primera medida considerar que la modernidad -con todos los avances y complejidades jurídicas que ella conlleva- ha tenido una reminiscencia a la historia romana.

Ello, se explica al considerarse el correlato que tiene la época actual y la romana en cuanto a que, en ambas, no es que no importe tener en cuenta la conducta del agente, sino que, del análisis de esa conducta se efectúa de acuerdo a criterios exteriores al individuo, relacionados a su normalidad o anormalidad. Como ejemplo, se trae a colación situación del *furtum* romano, el cual no significaba en su origen el acto culpable de robar, sino la cosa robada misma. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 517).

En este sentido, es que se asemejan esta cosmovisión romana con el derecho actual, el cual, está sumergido en prolíferos supuestos de responsabilidad objetiva, en dónde, al igual que la situación descrita en época romana, el desorden a corregir es indistinto si procede o no de la culpa.

De esta manera, siguiendo el trazado del tema de los autores citados anteriormente, podemos definir -por medio de su caracterización-, a la responsabilidad objetiva como aquel factor de atribución que se configura sin ningún vínculo con la valoración subjetiva de la conducta desarrollada por el agente, e incluso con prescindencia de toda conducta humana -v.g. la responsabilidad por hecho de las cosas- (Jalil, 2018, p. 6)

En este sentido, el art 1722 del CCCN incorpora la idea de que un factor es objetivo en la medida que la culpa de la agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.

Es importante resaltar que, en este rediseño y preponderancia cuantitativa de los supuestos de responsabilidad objetiva en la praxis judicial, se deberá tomar en cuenta los efectos causales del comportamiento. (Alpa, 2016, p. 392, tomo 1).

Como evidencia de la preponderancia cuantitativa descripta, dentro del ordenamiento jurídico argentino encontramos diversos factores objetivos de imputación que enuncia la doctrina: el riesgo creado, la garantía, una seguridad debida al acreedor, la equidad, el abuso en el ejercicio de derechos, la solidaridad, la igualdad ante las cargas públicas. (Zavala de González, 2015, p. 627, tomo 1). Añaden otros autores, a la normal tolerancia, mientras quitan el abuso del derecho (Picasso y Sáenz, 2019, p. 557).

Por su parte, Jalil (2018) trae a colación diversos supuestos de responsabilidad objetiva que contempla expresamente el ordenamiento jurídico argentino, entre ellos: responsabilidad por el hecho del dependiente, responsabilidad por el hecho de los hijos, responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas, responsabilidad por los daños causados por animales, responsabilidad colectiva, responsabilidad en establecimientos educativos, responsabilidad del estado, responsabilidad por daño ambiental, responsabilidades derivadas del ámbito del consumo como el producto defectuoso o la violación al deber de seguridad (pp. 7 a 10).

A su vez, el autor reseñado, expresa que la responsabilidad objetiva se fundamenta en el riesgo creado, la garantía, equidad y falta de servicio. (Jalil, 2018, pp. 9 y 10).

De lo antedicho, se constata como consecuencia, al ensanchamiento que en la práctica ha tenido la responsabilidad objetiva. Así, sin perjuicio de la

presencia de la culpa como regla general en la letra del código, la realidad práctica descrita acerca de la responsabilidad objetiva denota que pese a ser la excepción –según la letra del legislador del CCCN- posee una fisonomía de regla en la práctica.

6.6. La ilicitud como criterio clasificatorio insuficiente

En referencia a lo anteriormente expuesto, es dable entender que la proliferación de las responsabilidades objetivas dentro del sistema del derecho de daños, no coloca el foco en la ilicitud o ilicitud del desempeño del agente, ni tampoco en un determinado estándar de diligencia.

En palabras de Zavala de González (2015), debido a que la obligación no reposa en alguna conducta del responsable, no hay de esta manera posibilidad de calificarla como lícita o antijurídica. En efecto, la responsabilidad puede ocasionarse incluso cuando el agente haya obrado de manera correcta, con acatamiento integral y satisfactorio de las técnicas de prevención -art. 1757 del CCCN 2º párrafo-. (p. 452).

En dicho sentido, se hacen presentes responsabilidades por antijuridicidad de origen indeterminado, ya que, el autor de la conducta es irrelevante en el escenario fáctico. Sin embargo, del daño debe hacerse cargo el obligado, siempre que éste no acredite la causa extraña al riesgo por el cual responde. (Zavala de González, 2015, p. 452, tomo 1). En igual línea (Diez Picazo, 1999, p. 290).

En fin, en tales casos, cuando acece el daño resultante deviene injusto para el damnificado, y ello, basta para responder, aunque no provenga de un actuar injustificado.

Dicho en otras palabras, una conducta reprochada antijurídica y lesiva puede ser fuente de un daño injusto, pero también lo puede generar una actividad permitida y aprobada socialmente. Es decir, el nacimiento de la obligación de resarcir, prescinde de la ilicitud (Zavala González, 2015, p. 127).

De esta manera, coligamos las ideas anteriormente esbozadas, en cuanto referenciamos a que en la modernidad se parte de la idea de que, acaecido el daño sufrido, el mismo es injusto, salvo que se haya justificado por un interés preponderante con relación al lesionado. (De Lorenzo, 2001, p. 348).

Lo antedicho, se refuerza cuando entendemos que “la actividad lesiva de los humanos escapa a toda catalogación, definición o tipificación”. (De Angel Yagüez, 2000, p.365) Esto se explica, ante la posibilidad de causar daños de infinitas maneras. Por lo que la configuración de la injusticia del daño se derivará directamente de la violación al principio general del deber de no dañar.

En consecuencia, el problema a resolver no es el problema de la licitud de las conductas o de los actos, -o que estos sean conformes al ordenamiento jurídico-, sino el problema de los daños en sí mismos considerados. (Diez Picazo, 1999, p. 291).

En esta lógica, en la medida que haya un interés lesionado, estaremos frente a un daño si el mismo procede de una causa extraña al sujeto que lo sufre. Es decir, se produce una reacción jurídica a favor del mismo sujeto, es, por ende, un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad. (De Cupis, 1975, pp. 83 y 94).

Bajo estas mismas ideas, coincidimos con Zavala de González (2015) al expresar que sería un error entender que un desmedro sólo sea injusto cuando sea antijurídica la conducta que lo causa. (p. 462).

Lo antedicho, es una diáfana muestra de la proliferación de daños lícitos que acontecen en el sistema de daños. (Tucci, 1967, p. 264).

De esta manera constatamos que, la antijuridicidad explicitada en el CCCN -pese a la amplia doctrina que justifica a la misma como presupuesto autónomo-, no logra ser una entidad distinta a la cualidad del daño.

Es decir, se adosa a un presupuesto que le es ajeno, exigiéndole un funcionamiento antisistémico, en claro retroceso al entendimiento de la praxis jurídica de los tiempos que corren.

En consecuencia, es menester resaltar que el término de la ilicitud se encuentra circunscripto a un ámbito restringido del derecho. Ello, se deriva de la realidad jurídica explicitada y su ostensible carencia de idoneidad en el derecho moderno.

Esto mismo lo anticipa décadas atrás Petrocelli (1962), quien explicita que el término injusto es mucho más amplio que el de ilicitud. De esta manera, expresaba el autor italiano que la amplitud del significado se extendía a las consecuencias del injusto y al sujeto que debía soportar el peso. Dándose de tal forma un contenido amplio a la idea de reparación y responsabilidad. (p. 152).

En síntesis, Petrocelli (1962) expresa en la nota al pie de la misma, que el injusto cubre la posibilidad de indemnizar sin necesidad de que se constituya un ilícito. (p. 152).

6.7. La incompatibilidad entre prevención y antijuridicidad

Desde antaño, la doctrina se ha encontrado en la necesidad de establecer una relación entre un comportamiento omisivo y los deberes de actuación. (Diez Picazo, 1999, p. 288).

De ello, se obtienen dos aristas de análisis a la hora de entender a una omisión: como una acción -comisión por omisión- o, como una omisión pura -pura abstención-. En la primera de ellas, se ocasiona en virtud de un curso positivo de acción en el que en tal despliegue se encuentra la omisión, o bien en el segundo caso, cuando no se hace nada. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 272, Tomo 1).

Esta última situación, es la que ha llenado de voces a la doctrina, en torno a si debe o no existir un deber de prohibición legal previo para que devenga exigible una determinada conducta preventiva. En tal caso, cabría preguntarse: ¿en qué medida?

Ahora bien, con el advenimiento de la función preventiva que recepta el CCCN y en materia de derecho de daños, las postulaciones que corren en derredor a la normativa, causan una serie de inquietudes y problemas sobre lo que la doctrina y jurisprudencia deben avanzar.

En consideración a tal encuadre, es que se verifica una controversia con la exigencia de antijuridicidad en materia preventiva dentro del derecho de daños. Tal situación emerge del art. 1711 del CCCN, el cual señala que: "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento".

Por un lado, parte de la doctrina entiende que desde la vigencia del CCCN, la omisión de reparar un daño o prevenirlo puede ser antijurídica aun cuando no exista una norma expresa que obligue a realizar una determinada actividad. (Frúgoli, 2019, p. 724). (Bestani, 2015, p. 68). (Picasso y Sáenz, 2019, p. 116, Tomo 1).

De igual forma, López Herrera (2014) manifiesta que solamente se puede hablar de omisión antijurídica, si existe un deber legal de actuar para prevenir

ese daño, empero esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino que debe tenerse en cuenta todo el ordenamiento jurídico. (López Herrera, 2014, p.999) (Picasso y Sáenz, 2019, p. 116, Tomo1).

En otras palabras, “allí donde exista un deber de actuación, impuesto por la ley, reglamento o tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva”. (López Herrera, 2014, p. 999).

Por otro lado, otros autores como Vázquez Ferreyra (2016) consideran de manera inversa que la antijuridicidad en materia de prevención debe ser necesariamente de carácter formal. Es decir, para este autor, la mera amenaza del acaecimiento de un potencial daño no tiene virtualidad para impedir el mismo. Sino que, requiere de un deber de comportamiento expreso. (p. 5)

Asimismo, este autor considera que, de haberse ocasionado el daño injustificado, lo que deviene antijurídico es la conducta que lo generó. (Vázquez Ferreyra, 2016, p. 5).

A nuestro criterio, el autor reseñado yerra en un doble juicio lógico. Veamos; en primer lugar, en entender que en el momento *ex ante* al acaecimiento del daño solo puede proceder una acción preventiva siempre que se acredite una antijuridicidad formal. Lo expuesto, genera un desentendimiento del nuevo sistema de daños que nos rige. Toda vez, que encuadrar la antijuridicidad en un *numerus clausus* contraviene a todos los avances que han logrado los mismos adeptos a la antijuridicidad. Los cuales hemos desarrollado en acápite anteriores.

En este último caso, deberíamos, por ejemplo, tener una norma expresa que indique que los árboles torcidos de vía pública deben ser removidos o enderezados para evitar un daño. Una cuestión que deviene a todas luces irrisorias.

En palabras de De Lorenzo (1996), la circunscripción de la antijuridicidad omisiva -comportamiento inerte- a hipótesis tipificadas, implicaría una inmovilidad del sistema para aprehender nuevas modalidades lesivas. Asimismo, conllevaría la imposibilidad de resolver con un criterio de justicia la protección de intereses merecedores de tutela injustamente lesionados por el comportamiento omisivo. (p. 91).

Al mismo tiempo, entender que, ante una inminencia de daño, es decir, ante la amenaza a un interés que guarde virtualidad ontológica reparable, sólo

procedan una serie de situaciones tipificadas, sería un verdadero impedimento para la aplicación de la función más importante del derecho de daños, la cual es la prevención.

Consideramos de tal forma, que el plano desde el cual se inicia el análisis no es el correcto. Debido a que, en la función preventiva, la antijuridicidad no es un instituto idóneo, nuevamente exigiendo acudir a la ficción, a los fines de reportar una determinada conducta como ilícita.

En tal posición, se consolida Ubiría (2015), quien sostiene que dentro del ámbito preventivo tampoco debe operar la antijuridicidad como presupuesto de responsabilidad. (p. 56)

En este sentido, el autor se pregunta entonces cuándo existe entonces concretamente el deber de actuar. A lo que responde, que acorde a la filosofía del CCCN se encuentran parámetros amplios, que son propios de un sistema atípico, lo cual conlleva al análisis de las particularidades del caso concreto. (Ubiría, 2015, p. 57)

Nuevamente, la figura de lo ilícito se desvanece. La antijuridicidad en materia de prevención resulta difícil de digerir en un nuevo esquema de razonamiento preventivo. En este sentido, continuar considerando que haya fórmulas mágicas que resuelvan los problemas prácticos, evidencia la *fata morgana* del derecho.

Es por ello que consideramos que, en materia de antijuridicidad preventiva, la doctrina del daño injusto se adapta a sus contornos exigiendo que, la amenaza de daño que recae ante la eventual víctima sea merituada con un interés digno de tutela, requiriendo necesariamente que el mismo sea serio y respetable –lo cual le otorga virtualidad jurídica-, para así, ser pasible de ser tutelado antes de que el daño se materialice.

Ello, sin perder de vista lo que expresaba De Cupis (1975) respecto al razonamiento preventivo del daño. El autor reseñado, explica que desde la óptica de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión. Sin embargo, al considerarse que se está actuando contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, se debe realizar una delicada valoración comparativa del interés en peligro, y del interés que corresponde a quien puede imputarse tal peligro. (p. 575).

Y ello no es otra cosa que lo que prescribe el art. 1713 del CCCN cuando expresa que el juez que admite la sentencia preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

En atención a lo expuesto, es menester delimitar el ámbito del comportamiento omisivo para así resguardar el campo de libertad de los individuos. Ello, siguiendo las ideas de De Lorenzo (1996), se daría con la necesidad de que se configure entre el agente y la víctima -o potencial víctima-, en el caso concreto, una adecuada correlatividad derivada de un determinado y específico contacto social. (p. 91).

De esta manera, entre los sujetos existirá una relación particular de la cual nacerá un deber de seguridad del cual se exigirá a uno de los sujetos el sacrificio de su libertad de abstención. En efecto, de tal relación cualificada y particularizada se puede configurar el deber de no dañar, llevando no solo a la abstención de menoscabar un interés ajeno, sino que deberá activar un comportamiento tendiente a prevenirlo o evitarlo. (De Lorenzo, 1996, p. 92 y 93).

A lo expuesto por el autor, debemos sumar la idea de que, a su vez, existirán principios que deberá tener en cuenta el judicante a la hora de delimitar el contenido del comportamiento inerte como fuente de responsabilidad. En este caso, por ejemplo, el principio de solidaridad, el de abuso del derecho, razonabilidad, buena fe, entre otros.

En este sentido, se trasluce que cualquiera de los principios sentados por el Título Preliminar del CCCN, opera de manera transversal en el ordenamiento jurídico, incluso en el ámbito de las relaciones de fuente extracontractual. (Anzani, 2016, p. 944).

En este punto, la similitud con el razonamiento de la pérdida de chance es ostensible, ya que, la certeza del daño -o su potencialidad- recae sobre una probabilidad. En el caso de la prevención propiamente dicha, es notorio que lo importante es valorar -y, por ende, sopesar los intereses que se abren en pugna ante la amenaza del daño, como así también las circunstancias que el caso concreto exija examinar.

En tal sentido se expresa la idea de Ibarlucía en un reciente precedente:

En definitiva, debe tratarse de una antijuridicidad material, la prevención del daño puede aplicarse a una actividad riesgosa -aun lícita- cuando el interés amenazado prevalezca sobre el interés amenazante; es decir, la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño operaría sin problema alguno. (Voto del juez Ibarlucía en autos: "Zabaloy c/ Marchi y otro s/ daños y perjuicios prov. Explotación agrícola". Sentencia 31/10/2019)

Se puede reconocer del extracto del fallo mencionado que, pese a utilizar la concepción terminológica de la antijuridicidad material, lo que es sustancial en la decisión es la ponderación de intereses en juego, es decir, el interés amenazado como prevaleciente respecto al interés amenazante. Y, en efecto, ello no es más la doctrina del daño injusto aplicado al caso de la función preventiva.

En efecto, la amenaza se va a traducir en una probabilidad de daño que deberá ser sometida a balance judicial por medio de normas, principios y valores que el ordenamiento ofrezca a los operadores jurídicos en el marco de sus actos dispositivos y para el juez a la hora de dictar sentencia.

En virtud de dicha argumentación, consideramos superada la crítica que realizara Raschetti (2017) al sostener que, si la antijuridicidad se planteara respecto al daño, en los casos de prevención no habría antijuridicidad (p. 6).

En efecto, consideramos que la antijuridicidad se desvanece en este nuevo esquema, remplazado por el engranaje de la doctrina del daño injusto. Sobre la cual, cabe mencionar que en el caso se adapta la injusticia de una amenaza, a la que se le enlaza una probabilidad de riesgo. Todo lo cual, se deberá configurar con las particularidades explicitadas anteriormente.

En este sentido, aseveramos que la antijuridicidad en materia de prevención formal vuelve inflexible, y, por ende, quita la efectividad preventiva respecto a una acción indeseada.

En este marco, entendemos siguiendo las ideas Lorenzetti (2014), que el juez debe analizar el caso concreto en base al principio de justicia y

razonabilidad. Tomando en cuenta la labor de un juez consecuencialista. Con especial referencia a que la decisión obtenida en base a estas reglas y principios, esté controlada mediante el examen de sus consecuencias, lo que incluye aspectos económicos y sociales. (p. 378).

En este mismo sendero, el iusprivatista es el juez en el caso particular, pero no podrá fallarlo sin convertirse, por un momento en legislador, adoptando la perspectiva de quien tiene que organizar el mundo y de ver si lo individual es trasladable a la gran escala al fiel estilo del imperativo categórico kantiano. (Lorenzetti, 2014, p. 391).

Es por este mismo motivo que, debemos comprender que el interés no reprobado de hoy, puede no ser el de mañana. En consecuencia, debemos entender que el nuevo sistema, requiere nuevas respuestas.

En síntesis, el juez deberá aunar en su razonamiento una serie de pautas que permitan identificar y delimitar la exigencia del comportamiento omisivo como fuente de responsabilidad. De esta manera, deberá guiarse por principios y valores, a la vez que deberá secuenciar detalladamente la correlación entre el agente y la posible víctima, en orden a la visión no solo particular de la relación jurídica que entre ellas se gestó, sino también, circunscribir el análisis al de un juez consecuencialista.

En conclusión, la identificación de la antijuridicidad en materia omisiva configura un espejismo que confunde la salida del laberinto de la responsabilidad por daños.

De lege lata, como hemos expresado, se configura la exigencia de la antijuridicidad en materia preventiva, aunque de *lege ferenda*, aseveramos la supresión de la misma, para que sea remplazada por la figura del daño injusto en el contexto que hemos descripto.

6.8. La negación de la antijuridicidad

En razón de las ideas que hemos expuesto, podemos afirmar que desde una perspectiva ontológica, la antijuridicidad se ha vaciado de contenido en el derecho moderno. De esta manera, hemos demostrado en parte la ineficiencia que conlleva intentar colocar trenes nuevos sobre viejos rieles.

Así, si retrocedemos y ensayamos una suerte de definición de la antijuridicidad, podríamos decir en palabras de García-Ripoll Montijano (2013), que:

Es una cualidad de la conducta, consistente en ser contraria a Derecho, en la medida en que causa (o puede causar) un daño, partiendo de una ponderación entre la libertad del agente (en la cual la intención de dañar es un factor básico) y el valor del bien que puede ser (o ha sido) dañado. (p. 1565)

Más dicha definición, en contraposición a lo que hemos desarrollado anteriormente, deviene en una ficción jurídica impropia en relación con las necesidades que exige la praxis jurídica actual.

Ello, se expresa en las ideas de De Lorenzo (1996) quien sostiene que “el nuevo horizonte del derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona”. (p. 22).

De lo recorrido hasta aquí, hemos desandado la argumentación en torno a ciertas cuestiones insoslayables para arribar a nuestra tesis. En adelante, consideramos menester identificar las posturas argumentales en contra de la antijuridicidad.

6.8.1. Posturas argumentales en contra de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual

En virtud del análisis de la antijuridicidad, pretendemos ordenar una serie de pautas críticas de la misma, a los fines de ordenar metodológicamente la investigación.

6.8.1.1. Crítica ontológica

En primera medida, cabe receptor la reconocida crítica que realiza Fernández Sessarego en cuanto a la negación de la antijuridicidad, desde la inexistencia de virtualidad ontológica desde su concepto mismo.

En ta sentido, el autor citado refiere a que el problema de la antijuridicidad, en primera medida, radica en el núcleo del derecho. Es así que, encuadra a la antijuridicidad como un concepto de dudosos alcances conceptuales. (Fernández Sessarego, 2016, p. 195).

De esta manera, el problema ante el cual se encontraba el autor es que lo antijurídico no puede formar parte del mundo jurídico, es decir, no puede existir para el derecho. (Fernández Sessarego, 2016, p. 195).

Esta idea tuvo apoyatura en la doctrina italiana, que sostuvo que la antijuridicidad no poseía existencia ontológica, debido a que lo único que existe -ontológicamente- en el mundo del derecho es lo jurídico. (Dell'Andro, 1958, p. 550).

Es así, que Fernández Sessarego (2016) sostiene que:
Si toda conducta humana intersubjetiva puede ser calificada como jurídica, es decir, pasible de ser considerada como justa o injusta, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de "antijurídica" para referirse a una específica o determinada conducta humana intersubjetiva, ya que todas son "jurídicas", aunque de diverso signo axiológico. Unas son justas y otras injustas (p. 197)

En virtud de las ideas expuestas por el autor citado, podemos concluir en que lo único existente es lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido.

En nuestra opinión, la idea es válida y ordenadora del sistema jurídico. Comienza por establecer que, de una conducta relevante para el derecho, en el marco de una relación humana -es decir, intersubjetiva- debe ser valorada en el marco de un ordenamiento jurídico. Nótese, como esta última palabra no es casual, ya que circunscribe el ámbito sobre el cual las decisiones jurídicas fluyen, esto es; lo jurídico.

Asimismo, dentro del escenario jurídico se realizarán juicios axiológicos. Tales juicios, históricamente han sido ligados al binomio valorativo de la licitud e ilicitud, entendiéndose; determinada acción u omisión calificada como lícita o ilícita.

Con el devenir de un derecho cambiante, -descrito en torno a una serie de particularidades en el presente Capítulo-, el binomio lícito-ilícito -dentro del ámbito de lo jurídico-, devino insuficiente para encontrar respuestas a los numerosos casos que surgían en la praxis del derecho de daños.

Ahora bien, sostenemos que también dentro del ámbito jurídico, opera un juicio valorativo dotado de mayor amplitud, ello es el binomio: justicia e injusticia. En derredor de ambos aspectos axiológicos se supera la visión formalista y típica -propio de los contornos de lo lícito e ilícito-, para de esta manera consagrarse la atipicidad de conductas desalentadas por un ordenamiento jurídico.

En efecto, el binomio justo-injusto amplía el ámbito de análisis que exige un ordenamiento dotado de numerosas fuentes dañosas. Lo cual, no implica la eliminación de lo ilícito o lícito en un sentido ontológico, más sí se erige en una lógica reductiva que debe darle paso al juicio de lo justo o injusto.

6.8.1.2. La confusión de la antijuridicidad con la culpa

En primer lugar, es dable distinguir que esta confusión de fronteras entre ambos institutos data de tiempos remotos. Ello, ya se visibilizaba en la *iniuria* romana, como así también, con posterioridad, en la corriente de la escuela moderna del derecho natural que fue inspiradora de la codificación decimonónica. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 265 y 266, tomo 1).

Por ende, tal concepción se aferró a la codificación francesa, la cual fue fuente en materia de culpa para el CC. El código francés en este aspecto, adhiere a la concepción de la *faute*, lo cual comprende tanto el factor de atribución como la ilicitud. (Picasso y Sáenz, 2019, pp. 266 y 267). Así, se entiende en el derecho francés que “la transgresión de la norma es en sí misma constitutiva de una culpa” (Brun, 2015, p. 295).

Es decir, el código napoleónico fue inspirado por el principio rector de que no existía responsabilidad sin culpa, por ende, la cláusula general del art. 1382 de dicho texto, posiciona a la ilicitud como desprendimiento de la culpa.

Ahora bien, respecto a lo descripto, coincidimos con las ideas de Vicente Domingo (1990) cuando expresa que la noción de la antijuridicidad dentro de la responsabilidad extracontractual como la hoy conocemos -objetiva-, no fue conocida por los inspiradores del código napoleónico, sino que surge recién en la segunda mitad del Siglo XIX en el derecho alemán con la vigencia del BGB. (p. 817).

En reflexión a lo antedicho, resta considerar que el sistema que hemos heredado en base a la culpa ha sido superado por una visión más contemporánea del derecho alemán. Sobre el cual, consideramos junto a Visintini (1999) que, pese a que el BGB enuncia una serie de bienes jurídicos, no se enmarca en un sistema típico -como reconoce la mayor parte de la doctrina (De lorenzo, 1999, p. 31) (Díez Picazo, 2011, p. 304) (Trimarchi, 2017, p. 14) (Alpa, 2016, p. 397 y 455), sino que se erige como un sistema atípico al enunciar

el art 823 del BGB la posibilidad de apertura ante la existencia de otro derecho de los demás. (p. 6 y 7).

En un sentido que traspasa las fronteras de la literalidad, el derecho italiano ha ido más lejos que entender a la injusticia como un complemento de la culpa. (Alpa, 2016, p. 455). Sobre esta cuestión abundaremos en el próximo Capítulo.

Una bisagra en dicho aspecto en Italia, fue la obra de Rodotà en la década del 60', en la cual se encargó de abrir los caminos que seguiría la doctrina respecto a la diferenciación entre el acto ilícito y la culpa. (1964, p. 116-117).

Retomando las ideas esbozadas, por otro lado, autores como Pantaleón Prieto (2003) expresan que el fundamento de la indemnización no surge por el hecho de que se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño, es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa o de la manda del principio solidarístico o de convivencia social. (p. 167 y 168).

Es en esta idea que el autor citado, considera que en un sistema imbuido de los valores constitucionales y conforme a la evolución de la responsabilidad civil extracontractual, no se necesita de la antijuridicidad en este sistema atípico. (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1994).

Es así que el autor citado sostiene que, la obligación de indemnizar no nace por habersele reprochado obrar de manera antijurídica. Sino que, dado que el daño es imputable objetivamente a la conducta culposa -responsabilidad subjetiva, le agregamos-, o en caso de que sea atribuible por motivos de solidaridad social -responsabilidad objetiva, le agregamos-, se estima justo que sea él quien lo soporte, en lugar del dañado. (Pantaleón Prieto, 1993, pp. 1994 y 1995).

En esta línea, se han pronunciado Vicente Domingo (1990), Yzquierdo Tolsada (2001), Reglero Campos (2006), Parra Lucán (2011), Roca Trías (2003), entre otros autores.

Asimismo, en el derecho italiano, se adjudicó a Rodotà el mérito de haber separado el concepto del ilícito del concepto de la culpa civil (p. 116)

En resumen, consideramos que la confusión de ambas fronteras -la antijuridicidad y el factor de atribución- es un hecho con el cual debe batallar la dogmática jurídica hace vastos años.

Lo cual, consideramos por nuestro lado, que guarda una directa relación con la dificultad con la que se encuentran los legisladores históricos en tratar de encuadrar y sistematizar la ilicitud en una fórmula en un marco tan amplio. En igual sentido (Trimarchi, 1970, p. 98).

Toda esta perspectiva la refleja Corsaro al tratar la evolución de la culpa en el sistema jurídico italiano. En consecuencia, traduce la idea de cómo la historia fue llevando a que exista cierta base objetiva en el juicio moral lo cual implicaba la existencia de un modelo con el cual se comparaba el comportamiento, que se alejaba de la culpa *in concreto* -por ende, de la subjetividad del agente-, todo lo cual, llevaba a que el juicio ético prescindiera de la culpa, por ende, la ley también. (Corsaro, 2001, p. 162).

6.8.1.3. El derecho de daños se basa en el interés merecedor de tutela, no en un derecho subjetivo absoluto

A dicha cuestión hemos referido en el transcurso del presente trabajo. De lo enunciado en el presente título cabe remarcar la preponderancia del interés en el sistema jurídico actual.

De esta manera, se asiste a desmantelar la eficacia de la antijuridicidad, en el sentido de que existen actos dañosos que originan responsabilidad civil sin que exista un mandato legal expreso. (Céspedes Muñoz, 2008, p. 34).

En este sentido, el derecho de daños ha actualizado su cosmovisión, al superar la idea pregonada por los códigos decimonónicos, en derredor a la necesaria existencia de un derecho subjetivo expreso en el cuerpo legal. En la actualidad, el CCCN adopta con el beneplácito de la doctrina la teoría del daño como interés jurídico. El que incluye aquellos intereses simples dignos de ser tutelados. (Zannoni, 2005, p. 67). (Jalil y Piccioni, 2019, p. 4) (Jalil, 2017, p. 3)

Es decir, se supera la idea que el interés sea solo reconocido por un derecho subjetivo absoluto. Entendiéndose al interés como la facultad de actuar en la esfera propia del sujeto. (Zannoni, 2005, p. 67).

En tal sentido expresa el autor citado que, el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que, ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito, entendido este último como no reprobado por el derecho. (Zannoni, 2005, 67).

En análisis del daño en el CCCN, el art 1737 nuclea como eje del concepto a lesión de un interés no reprobado por el ordenamiento, constituya o no el sustrato de un derecho subjetivo. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 409, Tomo 1).

De esta manera, sostiene Zavala de González (1994) que hablar de la injusticia del daño como elemento de la responsabilidad civil no requiere la lesión a un derecho subjetivo, sino que basta que se afecte un interés simple, no antijurídico. (p. 48).

En este marco, la antijuridicidad formal tuvo que reinventarse en antijuridicidad material para subsistir. Lo cual, frente a diversos factores que analizamos en este Capítulo dejan entrever su prescindencia como elemento configurativo del derecho de daños.

De este modo, esta superación del sistema primigenio conlleva una amplitud de horizonte del sistema de daños que deja expuesta a la antijuridicidad como un presupuesto precario, insuficiente y engorroso a los fines de conformar un sistema de identificación de intereses dignos de tutela en la actualidad.

6.8.1.4. El *alterum non laedere* se circunscribe al análisis del daño más no a la antijuridicidad.

En orden a la presente idea, sostenemos que en el derecho argentino se parte de la idea de analizar la antijuridicidad desde una plataforma ajena. En otras palabras, se pretende sustentar la antijuridicidad en derredor del fundamento esencial del daño.

Bajo este enfoque se manifiesta Bueres (1989) al identificar la antijuridicidad al obrar violatorio del *alterum non laedere*. (p. 149). Mientras que en un sentido disímil se expresa Reglero Campos (2003) al sostener que quienes identifican a la conducta antijurídica con la violación del *alterum non laedere*, confunden la antijuridicidad con el daño. (p. 66).

En la lógica de la responsabilidad extracontractual, anteriormente descrita por Papayannis (2014), recordábamos que en la medida que el deber de no dañar puede ser infringido justificadamente, la disociación del *alterum non laedere* y de la antijuridicidad es perfectamente coherente. (p. 185)

Para esclarecer mejor lo reseñado, es menester seguir lo ilustrado por De Lorenzo (1996) quien establece dos líneas diferenciadas en la estructura del responder. Una de ellas, es la que históricamente entiende al centro de gravedad

del sistema de la responsabilidad civil en la antijuridicidad. En la cual, se tiene en cuenta una conducta, la cual a la vez debe transgredir un interés previamente protegido por el ordenamiento -lo que entiende por un daño causado *contra ius-*, es decir, el daño entendido como contrario a derecho. (p. 67)

Asimismo, en esta misma inteligencia, ilustra que el derecho tendría dos ámbitos, lo permitido y lo prohibido. Y por lo descrito anteriormente, el *alterum non laedere* no tendría carácter primario, sino secundario, es decir siempre vinculado a una derivación específica de ilicitud. (De Lorenzo, 1996, p. 67).

Por otra línea, De Lorenzo (1996) -a quien seguimos en esta posición, expresa que el *alterum non laedere* encuentra emplazamiento dentro de diversas disposiciones del ordenamiento jurídico (p. 68). A lo que debemos sumar por nuestro lado, la gran cantidad de fuentes con las que cuenta el derecho actual tanto en ámbito interno como internacional.

Por ende, el *alterum non laedere* -no dañar injustamente a otro- se convierte en un principio autónomo, de carácter primario, dotada de la aptitud para atribuir a un interés naturalístico -de hecho- el carácter de daño injusto indemnizable. (De Lorenzo, 1996, p. 72).

En resumen, se revierte todo el esquema sobre el que se anquilosó la estructura de la *iniuria*, es decir al comportamiento contrario a derecho o a interés protegido, para entenderse el sistema de daños moderno, como una lesión no justificada por un derecho o interés superior del lesionante. (De Lorenzo, 1996, p. 76 y 77).

De las ideas expuestas por De Lorenzo (1996), se afirma que desde la manda del *alterum non laedere* no existe un deber de no causar un daño, sino de no causar un daño injustamente (p. 64). Por ende, todo daño en principio se presume resarcible en tanto no se encuentre justificado.

Con esto asistimos a readecuar el apotegma del derecho de daños como: "En principio todo daño es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado. (De Lorenzo, 1996, p. 77).

Por ende, retomando las ideas explicitadas al comienzo del presente Capítulo, sosteniendo que ya no debemos estimar el disvalor de la conducta, sino que es menester realizarlo tanto de la acción como del resultado, es decir, de manera comparativa, para a la postre, poder determinar si el orden jurídico

autoriza el acto aun al costo del daño producido -daño *sine iure*-. (De Lorenzo, 1996, p. 80).

A modo de corolario, la presente postura -a la cual adherimos y explicaremos con mayor abundancia en los Capítulos siguientes-, se erige desde la perspectiva del daño sufrido como una superación al problema de la multiformidad de los actos dañosos que el devenir de la historia instaura en la sociedad. (De Lorenzo, 1996, p. 80).

Por ende, decimos que la armazón y sistema del derecho de daños, se configura desde la ponderación que se realiza *a posteriori* a un daño sufrido en materia resarcitoria. O en el caso de la función preventiva; desde el análisis ponderativo de intereses, con las particularidades que analizamos en el acápite anteriormente desarrollado.

De esta manera, consideramos en este aspecto con Papayannis (2014) que “el único presupuesto normativo necesario y suficiente es la violación de un deber de no dañar, correlativo con la vulneración de un derecho a no ser dañado”. A lo cual, le sumamos la idea de que tal vulneración debe ser sometida a un juicio de ponderación, encuadrada en el marco de una situación jurídica subjetiva, sobre la que abundaremos en lo siguiente.

6.8.1.5. De la antijuridicidad a la imputabilidad

Desde otra arista, en materia de derecho privado la antijuridicidad es reemplazada por la imputación que se le realiza a un determinado agente sobre un resultado concreto. Es en este sentido, que cambia la perspectiva desde donde se viene entendiendo el derecho, ya no como la idea de que lo que se repara es porque está protegido, sino que está protegido porque se lo repara. (De Lorenzo, 1996, p. 69).

En efecto, producido el daño se obliga al sujeto responsable a la respectiva reparación en virtud de un título imputativo específico, es decir a un determinado factor de atribución -ya sea objetivo o subjetivo-.

6.8.1.6. Del daño causado al daño sufrido. El protagonismo del principio *pro damnato o favor victimae*

En orden al paradigma jurídico que venimos sosteniendo, consideramos un hecho al cambio de cosmovisión de la responsabilidad civil -readaptada en su nueva faz como derecho de daños- que enroca sus piezas con la finalidad de

atender al daño injustamente sufrido sobre el daño injustamente causado (De Lorenzo, 1996, p. 49 y ss.).

Ello no puede ser de otra manera, toda vez que, el CCCN se asienta sobre una “fuerte tradición humanista” (Lorenzetti, 2011, p. 4).

En este sentido, ya se venía pronunciando cierta jurisprudencia aislada sobre tal viraje en la cosmovisión del daño.

Un ejemplo de ello es el voto en disidencia del juez Pettigiani que sostiene que “la noción de daño injusto es más amplia que la de daño injustamente causado. Un daño sufrido por un sujeto puede ser injusto porque ese daño fue injustamente causado o porque es injusto que lo soporte quien lo recibió (daño injustamente sufrido)”. (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. “B., A. vs. B., D. s. Daños y perjuicios, Sentencia: 16/09/2003).

Este criterio que es reiterado en diversas disposiciones del CCCN, ya desde la decisión metodológica de incluir un Título Preliminar que adopte fuentes como los tratados internacionales de derechos humanos, como así también, establecer a la capacidad como regla, el amplio reconocimiento de los derechos personalísimos, y su consecuente mayor autodeterminación con relación a los intereses que atañen a su esfera vital. (Lorenzetti, 2011, p. 4).

Todo lo cual se encuadra en el marco axiológico de la dignidad humana, la cual se imprime como cimero protagonista transversal del derecho argentino moderno. (Lorenzetti, 2011, p. 4).

Este eje axiológico, sobre el que se enaltece a la persona y su dignidad consustancial, tiene su equivalente en materia de responsabilidad de daños, en razón de que el punto central es atender al damnificado, el cual se consolida como el cimero sujeto dentro de la relación jurídica sobre la que el deber de indemnizar nace.

Ello, fue fruto de una tradición jurídica que enfatizó la figura del agente que daña, sobre el sujeto que es dañado. En efecto, el diseño jurídico en tal aspecto, ha llamado a su rediseño. Prueba de ello, lo constituye la ideología del CCCN.

A su vez, el paradigma resaltado guarda estricta relación con el paradigma protectorio que caracteriza Lorenzetti (2011), cuando refiere:

El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base

de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital. (...) (p. 5)

Inscrito en ese razonamiento, Rodotà (2010) expresa que, si bien el sujeto abstracto incluía a todos, corría el riesgo de no definir de forma satisfactoria a nadie. Este entendimiento, fue llevando gradualmente al reconocimiento de la persona. (p. 42).

En esta línea propuesta, Lorenzetti (2003) caracteriza a la responsabilidad civil como crédito en virtud de la valoración de los intereses del sujeto acreedor. En tal designio resalta la idea de que, en esta óptica del derecho, hay una valoración hacia los resultados en la medida que valora la satisfacción de la víctima. (p. 975).

En virtud de las ideas anteriormente expuestas, la antijuridicidad -a pesar de sus intentos de readecuación a una concepción material-, contraviene a la eficiencia que un sistema ostensiblemente atípico requiere, para ensanchar la protección de la víctima en un escenario dotado de mayor complejidad y fuentes dañosas.

En esta lógica, Rodotà (2010) señala que esta cosmovisión parte de un trasfondo de reconocimiento de las dimensiones vitales y del consecuente traspaso de una vida eminentemente económica hacia una vida considerada desde su dignidad y libertad. Lo cual se dio en la superación del pensamiento binario. Por ejemplo, el autor señala que al separarse históricamente al sujeto capaz del sujeto incapaz, se marginaba a este último a ser parte de los excluidos. (p. 43).

En mismo sentido, se expresa Franzoni (2018) al sostener que la responsabilidad civil ha dejado de ser un remedio para proteger la propiedad -entendido como un derecho real absoluto- para proteger a las víctimas de cualquier relación humana. (p. 90)

En conclusión, podemos decir que en virtud del principio del *favor victimae*, el derecho observa a la víctima ya no con la finalidad de castigar al agente dañoso, sino con la finalidad de reparar al sujeto vulnerado. Por lo que es preciso atender a la reparación del daño injustamente sufrido, antes que al injustamente causado. (Lorenzetti, 2003, p. 980).

Todo lo cual se encuentra enraizado a las ideas propuestas por López Olaciregui (2007) quien sostiene que dentro de las nuevas bases de la responsabilidad civil se encuentra la idea de que “el daño sufrido por un sujeto puede ser injusto porque haya sido ilícitamente causado (daño ilícito) o porque sea injusto que lo soporte quien de hecho lo recibió (daño injustamente sufrido)” (p. 1177).

6.8.1.7. Del problema del ilícito, hacia el de transferencia de consecuencias dañosas

Este punto se nutre de una idea base, la cual es que, ante la imposibilidad de eliminar el daño, el problema sea presentado como una transferencia de un sujeto -víctima- a otro -responsable-. (De Lorenzo, 1996, pp. 15 y 25).

Lo antedicho, sugiere que el sistema de la responsabilidad civil se estructure en derredor del hecho dañoso –enfocado en el damnificado- antes que en el acto ilícito. En efecto, el fenómeno resarcitorio se aleja de la eficacia del binomio lícito o ilícito, como ya lo hemos analizado anteriormente.

De esta manera, se enfatiza por un lado el factor de atribución, el cual determinará quién y porqué se deberá soportar las consecuencias económicas del daño. Es decir, “constituye el fundamento o justificación por el cual el daño se traslada económicamente del sujeto dañador a la víctima” (Jalil, 2018, p.1).

Por su parte De Lorenzo (2000) considera que en esta lógica se desplaza el análisis sobre la procedencia del resarcimiento a la relación de causalidad. (p.978).

Sobre esta nueva estructura desarrollaremos los próximos Capítulos.

6.8.1.8. La ausencia de la antijuridicidad o ilicitud como elemento de la responsabilidad civil en los Principios Europeos de la responsabilidad civil

En virtud del análisis de la abrogación de la antijuridicidad, es menester referirnos a una importante postura que se viene situando en el marco del derecho comparado.

En este punto, no sería oportuno comenzar la explicación, sin antes referirnos brevemente sobre qué tratan los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil y en qué marco se sitúan los mismos.

En este esquema, el *European Group on tort law*, es un grupo europeo sobre Derecho de Daños que reúne a diversos académicos del área desde el año 1992. Los mismos discuten asuntos fundamentales y recientes de la materia, con la finalidad de mejorar y armonizar el derecho de daños en Europa. En efecto, el Grupo ha redactado una serie de principios, también conocidos con el nombre de Principios Europeos de Daños. (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil).

Como particularidad, no obstante ser un grupo europeo, comparte la conformación del mismo con doctrinarios extracomunitarios -fuera de la Unión Europea-, incluso se han incorporado doctrinarios pertenecientes al sistema del *common law*. Lo cual asegura, no solo la diversidad de posturas de sus integrantes, sino también, el prestigio de los miembros que componen el mencionado grupo. (Casals, 2005, p. 4).

En virtud del desarrollo de tales principios, es dable traer a colación que la antijuridicidad ha sido apartada de los mismos, debido a que se consideró que “traía más problemas que soluciones” (Casals, 2005, p. 8).

Por una parte, porque en algunos ordenamientos, como el alemán, se entiende como un disvalor del resultado mientras que, en otros -como el austríaco-, se entiende como un disvalor de la conducta.

De lo antedicho, se desprende que el embrollo que ocasiona el instituto de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad trasciende las fronteras del derecho argentino.

Retomando las ideas metodológicas adoptadas por el grupo para la confección de los principios mencionados, se puede constatar que se ha dejado de lado la antijuridicidad.

A su vez, la idea se refuerza con la concepción que adoptan acerca del daño. Del mismo se pregona que el daño resarcible requiere de un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido. Hasta aquí, la situación no ofrece mayor novedad a las concepciones más modernas de entender el daño como el menoscabo a un interés. Ahora bien, a renglón seguido, se encarga de precisar cómo deben ser entendidos los intereses protegidos.

En este sentido, los principios rezan que el alcance de la protección de un interés va a depender de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

Asimismo, se considera que la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia. Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales. Pudiendo tener un alcance más limitado lo que sería la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales.

En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

Asimismo, el alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos (Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, p. 222).

En este sentido, bien resume Casals (2005) que:

Si bien los Principios no llevan a cabo una enumeración cerrada de cuáles son los intereses protegidos, sí consideran conveniente señalar la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño y establecer una cierta jerarquía de intereses cuya lesión dará lugar a indemnización. Con ello pretenden prescindir de una mención expresa de la noción de antijuridicidad, porque en el ámbito comparado aporta más problemas que soluciones (p. 8)

En síntesis, es loable prestar atención a la impronta de dejar fuera de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito del derecho europeo a la antijuridicidad, toda vez que, deviene en un rebuscado instituto que no resiste análisis.

En orden a la importancia de los Principios del Grupo Europeo, Zeno (2015) explica que:

El grupo ha presentado propuestas y modelos que sientan las bases para el establecimiento de normas integradoras del derecho comunitario en la consecución de un Derecho Civil Privado. En la alternativa deben ser utilizados como marco de referencia de unidad por los tribunales de los países miembros en que se activan los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea. (...) (p. 242)

6.9. Las causales de las causales de justificación: Una breve reflexión ontológica

En atención al desarrollo del presente Capítulo, es insoslayable el tratamiento de los causales de justificación. Sobre las cuales haremos un breve desarrollo de *lege lata* para así, *a posteriori*, brindar nuestra posición respecto a las mismas.

En primer lugar, partimos del razonamiento de Orgaz (1973), quien sostiene que las causales de justificación, operan como una excepción de la excepción en el sistema de daños. En explicación de ello asiste la idea de que la excepción al principio de libertad es la ilicitud, mientras que la causa de justificación es, a la vez, la excepción de tal ilicitud, por ende, un retorno al principio de libertad. (p. 49 y 50).

De allí, es que dicho autor expresa que ellas no necesitan una previsión expresa, pues al ser una excepción a la excepción, devuelven al principio de libertad. (Orgaz, 1973, p. 50 y 101).

En este sentido, fiel a la lógica que venimos sustentando, consideramos que, pregonada la atipicidad de lo ilícito, también se debe sustentar la atipicidad de las causales de justificación. (De Lorenzo, 2000, p. 350).

De lo antedicho, se entiende que las causales “pueden ser simplemente deducida de los conceptos esenciales de las diversas instituciones y del espíritu de la legislación” (Orgaz, 1973, p. 50).

Hecha esta salvedad, procederemos a establecer las causales de justificación que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico privado.

En primera medida, es dable aclarar que el CC, salvo alguna excepción particular, no regulaba las causas de justificación, por tal motivo, la doctrina aplicaba por medio de la analogía las mencionadas por el art 34 del Código Penal Argentino. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 279, Tomo 1).

En previsión a tal realidad, el legislador del CCCN ha contemplado las causales de justificación expresamente, con inmediata posterioridad a establecer la antijuridicidad. En consecuencia, el art. 1718 del CCCN contempla como causales de justificación al ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y el estado de necesidad. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 279, Tomo 1) y, por su parte el art. 1720 contempla al consentimiento de la víctima como causal de justificación, siempre que estén cumplidos sus recaudos. (Picasso y Saézn, 2019, p. 313).

En tal orden, siguiendo el esquema metodológico propuesto, analizaremos sucintamente lo que la doctrina mayoritaria entiende por estas categorías excluyentes de antijuridicidad, para luego, pasar a desarrollar nuestra postura.

6.9.1. Ejercicio regular de un derecho

La presente causal de justificación encuentra su fuente en el anterior art. 1071 del CC y en el art. 34 inc. 4 del Código Penal Argentino.

En este sentido, desde la visión tradicional, se entiende que no hay obligación de reparar el daño causado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, salvo, en este último caso, que el derecho se ejerciere con el manifiesto propósito de perjudicar. (Orgaz, 1973, p. 103).

Siguiendo la idea histórica de la presente causal de justificación, los legisladores del actual CCCN lo incorporan en el art 1718 inc. a). En esta lógica, el ejercicio regular de un derecho no da lugar a la reparación de los daños que pudieren resultar del mismo.

Ahora bien, el mismo debe ser leído en concomitancia con el art 10 del CCCN, de lo cual se colige que queda incorporada dentro de la causal al cumplimiento de una obligación legal. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 280).

De lo dicho, se desprende, sin ninguna dificultad, una amplitud desmesurada de la posibilidad eximir una conducta -en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de una obligación- del ámbito de lo antijurídico. En saneamiento a dicha amplitud, opera un límite de fuerte raigambre en el derecho argentino, el cual es la teoría del abuso del derecho.

Esta última, pregona que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos -art 10 del CCCN-, considerando por tal a aquellas conductas que contrarían los fines del ordenamiento jurídico o aquellas que exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

A esta altura, continuando con las ideas de Orgaz (1973) consideramos que hubiese sido correcto no considerar al abuso del derecho como un tema de licitud e ilicitud como lo han hecho la mayoría de los ordenamientos. (p. 100).

En efecto, lo que debe analizarse es que exista un daño causado y su justificación o falta de justificación de ese daño. Sobre este último ámbito, recae el ejercicio del derecho. Es por eso que Orgaz, en lugar de preguntarse si un

ejercicio de derecho fue lícito o ilícito se pregunta si habiendo un daño causado mediante el ejercicio de un derecho, este se encuentra justificado o no. (Orgaz, 1973, p. 100).

En virtud de lo anteriormente expuesto por el autor citado, la ilicitud de un acto no depende de su prohibición, sino de la ausencia de una justificación.

Siguiendo este razonamiento, Barbero (2001) sostiene que para decir que hay una justificación basta con que no haya prohibición. Es decir, que el acto no necesita estar prohibido para ser ilícito, pero luego este autor suma que, si no hay prohibición, está justificado, por ende, no es ilícito. (p. 1026).

Se deja entrever en nuestra crítica, la sinonimia entre la existencia o inexistencia de una prohibición -cuestión que excede la esencia de la prolífica responsabilidad objetiva- como fuente del deber de responder.

El análisis realizado por el autor citado, demuestra el claro ejemplo de cómo se ejerce una fuerza desmesurada para hacer encajar a la ilicitud en los contornos del sistema de la responsabilidad civil.

En este escenario, se debe quebrar el binomio de prohibición- ilicitud, porque si bien el principio de seguridad jurídica es el eje rector de esta postura, bien han olvidado sus defensores que, sin el principio de libertad adaptado a un escenario de mayor ductilidad -frente a las diversas nuevas formas de daños-, no es factible que la seguridad jurídica resguarde un objeto que se aparte de las necesidades de la realidad.

En tal sentido, explicita De Lorenzo (1996) que, es probable que en un primer momento esta manera de individualizar el daño que debe transferirse en virtud de la injusticia -y no de la antijuridicidad- puede herir cierto aspecto de la formula liberal de la certeza jurídica. Sin embargo, si el sistema se dota de un funcionamiento dinámico y funcional, los resultados a los que permite arribar, justifican ampliamente un eventual y parcial sacrificio de la seguridad jurídica estática. (p. 86 y 87).

Retomando las observaciones que realizamos acerca de lo dicho por Barbero (2001) consideramos que se evidencia aun mas el yerro de la postura, al sostener, ulteriormente, que sin prohibición una conducta se encuentra justificada, por ende, se encuentra fuera del campo de lo ilícito.

Por nuestro lado, insistimos en la superación del esquema maniqueísta del sistema resarcitorio entre lo lícito e ilícito, debido a que, si una conducta no

prohibida es lícita -como expresa el autor-, demuestra una particularidad, un aspecto conductual que, en nada ayuda al sistema, en razón de que establecer si una conducta es lícita o ilícita en el sistema actual de daños, no repercute en la fuente del responder.

En este sentido, nos atrevemos ir aun un poco más allá, al reconocer la imposibilidad de conversión de una conducta ilícita en lícita por medio de una causal de justificación. Esta idea ya la manifestaba Orgaz (1973) al sostener que, “los actos lícitos e ilícitos lo son desde el comienzo, sin que los unos deriven de los otros”. (p. 48).

Lo hasta aquí señalado, invoca una amplitud del sistema de daños, en el cual el binomio licitud-ilicitud deviene forzado a cumplimentar una función, que antaño -con otro escenario jurídico- cumplía, pero que, en el marco de un derecho de daños centrado en el damnificado, resulta a todas luces inútil.

Es por ello que, en la lógica de las ideas expuestas, la causal de justificación del ejercicio regular de un derecho se centra solamente en un aspecto más a contemplar por parte del judicante a la hora de sopesar los intereses merecedores de tutela en juego.

6.9.2. Legítima defensa

Siguiendo las ideas de Vivas (2012) se entiende a la legítima defensa como una causal de justificación que se funda en la necesidad de autoprotección y afirmación del derecho que se rige por el principio de interés preponderante. La misma, acoge el fundamento de que se evite un acontecimiento injusto al que el Estado estaba llamado a evitar, y ante la imposibilidad de su actuación en un tiempo oportuno, los particulares repelan con su fuerza y en perjuicio del ilegítimo agresor, el daño que les amenace en forma actual e inminente en su persona o bienes. (p. 247 y 248).

De esta manera, al declararse legítima la defensa, la legislación hace de cada ciudadano un defensor del derecho, frente a aquel que, por medio de un acto ilícito, se coloca fuera de su protección. (Vivas, 2012, p. 248).

En este sentido, se articula la causal de justificación nuevamente como una excepción a la regla, en la cual se autoriza a un individuo a defender y asegurar sus derechos por propia autoridad. Sin dejar de resaltarse que la acción

privada, además de imperfecta, constituye un peligro para la paz pública. (Orgaz, 1973, p. 105)

Ahora bien, como toda causal de justificación el dilema de la legítima defensa va a estar en la interpretación y extensión que se realicen sobre los presupuestos para su admisión como causal de justificación.

En referencia a ello, el inc. b) del art. 1718 del CCCN, requiere que la legítima defensa sea propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión, actual o inminente, ilícita y no provocada.

Como particularidad, el CCCN recepta una indemnización plena para aquel tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa. (Art 1718 inc. b. *in fine*).

Enunciadas algunas cuestiones centrales sobre la causal de justificación bajo análisis, consideramos menester ahondar en una cuestión específica. En palabras de Orgaz (1973), en todas las llamadas causales de justificación el rasgo esencial es que el acto causante del daño es lícito. Esto lleva a analizar ciertos fundamentos jurídicos.

Entre tales argumentos Jiménez de Asúa (1997), expresa que “la legítima defensa tiene su base en la preponderancia de intereses, puesto que es preferible el bien jurídico del agredido que el interés bastardo del agresor” (p. 290).

Contrario a las ideas que Hruschka (2004) interpreta sobre Kant, que consideraba a la legítima defensa como injusta pero impune (p.14 y 15), nosotros consideramos que al contrario es impune la agresión, porque es justa impedir la o repelerla en estudio de sus circunstancias concretas.

6.9.3. Estado de necesidad

Por la presente causal de justificación debemos entender a la situación en la que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal a un tercero, que no es autor del peligro. (Orgaz, 1973, p. 127).

Asimismo, el mismo autor referenciado, aclara que el estado de necesidad se diferencia de la legítima defensa, dado que en esta última existe una reacción legítima contra una agresión ilegítima, mientras que en la primera estamos frente a un conflicto de intereses legítimos. (Orgaz, 1973, p. 132).

A grandes rasgos, la distinción entre las figuras propuestas, radica en que en la legítima defensa el perjudicado no es ajeno al hecho, y sí lo es en el estado de necesidad (Picasso y Sáenz, 2019, p. 303).

Asimismo, en la legítima defensa se justifica una acción contra el agresor; mientras que en el estado de necesidad se puede excusar el atentado contra los derechos de un tercero. (Mazeaud y Tunc, 1962, p. 142).

En este sentido, coincidimos con los requisitos del estado de necesidad que destaca Vivas (2012): en primer lugar debe existir un peligro inminente de pérdida de un bien jurídico propio o ajeno y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico de menor valor relativo; asimismo, debe haber acción necesaria -es de decir que no pueda ser evitado de otro modo-, la situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado, sea por un obrar culpable o doloso, el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el bien lesionado, que el necesitado no tenga por oficio o cargo obligación de sacrificarse (pp. 332-334).

Por su parte el CCCN, legisla al estado de necesidad en el art. 1718 inc. c. el cual sostiene que es para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable -entiéndase necesario-, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo. Asimismo, para estar justificado requiere que el mal que se evita, sea mayor al que se causa. Sobre todo, esta contemplación, el legislador suma la novedad de que, en estos casos de estado de necesidad, el damnificado tenga derecho a ser indemnizado en base a la equidad.

Sentadas las generalidades del instituto, cabe reflexionar el sustrato del mismo. En torno al mismo, es digno de reconocerse en primera medida el carácter axiológico del mismo, y a su vez, el protagonismo que poseen los principios de razonabilidad y del interés preponderante.

En igual sentido expresa Alpa (2016), que en esta ponderación de intereses que se realizar tanto en el estado de necesidad -como en la legítima defensa- se tiene en cuenta siempre el parámetro relacional entre el egoísmo individual, la tutela de la víctima y la solidaridad general. (p. 445).

Plasmado lo antedicho, podemos exponer que el problema central del estado de necesidad radica en establecer el criterio de evitación del mal mayor por el de uno menor, sobre lo cual cabría preguntarse ¿implicaría que uno de los

bienes sea más valioso que otro? El dilema planteado ¿Acaso no sería otra de las formas de ponderar valores jurídicos correspondientes a una determinada época, por parte del judicante?

Sobre las ideas expuestas, sostenemos que, el juicio acerca del estado de necesidad no es otra cosa que una representación del juicio sobre la justicia o injusticia de que prime un interés en colisión con otro. De esta manera, la teoría tradicional insiste en realizar un juicio que se subsume bajo el ropaje de la antijuridicidad y sus causales, para recobrar -en el binomio que criticamos de licitud e ilicitud- una ficción que devuelva la justificación de una conducta, pero en una lógica *ex post facto*.

En otras palabras, el posterior análisis ponderativo que se realiza en la teoría tradicional para quitar responsabilidad -en base a la antijuridicidad y el juego de sus causales justificativas- no es otra cosa que la que realiza *prima facie* la doctrina del daño injusto.

Es decir, a nuestra consideración, analizar una comparación valorativa en el que prime un derecho o interés sobre otro, no es otra cosa que sostener la preponderancia de un interés digno y merecedor de tutela en el caso concreto.

De igual forma, el análisis en favor de una indemnización que realice el juez en base en la equidad, en los casos descritos, lo que hará en palabras más o palabras menos, es un análisis del daño injustamente sufrido.

6.9.4. Consentimiento del damnificado

En el presente apartado, pretendemos esbozar algunas ideas sobre la novedad que incorpora el CCCN en materia de causales de justificación.

En diversas situaciones, la acción de un sujeto de causar voluntariamente un daño a otro, es, sin embargo, conforme a derecho si el damnificado consintió previamente la causación de ese daño. Por ende, se entiende por tal al consentimiento de un acto formalmente ilícito.

Es así que, el art. 1720 del mismo cuerpo legal, instituye que, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de bienes disponibles.

Como complemento -a pesar de que el CCCN no lo manifieste expresamente-, consideramos, siguiendo a Orgaz (1973), que existen una serie

de aspectos relevantes a tener en cuenta: uno de ellos es que el consentimiento debe ser consciente y voluntario, como así también, debe ser anterior a la realización del daño personal o patrimonial. De esta manera, diferenciándose que cuando el consentimiento es posterior, no es causa de justificación, sino que civilmente constituiría un perdón al autor del daño. Otra cuestión a considerar es que el mismo es revocable en tanto no exista. (p. 176).

Va de suyo, que es meritorio -aunque como vemos quede a mitad de camino- el avance que realiza el texto legal del CCCN, sobre todo en aclarar el límite de la disponibilidad de bienes y de las cláusulas abusivas. Todo lo cual, guarda estricta relación con la dignidad humana y los derechos personalísimos como reflejo del reconocimiento superlativo de la persona humana como centro y eje del derecho.

En virtud de lo expuesto, consideramos que la disponibilidad o indisponibilidad del bien resulta a todas luces, una actividad de indagación acerca del interés en juego, en torno a ello, reconociendo como límite, los derechos inherentes a la personalidad del damnificado. Sin perder de vista el núcleo que dicho derecho resguarda: los intereses de mayor envergadura.

6.10. Las causales de justificación. Nuestra posición. Una breve reflexión ontológica

En consonancia con las ideas expuestas por De Lorenzo (2000) sostenemos que la evolución social ha ido ampliando el elenco de derecho e intereses que pueden prevalecer en un determinado caso.

En efecto, la amplitud del ilícito trae como consecuencia una indefectible amplitud de las causales de justificación (p. 978). (Zavala de González, 2015, p. 458). (Orgaz, 1973, p. 50).

En esta exposición, hemos resaltado la inevitabilidad de circunscribir el análisis de las causales de justificación en el terreno axiológico. (Zavala de González, 2015, p. 454). En el mismo sentido, señala Jiménez de Asúa (1997) que, lo antijurídico deviene en un terreno nítidamente valorativo que conlleva a ensanchar las causales de justificación. (p. 268).

Esto se relaciona con el resalto que De Lorenzo (2000) coloca al ejercicio regular de un derecho como el equilibrio del *alterum non laedere* (p. 979). De esta manera, el ejercicio regular se consolida como una verdadera cláusula

general que también debe trastocar su matriz decimonónica para adaptarse al nuevo tablero jurídico.

Desde otro análisis, sostenemos que las causales de justificación no son eximentes de la responsabilidad, debido a que solo eliminan la ilicitud, pero no liberan en todos los casos la obligación de resarcir a la víctima del daño ocasionado. (Zavala González, 2015, p. 463). Ello, se constata por medio de la existencia de una reparación plena en determinados casos en que opera la causal de justificación.

En virtud de lo dicho, pese a existir una causa de justificación se pone en funcionamiento uno de los principios rectores del derecho de daños: la reparación plena. Por ende, ya no hablamos de esa reparación a cuenta gotas de la equidad. Si no, de una verdadera reparación integral conforme al arts. 1718 inc. b) *in fine* y 1740 del CCCN.

En resumen, decir que se excluye la antijuridicidad de la conducta ante la presencia de una causal de justificación en el mayor de los casos no traerá aparejado un deslinde de responsabilidad por parte del agente dañador (art 1718 inc b).

Si, será deslindado en la medida que sea justo que el damnificado soporte el daño, sin derecho a compensación alguna, toda vez que las circunstancias del caso concreto lo dispongan, teniendo presentes los intereses en pugna, así como aquel que deba considerarse prevaleciente, conforme a una juicio razonable y armonioso de los valores que orbiten al ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Asimismo, siguiendo a Zavala de González (2015), sostenemos que es impropio encuadrar las causas de justificación como eximentes de responsabilidad, porque sólo eliminan la ilicitud, pero no liberan en todo caso la obligación de reparar el daño (p. 463).

Ordenando las ideas que venimos sosteniendo, entendemos que, las causales de justificación son un catálogo abierto de situaciones que deben ser encausadas por el judicante en un contexto social y cultural determinado, sopesando los intereses en juego.

En este sentido, entendemos que la ponderación axiológica de las causales será sometida a un juicio lógico y razonable, *a posteriori* a la realización de la conducta.

Si a ello, le sumamos la idea de que en más de una ocasión no sea útil distinguir la legitimidad o ilegitimidad de la conducta como exclusivo criterio de resarcimiento, debemos notar también que, con el cambio de paradigma del derecho de daños que venimos explicitando en derredor de la ilicitud, también debe readaptarse el rol de las causales de justificación.

Es por todo lo expuesto, que consideramos a las causales de justificación como un criterio orientativo *-ex post facto-* que brindará parámetros de ponderación para ir más lejos que la legitimidad o ilegitimidad de la conducta que ocasionó el daño. Pero siempre, a los fines establecer un estándar valorativo acerca de la justicia o injusticia del daño sufrido.

Asimismo, anteriormente referimos a la atipicidad de las causales y la interpretación que consideramos correcta acerca de lo estatuido por el CCCN.

En este sentido, bajo la lógica de las ideas que venimos exponiendo, consideramos que, partiendo del análisis sistemático del Art. 1717, sostenemos que las causales de justificación operan sobre el perjuicio *-daño-* de manera abierta, y no sobre la antijuridicidad.

Ello se explica, al sostener que en nuestra óptica deviene insuficiente circunscribir la acción o la omisión a una causal de justificación, cuando lo que realmente nos interesa para el análisis *ex post facto*, es la verdadera consecuencia dañosa sopesada respecto a sus intereses mediante un juicio lógico y razonable que realizará el judicante en el caso concreto.

En síntesis, sostenemos que al no ser más la antijuridicidad un catálogo completo de comportamientos prohibidos, se permite que la jurisprudencia revise permanentemente el modelo de comportamiento a fin de ajustarlo a la evolución social, técnica, económica o cultural; y por el otro, posibilita una administración del daño acorde con la función que se le asigne al remedio. (De Lorenzo, 2000, p. 978).

6.11. Conclusiones

En este orden de ideas, podemos decir que transitamos una etapa de cambio, donde debemos replantearnos los atávicos esquemas jurídicos para así, asistir a los nuevos cambios, los cuales se producen a mayor velocidad que los cambios que acontecen en la evolución jurídica.

Sin erigirse como excepción a lo dicho, el fenómeno comprende asimismo al controvertido instituto de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, como así también, las causales de justificación que se legislan en nuestro CCCN.

Queda demostrado en el recorrido de diversos ordenamientos jurídicos mundiales, que la antijuridicidad no es un presupuesto imprescindible de la responsabilidad civil. Claro está, la historia habla por sí misma, que el instituto de la antijuridicidad fue una herramienta útil en el devenir jurídico de nuestro país, pasando del derecho penal al derecho civil, como una posibilidad de generar ficciones que el derecho como sistema no podía -o no estaba preparado- para solucionar. De lo referido, asistimos a denotar el paso de un instituto de ficción necesaria a uno que devino ilusorio.

Haciendo uso de la distinción realizada por De Lorenzo (2007) acerca de las dos falsedades que existen en el derecho: ilusión y ficción, entendiéndose por la primera una falsedad que se toma como verdadera, y, a la segunda, como una falsedad que se toma como tal. (p. 7), es que sostenemos que la antijuridicidad es un instituto contaminado por la primera de ellas; la ilusión.

En nuestro recorrido, demostramos como los propios proyectos de reforma de código civil en nuestro país, han intentado sacar a la antijuridicidad del sistema. Ello, respondía a un avance del tiempo. La frustración de tales proyectos, fue una clara muestra de que aún no estábamos preparados para dejarla atrás.

Sin embargo, hoy, sin más que recurrir a una comprensión del nuevo texto del derecho privado en forma sistémica, observamos como todos aquellos deseos que esbozaron las plumas del proyecto, se materializan nítidamente al analizar al derecho de daños moderno.

En primera medida, bajo el ordenamiento jurídico vigente, constatamos que la antijuridicidad traspasó la frontera del daño. Haciendo depender a la antijuridicidad de una característica dañosa mas dentro de los contornos del daño.

En este esquema, se pudo visualizar que la antijuridicidad en el derecho de daños se debilita en todas sus facetas.

Por un lado, en la responsabilidad extracontractual subjetiva, el problema de la antijuridicidad radica en la superposición y carencia de contornos de la

misma, con la culpa. Por el otro, en materia de responsabilidad extracontractual objetiva, pierde sentido hablar de antijuridicidad debido a que, la conducta potencialmente generadora de daño es lícita. Es decir, el juego lógico y ficcionado se realiza *ex post facto*, remitiendo a cuestiones metajurídicas (De Lorenzo, 1996, p. 22).

Asimismo, y como novedad que trae el CCCN, demostramos que, en el esquema preventivo, la antijuridicidad es un verdadero obstáculo.

Nuestra idea gira en contraposición a la doctrina mayoritaria, en el sentido que, la antijuridicidad no es el verdadero correlato del principio general del *alterum non laedere*. Estamos convencidos de que este último, corre sobre el campo del daño. En efecto, lo que se reporta justo o injusto, es un daño. No una construcción forzada de la antijuridicidad en derredor a una cualidad del detrimento sufrido.

Como también hemos visto, el paso de la cosmovisión de la antijuridicidad formal hacia la antijuridicidad material, fue el último intento de trastocar el instituto hacia la flexibilidad que exigía el derecho moderno.

Loable fue que la doctrina y jurisprudencia vayan haciendo suya esta idea, y hayan consolidado sus bases en los ordenamientos modernos. Sin embargo, hoy en día, el planteo va más allá, ya que, en un CCCN que posee un Título Preliminar que resalta a los principios y valores, no corresponde someter la antijuridicidad a una rebuscada ficción de reenvíos innecesarios.

Por ende, ya no es necesario rellenar de contenido al *alterum non laedere*, toda vez que, opera en forma inmediata según las nuevas reglas del sistema de daños.

Los mismos autores que pregonaron este cambio de cosmovisión referida, fueron quienes en su momento abrieron los diques de la antijuridicidad material hacia los atentados contra el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales y hasta el ejercicio abusivo de los derechos.

En la actualidad, todo ese contenido pregonado, conforma las bases del Título Preliminar del CCCN, consagra una nueva iusfilosofía del derecho de daños. Es menester en tal sentido, remitirse a los arts. 9, 10, 11, 12 del CCCN. Así como los arts. 1, 2 y 3 del mismo cuerpo legal, que trabajan como dientes de un engranaje hermenéutico del renovado sistema.

Por tal cuestión, si hablamos de principios en clave del CCCN, hablamos de una fuente directa de responsabilidad de daños. Máxime con la consagración de un derecho privado constitucionalizado que enmarca en un diálogo de fuentes al art 19. de la CN -con el art 1710 y 1716 del CCCN-, el cual es la fuente madre del *alterum non laedere*.

De esta manera, no podemos entender que el art. 19 de la CN -principio de no dañar al otro- se considere un simple rótulo que dispare el funcionamiento de la antijuridicidad. En la nueva cosmovisión del derecho moderno, el art 19 actúa por sí y en sí, es decir con autosuficiencia.

Y, como el mismo principio contiene ontológicamente, el principio remarcado es el de no dañar. Por ende, el núcleo que activa el funcionamiento de la responsabilidad, lo carga la contravención a un daño injusto. Pero entiéndase a esta altura que, injusto no es sinónimo de antijurídico.

En orden a las ideas expuestas resaltamos el obstáculo insuperable de la antijuridicidad dentro de la función preventiva. En este esquema, demostramos que la antijuridicidad dificulta en la praxis a la función más importante del derecho: la prevención.

Es un contrasentido hoy lo que expresaba Bueres (1989) en su reconocido trabajo sobre el daño injusto. El autor mentado expresaba, que la prohibición de causar daño es un principio general del derecho que se puede inducir en numerosas normas. (p. 150).

En este sentido, reiteramos que la funcionalidad del Título Preliminar, no nos exige en ningún lado que un principio general deba ser inducido de diversas normas para poder actuar. Ello, no sería otra cosa que continuar bajo los flagelos del positivismo, el cual devendría en el árbol que tapa el bosque del derecho.

En este sentido, Vázquez Ferreyra (1993, p. 132) expresa que, por lo expuesto, y a falta de tipicidad, todo daño ocasionado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho -no abusivo- o medie una causa de justificación.

De lo antedicho, extraemos el termino antijurídico y lo remplazamos por el daño injusto. Pero no como un antojo terminológico, sino que, bajo la categoría del daño injusto se implicaría un juicio lógico diverso del judicante a los fines de establecer la existencia o inexistencia del deber de responder. Esto es, lo que llamaríamos un auténtico balance judicial.

Este último, refiere a un juicio axiológico de ponderación. Es decir, si hablamos de balance, indefectiblemente hablamos de una balanza, *ergo*, si hablamos de una balanza representamos dos extremos. Tales extremos, en la apoyatura tendrán dos -o más- intereses que representan la necesidad de cada una de las partes de la contienda.

Estos últimos -como veremos en el próximo Capítulo- deberán analizarse en contexto y bajo diversos principios que hemos referenciado. Bajo el imperio del art 3 -y en gran medida por gran parte del articulado que contiene el Título Preliminar.

En conclusión, con el fin del positivismo jurídico, la antijuridicidad edificada sobre la estructura del daño pierde toda virtualidad, dando paso a la fuerza del daño en un nuevo sistema que se articula en derredor al principio general de no dañar a otro y el nuevo tablero de juego del daño injusto.

Desde esta atalaya, nos adentraremos en los siguientes en adelante, a los fines de abordar una nueva sistemática en el cual orbitan profusos intereses dignos de tutela, los que armonizaremos en un sistema axiológico, circunscriptos a una determinada época en base a las tendencias jurisprudenciales que constituyen la síntesis social de la justicia.

Con tal propósito pasamos a desarrollar los aspectos históricos del daño injusto con la intención de concluir el próximo Capítulo creando una tercera vida del mismo.

Capítulo VII

DEL DAÑO INJUSTO EN RETROSPECTIVA HACIA SU NUEVA VIDA

“La historia de la responsabilidad civil no es, pues, un círculo que se cierra; es más bien una parábola que se ubica sobre una línea trazada hacia el infinito”. (Busnelli, 2002, p. 35).

7.1. El Contexto histórico del daño injusto

Recapitulando y sintetizando las ideas que venimos desarrollando hasta el momento podemos decir que en orden a la secuencia cronológica que adoptamos metodológicamente, se erige el concepto del interés como protagónico en el esquema del nuevo derecho de daños, es decir, más precisamente hablando, en el reconocimiento, contenido y alcances de los intereses, dentro de un ámbito axiológico -por ende moral y jurídico- que se enmarca en el escenario sobre el cual se desarrolla la tensión conflictual en el plano intersubjetivo.

Asimismo, siguiendo esa primera idea -y no por ello menos importante-, constatamos una apertura de los diques a la hora de seleccionar los distintos tipos de daño resarcible. Eso conlleva ostensiblemente al paso de la tipicidad del ilícito a la de la atipicidad del mismo, con los reparos que dejaremos entrever sobre este tema.

Ahora bien, también dejamos expresado el hecho que de esta evaluación que realiza el judicante sobre el interés del dañado y el interés que persigue el autor del mismo, cobran relevancia en un juicio *a posteriori* al hecho mismo. En el cual, el juez tiene en cuenta la concepción de la injusticia en base a un tipo de relación circunstancial que existe entre las partes.

De igual forma, presentamos a las cláusulas generales y los principios como la técnica legislativa empleada para darle introducción a la teoría del daño injusto. Para ello, dejamos sentado en el Capítulo anterior como la antijuridicidad -anquilosada en un sistema obsoleto- deviene innecesaria en el nuevo sistema del derecho de daños.

Ello, se corrobora con el paso de una responsabilidad que históricamente se basó en la culpa -lo cual se esparció bajo el apotegma: “no hay

responsabilidad sin culpa”, proveniente del derecho civil francés-, al paso de una responsabilidad a todas luces objetivada.

En este sentido, los binomios categoriales de la licitud e ilicitud, demuestran su falta de funcionalidad en el sistema que se compone de nuevas exigencias por parte de la sociedad y de la comunidad jurídica. Es así que, todo el problema histórico que se ha suscitado entre la licitud e ilicitud, se diluye en la fuente principal del problema: el reconocimiento de intereses merecedores de tutela.

En este sentido, referirnos al ilícito nos conduce inexorablemente al sistema de la tipificación. En orden a ello, es que detectamos el nudo gordiano por medio del cual se cierran todos los caminos a las soluciones. Lo cual, en efecto, implicaría utilizar trenes nuevos sobre rieles vetustos.

Ya encaminándonos hacia el estudio de la temática del presente Capítulo, sostenemos como primera cuestión a considerar que cuando hablamos del daño injusto, es invocar una imagen que remite a la situación de aquellos sujetos de derecho que exhiben un padecimiento o menoscabo -damnificados-, provocada por el hecho atribuible a un tercero, y que reclaman tutela a los jueces.

A los cuales el derecho, les contesta que no puede oírlos porque esa situación de carencia o padecimiento que sufren, no es un daño jurídico, por ende, no es un perjuicio resarcible para el derecho. Pero lo cual puede ser una expectativa o interés muy serio y respetable, a lo que parece injusto negarle tutela jurisdiccional (Casiello, 2001, p. 1).

Dicho en otras palabras: ¿una víctima de un daño puede ver negada una reparación sobre la base de que el interés supuestamente lesionado no está reconocido por la ley? (Brun, 2015, p. 196)

Ante ese marco descripto, es que el derecho tiene que venir a cambiar su impronta de forma sistemática. Por ende, no alcanza con sostener que el Art. 1737 del CCCN reconoce intereses y no solo derechos, sino que se debe articular el ordenamiento jurídico como piezas dentadas de un engranaje, como veremos en el presente y siguiente Capítulo.

En consecuencia, decir que sí a un cambio de cosmovisión jurídica, implica cambiar las estructuras de los institutos que conformen tal nueva cosmovisión. En el caso, es asumir que hay una nueva postura del hombre frente al daño. Que existe un ámbito no explorado de satisfacer a los insatisfechos. Lo

que siempre se resguarda en la idea de que el derecho no se agota en la legalidad.

En razón de lo expuesto, consideramos necesario tratar la teoría del daño injusto, o como se puede decir desde la preponderancia del análisis del valor mismo; la injusticia del daño. Para así, darle los contornos que consideramos propicios para su adecuada instauración en el ordenamiento jurídico argentino, tema que en específico desarrollaremos en el próximo Capítulo.

En resumen; podemos decir que desde la injusticia del daño se entiende al derecho -antes que como una categoría abstracta objeto de especulación intelectual-, como vida, y como tal, fluye, evoluciona, muta y no tolera todos aquellos rígidos esquematismos y estructuras que impiden su movimiento (Piccioni, 2018, p. 17).

Así, la injusticia del daño es un prisma colocado entre la sociedad y el derecho (Piccioni, 2018, p. 24). Pero aun resta analizar otros aspectos temáticos que brindarán mayor solidez a nuestra hipótesis. Ante tal designio nos encaminamos en adelante.

7.1.1. El eterno retorno de la *Iniuria* del Derecho Romano

Al referirnos al daño injusto, debemos necesariamente refrescar los institutos que antaño conformaron las bases del tema que asistimos a desarrollar, para así, demostrar la susceptibilidad de movimiento pendular del tema entre dos tiempos; el pasado y el presente.

En virtud de ello, debemos realizar un breve recorrido histórico de la figura, para así situar la categoría en un contexto que nos permita delimitar los confines propios del instituto, sus funciones y su utilidad.

En virtud de lo cual, podremos reconocer el sustento histórico de la actual figura -no obstante, los particularismos de la actualidad-, y así determinar cuáles son los ejes sobre los cuales debemos analizar el instituto en el presente y en el porvenir.

Para ello, nos emplazamos al escenario del Derecho Romano, contexto el cual nos permitirá cumplir con nuestro designio a través del análisis de la *iniuria* y su reconceptualización en el devenir histórico.

Por todo lo expuesto, sin ánimo de agotar el estudio en el modesto recorrido que realizamos a continuación, pretendemos esbozar los cimientos del daño injusto.

En este designio, nos transportamos a los orígenes en los cuales se reconoció al *damno iniuria datum* como un delito que fue denominado de tal forma por un plebiscito que data del Siglo III A.C en la denominada *Lex Aquilia*. (Kaiser, 1982, p. 165).

En este sentido, cabe advertir que la *iniuria* poseía desde sus orígenes un papel preponderante para comprender la cultura jurídica romana. Ello, se constataba al reflejar que la *iniuria*, en un sentido amplio, comprendía todo aquello que no estaba incluido o era contrario a derecho. (Marey, 2013, p. 2).

En primer lugar, debemos aclarar que, en un primer momento, el instituto se asociaba el concepto de daño ilícito *-damnum iniuria datum-*, el cual era contenido de la *Lex Aquilia*, junto al concepto pretoriano de la culpa.

Por su parte, Sánchez Hernández (2015) expresa que la *iniuria* en la *Lex Aquilia*, no refería al contenido del daño, sino al modo en que se producía el mismo. (p. 290). Es decir, más a una cuestión formal que a una cuestión sustancial.

Esto implica que, no debe entenderse por *iniuria* en materia aquiliana a cualquier ofensa, sino como aquello que se realizó *non iure*, es decir *contra ius*, lo que significa que alguien obra de manera contraria a derecho o de manera injustificada. (Sánchez Hernández, 2015, p. 292), (Schipiani, 1990, p.83).

De esta forma, los argumentos que justifican la comprensión de la *iniuria* como un acto no justificado fueron parte de la casuística que fue circunscribiendo la problemática en torno a la existencia o no de una causal de justificación.

En virtud de los avances de la figura del *damnum*, fue fundamental el rol de la práctica de los pretores y su gran reforzamiento en materia jurisprudencial. De esta manera, se fue completando y mejorando el régimen del *damnum* contemplado en la norma. (Espinoza, 2002, p. 213).

En esta reflexión, asistimos a la importancia de la casuística romana, la cual ha ido mutando el instituto a tal punto de dejar en primer plano el concepto del daño en materia de responsabilidad aquiliana. (Espinoza, 2002, p. 207)

Con el advenimiento de la pandectística, se entendía que en la ley tenía en consideración el interés del actor. Asimismo, la doctrina señaló que la

jurisprudencia clásica más bien debió aplicar las normas de la *Lex Aquilia* en función de una estricta valoración objetiva de la cosa, siendo los compiladores los que aplicaron este criterio del interés para así conseguirse la solución más justa adoptada al caso concreto. (Voci, 1939, p. 66 y 67).

7.1.2. El redireccionamiento de la *iniuria* en el derecho moderno. Una aproximación a la injusticia del daño

Anteriormente advertíamos que con la pandectística ya se esbozaban otras ideas acerca del alcance de la aplicabilidad del criterio del interés.

Todo lo descrito, fue fruto de un proceso histórico gradual que fue decantando en el reconocimiento de la persona sobre una visión estricta de la tutela de la propiedad. Es por ello, que en el derecho moderno existe el principio general según el cual, si una persona ha sufrido un daño en su integridad o en sus bienes, que ella no tenga el deber jurídico de soportar, aquel a quien el hecho pueda imputarse deberá indemnizar o reparar el perjuicio que la primera ha sufrido.

Ahora cabe preguntarse ¿Qué nos diferencia hoy respecto al ayer? en el derecho romano no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente, sino que se plantearon, por la ley o por el pretor, casos particulares de daños, especialmente referidos a las lesiones o deterioros que afectaban a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecían las sanciones correspondientes.

Ahora bien, si se observa el desarrollo histórico de la figura, se puede advertir una evolución que va desde el original predominio de la pena en el derecho antiguo e incluso en la época clásica, a la preeminencia del concepto de indemnización del daño causado en la última etapa del desarrollo de este sistema jurídico, esto es, en la época de la compilación justiniana (Jörs y Kunkel, 1965, p. 242).

En esta última etapa Justiniana, el instituto ya cobra una extensión lógica considerable en su evolución, teniendo en cuenta que el titular de la acción es todo hombre libre que sea ciudadano del Imperio Romano. A su vez, por obligado se entendía al causante del daño en forma personal o por alguien que se encuentre bajo su potestad, incluso pasando la obligación a los herederos. Como rasgos distintivos, también la causa del daño se amplía; aunque no haya

contacto físico con la cosa, y así sea un acto positivo o negativo. (Ghirardi, 2004, p. 123 y 124).

Toda esta evolución, fue trayendo cambios significativos en el derecho privado moderno. Sobre todo, en la doctrina y jurisprudencia italiana durante la década del 60' del Siglo XX, a raíz del fenómeno de la ilicitud y el daño.

En asistencia a los tiempos actuales se han generado importantes cambios y se han introducido en la materia, numerosas fuentes dañosas. Todo lo cual, generó que, -como hemos visto en el Capítulo anterior-, el principio de que no existe responsabilidad sin culpa se haya debilitado.

Por lo cual, debemos reiterar la idea de que el factor de atribución que impregna los ordenamientos jurídicos actuales son los de carácter objetivo.

Esto lo reflejamos, ya que nos ha llevado a reconceptualizar los elementos de la responsabilidad civil. Este sistema actual consideramos que -como desarrollamos en el capítulo anterior- deja en desuso la antijuridicidad.

Piénsese en el ejemplo de conducir un auto; cada uno de lo que subimos a un vehículo somos conscientes del riesgo al que asistimos, empero, no podemos sostener que presenciemos una conducta antijurídica por el solo hecho de conducir un vehículo.

Ahora bien, sucedido un evento dañoso ¿Qué es lo que sucede en la mecánica lógica de la antijuridicidad? Es ahí donde empezamos a ver los problemas que trae el factor objetivo sobre los institutos que se han sedimentado en la culpa.

Si en el ejemplo tomamos la antijuridicidad por la conducta, estaríamos generando un razonamiento *ex post facto* que no sería válido para reprochar una conducta que no ha sido previamente antijurídica. Es aquí, donde sostenemos que la figura del daño injusto cobra cimer importancia para suplantar a la antijuridicidad y para que se ejerza sobre el caso sucedido un juicio de ponderación por parte del judicante, evaluando la importancia de los intereses merecedores de tutela de las partes en pugna en el caso concreto.

Expuestas tales ideas, resta recorrer y delimitar el camino que afrontamos en nuestra tesis en derredor a la identificación, reconocimiento y criterios de determinación de aquellos intereses. En pocas palabras, nos adentraremos al desarrollo de la delimitación del instituto propuesto.

7.1.3. El daño injusto. Del obrar *contra ius* al obrar *sine iure*

Sin perjuicio de haber realizado una aproximación al tema en el Capítulo anterior, analizaremos algunos aspectos de este binomio a través del cual la jurisprudencia ha simplificado el discurso en derredor al área de resarcibilidad de un determinado daño.

Partir de la idea de que tal división terminológica, si bien es una categoría propia del estudio del tema, es una cuestión que a nuestro criterio deviene por llamarla de algún modo histórica, es decir para explicar su cronología y recorrido, más nosotros tomamos a la injusticia del daño desde la visión *sine iure*.

El análisis de estas dos características -traducidas en dos cosmovisiones distintas del instituto-, se puede citar en dos puntos distintos de la línea cronológica. Por un lado, se sostiene su nacimiento en la *Lex Aquilia -damnum iniuria datum-*, sobre la cual se interpretaba, por un lado, se refería a actuar sin derecho y con culpa, mientras que la otra vereda, sostenía que se trataba de un obrar lesionado de un derecho, es decir; *contra ius*. (De Lorenzo, 1996, pp. 15 y 16).

En este aspecto, se demuestra nuevamente como se fue conjugando la empresa de la jurisprudencia y la doctrina en un vaivén de soluciones. En primer lugar, es necesario recurrir al fallo Meroni, que como hemos explicado anteriormente, si bien sostuvo que los derechos subjetivos absolutos seguían siendo la regla, se venían a dar una serie de análisis que dieron base a una nueva perspectiva de la amplitud del daño.

En este sentido, la *Cassazione* italiana se encargó de explicitar que: la injusticia del daño que propugna el art 2043, se debe entender en un doble significado de daño. Uno producido *non iure* y otro *contra ius*.

Por el primero, se entiende que el hecho provocador del daño no debe ser de otro modo justificado por el ordenamiento, y por *contra ius*; en el sentido de que el hecho debe afectar una situación subjetiva reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico en la forma de derecho subjetivo.

Como hemos sostenido, si bien esta interpretación que tuvo la *Cassazione* en la sentencia Meroni deja fuera de la protección del art 2043 a los intereses que no tienen carácter de derecho subjetivo, pone en relieve la arbitrariedad de discriminación entre una categoría y otra dentro de estos últimos para aceptar o no el resarcimiento. (Piccioni, 2019, p. 30).

Como se puede observar de lo dicho, lo que caracteriza al sistema italiano es la mención al calificativo de injusticia referido al daño y no al hecho en sí. (Visintini, 1999, p. 9).

En orden al juicio que se realiza mediante la injusticia del daño; un *non iure* -no proveniente de un hecho que no constituye ejercicio de un derecho-, y *contra ius* -que es lesivo de una situación jurídica garantizada por el ordenamiento-. En este aspecto, es injusto lo que resulte de la síntesis de esos dos supuestos (Salvi, 2001, p. 301).

De esta manera, la calificación de la injusticia del daño se expresa en la comparación de intereses que confligan en el hecho dañoso. (Trimarchi, 1970, p. 98 y 99). Lo cual puede derivar de la ley misma, o bien, en caso contrario, realizada por el juez. (Salvi, 2001, p.301) (Visintini, 1999, p. 17).

De todo lo que venimos desarrollando, se puede constatar como la atipicidad del ilícito se ve correlacionada con esta interpretación que se suscitó en derredor a la endiádis de la injusticia *contra ius* y *non iure*.

Es preciso, relacionar el tema que venimos desarrollando en el presente título con uno de aquellos principios que desarrollamos con antelación en la presente tesis, de esta forma, es preciso resaltar que el principio del *alterum non laedere* es un criterio operacional de la injusticia, y al mismo tiempo, es un límite para establecer la amplitud de la misma. Un indicio a la vista en esta concepción se encuentra en todas las sentencias en las que se identifican la injusticia y el comportamiento *contra ius* y *non iure*. (Franzoni, 2001, p. 193).

En este tema, debemos diferenciarnos de la doctrina tradicional del tema, que interpretaba que del acaecimiento de un daño se presume la ilicitud del hecho que lo causa, y que queda para un proceso posterior, la prueba de la justificación del mismo por el ordenamiento jurídico. En tal caso, desaparece la injusticia.

Así, si se entiende que no existe el deber de no causar un daño, sino de causar un daño injusto, o sea, un perjuicio derivado de un acto *contra ius*, es decir contra el deber -explícito o implícito- que emerge de todo interés jurídicamente reconocido.

Retomando la idea del título, será necesario establecer los márgenes sobre los que se analizará al daño injusto, para adaptar la finalidad del Derecho de Daños con un sistema eficaz y eficiente.

Esto implica, ya no una formulación voluntarista del comportamiento *contra ius*, sino construida en base al deber fundamental del *alterum non laedere* como principio primario. Apto por sí mismo para suministrar protección a todo interés merecedor de tutela -sin que exista una previa tutela necesariamente-, y caracterizado como un obrar *non iure*. Por lo cual entendemos, al daño injusto al ocasionado sin justificación. (De Lorenzo, 1996, p. 76).

De esta manera, se constata que tanto en la época de la *Lex Aquilia* como en los tiempos que corren en la actualidad, el daño se entiende como un obrar *sine iure*. En tanto que todo daño es injusto salvo que se demuestre que el interés del dañante guarda mayor relevancia que el interés del dañado.

Mediante esta distinción terminológica, se facilita la visualización del cambio de estructura de la *iniuria*, debido a que no es concebida ya como un comportamiento contrario a un derecho o interés protegido del lesionado, sino más bien, como una lesión no justificada por un derecho o interés superior del lesionante. Es decir, ya no se centra en el interés menoscabado, sino en el interés del lesionante al desarrollar un tipo de comportamiento. (De Lorenzo, 1996, p. 77).

7.1.4. Del daño injusto histórico al daño injusto para la historia. De la experiencia italiana hacia un mundo globalizado

Con el propósito de entender la idea que gira en derredor a la teoría del daño injusto, es necesario realizar un recorrido histórico. Lo que nos transporta al emplazamiento de una dimensión geográfica y temporal determinada: Italia a partir del año 1942.

En primer lugar, cabe aclarar que dicha circunscripción geográfica no resulta antojadiza, sino por el contrario, debido a que para la responsabilidad civil italiana es coincidente la evolución de la misma, con el del progreso del concepto mismo de la injusticia del daño. (Piccioni, 2018, p. 22). Tampoco lo resulta el año que señalamos, en tanto ser coincidente con la reforma del Código Civil Italiano -CCI-.

En este sentido, ilustra Monateri (2016) la noción de daño injusto que tenía el legislador de 1942 no es la que hemos recibido a partir de los años sesenta del Siglo XX. De esta manera, el estudio del art 2043 del CCI se traduce en un

devenir discontinuo respecto al sentido que se le dio en un primer momento (p. 3).

Realizadas las anteriores aclaraciones, a los fines de precisar el punto de inflexión que promueve la reforma del CCI en el año 1942, es menester referirnos al anterior CCI de 1865, conocido como Código Pisanelli -CPI-.

En relación a este último, cabe aclarar que en su art. 1151 se establecía que “*Qualunque fatto dell’ uomo che arreca danno altri, obbliga quello per colpa del quale e avvenuto, a risarcire il danno*” [Todo hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga al que por su culpa lo haya cometido, a su resarcimiento] (traducción mía).

En este sentido, tanto la sintaxis, como su contenido, resulta equivalente con la ostensible influencia del art 1382 del Código Napoleónico. El cual reza: “*Tout fait quelconque de l’ homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” [Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo]. (Traducción mía). En tal sentido (Castronovo, 2006, pp. 10 y 11).

De ambos preceptos, se puede dilucidar como en materia de responsabilidad extracontractual ambos ordenamientos conservan una idéntica cosmovisión en orden a la utilización de la cláusula general como técnica legislativa. (De Lorenzo, 1996, p. 31 y 32).

Lo cual, dicho sea de paso, se constataba casi con exactitud de contenido y forma, el precepto que contemplaba art 1109 del CC, sobre el cual volveremos más adelante.

Dicho lo anterior, es dable explicitar que tal línea normativa en materia de responsabilidad extracontractual siguió imperando en Italia hasta el advenimiento de la reforma del CCI del año 1942.

Tal reforma citada, trae aparejado un cambio sustancial en el art. 2043 del nuevo CCI de 1942. El cual, si bien repetía la formulación del viejo art 1151 del CPI, añadía una calificación novedosa del daño en términos de injusticia. El mismo 2043 del CCI establece: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*” [cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño]. (Traducción mía).

Habiendo descripto en pocas palabras la antesala del actual art. 2043 del CCI, no podemos proseguir nuestro análisis sin antes aclarar lo que sucede a partir de la nueva cláusula general del daño injusto incorporada por el legislador italiano de 1942.

En tal sentido, siguiendo una diáfana distinción metodológica que ilustra Piccioni (2018) debemos expresar que existen dos vidas del daño injusto en la experiencia italiana. La primera de ella, de carácter tradicional, entendida como una visión aferrada al ilícito, fue la que transcurrió el primer tiempo desde la reforma de 1942. La otra, se caracteriza por el trabajo que en décadas posteriores esbozó la doctrina y jurisprudencia itálica en torno a la reconstrucción interpretativa del art 2043, a la cual la llamamos innovadora o creacionista.

Por último, en orden a nuestra posición, esbozamos la viabilidad de una tercera vida que se anuncia en la historia del daño injusto, ya no circunscripta a una dimensión geográfica determinada, sino más bien, caracterizada por la expansión globalizada de la misma. En tal marco, colocamos dicha particularidad en el análisis estructural del sujeto decisor protagónico del nuevo sistema: el juez.

7.1.4.1. La primera vida

En orden a la primera vida del daño injusto, se puede decir que ya durante la vigencia del CPI, la doctrina comienza a gestar los cambios que se plasmarían en el CCI de 1942. Sin embargo, tal consagración legislativa del término injusticia, demoró algunas décadas para comenzar a interpretarse de una manera distinta. Por ende, las primeras tres décadas desde la vigencia del CCI de 1942, hubo una continuidad conservadora en la cual la injusticia se hacía coincidir con el ilícito. En otras palabras, en esta etapa embrionaria de la injusticia, la misma no se entendía referida al daño mismo, sino a la conducta -ilícita- que se erigía como causa de aquel (Piccioni, 2018, p. 23) (Bianca, 1994, p. 541).

En este sentido, pese a un viraje de la cláusula general en la reforma del *codice*, el esquema práctico y funcional se mantenía intacto. Lo cual conllevaba a un proceso de doble tipificación -violación al ordenamiento jurídico objetivo y al mismo tiempo lesión a un derecho subjetivo (D'antonio, 2012, p. 94). (De Cupis, 1975, p. 84)

En este escenario, se constataba como se mantenía una postura restrictiva y conservadora, no obstante estar legislada una nueva cláusula general de carácter amplio y abierto al reconocimiento de nuevas formas dañosas.

Es así, empiezan a surgir autores que reconocen un cambio, siguen sujetos a la visión clásica del ilícito y al reenvío de normativo propio de los sistemas positivistas.

Un ejemplo de ello se encuentra en De Cupis (1975), cuando expresa que en el ámbito de lo antijurídico se pretende referir al derecho con el significado objetivo y subjetivo. Expresando que el conjunto de normas del derecho objetivo se encamina a actuar una coordinación intersubjetiva de intereses. (p. 84 y 85).

De igual modo, dentro de los autores que hacían referencia al pensamiento clásico surgían las voces como las de Alpa (1991), quien sostenía que únicamente existiría resarcimiento en los casos que la lesión de los intereses que el daño implicaba fuese prevista por una disposición legal específica. (p. 115). (Rizzo, 2015, p. 296).

Es la misma evolución, sumada a la creatividad e imaginación de diversos operadores jurídicos italianos lo que fue gradualmente cambiando esta cosmovisión tradicional. De esta manera, se fue dando paso a la segunda vida del daño injusto, en el cual cobra notorio protagonismo el trabajo de la doctrina y jurisprudencia.

En este nuevo camino, el art 2043 deja de ser una norma secundaria -de reenvío-, que simplemente sanciona la violación de la norma primaria, sino que, es ella misma la que en esta nueva situación, califica los agravios o daños que merecen reparación, a través de la *ingiustizia*. (Casiello, 2001, p. 11). (Soricelli, 2017, p. 10).

Dicho de otro modo, se empieza a gestar la idea de que de un precepto general -cláusula general- contiene la suma de todos los deberes contenidos en el ordenamiento, ya sea de forma explícita o implícita.

De allí, se entiende que la norma que contenga estos preceptos -art 1382 del *Code francés* o el art. 2043 del CCI, o como lo fue el 1109 del Código de Vélez-, deberían funcionar por sí mismo. Sin la necesidad de ser completados por otras normas que exijan o prohíban determinados actos. Todas estas ideas

las representa De Lorenzo, 1996, cuando explica la desintegración que los nuevos tiempos exigen al *alterum non laedere*. (p. 60).

En resumen, el nuevo rol del principio de no dañar a otro en el derecho actual, no consiste en ser un precepto secundario, que reenvía a otra norma expresa para así poder individualizarlo. Es decir, ya en el plano funcional, el principio de no dañar a otro -representado en una técnica de cláusula general como hemos visto antes- no requiere de una norma de resguardo para poder operar. (De Lorenzo, 1996, p. 60). (Soricelli, 2017, p. 3).

Dicho lo anterior, cabe expresar que el reconocimiento del funcionalismo independiente de las cláusulas generales, dio paso al reconocimiento de un interés naturalístico, que en la medida que sea reconocido por el derecho, se convierta en un interés jurídicamente reconocido. (De Lorenzo, 1996, p. 56).

En este sendero, al haberse superado la visión de derecho absoluto que tenía el daño injusto tradicionalmente, mediante la cláusula general del *neminem laedere*, se permite extender la relevancia jurídica del daño en torno a los principios y reglas generales y especiales que se encuentren en un derecho viviente. (Scognamiglio, 2010, p. 9).

En este sentido, expresa Scognamiglio (2010) que el daño injusto que contempla el ordenamiento italiano en el Art 2043 del CCI se refiere a la efectiva destrucción o aminoración de cualquier bien/interés de la vida, que sea relevante de resarcimiento. (p. 9).

En esta tesitura, es que la jurisprudencia y doctrina italiana, fueron paulatinamente- aunque en una forma bastante confusa y desordenada- reconociendo distintos mecanismos que posibilitaron entender a la injusticia del daño como una nueva frontera abierta al reconocimiento de nuevos intereses merecedores de tutela que el derecho vivo y cambiante le requirieron. (Monateri, Gianti y Ginelli, 2013, p. 44).

En este derrotero, surgió en la jurisprudencia italiana un reconocido fallo que ha encendido las luces acerca de un incipiente -aunque no menor- nueva mentalidad en torno a la responsabilidad civil.

El mismo es el caso Superga, aquel que se suscitó con motivos de la tragedia acontecida en el año 1949 en marco del deporte italiano. En el cual, el avión que llevaba a todo el plantel del equipo de fútbol de Torino sufrió un trágico accidente, al embestirse con uno de los muros de contención de la Basílica de

Superga -del cual viene el nombre del reconocido fallo posterior-, teniendo como consecuencia más importante, la muerte de los jugadores del Torino. (Monateri, Gianti, Cinelli, 2013, p. 55).

A raíz de tal hecho luctuoso, el Club de Torino actuó con el fin de hacer valer la responsabilidad extracontractual de la compañía aérea, que, en su propia conducta culpable -debido a que el siniestro había sido imputado a un error del piloto-, lo había privado de las prestaciones no fungibles de sus jugadores, lesionando de esta manera el derecho de crédito del equipo de fútbol frente a sus deudores que murieron en el accidente de avión.

De esta manera, se pedía en pocas palabras que, que se reconozca la tutela del art 2043 del CCI, de la lesión de un derecho -relativo- de crédito, en contra de una jurisprudencia que reconocía dicha protección sólo a los derechos absolutos.

En el año 1950, los jueces del Tribunal de Turín arrojan una serie de razonamientos que sirven para entender las circunstancias que pretendemos visualizar. Entre estos razonamientos, los jueces entienden que solo se puede resarcir el daño en materia de responsabilidad extracontractual, en tanto este derive de la violación de un derecho subjetivo absoluto -postura tradicional-.

Asimismo, los jueces concentran su atención en el daño como derivado de la interpretación del art. 1123 del CCI, del cual se admite el resarcimiento solo si este constituye la consecuencia inmediata y directa de la supuesta lesión. (Alpa, 2016, p. 698). Es dable reconocer en palabras de Monateri (2016), que el 1123 trata al daño en cuanto objeto de la obligación, mas no del daño como elemento de la *fattispecie*. (p. 1).

A su vez, el Tribunal utiliza en el presente Caso Superga, la remisión de un precedente sobre el cual la Corte Suprema Italiana introducirá una distinción que será aprovechada en el futuro por otras sentencias.

Esta distinción se refiere al daño directo e inmediato que es irresarcible, la cuestión está vinculada a la fungibilidad o infungibilidad de la prestación. En efecto, si la prestación del socio, del dependiente, y en este caso concreto, del futbolista es fungible, el daño no es resarcible, de modo contrario, si lo será (Alpa, 2016, p. 698 y 699).

Sobre esta última idea los jueces de Turín no estarán de acuerdo. Debido a que no consideraban que la calificación del daño como directo o indirecto tenga dependencia con la fungibilidad de la prestación.

En resumen, los jueces excluyen la admisibilidad del resarcimiento de daños por violación del derecho de crédito (Alpa, 2016, p. 696). Tal rechazo, se apoya en precedentes anteriores y en los motivos que se describieron anteriormente. Con posterioridad, al momento de su apelación la Sentencia fue confirmada con argumentos similares a la primera instancia. Luego de un año, ahí recién se expediría la *Corte di Cassazione italiana*.

En orden a la pregunta sobre el problema que surge del presente caso, debemos entender que no es la sanción de una conducta, sino, una vez comprobada la existencia de un daño, identificar a la persona que tomará la carga de sus consecuencias. Por ende, si el daño se reputa injusto quien se hará cargo será el autor del mismo, en caso contrario, el dañado. En este marco, de la decisión que se tome por parte del tribunal se hará notar la distinción a su vez entre la fatalidad y la responsabilidad (Piccioni, 2018, p. 24) (Jalil, 2020, p. 138).

Pero entonces cabe preguntarse: ¿Por qué se cita este fallo histórico como punto de partida desde la cosmovisión tradicional hacia uno de mayor creatividad e innovación, pese a ser resuelto por los jueces bajo una línea argumentativa tradicional?

La respuesta, se encuentra en que las motivaciones que se brindan en el fallo, dejan entrever el prólogo del fin del modelo del ilícito civil. (Piccioni, 2018, p. 25).

En efecto la *Corte di Cassazione*, tenía una tensión decisoria doble, por un lado, ante la repercusión mediática y emocional, el sentimiento de la sociedad no quería resignarse a la fatalidad, y, por otro lado, querían mantener un sistema que en la mayoría de los casos había sido funcional.

Esto último, constituía solo un pretexto, ya que se ha sostenido por diversos autores que, se tomó por parte del tribunal una decisión de política jurídica, ante el temor de los jueces a que se advenga una catarata de juicios en caso de que se reconozca la amplitud del daño que se requería por parte del Club Torino.

Retomando la respuesta al porqué de la importancia del caso Superga, cabe mencionar que la *Corte di Cassazione italiana* decidió desviar la atención

a los llamados daños indirectos del art 1123 del CCI, y no ya al sustento de reconocer o no un daño por provenir de un derecho subjetivo absoluto.

En resumen, el decisorio por parte de la *Corte di Cassazione* italiana en el caso, deja entrever -pese a haber rechazado el resarcimiento del Club- que la cuestión de discusión se desplazaba de la teoría de los derechos subjetivos absolutos, hacia el de la característica del daño como directo o indirecto.

Lo que traía como consecuencia lógica que es el art 1123 del CCI y no el art 2043 del mismo *Codice* el verdadero pórtico hermenéutico a la segunda vida del daño injusto. Punto el cual, será retomado en ulteriores antecedentes jurisprudenciales, con diferentes connotaciones en los resultados.

En orden a lo que explicitamos dentro de lo que se llama primera vida del daño injusto, podemos notar cómo pese a existir una nueva cláusula general en el CCI -art. 2043-, se demoró la jurisprudencia y doctrina en ir conduciendo los pasos hacia una nueva cosmovisión del derecho de daños.

Eso coincide con lo funcional que era la visión tradicional y la correspondencia con las necesidades de protección de un cierto tipo de sociedad. (Piccioni, 2018, p. 25). Resulta insoslayable, en dicho contexto, la realidad histórica que se atravesaba en Italia -y el resto de Europa- a partir de su reforma del CCI en el año 1942.

Ello se condice con la idea de que, en la medida que se empiezan a ver los cambios en la cosmovisión jurídica, correlativamente vislumbran cambios en al sustrato social.

En este sendero, el caso Superga se constituye como la representación del comienzo de esta crisis -en sentido de cambio aditamos-, en particular, de la insostenibilidad del dogma del resarcimiento de las solas lesiones de los derechos absolutos, frente a la demanda social de una mayor protección de tipos de daños resarcibles. (Piccioni, 2018, p.26).

Es por ello que, por la década del 50´ se empieza a dar mayor protección a las necesidades de amplitud del daño, pero siempre dentro de los márgenes del ilícito civil.

Tomándose las medidas de expansión del derecho absoluto, dentro de lo que las posibilidades les permitieron (Piccioni, 2018, p.26). En tal sentido se manifestó la jurisprudencia italiana (Cass. 29/07/1950, n° 2197) (Cass. Sez. I, 25/09/1953) y más adelante (Cass. 18/04/1969, n° 1250).

Esto se hizo por dos caminos alternativos. El primero de ellos fue sumar a los derechos de crédito dentro de la tutela del art 2043. El segundo camino, consistió en la creación de nuevos derechos, que en un origen no se adjudicaban como tales.

Como explicamos, siguiendo la primera alternativa, fue el caso Superga que analizamos, con el cual se pretendió extender el reconocimiento de estos derechos en la década del 50'. Pero sería incompleta la línea histórica que venimos desarrollando si al caso analizado, no lo interpretamos junto a otro reconocido caso que aconteció en la década del 70', este es el caso Meroni. (Cass, Sez, UN 1971/01, 26 n° 174).

Cabe aclarar que, durante esta transición de veinte años, la jurisprudencia mantuvo una actitud contraria al resarcimiento de la lesión del crédito en líneas generales (Alpa, 2016, p. 701).

En síntesis, en el caso Meroni, la sentencia de la Corte amplía la interpretación de la injusticia del daño, la cual en adelante será una fuente de reconocimiento de resarcibilidad de los derechos de lesión del crédito.

En otras palabras, lo interesante del fallo Meroni es que se configuran dentro de las motivaciones del fallo de la *Cassazione* italiana una serie de requisitos para la procedencia resarcible de las lesiones de créditos.

En el presente caso, un reconocido futbolista del equipo de Torino, falleció en un accidente de tránsito. En el mismo, se le reconoce el resarcimiento por daño a la Asociación de Fútbol Torino por la pérdida de uno de sus jugadores estrella (Alpa. 2016, p. 703).

En esta línea, el fallo de la *Corte di Cassazione* supera la clásica distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Asimismo, declara que quien provoca por dolo o culpa la muerte de un sujeto deudor, y causa daños a la esfera jurídica ajena, incurre en responsabilidad aquiliana; en efecto, el sujeto que ocasiona la muerte del deudor está obligado a resarcir los daños al titular del derecho de crédito lesionado.

De esta manera, el fallo en cuestión obligó a los juristas italianos a replantearse el tema de la protección aquiliana de los derechos de crédito. Desde ese tiempo, los mismos se muestran en su mayoría favorables a admitir la tutela aquiliana de los derechos de crédito en el derecho italiano.

En este sentido, el Caso Meroni, operó como *revirement* con respecto al caso Superga. En la secuencia del caso Meroni cabe señalar que, en primera instancia, la acción de la actora fue denegada por cuestiones procesales. En apelación, reforma la primera en cuanto a su admisibilidad de la demanda, pero excluye el resarcimiento. Hasta este punto, las cosas seguían sin reconocimiento del derecho de lesión del crédito.

No obstante, con posterioridad, la *Corte di Cassazione* se expide sobre la admisibilidad del resarcimiento en base a la lesión del crédito, siempre que se acrediten una serie de recaudos determinados. De esta manera, se reabre el debate sobre la interpretación del daño injusto.

De esta manera, en la elaboración jurisprudencial italiana posterior se ha tomado conciencia de que, en el sistema de responsabilidad, no existen impedimentos para el resarcimiento de los derechos de crédito (Visintini, 1999, p. 78, tomo 2).

En orden a la segunda alternativa reseñada, es decir, al camino más creativo que llevaron adelante los operadores jurídicos italianos en cuanto a plantear una expansión de tutela resarcitoria en base a la creación de nuevos derechos absolutos, surge un interesante caso jurisprudencial, conocido como caso *De Chirico*. (Cass., 1982/05/04 n° 2765, 1745 y ss.)

En este caso, se trató de un cuadro que el pintor no había pintado y que sólo había firmado en la parte posterior. El mismo, se atribuía al pintor De Chirico. En efecto, la *Corte di Cassazione* italiana, se expidió sobre la valoración de la injusticia del daño sufrido por el posterior adquirente de la pintura. (Visintini, 1999, p. 153, tom 2).

En este caso la *Corte di Cassazione* lo encuadró en el derecho a la integridad del propio patrimonio, lo cual se veía reflejado en la Constitución Nacional Italiana como libertad de negociar. También conocida como daño causado al patrimonio. (Canaris, 1983).

A su vez, se reconoce por parte de la *Corte di Cassazione* que no se puede ignorar el proceso de ampliación del área de resarcibilidad si es verdad que en ocasiones la lesión -no de un derecho subjetivo- sino de una expectativa, aunque sea legítima, ha sido considerada injusta. (Alpa, 2016, p. 715).

En sí, lo interesante del fallo es que, quien realiza la demanda -que se consideró favorablemente- no era una persona que había comprado la pintura,

sino que simplemente se había dispuesto a comprar confiando en la veracidad de la rúbrica.

En consecuencia, la *Corte di Cassazione* accedió a la solicitud del demandante, siempre que, a raíz de los hechos descritos, se afecta el derecho de la integridad de su patrimonio, y, más específicamente, el derecho a decidir libremente sobre el desarrollo de la actividad comercial relativa al patrimonio, lo cual se encontraba garantizada constitucionalmente.

Por ende, la lesión de un derecho de crédito por acto de un tercero sí constituye un daño injusto y, por lo tanto, el acreedor lesionado está habilitado para demandar al tercero, con fundamento en el artículo 2043 del Código Civil italiano, la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito. (Alpa, 2016, p. 714 y 715) (Bustamante Salazar, 2007, p. 178).

En esta creciente atención a la lesión del crédito la misma doctrina italiana fue agrupando los diversos supuestos para su análisis, como son los supuestos de convivencia *more uxorio*, la interferencia de terceros en las relaciones de familia que da lugar al resarcimiento del acreedor –alimentario–, los casos de la interrupción temporánea de la actividad laboral y del daño padecido por el empleador. (Alpa, 2016, p. 710).

De esta manera, siguiendo la jurisprudencia citada y las ideas de Franzoni (2018) podemos corroborar que el daño injusto, en su vaivén interpretativo en la historia italiana se ha convertido en la herramienta para proteger las víctimas de cualquier relación humana, siempre que se considere digna. (p. 90). (Soricelli, 2017, p. 9).

Esto cobra mayor relevancia aún, con la segunda alternativa histórica, por medio de la cual, los resguardos a nuevas situaciones jurídicas merecedoras de tutela fueron desvaneciendo progresivamente la figura de la tipicidad del ilícito.

En un devenir lógico, los primeros autores en expandir la resarcibilidad a nuevos daños, fueron rayanos a la mentalidad del ilícito por una cuestión lógica, lo cual era -al fin de cuentas-, no perder el foco de la seguridad jurídica.

Así, la entelequia del ilícito, descubría que las posibilidades de su estructura se limitaban a un fundamento insoslayable: la tipificación. La cual, a raíz de una necesidad imperiosa de la sociedad, comenzaba a exigir un cambio

de paradigma. En palabras de un autor italiano, el ilícito en este esquema se presenta como un sistema confuso e improductivo (Salvi, 2001, p. 287).

Las ideas se expuestas, se retroalimentan a su vez con el debilitamiento de la culpa como apotegma de la responsabilidad civil. Es decir, la desvinculación protagónica de la culpa en el sistema de la responsabilidad civil - que ya hemos descrito en anteriores Capítulos- motiva a que la responsabilidad extracontractual se escinda del armazón del sistema del ilícito.

En este contexto de revisión de la culpa y del rol obsoleto del ilícito, es en el que la doctrina italiana, a través de un proceso gradual histórico, ha ido puiendo y reluciendo la columna vertebral de responsabilidad en derredor a la teoría del daño injusto.

Es aquí, donde se visualiza con mayor claridad el cambio de perspectiva del daño injusto. Por un lado, en el sentido tradicional que hemos descrito, se caracterizaba por un daño injusto de función sancionadora, con centralidad en la culpa y limitada a la esfera de patrimonial.

En base a ello, es quizás en este cambio de la función sancionatoria, en la que mejor se visualiza la perspectiva de la visión más innovadora y moderna del daño injusto.

Por medio de esta última, se deja de entender el problema del daño como algo que se enfoca en una sanción al sujeto lesionante, sino más bien, entender la lógica relacional del sistema del daño en derredor a un desplazamiento de la carga de un sujeto a otro. (De Cupis, 1975, p. 184).

Es decir, en resumidas palabras, la cuestión del daño injusto no tenía la finalidad de sancionar sino de desplazar una consecuencia dañosa de un sujeto a otro (Rodotà, 1964, p. 74). (De Lorenzo, 1996, pp. 15, 25, 27 y 29). (Salvi, 2001, p. 298).

Ahora bien, retomando la exposición acerca de las vidas del daño injusto, cabe aclarar que desde la existencia de la sentencia del Caso Meroni, el panorama cambia ostensiblemente para la responsabilidad civil italiana.

En prieta síntesis de lo desandado, se observa cómo se ha ido flexibilizando la figura del derecho subjetivo absoluto hacia un reconocimiento de los derechos relativos.

Como anunciaba la sentencia de la Corte en Meroni, existía una arbitraria clasificación de categorías de derechos subjetivos como así también se dejaba

entrever que el art 2043 hace lugar a los derechos relativos. (De Lorenzo, 1996, pp. 54 y 55).

7.1.4.2. La segunda vida

Desandadas las disquisiciones históricas de la primera vida del daño injusto, es pertinente adentrarnos a la segunda vida del daño injusto. Es decir, una vida que se desvincula del apegado desarrollo circunscripto a los derechos subjetivos absolutos.

En la misma, corroboramos la importancia de una reforma estructural profunda del sistema, base sobre la cual se sedimentan las diversas posturas del art. 2043 del CCI como cláusula general -como hemos visto en Capítulos anteriores-.

De esta manera, comienzan a desprenderse los criterios principiológicos que se presentan en las decisiones de los casos concretos. En este sendero, autores como Rodotà consideran al principio de la solidaridad social -con amparo en el art 2 de la Constitución italiana- como una directiva de valor que deberá tener en cuenta el juez a la hora de decidir. (Rodotà, 1964, p. 144) (Barcellona, 2011, p. 78) (Jalil, 2020, p. 147, tomo 1).

En tal sentido, desde un análisis sistemático, se puede observar que en el CCI el principio de solidaridad aun hoy impregna todo el derecho civil italiano. (Di Ciommo, 2000, p. 1189).

En otras palabras, se afirma de ello, que hay injusticia del daño cada que resulta violado el límite de la solidaridad con referencia a situaciones preexistentes del sujeto dañado, jurídicamente relevantes sobre la base de otras normas distintas del art 2043 (Visintini, 1999, p. 16 y 17).

Luego aparecerán criterios axiológicos que dimanen de los cimientos constitucionales como ser; la utilidad social (Scognamiglio, 1962, p. 98), la buena fe objetiva (p. Galoppini, 1962. 1397), el principio de razonabilidad (Alpa, 1979, p. 262), el abuso del derecho (Levanti, 2001, s.p), etc...

En tal orden, ya adelantamos, las líneas valorativas que utilizó la *Corte di Cassazione* en el caso De Chirico, al circunscribir el análisis del conflicto en base al principio de integridad patrimonial, el cual guarda indiscutido basamento constitucional.

En este camino jurisprudencial, se fue dando vida a una nueva interpretación en derredor al art. 2043 y sus aplicaciones a las exigencias de la sociedad. Cada vez más desvinculada de la arquitectura del ilícito, y, por ende, ya adentrándose a una comprensión del fenómeno de la responsabilidad como reacción del daño injusto. (De Lorenzo, 1996, p. 13).

Dentro de los casos que forman parte esta evolución, se fueron desarrollando -dentro de los derechos relativos que se iban admitiendo por la jurisprudencia-, una serie de categorías clasificatorias a los fines de su estudio.

En tal sentido, se empezaron a examinar situaciones jurídicas distintas a los derechos subjetivos absolutos; las expectativas, el estatus, los intereses legítimos, meras situaciones de hecho como la posesión y la pérdida de chance, entre otras. (Piccioni, 2018, p. 30).

Dentro de ellas, se puede resaltar un caso de la Corte de Apelación de Turín en el cual a raíz de un accidente de tránsito fallece un religioso. En consecuencia, se consideró que el instituto -al cual pertenecía la víctima- está legitimado para demandar en procura del resarcimiento de los daños. Para lo cual, la solución giró en torno a la analogía que se desarrolló entre la relación familiar -biológica- con la relación existente a la familia religiosa (Alpa, 2016, p. 712).

En esta tesitura, se han dado diversos supuestos respecto a los reclamos de la conviviente *more uxorio* por el daño que se le ocasiona por el fallecimiento de la víctima.

En este reconocimiento, la *Corte di Cassazione* expresa que las víctimas secundarias de un ilícito, adquieren un derecho a indemnización por daños resultantes de la lesión de intereses que poseen, por derecho propio.

Por un lado, se ha reconocido la legitimación a los sujetos relacionados con la víctima primaria, no solo por lazos de sangre, o por la calidad de ser cónyuge, sino también en reconocimiento al afecto que poseía con la víctima -como el caso del compañero de convivencia: *more uxorio*-. (Cass., sez. un., n. 9556/2002; Trib. Mantova, 8.11.2005) (Cass., sez. un., n. 9556/2002; Trib. Mantova, 8.11.2005, Cass. 16 settembre 2008 n. 23725).

En este sentido, examinando la jurisprudencia italiana, expresa que “*la giurisprudenza ha concesso tutela non solo ai parenti ed al coniuge della vittima, ma anche a chi con questa coltivasse relazioni puramente affettive, come il*

convivente more uxorio di sesso tanto diverso quanto uguale” [La jurisprudencia ha otorgado protección no solo a los familiares y al cónyuge de la víctima, sino también a aquellos que ostentan relaciones puramente afectivas con ella, como la pareja que convive, ya sea con una persona del mismo o diferente sexo]. (Traducción mía). (Anzani, 2016, p. 16).

Por otro lado, la jurisprudencia delineó las características de esta nueva perspectiva de ampliar la legitimación, haciendo hincapié en que el vínculo entre quienes piden una indemnización y la víctima del evento dañoso, incluso si ha fallecido, tenía que ser efectivo y persistente. (Anzani, 2016, p. 16).

Estos recaudos guardan una similitud con lo que dispone el Art. 1741 del CCCN cuando enuncia los legitimados para reclamar las indemnizaciones no patrimoniales. Así, además de los familiares que enumera, dispone “y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”. Aunque hayan omitido de los hermanos, por ejemplo. Cuestión que deberá ser contemplada por los jueces como un posible daño injusto.

En lo que respecta al derecho italiano en los casos *more uxorio*, se dispone que la evaluación puede hacerse por presunciones simples, esto es posible, en particular en el caso en que el vínculo fuese conyugal, de parentesco, o derivado de la misma la convivencia -independientemente de la formalidad de la misma o el grado de relación-, a menos que se demuestre lo contrario. (Anzani, 2016, p. 16).

Sin perjuicio de que entrados en el Siglo XXI operó el *revirement* de este reconocimiento, en un fallo de la *Corte di Cassazione* (Cass. civ., Sez. Un., 1 julio 2002, n. 9556).

Ya a mediados de la década del 90’, se admitió como legitimado a la conviviente *more uxorio*, tras el asesinato de quien fuera su pareja, asumiéndose tal reconocimiento como una situación digna de protección. La cual se reconoció con el fundamento de ser una familia de hecho, con especial énfasis en la expectativa legítima de obtener un resarcimiento tanto patrimonial como extrapatrimonial. (Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, GC, 1994, I, 1849)

En este sentido, se fue entendiendo a “*una lesione di interessi, anche non necessariamente patrimoniali, meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*” [una lesión de intereses, aunque no necesariamente patrimonial es

merecedor de tutela del ordenamiento jurídico]. (Traducción mía). (Inzitari y Piccinini, 2009, p. 3).

Esta amplitud reconoce que no necesariamente debía existir una afectación patrimonial como sucedía anteriormente, sino a aquellos intereses extrapatrimoniales dignos de protección.

Esta idea por supuesto, tenía sus correlatos fuera de las fronteras italianas. En tal sentido, Francia ya había reconocido casos respecto a la lesión del crédito como fueron casos los de la conviviente -como víctima de daño indirecto: *per ricochet*-, un paradigmático ejemplo surge en CA de París en el año 1936 (CA París, 10/06/1936).

Asimismo, lo hizo el derecho civil francés en el caso del jugador de fútbol de apellido Kemp del Club *Metz*, en el cual el jugador muere en su mejor momento deportivo y el caso lleva a la Corte Colmar a confirmar el resarcimiento del daño a favor de su equipo. Resolución que tuvo el beneplácito del jurista francés: René Savatier. (Tribunal de Apelación de Colmar. Fecha 20/04/1955).

En resumen, se visualiza cómo se pasa de la concepción del daño injusto como *contra ius* -contrario a derecho subjetivo absoluto- que solo concedía la legitimación para reclamar por el daño causado en razón de la muerte, solo a los parientes, hacia una concepción *-non iure-* que acepta como legitimados a aquellos que estaban ligados al fallecido, por relaciones de amistad o afecto. (Visintini, 1999, p. 84).

En el recorrido que transitamos, no pretendemos adentrarnos a la historia pormenorizada de las diversas instituciones del daño injusto en el derecho italiano, sino, más bien, exponer la necesidad social de apertura en el reconocimiento de intereses que debieron incorporar los tribunales al encontrarse con situaciones injustas.

Es menester resaltar que las antedichas situaciones se fueron replicando en distintos ordenamientos jurídicos.

Dentro de estos supuestos históricos del daño injusto en la doctrina italiana, se pueden enunciar a la lesión de crédito -que hemos visto-, entendida como una expectativa a la realización del crédito, el caso de la posesión, los intereses legítimos, la pérdida de chances, la posición jurídica, entre otras temáticas que fueron disparadores de un desarrollo creativo por parte de los operadores jurídicos de la responsabilidad civil italiana.

Entre ellas, la posesión fue una de las atalayas en que se ha manifestado esta teoría que venimos describiendo. Si bien la historia se mostró dividida respecto a la tendencia que percibe en el resarcimiento del daño por lesión a la posesión, se configura como una típica aplicación del remedio general del art 2043 del CCI. (Alpa, 2016, p. 695).

Ahora bien, esta problemática de tutela aquiliana surge en el hecho de considerar si la posesión o simple tenencia encuentra una tutela específica en las llamadas acciones posesorias dirigidas al restablecimiento de la situación anterior, en caso de que el restablecimiento sea imposible -ej. Si la cosa se ha destruido o traspasado a un tercero- se plantea la cuestión de si el poseedor, en cuanto titular de una relación de hecho con la cosa, está legitimado para interponer acciones de resarcimiento del daño frente al que ha turbado la posesión. (Visintini, 1999, p. 128).

En aras a resumir la cuestión, para quienes sostienen que la posesión da lugar a una figura de derecho subjetivo, la tutela aquiliana debe ser concedida. Mientras que, los que afirman que la posesión da lugar a una situación o poder de hecho, consideran que la tutela aquiliana está subordinada a la existencia de la privación de la posesión o turbación.

De esta manera, la doctrina admite la tutela resarcitoria que define la posesión como una expectativa destinada a transformarse en derecho subjetivo mediante usucapión. Las corrientes jurisprudenciales tienden a considerar admisible la tutela aquiliana, pero no más allá de los límites de la tutela posesoria.

En este sentido, cuando por la acción de restitución de la posesión no se produce su recuperación, se tiende a declarar la ilicitud del comportamiento del demandado, con la consiguiente condena al resarcimiento de daños. (Cass, n° 1900, 13/07/1973).

Por ende, la jurisprudencia entiende que la acción de daños es accesoria a la tutela de la posesión y tenencia. Es resumen, se considera que existe injusticia del daño derivada de las acciones posesorias, las cuales se encuentran inmersas en el análisis del art 2043 del CCI. (Visintini, 1999, p. 130).

En este sentido, cabe aclarar la postura de la *Corte di Cassazione*, al sostener que cuando la acción posesoria no es admisible, la restitución de la posesión se puede obtener a través del resarcimiento del daño en forma

específica, desde que la privación de la posesión se configura como un hecho ilícito que genera responsabilidad civil. (Cass, 16/03/1988, n° 2472).

Sobre esta cuestión ha surgido el interrogante respecto al análisis del despojo. Se puede coincidir con parte de la doctrina, según el cual la lesión al poseedor -por despojo o turbación- puede dar lugar a la responsabilidad por daños, sobre la base de datos objetivos de la desposesión o turbación, junto a la imputación causal entre el autor y el daño, con prescindencia de la intencionalidad de la conducta. (Visintini, 1999, p. 131).

De tal cuestión, ha derivado en la jurisprudencia una preponderancia a considerar innecesario el componente subjetivo, aunque surja de algún caso aislado. (Visintini, 1999, p. 131).

Por otro lado, también se categorizó a los llamados intereses legítimos, como uno de los tópicos sobre los cuales se debatió la doctrina del daño injusto. Bajo esta clase se examinan los intereses, cuya lesión implica la responsabilidad de la administración pública.

La discusión respecto al resarcimiento de los daños relacionados con la lesión de los intereses legítimos nace en la doctrina en la década del 60'. Con el estudio doctrinario a partir del análisis del daño injusto, como superador del derecho subjetivo (Miele, 1963, p. 24). (Capaccioli, 1973, p.12)

Uno de los ejemplos que se ilustran, es el del candidato a un concurso para un puesto de funcionario público que tiene un interés legítimo en que las pruebas de la tramitación del concurso se rindan de conformidad a la ley.

El meollo de la cuestión, radica en el problema que surge de si este mismo sujeto está legitimado para solicitar el resarcimiento del daño patrimonial que se haya producido eventualmente por el comportamiento de la administración pública. Por ejemplo: denegación legítima de una licencia de comercio, y lucro cesante derivado de la imposibilidad de ejercer la actividad comercial durante ese período (Visintini, 1999, p. 134).

De modo inverso, se podría visualizar la problemática desde el daño sufrido a causa de un acto administrativo ilegítimo dirigido a favorecer a un comerciante de la zona, que en realidad no era titular de un interés legítimo digno de tutela, en cuanto a su interés no coincida con el interés público. (Visintini, 1999, p. 134).

En este sendero, se empezó a considerar a los intereses legítimos dentro de los supuestos del daño injusto del Art. 2043 del CCI. Este *revirement* operó en 1999 con dos fallos de la *Corte di Cassazione* (Cass, n°500 y 501). Los mismos se encontraban referidos al régimen urbanístico y edilicio. En la sentencia se optó por la evaluación del mérito del interés hecho valer, decidiendo que el daño que deriva de la lesión de un interés legítimo compete al juez ordinario civil. (Bianca, 2006, p. 255).

En otras palabras, se le admite la resarcibilidad del interés legítimo del ciudadano lesionado por un acto ilegítimo de la administración pública. Resultando un punto importantísimo en la jurisprudencia italiana, debido a que se comienza a interpretar la cláusula general como norma primaria y ya no de manera secundaria-. (Lipari, 2019, p. 233).

A partir de este fallo, la doctrina y la jurisprudencia se centró en cuál es el juez con jurisdicción sobre la disputa.

Asimismo, se utilizó como una herramienta idónea para una más extensiva y adecuada tutela de intereses no subsumibles en la estructura del derecho subjetivo. Erigiéndose, asimismo, como un eficaz mecanismo de control de los poderes privados. Lo cual lleva a basamentar la diferencia entre el derecho subjetivo y, el interés legítimo en cuanto a un modo y forma de protección diversa, es decir, son dos maneras distintas de determinar de qué manera el derecho reconoce al interés (De Lorenzo, 1996, p. 54)

Este tema, tuvo su vaivén legislativo, y, en razón del fallo n° 500 de 1999 incluye a la injusticia del daño del art 2043 del CCI a los hechos que dañan la posición legal subjetiva llamada interés legítimo; esto implica, en el caso de la parte perjudicada, un derecho a indemnización por el daño; por lo tanto, la acción, en ausencia de una disposición diferente -más tarde intervenida-, cae en la jurisdicción del juez ordinario. (Montedoro, 2018, p. 152).

A continuación, a partir del art. 7 de la ley n. 205 de 2000, la división de jurisdicción se modificó atribuyendo jurisdicción sobre la indemnización por daños casi por completo al juez administrativo. (Montedoro, 2018, p. 152). El cambio enunciado en la jurisprudencia, surge a causa de dos particulares situaciones. Una de ellas es que se empieza a dar un gran número de sentencias que se pronuncian sobre el tema, y la segunda, la fuerza expansiva del Derecho Comunitario. (Visintini, 1999, p. 135).

De esta manera, con estas directivas comunitarias se empieza a comprender dentro del marco de los derechos subjetivos a diversas posiciones subjetivas de diversa índole. (Ley 142; art. 13 del año 1992) (Ley 109; art. 32. Ley 146; art. 11 del año 1994).

A partir de ello, se empieza a diferenciar los intereses a los que se puede llamar debilitados -expropiación-, y, por otro lado, los opositivos -de expansión-, excluyéndose la resarcibilidad de los primeros, pero no de los segundos. Por ejemplo, el caso de la revocación ilegítima de las licencias de comercio podía llegar a ser resarcida.

De esta manera, y los que mas nos interesa resaltar del tema es que dejan de ser intereses legítimos para pasar al ámbito de las posiciones subjetivas tuteladas constitucionalmente, es decir, se entra en el ámbito de los derechos en expansión. (Cass. 17/05/1968 n° 1544).

De esta forma, *“la creazione di diritti nuovi è stata in un certo senso funzionale alla loro richiesta di tutela extracontrattuale che, così, ha potuto abbracciare tutti gli interessi riconosciuti come meritevoli di adeguata tutela”* [la creación de nuevos derechos ha estado relacionada a la pretensión de reconocimiento extracontractual que, por lo tanto, ha sido capaz abrazar todos los intereses reconocidos como merecedor de una protección adecuada]. (Soricelli, 2017, p. 7). (Traducción mía).

De esta manera, *“per la stessa evoluzione dei rapporti tra amministrazione e cittadino nell’ambito di un “nuovo contatto” tra interessato e potere amministrativo intervenuto in riferimento ad aspetti del patrimonio giuridico del primo” che reclama nuove e più efficaci forme giurisdizionali di tutela”*. [Por la misma evolución de las relaciones entre administración y ciudadano en el contexto de un "nuevo" contacto "entre el interesado y el poder administrativo que intervino en referencia a aspectos del patrimonio jurídico del primero" que exige nuevas y más eficaces formas jurisdiccionales de protección]. (Traducción mía) (Soricelli, 2017, p. 18).

Por otro lado, la jurisprudencia y doctrina italiana, han desarrollado la injusticia del daño en torno a las pérdidas de chances. En esta sintonía, es que la *Corte di Cassazione* ha considerado que, en materia de ascensos dentro de una empresa, la existencia del derecho del dependiente a que se observen las reglas, y que, en caso contrario, sea admisible una demanda por el resarcimiento

de los daños, ante la violación de tales reglas por parte del empleador. (Cass, 2/11/1979, n° 5688).

A partir de dicha sentencia, se vislumbra un cambio de perspectiva jurisprudencial que observa a la ampliación de la esfera de tutela de las posiciones subjetivas, quedando comprendidas situaciones caracterizadas precisamente por la potencialidad del perjuicio.

En mismo sentido, en 1985 la *Corte di Cassazione*, confirmó en un caso análogo, en el cual, se había impedido a un competidor de participar en las pruebas orales luego de haber superado positivamente las pruebas escritas de un concurso, perdiendo la posibilidad de conseguir un resultado. Sobre tal posibilidad -materialidad del daño en la pérdida de chances-, se entiende que integra el patrimonio del demandante desde el momento que sufrió la pérdida de la misma (Cass. 19/12/1985 n° 4506) (Alpa, 2016, p. 736).

De esta manera, el daño injusto, no está representado en la pérdida en sí de la ocasión favorable, pero sí de la lesión del derecho, respecto a la cual la pérdida de chance es la consecuencia económica negativa. (Bianca, 2006, p. 256).

En los casos más novedosos de la actualidad, la tendencia de la jurisprudencia fue en la dirección de afilar progresivamente los criterios de imputación de responsabilidad de la administración, para de este modo, admitir la viabilidad de la cláusula general del art. 2043 del CCI, en los supuestos de contagios por transfusión sanguínea, haciendo hincapié tanto en la omisión culpable de control como base, como así también en la supervisión de la recolección y distribución de sangre y productos sanguíneos (Belli, 2011, p.782) (Cass., S.U., 11.1.2008, n. 581.).

Resulta relevante en esta altura del desarrollo, consignar que el rol de la constitucionalización de la responsabilidad civil italiana supo colocar un manto de medida, toda vez que, pese a la apertura de diques que han permitido el reconocimiento de intereses merecedores de tutela que, antaño bajo el molde del ilícito resultaban irresarcibles, no han derivado en una catarata de juicios como se había creído en un primer momento. (D'antonio, 2012, p. 101).

Tales criterios, se verifican en la práctica jurisprudencial italiana, en tanto declararon la procedencia de la resarcibilidad, en la medida que exista una particular importancia del interés del perjudicado o bien exista un disvalor social

que tiene la conducta lesiva. (Cass, Sez. Un., 27/05/1992, n°6356, Cass., Sez.I, 03/12/02, n° 17110) (D'antonio, 2012, p. 101) (Jalil, 2020, p. 150).

En este camino de readecuación del concepto de daño injusto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tenido un rol clave en la ampliación de las interpretaciones que tienen por fin identificar y reconocer intereses dignos de tutela.

En este sentido, por ejemplo, la *Corte di Cassazione* operó un *revirement* con respecto a las sentencias de primera y segunda instancia. En síntesis, el caso se trata de una usurpación de identidad de un empresario romano. Esto sucedió cuando un sujeto presentó un documento falsificado con los datos del primero y de esta manera abrió cuentas corrientes y utilizó cheques. Como consecuencia de este accionar el empresario fue injustamente incriminado penalmente, finalmente siendo absuelto. (*Corte di Cassazione. Sec III. Sentencia 1865/2006*).

Ahora bien, la maniobra fraudulenta del estafador provocó graves perjuicios patrimoniales al empresario, como la parálisis de su actividad comercial, la suspensión de una adjudicación del estado, la pérdida de su inscripción de los registros de proveedores, entre otros. Además, le irrogó daños morales derivados de la injusta imputación penal, como también en las costas devengadas en el proceso penal.

Ello así, el damnificado accionó contra el banco aduciendo que la maniobra delictiva tuvo su causa en la negligencia bancaria. Esta última entidad alegó que el funcionario respectivo había actuado de buena fe.

El Tribunal de Roma rechazó la demanda contra el Banco, siendo luego desestimado el recurso de apelación.

No obstante, la *Corte di Cassazione* dictaminó que el Banco demandado debía resarcir el daño ocasionado por el falsificador habida cuenta de que los funcionarios bancarios están obligados a verificar la exactitud y la veracidad de los datos suministrados por las personas que entran en contacto con esta entidad, con la consiguiente obligación de resarcir el perjuicio patrimonial y moral sufrido por los clientes víctimas de maniobras engañosas (*Corte di Cassazione. Sec III. Sentencia 1865/2006*).

De esta manera, el Tribunal reconoce la responsabilidad del Banco por acto ilícito, con daño injusto ocasionado por el propio dependiente en el ejercicio

de sus funciones. Siendo una conducta al mismo tiempo negligente e injustificable.

Por último, ordenó al juez de reenvío evaluar los daños probados en relación causal con el ilícito, incluyendo las costas procesales y los efectos de la constitucionalización del art. 2059 respecto del daño moral consistente en la pérdida de la imagen y dignidad profesional del damnificado, quien sufriera una injusta incriminación por la utilización de cheques apócrifos, respecto de terceros y otros bancos debido a la negligencia del banco demandada y sus funcionarios.

De los desandado, ilustramos una somera descripción histórica acerca de situaciones que han llamado la atención en el estudio de la responsabilidad civil italiana, y que, por ende, se han constituido en el objeto de una larga fluctuación jurídica en el ordenamiento jurídico privado italiano, que se ha encontrado en la necesidad de utilizar el ingenio y creatividad en la labor jurídica para dar respuesta a las necesidades sociales.

De todo ello, se interpreta que el art 2043 del CCI se constituye en “el aspecto neurálgico de todas las hipótesis de responsabilidad” (Anzani, 2018, p. 293). Continuando en los vaivénnes de la historia del daño injusto en Italia, expresamos que también fue la doctrina la que se encargó de ir enmarcando los contornos del instituto.

Así fue como en la década del 60´ con artículos y notas a sentencias, autores como Sacco y Schlesinger pusieron en duda la consistencia de la teoría de la injusticia del daño, como era planteada en aquel entonces, es decir en su faz legislativa primigenia. El primero de ellos, lo hizo en base a datos jurisprudenciales, el segundo con el fundamento de un razonamiento analítico. (Monateri, 2016, p. 4).

Ellos, si bien son quienes de alguna manera abren el camino hacia las nuevas interpretaciones acerca de la injusticia del daño, tienen una visión que sigue estructurada dentro del marco del ilícito. Por ejemplo, Schlesinger -de matriz formalista-, sostenía que el *agere licere* estaba marcado por límites que imponía la ley, es decir, por causales de justificación positivizadas.

Ahora bien, el gran cambio de paradigma de la injusticia del daño aconteció con la mirada de Trimarchi y Rodotà. El primero, por encargarse de un estudio que tuvo por objeto reorientar en forma completa el planteamiento tradicional a favor de la teoría del riesgo típico vinculado a las diversas

actividades humanas. En efecto, algo que no corresponde sólo al daño, sino también al nexo causal y la interpretación del hecho ilícito. (Monateri, 2016, p. 4)

Por su lado, Rodotà logró problematizar sobre el mismo aparato de la responsabilidad civil, donde devino una cuestión de elección y de política del derecho la búsqueda del sujeto sobre el cual es más oportuno hacer recaer las consecuencias sociales del hecho ilícito. (Monateri, 2016, p. 4).

De esta manera, otorgó parámetros revolucionarios para entender la injusticia del daño. Debido a que lo circunscribe en el análisis de una cláusula general, junto a los criterios para imputar responsabilidad civil. Y, sobre todas las cosas, refuerza la idea de la existencia de atipicidad. Antes referida al hecho, ahora al daño. (Visintini, 2018, p. 589 y 590).

Asimismo, en este giro copernicano que introduce Rodotà, se puede entender que un sujeto puede hacer libremente *-agere licere-* en tanto no perjudique un interés relevante de otro.

En consonancia, se le atribuye a Rodotà la idea de que el daño injusto se ha traducido -dentro de una cláusula general- como un instrumento adecuado para regular una realidad en continuo y creciente dinamismo, y se ha dejado libertad al juez para apreciar las modalidades de las *fattispecie* concretas y, para jugar un rol creativo en la construcción de una lista abierta de hechos ilícitos. (Rodotà, 1964, p. 535 y 536).

En otras palabras, la postura de Schlesinger acerca de que el *agere licere* estaba enmarcado por los límites que encuadraba la ley, se ve reemplazado en Rodotà por la idea de que ya no se observa limitada la libertad por la ley, sino por criterios que se remiten al principio de solidaridad y abuso del derecho. Esto es, dicho de otro modo, sustentada en principios abiertos.

En resumen, más allá, de las concretas interpretaciones que realizó este autor en derredor al art 2043, su análisis conllevó mayor importancia aun al circunscribir la cláusula general de daño injusto a la luz del principio de solidaridad contemplado en el art. 2 de la Constitución. Con ello, nos presenta de inmediato a este conjunto de problemas, en el corazón de la relación entre la ley y la política en la era del constitucionalismo democrático. (Scoditti, 2018, p. 88).

Asimismo, se condensa el abuso del derecho en una subespecie del daño injusto en tanto que, ante la existencia de tal figura, es decir, cuando se persigue

un fin que va más allá de los límites que el ordenamiento jurídico le reconoce al propio derecho, se tiende a lograr un interés que no parece digno de protección y, por tanto, no puede prevalecer, sacrificándolo, sobre el interés del perjudicado. (Levanti, 2001, s.p).

Asimismo, se le reconoce al autor ser responsable de la liberación de la noción de daño injusto tanto por las incrustaciones positivistas de la limitación de la injusticia del daño a los derechos absolutos. (Scoditti, 2018, p. 88).

En tal sentido, también en contra de esta postura de reconocer intereses solamente en derechos subjetivos absolutos se manifiesta Scognamiglio (1969). Su crítica se sustenta en 3 planos: el primero de ellos, el plano histórico: en el cual expresa que la considera una teoría ideológicamente concebida por los detentadores del poder económico. En segundo lugar, desde el plano jurídico, la considera como incompleta para abarcar todas las hipótesis de daño, y, por último, desde el plano lógico: construcción fluyente de un preconcepto de comodidad (p. 10).

En este sendero argumentativo, el autor citado es quien remarca la necesidad de separar la idea de que la figura del ilícito, entendida como prohibición expresa, se relacionaba más al derecho sancionador penal que la referida función del ámbito civil, en el cual, es connatural a su función la búsqueda de una tutela de intereses que pondere la prevalencia de uno frente al otro. (Scognamiglio, 1962, p. 297). Sobre este tema hemos abundado en el Capítulo anterior.

Como conclusión de la línea cronológica propuesta, podemos expresar que a partir de la década del sesenta se verifica un cambio de rumbo enarbolado por la doctrina y la jurisprudencia, en pos de revalorizar a la cláusula general, y, por ende, a todo el eje sobre el que gira la responsabilidad civil. (Alpa. 2016, p. 456).

En razón de todo lo dicho, hemos realizado un recorrido histórico de las vidas del daño injusto en la experiencia italiana. En adelante, sostenemos y damos vida -según nuestro criterio-, a una nueva vida del daño injusto como un sistema renovado del derecho de daños.

7.2. Hacia una tercera vida: El juez humanizado lanzado al mundo

Conforme hemos analizado en el acápite anterior, la experiencia jurídica italiana nos ha brindada una solida base para comprender el nacimiento y crecimiento del daño injusto. Habiendose resumido la vida del mismo en dos vidas que marcaron su fisonomía jurídico- político e ideológica.

Dicho ello, por nuestro lado, consideramos que en los tiempos que corren asistimos a una tercera vida, el cual podemos denominar: el daño injusto en la experiencia mundial.

Esta se basa en derredor a la comprensión del rol de un juez humanizado lanzado al mundo, tal cual la figura del *Dasein* heideggeriano. En tal construcción conceptual, en breves palabras, el humano que es el lugar; el ahí *-da-*, en un tiempo y lugar determinado, dónde el ser *-sein-* se manifiesta, puesto que humano, es comprensión del ser.

Esta figura refiere al fundamento u esencia del humano en el contexto con el mundo *-ser y mundo-*, lo cual se asienta en la disponibilidad, el lenguaje y la comprensión.

En este último, nos detendremos sintéticamente, la comprensión, implica proyección y, por ende, la misma es fuente de posibilidades *-poder que sea lo que todavía no es-*, esto se implica con la idea de que el humano es algo abierto *-un poder de ser proyectado-* es decir, no es algo concluido, sino que es una tarea a realizar en la existencia del mismo.

Sin perjuicio de ello, el *Dasein* es también es co-mundo, es decir, es ser en común, teniendo en cuenta una comunidad, por ende, es ser en el mundo como una estructura compleja. Es decir, la existencia del ser no es algo que se da, es algo que se hace en relación a una comunidad.

Desde la modesta y comprimida descripción del *Dasein*, podemos pensar el rol que ocupa el juez con su tarea en todo este constructo. Esto es, en gran medida, el efecto del juez en su tarea concreta de impartir justicia.

Es así que el juez, en su actividad práctica, opera mediante actos lingüísticos de carácter declarativo, dentro de este género, operara en la mas de las veces, a través de juicios, es decir, a través de la especie del género: acto lingüístico declarativo.

Ahora bien, ¿qué queremos decir con esto? Aludimos a que en los casos que el juez en su acto jurisdiccional dice el derecho, lo que hace, no es hablar

acerca del mundo, sino que, mediante ese acto, genera un nuevo mundo; en otras palabras, mediante el lenguaje transforma la realidad.

En este caso, la palabra contiene un elevado poder de transformación en el mundo. Es allí, donde se visualiza el carácter generativo -ya no descriptivo como antaño- del lenguaje. De tales ideas, en relación a lo expresado sobre el *Dasein*, se puede denotar su característica de apertura del mundo, y por ende, de creación de las posibilidades que surgen de su comprensión.

Es decir, el derecho mismo, es casi sinónimo de posibilidad. Posibilidad de hacer y posibilidad de pedir, sin que esté permitida una respuesta negativa. A su vez el derecho es pariente cercano de la libertad. Es decir, se tiene un derecho cuando se es libre de hacer o pedir algo. (Colombo, 2012, p. 45). Ahora bien, ¿de qué se conforma ese algo peticionable?

En todo este marco de posibilidades que se abren para la construcción del mundo -y del ser en sentido heideggeriano-, el sujeto decisor, es decir el judicante se lanza en una tarea jurídica globalizante del caso concreto.

Es decir, constituye el contenido de la injusticia del daño, su valoración, por supuesto que, en la comunidad y el sentimiento de la vida. Pero también lo hace -y aquí se da existencia a una tercera vida del daño injusto- en la principiología internacional que se internaliza al proceso argumentativo y de fundamentación.

Es decir, en el entramado multifacético y complejo que implica el rol decisor en torno al fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, junto a una convencionalización que excede la figura de normativa expresa, para así reforzar el Título Preliminar del CCCN en la manda de principios jurídico-morales que sobrevuelan a todo el ordenamiento, incluido -y haciendo hincapié- en la protección cruzada de intereses y derechos convencionales.

Por supuesto, que ello conllevará un nuevo perfil judicial, y, por ende, otra preparación y formación, con lo cual se deberá insertar a los mismos en mecanismos de control procesal más rigurosos (adelantamos que ello es parte nuestras propuestas).

El juez es un humano que decide, pero requiere hoy en día, en el marco de un escenario normativo superhinflacionario que le dificulta la correcta aplicación de las leyes, que se rija y conduzca por principios de sentido común (Atienza, 2005, pp. 32, 88, 111, 123, 140), junto a toda una base argumentativa

que dote de razonabilidad y fundamento al acto jurisdiccional -generativo de realidad- que se vean juridizados en la medida que la finalidad jurídica lo exija como justo.

Es decir, el juez actual tiene una fuerza potencializadora de darle juridicidad a situaciones injustas a donde la ley no llega, dándole fisonomía y adaptabilidad a esta tensión constante entre el rigor del sistema y la realidad. En tal sentido, un juez performativo de la realidad, implica necesariamente un juez creativo y comprometido con los procedimientos propios de la búsqueda y acercamiento a la justicia.

En estos términos, haciendo uso de las ideas de Recasens Siches (1945), el daño injusto no puede desvincularse de la vida humana objetivada, es decir de una construcción histórica de un determinado tiempo y lugar. (pp. 92- 104)

Y es así, como los actos de la vida humana van dejando sus rastros, como también los valores se van impregnando en cada acto declarativo de sentencia. Es así que el derecho adquiere una especie de adquisición de consistencia objetivada (Recasens Siches, 1945, pp. 92-104).

De esta manera, y cerrando las ideas que expresábamos de Heidegger acerca de que el *Dasein* es en parte comprensión y lenguaje, lo que en palabras de Recasens Siches describe como vida humana objetivada en tanto derecho mismo, es decir, como producto cultural que es entendido y comprendido por una amalgama de fuerzas históricas, morales, económicas, políticas y jurídicas.

A lo que decimos ¿acaso no es este el rol de la jurisprudencia? A lo que respondemos por la afirmativa, al entender que la reiteración de la jurisprudencia en un determinado tiempo y lugar no es una idealidad abstracta, sino surgida de un proceso de vida humana, teniendo un sentido en la vida humana misma y para la vida humana que se ha gestado. (Recasens Siches, 1945, p. 98).

De esta manera, en la medida que aquellas normas -individuales en la lógica que desarrollamos- se van cristalizando en una categoría espacial y epocal, y, por ende, cumpliendo y visualizando en la práctica cotidiana, van configurando asimismo a una sociedad, a su forma, y estructura de existencia humana. (Recasens Siches, 1945, p. 99).

En resumen, desde esta visión podemos sostener que en la actualidad el nacimiento de una determinada fuente jurídica -pese a su origen histórico y

temporal- se objetiva en una práctica reiterada -objetivada- susceptible de dar criterios suficientes para pensar y realizar al derecho.

Es decir, de ser creadora de posibilidades dentro de la razón vital e histórica de la vida humana. Es así, que concluimos en que el pensamiento objetivado reconoce su existencia efectiva en un acto jurisdiccional continuo, innovador, creativo y sobre todo comprometido con su finalidad primera y última que es la justicia.

Las ideas expuestas se corresponden con el sentido apriorístico del contenido jurídico, el cual, siendo inaprehensible en su faz genética, el desafío de los contornos de lo justo en el caso concreto, será una tarea propia de la labor performativa que deberán ir construyendo los abogados y –sobre todo- los jueces gradualmente en el marco del proceso.

Siempre en clara observancia a los principios, reglas y normas, por cierto, enmarcados en los fenómenos de constitucionalización -y, convencionalización- del derecho y el diálogo de fuentes que asisten a esclarecer la justicia del caso concreto.

Es interesante remarcar en este punto lo que expresaba Derrida: “Para que haya un acto justo tiene que haber libertad y responsabilidad, por lo tanto, una decisión. Solo puede ser justo el juez si su juicio se trata de un juicio con frescos aires nuevos”. (Derrida, 2018, p. 52).

Asimismo, sostenía el filósofo que ese juicio inaugural tiene que conformarse con una ley preexistente, pero la interpretación restauradora, re inventiva y libremente decisora del juez responsable requiere que su justicia no consista solamente en la conformidad, en la actividad conservadora y reproductora del juicio. (Derrida, 2018, p. 53).

De esta manera, el autor expone que una decisión justa es en tal caso está regulada y sin regla. Conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para reinventarla, rejustificarla en casa caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. (Derrida, p. 53).

En caso contrario, sostenía que: “si me contentara con aplicar una regla justa sin espíritu de justicia y sin inventar cada vez, de alguna manera, la regla y el ejemplo estaría quizás al amparo de la crítica, bajo la protección del derecho,

actuaria conforme al derecho objetivo, pero no sería justo". (Derrida, 2018, p. 40).

En síntesis; partiendo de esta idea del juicio del judicante como un juicio con frescos aires nuevos, se debe dejar en claro que el juez deberá seguir ciertas reglas procedimentales objetivas (propias del sistema jurídico), aunque manteniendo la necesaria distancia a los fines de brindar respuestas a aquellas necesidades de la realidad a las que dicho sistema no llega.

En esta lógica, la concepción y recepción del daño injusto en este contexto descripto es el que permite asumir la aporía de la justicia desde un primer acercamiento al conocimiento del derecho, lo cual revierta la epistemológica jurídica y la cual hemos desarrollado en el Capítulo II. Asumiéndose así de esta formar el carácter inaprensible del valor justicia, aunque haciéndose cargo de la conquista de la justicia del caso.

En otros términos, el derecho no es la justicia, es un objeto cultural que se construye a través de una práctica social discursiva que tiene como finalidad acercarse lo mas posible -aunque no pueda jamás terminar de apropiarlo-, al verdadero y necesario valor de la justicia.

En este marco de ideas, partimos de una idea de Scoditti, y nos atrevemos a llevarla un paso más allá. Este autor expresaba que el daño injusto deviene como una interfaz entre el juez y la ley (Scoditti, 2018, p. 88), mas nosotros consideramos que el daño injusto deviene en una interfaz entre el juez y el derecho globalizado, en el sentido de una interpretación de que la juridicidad no se agota en lo legal.

Todo ello, en aras a la pretensión de justicia del caso, es decir de la adecuada ponderación de intereses de las partes en un caso concreto a través de una búsqueda abierta de herramientas jurídicas que son propias del carácter calculable del derecho en la búsqueda de la justicia.

7.3. Conclusiones

En el abreviado compendio genético-histórico del presente Capítulo, intentamos resumir y poner de resalto el delito privado de la *iniuria*, en su faz configurativa, sus criterios en la evolución del devenir histórico para así pasar a la recepción de la teoría del daño injusto en la modernidad.

De esta manera, asistimos a la necesidad de dar lugar a dicha teoría, el cual se remonta en su faz genética, a las bases de la *iniuria* del derecho romano. Ello, como clara muestra de que -pese a la cantidad de años de existencia que cuenta-, podría adaptarse a los tiempos modernos y brindar herramientas de gran valor para acercarnos a la justicia del caso.

Como pudimos observar, es de suma importancia la tarea de la jurisprudencia en este proceso. Es prueba de ello el paulatino proceso de ampliación del *damnum* a lo largo de la historia, pasándose de un criterio legislativo puramente objetivo, a uno subjetivo, que tiene en cuenta la lesión patrimonial sufrida atendiendo al interés que el damnificado tiene en el objeto lesionado, lo que se reconoce como *id quod interest*. El cual, se constituye como piedra angular de los códigos modernos en materia de daños.

Es bajo todo lo expuesto, que sostenemos que la figura del daño injusto, el cual tiene su raigambre en la *iniuria*, ha tomado nuevos matices que serán de gran utilidad en el Derecho Moderno.

En tal sentido, recorrimos las vidas del daño injusto itálico y le dimos vida a una nueva categoría existencial del mismo, adaptándolo a los tiempos actuales y venideros.

Es por ello, que sostenemos que debemos confiar en el trabajo jurisprudencial, la cual en base a principios y valores sociales deberá resolver los casos concretos que se vayan suscitando. Siempre ponderando los intereses que surjan de los mismos.

De todo lo expuesto, hacemos propias las ideas de Busnelli (2002), al desear que la responsabilidad civil se equilibre en un orden sistemático, entre los excesos y defectos. Por ende, conllevará a que se impongan nuevos equilibrios entre la regla general y las normas específicas de responsabilidad civil, entre la protección resarcitoria y otras formas de protección de los valores fundamentales de la persona; entre la responsabilidad civil y la seguridad social y entre el derecho privado y el derecho público. (p.35).

En este marco, nos adentramos a una reconfiguración hermenéutica del daño en el derecho civil argentino. El cual ha tomado una fisonomía constitucionalizada, con especial resalto de la razonabilidad, argumentación, deconstrucción del *alterum non laedere* (Arts 1710 y 1716 del CCCN), adquiriendo una autonomía que se trasluce en su nueva versión.

En atención a lo expuesto, realizaremos una sistematización a los fines de construir las bases para una renovación del sistema de derecho de daños constitucionalizado, el cual se concreta a través del desarrollo del daño injusto.

Capítulo VIII

EL DAÑO INJUSTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO CONSTITUCIONALIZADO

“No permitimos que nos mande un hombre sino una razón, porque el que toma en cuenta solo lo propio de su actuar se convierte en tirano. Sin embargo, el magistrado genuino es guardián de la justicia, y en tanto el que respeta la justicia respeta las equivalencias”. (Aristóteles, 2014, p. 190).

8.1. El daño injusto en el CCCN

Como primera cuestión debemos dejar asentado que no podemos comprender la adaptabilidad de la teoría del daño injusto en tanto no se conjugue estructural y funcionalmente con las demás disposiciones que conforman el sistema de daños.

Dicho ello, es menester retomar las ideas plasmadas en Capítulos anteriores respecto a que la figura del *alterum non laedere* -la cual se encuentra presente en los arts. 1710 y 1716 del CCCN- se basta a sí mismo como autónomo y autosuficiente para categorizar el daño injusto indemnizable.

De esta manera, se ha despojado de las esquirlas normativas del derogado art. 1066 del CC a la figura en estudio.

No obstante, como hemos referido al comienzo del presente trabajo, toda deconstrucción requiere una construcción simultánea, es por ello que, podemos expresar que el sistema adquiere una fisonomía completa en la medida que lo entendamos desde el eje transversal del Título Preliminar del CCCN, en específico, del diálogo de fuentes que surge de los arts. 1 y 2 del mismo cuerpo normativo, que se encuentran a su vez circunscriptos en la manda del art. 3 del mismo CCCN.

Desde la perspectiva específica del moderno Derecho de Daños, las anteriores bases descriptas, continúan sus eslabones interpretativos en los arts. 1717 y 1737 en consonancia con las ideas que venimos exponiendo. Y que, en lo particular, dentro del ordenamiento jurídico atenderemos en el presente Capítulo.

8.1.1. Aspectos metodológicos introductorios

8.1.1.1. La hermenéutica sistémica- dialógica en el derecho de daños argentino actual. Un giro necesario

Hemos recordado en los prolegómenos filosóficos del presente trabajo como el esquema silogístico de la interpretación que proponía Kelsen, ha devenido obsoleto frente a la forma y sustancia de las exigencias de los tiempos que corren.

No obstante, la nueva reconfiguración se cimienta en la argumentación jurídica, entendida esta, conforme sostiene Alexy (2012) como un diálogo racional de neto carácter práctico como saber jurídico. Quien entiende que una versión promisoría de una teoría moral procedimental, es la del discurso práctico racional. (Alexy, p. 487)

En esta reconfiguración, es menester vislumbrar que ha devenido una costumbre arraigada en la histórica formación jurídica, el entendimiento del derecho como una pirámide.

La causa de ello, radica en la consolidación de la teoría kelseniana durante el Siglo XX de matriz lógica y matemática, en la cual a cualquier hipótesis fáctica se le imputaba una consecuencia coercitiva que era el modo en que definía a las normas jurídicas como ya hemos visto en el Capítulo III.

En esta pretensión kelseniana por mantener la ciencia jurídica al conocimiento descriptivo de las normas jurídicas, el rol del jurista devino a equipararse en la interpretación y la creación.

Como explica Vigo (2015), dentro de la pirámide normativa había aplicación y creación; por eso, entre la creación legislativa y la creación jurisprudencial solo había diferencias cuantitativas, pero no cualitativas. Aunque en tal sistema positivista la norma individual que creaba el juez se situaba en un grado menor de jerarquía, condenada a la base de la figura geométrica (p. 51 y 52).

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cuál es la funcionalidad práctica que puede tener hoy en día la pirámide kelseniana en el marco del diálogo de fuentes y la constitucionalización del derecho privado?

A nuestro criterio, la estructura piramidal representaba un esquema de subordinación jurídica exponía con claridad un sistema silogístico positivista.

Ahora bien, el nuevo esquema del derecho -en específico en el derecho de daños-, ha devenido en la mutación genética- jurígena, que da nacimiento, ya no a esquemas de subordinación, sino de coordinación jurídica de fuentes.

En este sentido, reformulamos el esquema del derecho de daños ya no sobre la clasificación de los derechos subjetivos absolutos, sino, desde los intereses merecedores de tutela que orbitan en los principios generales.

Así, sostenemos que debe observarse: en primer lugar, a los principios basales y transversales: art. 51 – Art. 1,2 y 3 CCCN, el reconocimiento expreso del Principio de no dañar: Art. 19 de la C.N. Art. 1710 y 1716 CCCN y el principio morigerante: la configuración del daño jurídico se debe contener estable en su proceso, alejado de los extremos, lo cual se logra a través de la justicia desvendada; la equidad. Arts. 1742 y 1718 inc. c. *in fine*.

En el mismo sentido, se ha manifestado en numerosos precedentes de la CSJN la idea de que los jueces deben aplicar razonadamente de todo el marco del derecho, la solución equitativa para el caso (Fallos: 271:130; 288-373; 281-202; 296-356; 300-349; 301-1089; 305-1945 y 2040; 306-1658; 308-956; 311-2223; etc.)

De igual forma, dispone el art 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano que en la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables. (Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001).

Asimismo, existen reglas propias del microsistema de daños: art. 1737 y art. 1717 -en el medio, art. 1738 con el contenido de las consecuencias, el Art. 1740 de la reparación integral, Art 63.1 de la CADH-, por citar algunos ejemplos.

Dentro de este campo se ubicarán las disposiciones de los artículos que hacen al funcionamiento del derecho de daños: Arts. 1722, 1724, 1726, 1757, 1758, entre otros artículos.

Del esquema presentado, no pretendemos abrogar la existencia de jerarquía normativa que es necesaria como guía para los operadores jurídicos y el debido arribo a las soluciones justas. Lo que sí debemos deconstruir, y, por ende, reconstruir es la relación que deben tener las fuentes para brindarnos una respuesta en cada caso particular.

En este último sentido, recordemos que las ideas kelsenianas rechazaban la posibilidad de lógica en la relación entre normas dentro de la pirámide. Aspecto sobre el cual, consideramos que el derecho se ha superado hacia el esquema de armonización ponderativa (Vigo, 2015, p. 55) lo cual conllevará la mejor solución en cada caso concreto.

Retomando las ideas expuestas, si resulta insoslayable la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las normas especiales son contenedoras de vitalidad constitucional, por ende, la relación jurídica de estas con aquellas, desde una mirada estrictamente normativa, constituyen un proceso hermenéutico de influjo mutuo entre ambas.

A su vez, la normativización, menguada en tanto adviene la labor jurisprudencial en un rol fundamental en la construcción de la justicia del caso, resquebraja no solo la relación entre fuentes, sino con las demás que orbitan en el sistema del derecho.

8.1.1.2. El Título Preliminar: El protagonismo de los principios y valores

Como hemos referido en los capítulos introductorios, la jurista Kemelmajer de Carlucci (2015) al momento de analizar las pautas interpretativas del CCCN, expresa que los principios generales no son meros instrumentos de interpretación, sino que son fuente del derecho que operan como vías del propio razonamiento (p. 9).

Consideramos de suma importancia lo expresado por la autora, debido a que sitúa a los principios generales como un senda o conducto derivado del principio de razonabilidad. En suma, otorgándoles a esta fuente la vigencia y preponderancia que se desprende del análisis del Título Preliminar.

Bajo dicha cosmovisión se impregna el CCCN, desde los fundamentos del anteproyecto en el cual se expresa que la implementación de un Título Preliminar como el vigente, es necesario a los fines de que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores. (Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación).

En igual sentido, manifiesta Lorenzetti que, lo importante es entender que el enfoque metodológico del CCCN se asienta en definir los grandes paradigmas

del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento jurídico. (Lorenzetti, 2014, p. 2).

Así continúa el autor expresando que la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que le incumbirá a la doctrina y jurisprudencia conforme a las mudanzas hacia los nuevos tiempos. (Lorenzetti, 2014, p. 3).

En esta tesitura, se entiende que el basamento del CCCN es el ciudadano, siendo los paradigmas y principios el reflejo de las prácticas sociales y culturales vigentes. (Lorenzetti, 2014, p. 3).

En relación a la fundamentación del faro axiológico como horizonte del nuevo CCCN, se encuentra una creciente tendencia mundial al reconocimiento de la existencia de un tiempo de fundación, redefinición, extensión y multiplicación de los derechos, que no cede a las voces del oportunismo, que no es esclava de una dictadura de los deseos, sino que responde a la necesidad de dar vida a la dimensión de los derechos en tiempos profundamente cambiantes. (Rodotà, 2014, p.77).

En este sentido, el jurista refiere a que la construcción de la subjetividad se basa en la importancia del rol que los valores que lo conforman juegan en un contexto constitucional. (Rodotà, 2014, p. 167) (Alpa, G. 2016, pp. 179 y 180). Todo lo cual, guarda estricta relación con la perspectiva que ha tenido el codificador argentino.

De todo lo expresado, resulta un punto de partida insoslayable interpretar el sistema de daños desde los cimientos axiológicos. Así lo expresa Zavala de González (1996) al expresar que:

La problemática del derecho de daños debe enfrentarse con una actitud valorativa, no puramente técnica. El derecho no es una simple “herramienta”, con neutralidad axiológica; enseña “cómo” lograr algo, pero también y, ante todo, “qué” debe lograrse: los fines son consustanciales al derecho. (p. 1)

En este sentido, expresa la jurista que la sensibilidad que deriva del análisis valorativo del derecho, no se condice con la compasión, ni la caridad, sino con el reconocimiento de las desgracias inmerecidas y la reacción contra la injusticia de las víctimas. (Zavala de González, 1996, p.1).

8.1.1.3. El nuevo enclave del daño injusto: del derecho normativista al derecho efectivista: los principios y la estratificación jurisprudencial abierta

En esta transición, entre el fundamento del derecho como acto de posición -de antaño-, hacia el fundamento del mismo como un acto de reconocimiento (Lipari, 2016, p. 28), es que resaltamos el papel que juega la jurisprudencia en un esquema conceptual asimétrico, en el cual el campo axiológico constitucional-convencional, abrió desafiantes dificultades, sobre todo en materia de derechos humanos.

En esta idea, sostiene Bianca (2006) que la formación del derecho efectivo traspa los confines de las fórmulas legislativas y es al mismo tiempo una contribución importante dada a la jurisprudencia. Sin ánimos de que el juez sea un legislador, mediante la jurisprudencia puede observarse la operatividad del derecho efectivo, por sobre el derecho normativista estricto. De esta manera, será la jurisprudencia la que se constituya un índice seguro. (p. 259) en igual sentido (Vigo, 2015, p. 45).

A los fines de poder representar nuestra exposición, debemos retomar algunas ideas expuestas en el presente trabajo.

Así, en este complejo ámbito debemos resaltar que la insuficiencia formal se encuentra tanto en la exigencia de que una proposición normativa textual, que nos lleva a que la interpretación de la misma se realice en base a un contexto social determinado -metatextual-, en la complejidad de la praxis de pensamiento, al lenguaje y convicciones que caracterizan a una comunidad determinada.

Como así también, ante la inexistencia de una regulación normativa, propia de los céleres cambios de las sociedades -sus intereses y necesidades- que se dan en los modos en que la sociedad actual se dinamiza.

En esta inteligencia, podemos afirmar que estamos quizás por primera vez en la historia de la humanidad frente a la transformación como algo superador de lo que se conserva. (Echeverría, 2022, p. 30). En este sentido, como fenómeno cultural que es, el derecho no puede permanecer ajeno a sus efectos.

En otras palabras, los nuevos esquemas que encamina la injusticia del daño en el esquema del derecho de daños, abarcan la totalidad de situaciones en la cuales la norma, -aislada y desconectada del sistema-, no logra canalizar las respuestas que la sociedad actual reclama al derecho.

En este escenario, mediante la interpretación que ofrecen las válvulas moderadoras de la rigidez del ordenamiento, los jueces deberán ejercer su labor considerando las tendencias, las corrientes que emergen de la jurisprudencia. (Alpa, 2016, p. 456).

De lo desandado, sostenemos que, la injusticia del daño se relaciona de esta manera con la nueva comprensión de las categorías del derecho civil que planteaba Lipari (2016), en el sentido de que, estas últimas no pueden en la actualidad, ser el reflejo de un contexto social homogéneo. Ello, porque se han venido modificando los modos de pensar, las técnicas de la producción social y los estilos de vida. (p. 48).

Y aquí radica el principal sentido de este cambio de cosmovisión, en el hecho de que la diversidad de interpretación que tiene un mismo término, hoy en día, no puede ser simplificada mediante los mecanismos de antaño, sino que debe, por el contrario, distinguirse aquello que debe ser distinguido. Para ejemplificarse lo dicho, remítase al ejemplo de la antijuridicidad que hemos desarrollado en el Capítulo anterior.

En expresión de Lipari (2016): “en la óptica del nuevo nominalismo normativista las categorías acaban por perder todo papel de enlace entre norma y realidad”. (p. 49) En similar referencia, el mismo autor expresa, que “es tiempo de representar mediante las nuevas formas, sintetizar el texto con el contexto, los instrumentos formales y las situaciones sustanciales, entre la teoría y la historia”. (p. 53).

Es en este sendero de reconstrucción constante, el rol de la jurisprudencia -en concomitancia con la doctrina- son las encargadas de elaborar categorías nuevas para entender mejor y disciplinar una realidad contemporánea.

Es decir, en otras palabras, los fallos serán la forma de identificar y reconocer intereses serios y dignos, por ende, el camino para dotar de contenido a la injusticia del daño.

En clara observancia, la jurisprudencia va marcando el contenido de la injusticia, y lo deberá realizar en base a la inclusión equilibrada y justa de las alternativas de innovación. Superadora de aquellas sedimentaciones acríticas. (Lipari, 2016, p. 55).

En este aspecto, es necesario resaltar que no es conveniente un cuadro en el cual se clasifican aquellos intereses de las personas de los cuales la conciencia colectiva reclama las garantías sociales. (Bianca, 2006, p. 259).

En este punto debemos aclarar que no existen recetas mágicas y tranquilizadoras. Debemos entender que la actividad jurídica, como integrante de la existencia; es una actividad de búsqueda que no está exenta del vértigo y la angustia. Como decía Derrida: ¿Quién pretende ser justo ahorrándose la angustia? Es este momento angustiante el que abre el espaciamento necesario para la transformación, entre lo pautado y lo creado en la labor del juez.

Por su parte, Salvi (2001) sostiene que la afirmación de la injusticia se deduce, en realidad, no de la estructura de la situación lesionada, sino de un juicio comparativo de los intereses involucrados en el acontecimiento dañoso. Es así que, actualmente, es la tipificación jurisprudencial de las diversas hipótesis de conflicto la que proporciona, en los hechos, el verdadero contenido de la injusticia del daño (p. 300) En igual sentido (Jalil 2017, p. 25 y 26). (Visintini, 1999, p. 12).

A modo de cierre del acápite, es menester referir al esquema propuesto por Alexy (2014) respecto a la ley de ponderación y sus pasos. Así, sostiene el jurista que existen tres pasos. En el primero de ellos se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de unos de los principios. Por su parte, en el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, se debe establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (p. 349- 352).

8.1.1.4. La razonabilidad judicial como principio delimitante

Como punto de partida, es dable aclarar que la mera preferencia no sirve para jerarquizar los valores, sino que lo que confiere valor son los hechos y las razones en que se apoya, lo que convierten en un objeto en preferible. De tal manera, se deberá dotar de contenido a los valores y circunstanciarlos en cada hecho concreto (Frondizi, 1972, pp.227-229).

Dicho lo anterior, cuando hablamos de razonabilidad hablamos de la delimitación coherente y concreta de un plexo valorativo, lo que a su vez se erige como una fuente abierta de discrecionalidad judicial y, por otra, en un límite a lo arbitrario.

En palabras de Linares (1970) se reconoce un elemento diverso respecto a la faz racional -técnica- de la razonabilidad, sino que también incorpora en dicho concepto una faz axiológica. Es decir, el principio de razonabilidad no será solamente la opción más racional, sino que también tendrá que ser la más justa y equitativa de todas las posibilidades a los fines de obtener el fin deseado (p. 107 y 108).

En efecto, será objetivo de la razón práctica establecer aquellas soluciones que resultan razonables. (Vigo, 2015, p. 59).

Partiendo de este posicionamiento, entendemos en el lenguaje cotidiano que, un límite es una la línea divisoria entre dos entidades o territorios, sea esta línea real o imaginaria. El término proviene del latín *limis*, que quiere decir 'frontera' o 'borde'.

Expresado ello, es menester referir que, al momento de realización de la decisión judicial, no se debe considerar que el balance judicial axiológico que realiza el judicante sea ilimitado o abierto, sino que esta actividad lógica funcional, se debe elaborar y aplicar en base a la doctrina legal y la jurisprudencia en su conjunto, reglas generales, sobre la base de criterios de eficiencia consistentes con el sistema jurídico y los valores en que se inspira. (Trimarchi, 2017, p. 31).

En similar sentido, expresa De Lorenzo (1996) que el balance judicial tendrá que resolverse a la luz de criterios, los cuales no necesariamente deben cerrarse, de una manera exclusiva, sobre el contenido de normas singulares del derecho positivo, sino que pueden constituir puntos de vista valorizadores, ideales, estimativos y axiológicos, sujetos a las formas y en los límites que son aprehendidos por el ordenamiento globalmente considerado.

En este punto, deberemos tener en cuenta la tercera etapa del Daño injusto que hemos propuesto en el Capítulo anterior. Lo que nos lleva a entender que la labor judicial deberá optar por discrecionalidades de derecho, no de hecho que irán conformando la estratificación de sentencias que serán útiles para el reconocimiento de intereses mercedores de tutela (Visintini, 1999, p. 12).

Como pauta judicial, las características lógico-funcionales de la operación que el intérprete está llamado a cumplir, serán sustanciales para establecer si un determinado daño es injusto o no. (Salvi, 2001, p. 300). Tal actividad, deviene en una actividad lógica de identificación de lo jurídicamente relevante.

En este último sentido, cabe manifestar que existe relevancia, siempre que el actor en relación con el bien haya dejado de configurarse en un aspecto económico, moral o social, y haya pasado a asumirse entre aquellos que el derecho protege. (Rodotà, 1964, p. 203 y 204).

En esta relevancia o prevalencia se expresa Bianca (2006) al manifestar que no es posible que sean establecidos en forma previa cuáles serán los intereses merecedores de tutela. Siendo un trabajo del juez que deberá proceder a una selección de los mismo y a realizar un juicio comparativo a los fines de que, a la postre, se decida sobre si debe o no existir un sacrificio del interés de una de las partes sobre la otra en relación a su prevalencia. (p. 258).

Sin perjuicio de habernos referido al principio de razonabilidad en el Capítulo V, es menester recordar y ajustar al mismo a la fisonomía del CCCN.

En efecto, sostenemos que la razonabilidad en la interpretación apunta, precisamente a exigir que el operador jurídico de cuenta de las razones que condujeron a decidir cómo decidió en cada uno de los momentos que tuvo que hacerlo (Kemelmajer de Carlucci, 2020, p. 75).

En el mismo sentido, refiere la autora que, desde un ángulo positivo la razonabilidad se identifica a la coherencia sistémica representada por acciones que son llevadas a cabo siguiendo criterios o principios, y no el mero capricho, impulso o intuición. (Kemelmajer de Carlucci, 2020, p. 11 y 12).

En tal lógica hemos ahondado las páginas anteriores, siempre en clara exigencia de los estrictos parámetros que se deben tener en cuenta de lo dispuesto del art. 3 del CCCN.

En este sendero, expresa Pizarro que:

La razonabilidad o irrazonabilidad de las restricciones en el ejercicio de los derechos -elemento fundamental a la hora de calibrar la posible inconstitucionalidad de una norma- es una cuestión de hecho, ligada a circunstancias de tiempo y lugar y, por ende, no cristalizada y susceptible de evolución valorativa. (s.f. p. 10)

En esta línea delimitante de las facultades judiciales del art. 3 del CCCN, resulta interesante su correlación con el art 43 del Código Iberoamericano de Ética Judicial que expresa: que el juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia. (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014).

De esta manera, no existe margen de dudas de que, en el derecho civil y comercial constitucionalizado, se completa la problemática interpretativa que dimanaba del art. 28 de la Carta Magna.

En tanto que, el art. 3 del CCCN en armonía con el Art 43 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, como así también la opinión de autorizada doctrina constitucional argentina, se puede sostener que el principio de razonabilidad comprende a los tres poderes -legislativo, ejecutivo y judicial- (Rosatti, 2016, p. 138), (Gelli, 2018, p. 557). Siendo el Poder Judicial el que se ha visto especialmente reforzado en este nuevo esquema del sistema de derechos.

8.1.1.5. La constitucionalización del derecho privado

Siguiendo en la línea antedicha, en mérito a las enseñanzas principiológicas con las que Lorenzetti (2014) ilustra la cosmovisión del CCCN, se resalta como uno de los principios rectores la idea de la comunicabilidad entre la esfera pública y privada en casi todos los temas centrales. Manifestándose de forma expresa la reconocida relación entre la Constitución y el Derecho Privado (p. 3).

En tal sentido se manifiesta Vigo (2012) al expresar que:

El derecho civil deja de ser una rama insular o autista para abrirse y generar puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados que la Argentina sea parte, aquí se mencionan expresamente los tratados de derechos humanos. (p. 64)

En palabras de Guastini (2009), se entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico a un proceso de transformación al cual a su término éste se impregne de normas constitucionales. Por ende, tal fenómeno se reflejará en una constitución extremadamente invasora, entrometida, que sea capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina, la acción de los actores políticos como así también las relaciones sociales. (p. 49).

Así, el comienzo del camino a la constitucionalización del ordenamiento jurídico argentino, se vislumbra con el advenimiento de la Constitución Nacional de 1994 y los tratados internacionales de derecho humanos que la misma contempla en el art 75. Inc. 22.

Desde otra perspectiva, se entiende que antes de la Constitución de 1994 se consideraba al ordenamiento civil como autosuficiente. (Calvo Costa, 2017, p. 578).

Asimismo, dicho autor expresa que antes de la reforma constitucional referida, existían dos pirámides jurídicas totalmente separadas e independientes entre el derecho público y el privado. (Calvo Costa, 2017, p. 578). (Leiva, 2016, p. 2).

Tales ideas, guardan relevancia ante la labilidad de las fronteras entre ámbitos que se desarrollaron como compartimentos estancos, que fueron impregnándose y dotándose con el tiempo de una relación de creciente influjo. Es así, que nos ha llevado a reformar el esquema geométrico piramidal del que referíamos en el punto anterior.

Un primer paso en el proceso de cambio, lo constituye la labor pretoriana de la CSJN que, en casos aislados acudió al derecho norteamericano y no al derecho francés o romano que fueron fuente de nuestro derecho privado.

De esta manera, desde 1983 con el reconocimiento de la Constitución como fuente de derecho privado y de la inserción de Argentina en el derecho supranacional de derechos humanos, fue la CSJN quien asumió un liderazgo absoluto. (De Cunto, 2017, p. 293).

De esta manera, deviene un hecho indiscutible que el código se cimiente en el reconocimiento expreso de la constitucionalización. Así, en lo específico del derecho de daños, cabe destacar que se receptan principios de clara raigambre constitucional, como ser; el *alterum non laedere* -arts. 1710, 1716, 1717, y consiguientes), como así también, la reparación integral del art. 1740 del mismo CCCN, los cuales son todos inspirados por el art. 19 de la C.N. de conformidad con las interpretaciones que ha realizado la CSJN (Picasso y Sáenz, 2019, p. 35), todo ello conforme hemos referido en Capítulos anteriores.

De todo lo antedicho asistimos a una transfronterización de principios que tiene por elemento caracterizante la constitucionalización del derecho del ordenamiento jurídico en su totalidad. (Vigo, 2015, p.12 y 29).

Lo cual tiene como necesaria consecuencia que se produzca un insoslayable posicionamiento de la persona y sus derechos fundamentales como epicentro del sistema jurídico, reflejándose este cambio en la valoración de los

intereses que pueden resultar lesionados y objeto de una posible indemnización ante su menoscabo. (Leiva, 2016, p. 7).

Así, el principio de constitucionalidad resulta insoslayable ante la merma funcional de la ley a los fines de consagrar la unidad y paz de la sociedad. A su vez, fin último de la justificación del derecho. En ese sentido se expresa Zagrebelsky (2011):

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener la unidad y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad. (p. 40)

Asimismo, si se quisiera contentar uno con la completitud funcional normativa, encontraríamos serias dificultades en justificar fenómenos actuales como por ejemplo el pluriculturalismo que caracteriza al mundo actual. En el cual, la exigencia de integración ya no es homogénea sino diferenciada en aras al reconocimiento del crisol de culturas que interactúan en un mismo espacio geográfico. Para una visión de filosofía política en este aspecto (Rubio Carracedo, 2007, p. 13).

8.1.1.6. Los remedios preceden a los derechos

A modo de cierre de esta primera parte, pretendemos enlazar las ideas propuestas a los fines de solidificar nuestros argumentos; siguiendo las ideas que venimos sosteniendo de De Lorenzo (1996) consideramos actualizar la expresión que invoca en su obra.

Así, el autor referido, sostiene claramente que el remedio adviene con anterioridad al reconocimiento de la situación subjetiva de la víctima. Es decir, sobreviene la juridicidad del interés de hecho por haberse determinado pretorianamente la tutela por su menoscabo. A lo que remarca que, en

numerosas ocasiones, de la concesión del remedio, puede deducirse la existencia de un interés protegido y no al revés. (De Lorenzo, 1996, p. 71).

En este punto, se amalgama la historia del derecho romano descripta con anterioridad. Debido a que, en aquella época, los derechos se fueron formando de manera derivada a partir de los distintos remedios que se iban concediendo para tutelar determinados intereses. En otras palabras; se suministraban remedios más que reconocer derechos. Es en dicho propósito sobre el que se asentó el sistema del *common law*.

En esta lógica, el derecho codificado se inclinó a reconocer -enunciar - derechos, mientras que el sistema no codificado siguió la línea de otorgar remedios. Es decir, los códigos decimonónicos de corte liberal -el cual incluía al CC- solo reconocían una tutela refleja de los principios que reconocen el derecho a la propiedad.

Dicho ello, debemos refrescar lo sostenido anteriormente en la presente investigación, en cuanto a que, en virtud del cambio de perspectiva del derecho argentino actual, el ordenamiento jurídico vigente se asienta en un reconocimiento de los valores personalísimos de las personas por sobre su patrimonialidad como metodología transversal del mismo.

Al respecto, el primer elemento que permite dicha identificación en CCCN es el ya desarrollado Título Preliminar desde su constitucionalización del derecho privado, para luego, pasar a realizar una regulación específica y pormenorizada de los derechos personalísimos, anclando en el art 51 y 52 una pauta insoslayable que se erige como pieza clave para interpretar cualquier análisis que la juridicidad pretenda de la realidad social.

De las ideas anteriormente expuestas, no cabe margen a dudas que nos situamos en un código pluralista, humanitario, que se asienta en las diferencias y la pretendida igualdad de trato entre aquellos diferentes, por exigencia constitucional y convencional, haciendo de la libertad humana, una línea que traza la intersubjetividad como objeto de la voluntad jurisdiccional.

En ese escenario, combinado con las diversas fuentes de daños de una sociedad tecnológicamente revolucionaria, que caracteriza a la realidad social de la actualidad -en crecimiento hacia el devenir-, el derecho como protección, como corteza del núcleo, no puede ser un esquema apriorístico que determine qué intereses son dignos y merecedores de tutela.

Al contrario, el fundamento del derecho actual -como dijera Lipari- ya no se sustenta en un acto de posición -como era antaño-, sino que se sitúa como un acto de reconocimiento. (Lipari, 2016, p. 28).

En la misma senda se ubica el pensamiento de Vigo (2015), al sostener que los tratados de derecho humanos se encargan de reconocer que no los están creando cuando son sancionados, sino que se los está reconociendo, y con carácter universal e inalienable. (p. 33).

Y la metodología para ello, es lo que ya anticipábamos con el protagonismo de la labor judicial. Es decir, en palabras de Bianca (2006), que el derecho para hacerse efectivo se debe ir consolidando mediante la labor de la jurisprudencia, no ya siendo un ornamento cristalizado de las legislaciones (p.259).

A lo que decimos que, lejos de situarnos en la pugna entre quien tiene la última palabra, ya sea el juez o el legislador, consideramos que, en el rediseño del derecho, el legislador seguirá teniendo un rol fundamental, pero readaptando sus formas de consolidación, ya no desde esquemas rígidos, sino trabajando desde principios y cláusulas generales conforme exige la realidad social. Sobre este tema remitirse al Capítulo IV.

De esta manera, se requerirá en su labor un acabado conocimiento de los propósitos del derecho en nuestra era. Por ende, siendo muy cauteloso en no atosigar al ordenamiento jurídico de leyes incesarias o superfluas que terminen por atentar contra la seguridad jurídica.

Todo este ensanchamiento y amplitud del reconocimiento de intereses generó que, en el esquema del ilícito cobre mayor relevancia el desvalor de resultado -como viéramos en el Capítulo anterior- con prescindencia del comportamiento como criterio de determinación del reconocimiento del interés merecedor de tutela.

Todo lo cual, se condice con la ampliación de la esfera de tutela de la persona que pregonaba la nueva ideología privatística a partir de la vigencia del CCCN.

8.1.1.7. La injusticia del daño y la reparación como fenómeno social

Retomando algunas ideas, es necesario establecer que el fenómeno actual del derecho de daños se centra en la identificación y determinación de

circunstancias que ponderen intereses contrapuestos, de los cuales, en cada caso concreto, sobresaldrán algunos por otros, lo que hará que las consecuencias dañosas se transfieran cuando el interés del dañado se resalte frente al del dañante.

Como primera idea, debemos entender que, desde el plano de la filosofía política, ya hay un importante cambio en cuanto al enfoque que tienen los miembros de una sociedad en los tiempos modernos.

En tal sentido, expresa Bobbio (1991) que antaño, prevalecía el punto de vista del soberano, ahora, se sostiene prevaleciendo el punto de vista del ciudadano, en correspondencia con la afirmación de la teoría individualista de la sociedad frente a la organicista tradicional (p. 15).

Esta observación del jurista italiano, no implica un desentendimiento de la sociedad organizacional, y si bien, el rol del damnificado -dentro de ese cuadro en el cual en los ciudadanos cobran mayor atención- es un rol indiscutido, subyace, asimismo, un interés en el cual esa intersubjetividad se replica en el campo práctico de la sociedad como sistema.

De igual forma, esta nueva funcionalidad sistémica se corresponde con el trasfondo personalista del derecho moderno, en tanto, opera en el pasaje del positivismo a las teorías neoconstitucionalistas la inclusión de lo moral y lo político.

Este traspaso, se condice con la transmutación de una ideología patrimonial-liberal a una personalista, en clara observancia de bases constitucionales.

En este sentido, así como sostiene Starck (1958), visualizar el fenómeno desde la óptica del sujeto lesionante implicaría situarse en el fenómeno desde una manera parcial e incompleta al no prestársele debida atención al punto de vista de la víctima (p. 476).

De esta manera, es necesario observar el fenómeno mismo en el plano macro, entendiendo que las consecuencias dañosas exceden un problema intersubjetivo concreto, con incidencias quizás no tan notorias, pero no por ello menos importantes.

Brevemente, con la intención de no pasar por alto un aspecto sustancial del tema que desarrollamos, es menester traer a colación las ideas de Trimarchi (1961, p. 16), quien sostiene que la reparación del daño no constituye por sí

misma un resultado socialmente útil, en tanto, como hemos aclarado existe una transferencia de las consecuencias dañosas, pero eso no implica que el daño desaparezca de la sociedad.

Esto, nos lleva a encender una alarma frente al juicio de ponderación que realice el judicante, quien lo deberá hacer con el mayor grado de y precisión y atención de las circunstancias.

Si se quiere, dicha cuestión resaltada, opera como un factor de exigibilidad agravado del deber de fundamentación y razonabilidad del juez -art. 3 del CCCN-, en concordancia con el Estatuto del Juez Iberoamericano y el Código de Ética Judicial sobre los cuales hemos referido.

8.1.1.8. El daño evento y el daño consecuencia en la injusticia del daño en el CCCN

Se le atribuye a Carnelutti (1926) el haber sostenido la existencia de diversas acepciones del daño -siempre desde el análisis de la estructura del ilícito-, de allí una serie de autores han interpretado esta fórmula carneluttiana del daño (13 y 14). (Visintini, 1999, p. 15 y 16).

En la doctrina de la responsabilidad civil, se opera una confusión generalizada entre la lesión a un interés y el empobrecimiento correlativo. Es decir, se confunde el daño injusto con el perjuicio resarcible. (Visintini, 1999, p. 14 y 15).

En este sentido, el carácter resarcible del daño, son las consecuencias del evento lesivo y no este en sí mismo considerado. (Zavala de González, 1991, p. 24). Es allí donde comprobamos el sentido polivalente del daño -evento y consecuencia-. (De lorenzo, 1996, p. 18).

En torno a esta idea, la autora citada anteriormente, refiere a que del art. 2043 del CCI se desprenden dos significados del daño. Por un lado, se habla de un daño injusto en referencia a la lesión de un interés, mientras que, cuando se habla de resarcimiento del daño se hace alusión al remedio que consiste en la reparación del perjuicio/s que el titular del interés lesionado ha sufrido (Visintini, 1999, p. 16).

De esta manera, nuestro ordenamiento argentino recepta del derecho civil italiano la categorización del daño evento y daño consecuencia. En este sentido, el daño no se identifica solamente con la lesión a un derecho, sino que también

se utiliza para nombrar a la consecuencia perjudicial o menoscabo que deriva de la lesión.

Es decir, entre el daño evento -lesión de interés y el daño consecuencia -perjuicio-, existe una relación de causa- efecto. En tal sentido se pronuncia el art. 1738 del CCCN (Picasso y Sáenz, 2019, p. 406 y 407) (Jalil, 2017, p. 26).

Desde esta perspectiva, las definiciones del daño cuando no se quedan en el nivel genérico de la determinación de un hecho perjudicial para un sujeto determinado, siguen dos caminos: intentan precisar el tipo de consecuencias perjudiciales que se asumen como relevantes, o bien se concentran en el contraste entre el acontecimiento y las reglas o principios dispuestos para la protección del interés lesionado. (Salvi, 2001, p. 286).

Desde el primer punto de vista, se entiende por daño la alteración negativa de una determinada situación de la víctima, económica o incluso física o psíquica; desde el segundo, el daño es definido como lesión de un derecho o de un interés protegido (Salvi, 2001, p. 286).

Es así, que, en esta tesitura, sostiene el autor citado que el daño y el resarcimiento se constituyen como categorías heterogéneas, que no se asocian ya al ámbito exclusivo de lo patrimonial. Esta visión, implica comenzar a entender que no existe más el daño como categoría general, sino que existen distintas figuras del mismo. (Salvi, 2001, p. 287 y 288).

De ello, es que la doctrina italiana haya incorporado una distinción clara entre el interés lesionado y sus consecuencias perjudiciales, en tanto la estructura de los detrimentos extrapatrimoniales podía conllevar consecuencias -perjuicios- de carácter patrimonial, cuestión que no siempre se ha entendido de esa manera. (López Herrera, 2006, p. 166).

Esta lógica clasificatoria del daño, ha llevado a entender al daño en sendas disímiles, en tal sentido, se han estructurado al menos dos enfoques marcados en relación al daño. Uno de ellos, es la perspectiva relativa a la acción; la cual tiene como foco al daño en virtud de la diferencia que una acción marca en el bienestar de una persona.

Por otro lado, están quienes circunscriben y enfatizan con mayor precisión en el enfoque relativo a los efectos del daño -sobre el cual suscribimos-, quienes consideramos al daño en virtud de los efectos de la acción dañosa sobre el bienestar de un individuo. (Truccone Borgogno, 2018, p. 32 y 33).

De esta manera, estos enfoques se diferencian en que el que focaliza en la acción, sostienen que para afirmar que un sujeto sufre un daño, es necesario que la acción que causó tal estado de cosas haya empeorado el estado en que se encontraba tal sujeto. Mientras que el que se posa sobre los efectos, un sujeto sufre un daño en virtud del tipo de estado en el que se encuentra. (Truccone Borgogno, 2018, p. 33).

Es decir, por un lado, se remonta a una dimensión conductual de causa-efecto que opera a una lógica retrospectiva del juicio que realizará el judicante a la hora de evaluar la verdad material. Es decir, hace una operación abstracta sobre el sujeto para circunscribirlo en su existencia en el pasado.

Por otro lado, si analizamos el daño desde los efectos, si bien, podemos volver al pasado en la operación mental -indefectiblemente lo hacemos-, la perspectiva toma al sujeto que sufrió el perjuicio desde su estado actual. Por ende, la conducta causal -por supuesto relevante- no es el único factor determinante a la hora de atribuir responsabilidad al sujeto.

Era radical en la doctrina el convencimiento de que el elemento constitutivo del acto ilícito fuera la violación de un derecho y los compiladores del nuevo CCI han expresado esta idea en la atribución de que la injusticia se refiere al daño: el daño emerge así, en el significado de lesión de una situación jurídica; se diferencia respetando el otro significado de daño cual consecuencia económica negativa. (Bianca, 2006, p. 254) en similar sentido (Montedoro, 2018, p. 159).

En referencia a la postura que sostiene la resarcibilidad del daño en el evento, lo hacen respecto a la lesión del derecho ajeno o interés protegido. Es decir, que tanto la dañosidad del hecho como la antijuridicidad se determinarían en un mismo momento. (De Lorenzo, 1996, p. 18).

El autor citado, concluía al momento de su obra sobre el daño injusto que, la diferencia entre daño evento y daño consecuencia era ajena al problema del resarcimiento de daños. (De Lorenzo, 1996, p. 18).

Sin embargo, deberíamos circunscribir aquella concepción dentro del CC que contextualizaba la opinión del autor, más en la actualidad, con el advenimiento del CCCN, es reconocida a todas luces una distinción en las polivalencias del daño. En efecto, es preciso acudir a los arts. 1737 y 1738 del CCCN.

Lo particular del análisis, cobra relevancia al entender que, en la matriz de pensamiento jurídico actual, debemos contemplar la incidencia consecencial frente a una lesión de intereses. Este esquema, si uno se retrotrae a una visión tradicional y conservadora del ilícito, no cobra ningún tipo de relevancia. Debido a que, en los casos que no existía un derecho subjetivo absoluto que tutele a un interés no existía viabilidad resarcitoria alguna.

En el esquema moderno, sí podemos contemplar un amplio abanico de consecuencias derivadas de la lesión a un interés -ya sea patrimonial o extrapatrimonial, o individual o colectivo-, en tanto las consecuencias lesivas sobre un determinado bien, no requiere una expresión tipificada como hemos sostenido en el presente trabajo.

Es aquí, donde revitalizamos la importancia de la posición del damnificado a la hora estructurar el resarcimiento del daño. Es decir, la causación de un perjuicio al damnificado -que es la que en última instancia motiva su reclamo dice De Lorenzo (1996, p. 18)- es la que lo dota del carácter de un interés protegido.

En este punto, sin perjuicio de incurrir en una reiteración, es necesario contemplar que no es la lesión antijurídica el disparador del deber de responder, sino el perjuicio en sí que sufre el damnificado, que a la postre, deberá ser tamizado por un juicio de merecimiento tutelar.

En resumen, coincidimos con las palabras que evocamos De Lorenzo (1996) respecto a la importancia que tiene la presente diferenciación:

Es preciso indicar que en muchos casos el elemento primario e indispensable de la fattispecie de responsabilidad aquiliana consiste no ya en la lesión de un interés protegido, sino precisamente en la causación de un perjuicio a la víctima que en última instancia motiva su reclamo y que al ser acogido su resarcimiento termina convirtiéndose en un interés protegido. En estos se pone de manifiesto que no es la lesión antijurídica el disparador de la fattispecie de responsabilidad, sino el perjuicio sufrido por la víctima que, posteriormente, debe ser completado con el juicio de merecimiento de protección. (p. 18)

En puridad, el acápite desandado ostenta un nuevo enraizamiento italiano en los institutos modernos del ordenamiento jurídico argentino.

8.1.2. Análisis de la injusticia del daño en el CCCN

8.1.2.1. Los arts. 1717 y 1737 del CCCN. Cuando dos son uno

Como primera reflexión debemos preguntarnos si realmente las disposiciones plasmadas en el CCCN sobre la antijuridicidad y el daño, no son realmente dos caras de una misma moneda.

En lo que respecta a las distinciones de la antijuridicidad y el daño, las hemos analizado en el Capítulo VI. Ahora bien, la intención bajo el presente título se circunscribe a analizar el trasfondo de cada uno de los artículos y la verificación de si no se están superponiendo las finalidades prácticas de uno con otro.

En primer lugar, el art. 1717 del CCCN expresa que: “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Por su parte el art. 1737 del mismo cuerpo legal dispone que: “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Dicho ello, debemos aclarar que la doctrina mayoritaria sostiene que es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista causal de justificación. (Calvo Costa, 2005, ps. 164 y ss.) (Picasso, S. 2015. p.363).

Por ende, la mayoría de autores sostienen de la lectura del 1717 que, para que sea considerado un hecho o acto como antijurídico, se debe violar el deber general del no dañar a otro, sin más (Picasso y Sáenz, 2019, p. 268 y 269) (Gesualdi, 2013, p. 2).

Es así que, autores como los citados, han reconocido expresamente que la antijuridicidad gira entorno a la existencia de un deber general de no dañar, la cual es sin lugar a duda la postura mayoritaria.

De lo expuesto, se deduce que la lógica de la tendencia mayoritaria radica en que se valora primero el daño y luego la acción, para cotejar que el perjuicio no se justifique por alguna otra norma del ordenamiento. (Burgueño Ibaruren, 2015, p. 6).

A nuestro criterio, es allí donde radica el yerro lógico-cronológico del juicio, debido a que, acaecido el daño sufrido, el mismo es injusto, salvo que se haya

justificado por un interés preponderante con relación al lesionado. (De Lorenzo, 2001, p. 348).

Al igual que la caracterización de la antijuridicidad como material y objetiva, cuestión que deviene una innegable afirmación en los defensores de la misma, deviniendo esta última mutación de su fase evolutiva como último bastión justificativo de su existencia.

Por nuestro lado, no situamos en la postura minoritaria, y sobre tales ideas nos explayaremos en los párrafos siguientes.

8.1.2.1.1. Nuestra posición

Anteriormente hemos corroborado en el Capítulo VI sobre la antijuridicidad, las complejidades que ha revestido a lo largo de la historia del instituto la separación de la misma con la culpa. De hecho, siendo comprendidas en algún momento como partes de un mismo presupuesto.

Así ha operado durante años, siendo hoy día un esquema que reviste sus dificultades al momento de delimitar hasta dónde se extiende cada uno de los presupuestos de la responsabilidad.

En este esquema, también asistimos a verificar que, la redacción del legislador del CCCN arrastró los vestigios institucionales de la abrogación de la antijuridicidad que pregonó el Proyecto 1998, indirectamente, esto es, siguió - como lo hizo con casi la totalidad del código- al proyecto referido, aunque sin atreverse a eliminarla de la letra de la ley.

Nos explicamos en otras palabras; la redacción de los presupuestos de la antijuridicidad -Art. 1717-, han sido contemplados despojados de la culpa, no obstante, reconfigurar su dependencia ontológica al presupuesto del daño.

En la misma línea se manifiesta Prevot (2013) al expresar que, si la antijuridicidad es una característica del daño resarcible, mal puede ser un requisito inexcusable de la responsabilidad civil, o se elimina o se diluye. Sobre este esquema asistimos a la primera de las consecuencias. (p. 8).

En la misma lógica, expresado en términos de Jalil (2020), de la lectura del art. 1717 y el 1737 del CCCN se requiere simplemente el reconocimiento de la existencia de un interés merecedor de tutela jurídica y no reprobado por el ordenamiento jurídico. (Jalil, 2020, pp. 120 y 121).

Es de resaltar que, los criterios de subsistencia de la antijuridicidad se atribuyen en nuestro criterio a razones de índole moral. Ello, se corrobora con mayor visibilidad en materia de la culpa, conforme explicamos en Capítulos anteriores.

Solo a los fines de recordarlo, el esquema de la culpa, la cual se legisla como regla, más se identifica como excepción en la práctica jurídica, ha subsistido como tal en la letra de la ley por una cuestión social y moral.

Ello, se justifica frente al hecho de que la moralidad que impregna la culpa, permite amparar al legislador de toda apología e incentivo a incurrir en daños a la sociedad, debido a que -en sentido contrario-, de eliminarse la culpa, el mensaje indirecto sería que se pueda dañar al resguardo de una hiperinflación asegurativa.

A nuestro criterio, tales razones, no escapan al análisis del porqué permanece en las disposiciones del CCCN la antijuridicidad con la pretendida subsistencia autónoma conforme a lo sostenido por la doctrina mayoritaria ya citada en el Capítulo VI.

Siguiendo idéntico razonamiento, consideramos que la manifiesta abrogación de la antijuridicidad en la letra de la ley suponía un eventual costo político al legislador.

Ello, debido a que la primera reacción contra la eliminación de la antijuridicidad se encuentra en la defensa a ultranza de una seguridad jurídica que -pese a sus partidarios acérrimos-, lejos está de encastrar su pieza en el engranaje del sistema constitucionalizado de daños.

Tal dogma de antaño, fue propio de la matriz liberal en el cual la justicia quedaba relegada a un peligroso valor secundario del ámbito moral. (Vigo, 2015, p. 45). Mas en estos tiempos, asistimos a un quiebre de los muros que separaban al derecho, la moral y la política como hemos venido desarrollando.

De esta manera, el prudente legislador ha utilizado a nuestro criterio, mecanismos indirectos para otorgarle vitalidad a la antijuridicidad frente a la única condición: la existencia de un daño injustificado, tal como lo expresa el art 1717 *in fine*.

Lo que cabría preguntarse al respecto es: al supeditar la automática existencia de la antijuridicidad a la justificación de un daño en un esquema hiperobjetivo ¿Cuál sería la función práctica de la antijuridicidad?

Al mismo tiempo, la referida constitucionalización ha dotado a los principios constitucionales que nutren al sistema del derecho de daños, que, como lo hemos demostrado siguiendo las ideas de De Lorenzo (1996) hemos logrado brindarle entidad autónoma -aún más hoy- al principio de no dañar. Sin necesidad de remisiones a normas secundarias. Cuestión que desarrollaremos bajos aspectos prácticos en el Capítulo IX.

Adentrándonos más aún, resta observar en este diagrama sistémico, cómo se reconoce por la misma doctrina y jurisprudencia la vitalidad del daño como faro del sistema, dejando de circunscribirse a los derechos subjetivos absolutos, dándose paso al reconocimiento de que se entiende en derredor a la afectación de intereses serios y dignos de merecer tutela.

Es una realidad que ha existido un debate doctrinal acerca de cómo se debe definir al daño en sentido jurídico. Así, refieren Picasso y Sáenz (2019) a la existencia de doctrina que ha sostenido que el daño jurídico se encuentra relacionado ya no estrictamente a la existencia de derechos subjetivos absolutos, sino que también hace lo propio al reconocerle entidad a la afectación de los intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico (p. 409 y 410).

En otras palabras, se resume esta evolución del daño en el ordenamiento jurídico argentino a través de las ideas de Jalil (2020), quien sostiene que el daño se entendió en un primer momento como la afectación a un interés legítimo, pasando por el concepto de interés lícito, hasta llegar a la idea de simple interés, el cual presupone no ser contrario al derecho. (p. 264).

De lo todas las ideas anteriormente expuestas nos preguntamos ¿cuál sería la funcionalidad de la antijuridicidad entendida en el sistema de daños vigente? A lo que respondemos que su función es nula, debido a que no aporta nada al engranaje del derecho de daños, en tanto su única condición de existencia se remite a una característica del daño; su injusticia.

En razón de tales ideas, consideramos que en la forma en que se legisló la antijuridicidad en el CCCN, intentándose a adaptarse a las nuevas necesidades del derecho moderno, ha quedado a medio camino, y, por ende, ha perdido toda funcionalidad, contribuyendo de esta forma a complejizar el entendimiento de un sistema que reclama mayor claridad.

Así como un pintor que enlaza su arte, plasmando y relacionando en su lienzo los más ingeniosos conceptos, consideramos que el derecho no puede

perder el análisis macro-sistémico y el sinceramiento del verdadero rol de las ficciones de las que está constituido. Sino corremos el peligro de adentrarnos en el terreno de las ilusiones.

De esta manera, el jurista debe adaptar el plano macro del sistema de daños constitucionalizado, para así poder entender de forma global los conceptos que se entrelazan como piezas dentadas de un mecanismo que demanda resultados prácticos.

En tal finalidad, se corrobora desde nuestras propuestas como el concepto de la antijuridicidad, pese a persistir en la letra del CCCN, se constituye como una pieza deteriorada que no contribuye al funcionamiento del engranaje. Siendo, aún más, un estorbo para que el resto del sistema continúe funcionando en base a sus piezas, las cuales pueden llegar a ser mejorables; pero útiles al fin.

Es dable señalar que cierta doctrina sostiene la vigencia de la teoría del daño injusto, pero en clave terminológica de la antijuridicidad, es decir, como una sinonimia de lo antijurídico con lo injusto, (Calvo Costa, 2017, p. 605 y 606).

No obstante, a nuestro criterio dicha postura dota a la antijuridicidad de autonomía ilusoria sobre el daño. Más allá de todas las argumentaciones que hemos realizado a lo largo del presente Capítulo, es menester observar cómo se dificulta el camino analítico de la doctrina en torno a la delimitación de la antijuridicidad.

Ello se corrobora al necesariamente realizar una conceptualización y sistematización del instituto en derredor al presupuesto del daño. (López Herrera, 2014. 1013).

En síntesis, asistimos a corroborar que el daño es injusto en el sistema de daños vigente argentino, en tanto derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no sean receptados expresamente por las normas. (Jalil, 2020, p. 121).

En la misma tesitura se manifiesta -en forma adelantada a su tiempo- Zavala de González (1999) cuando expresaba en vigencia del CC que cualquier interés de una persona merece protección jurídica en tanto sea serio y digno, debido a que resulta injusto en tal caso lesionarlo. (p. 124).

Desandada la pretendida sistematización del renovado sistema de daños, consideramos esclarecedor el acceso a las situaciones prácticas que exigen o exigirán -en un futuro inmediato- el enfoque bajo un renovado prisma en aras de tutelar los intereses merecedores de tutela que surjan en tal entramado jurídico.

Insistimos, sin pretender abarcar una respuesta categórica que brinde soluciones apriorísticas al devenir de los cambios sociales innumerables e imprevisibles situaciones de hecho.

8.1.3. Reconfiguración del Derecho de Daños Constitucionalizado

Ahora bien, de todo lo anteriormente expuesto ¿cómo quedaría reconfigurado el derecho de daños en la actualidad?

De lo desandado, podemos reestructurar el análisis, entendiendo que el nuevo esquema gira en torno a la verificación de si el ordenamiento tutela el interés del sujeto lesionado hasta el punto de justificar -ya se implícita o explícitamente- el menoscabo de la incolumidad del interés del dañado. (De Lorenzo, 1996, p. 77).

Es decir, se reconfigura el derecho de daños, y, por ende, el contenido mismo del principio general del no dañar -*alterum non laedere*-, quedando expresado de la siguiente forma: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado”.

Es decir, en otras palabras: “en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado”. Nutriendo al mismo de su esencial contenido; tuitivo y axiológico (De Lorenzo, 1996, p. 77).

En derredor a tal nueva concepción, cambia el foco del sujeto y de la justificación del interés, no ya importando en un rol prioritario el comportamiento en sí mismo. No por ello, nos llevará a excluir como análisis a la acción, pero no como el factor exclusivo y excluyente del deber de responder. Esta cuestión se ha tratado en extenso en el Capítulo VI.

Asimismo, el derecho de daños sustentado en derredor a la reconfiguración del *alterum non laedere*, posibilita clarificar la funcionalidad sistémica de la responsabilidad, en cuanto corrige la divulgada noción acerca de que tal principio general de no dañar se coligaba a la idea de un deber de

comportarse diligentemente, cuestión que lo situaba más en el terreno de la culpa, que en el daño mismo.

En efecto, tal diligencia debe concebirse como el criterio de imputación que es, en lugar de estar analizada en el esquema del daño (De Lorenzo, 1996, p. 77).

Esto lleva a recapitular el histórico binomio categorial de lo permitido y lo prohibido, asentada sobre el esquema tradicional del ilícito. Lo cual, simplificaba la cuestión a decir que, si algún acto no está prohibido, indefectiblemente está permitido, y, por ende, justificado.

En la visión que proponemos, el ámbito de la justificación guarda una comparación de intereses que no es reduccionista como consecuencia de la exclusión de la categoría antagónica.

Esto refiere a invertir la lógica del sistema tradicional, la cual ceñía lo permitido a lo justificado. Cuando -en verdad- lo justificado no se ciñe al comportamiento no prohibido, sino a un abanico de intereses que deben ser ponderados *ex post facto*, en una comparación axiológica por el judicante. Lo que en otras palabras llamamos el embudo de los intereses preferentes.

En las palabras de De Lorenzo (1996), se puede condensar la idea antedicha: “Todo nocimiento sufrido será injusto -aun cuando haya sido ocasionado por un comportamiento en principio no vedado- excepto, si como resultado de una valoración comparativa de los intereses involucrados en el conflicto, resulta específicamente justificado el del lesionado”. (p. 79).

En esta inteligencia, es menester hacer alusión a la idea que expresamos anteriormente, en lo que respecta a que el juicio ponderativo no excluye al accionar de los sujetos comprometidos.

Pero entonces cabe preguntarse qué es lo que hace el juez con ese accionar del sujeto. En respuesta a ello cabe considerar que lo que debe realizar el juez, es una estimación del desvalor de la acción y del resultado para que a la postre se puede considerar y determinar si el ordenamiento jurídico autoriza o no el acto lesivo. Esta es la ilustración de lo que se conoce como daño *sine iure*. (De Lorenzo, 1996, p. 80).

Es aquí donde se aúnan las críticas de las teorías contrarias a nuestra posición, es decir, en el lugar en donde con mayor claridad subyace la ideología de una época y la defensa de los valores de cada una.

Por nuestra parte, nos encaminamos en defensa de la idea de que, desde el actuar permitido podemos derivar el carácter no justificado.

Por ende, desde el análisis de un actuar permitido por el ordenamiento jurídico, se posibilita la idea de que el sujeto llegue a responder *-ex post facto-* cuando se comparan los intereses, concluyéndose –eventualmente- que ese *agere licere* no pasó el test de preferencia.

En virtud de la teoría propuesta, la justificación guarda una relevancia aun mayor a la considerada por la doctrina y jurisprudencia actual en nuestro país. Es decir, consideramos que la justificación requiere de un examen de intereses que busque el merecimiento de tutela -en tanto justo y digno- mediante un juicio de ponderación.

En este sentido, en el Capítulo anterior hicimos referencia a la separación entre acto justificado como criterio de exclusión del resarcimiento -causales de justificación de la antijuridicidad-, respecto a la justificación del daño como actividad más amplia y compleja *-sine iure-*. Es por ello que consideramos irrelevantes las pautas normativas que permiten dañar, entiéndase los arts.1718 y 1720 del CCCN.

Este juicio al que hacemos alusión, deberá ser guiado por los principios que hemos desarrollado en el Capítulo V, y, en virtud de teorías modernas de argumentación jurídica, en sustento con la manda de los criterios del neoconstitucionalismo, escenario al cual nuestro CCCN adscribe a nuestro criterio.

En lo pertinente al protagonismo de las conductas omisivas en este redimensionamiento de las estructuras de la responsabilidad de daños, remitimos al Capítulo VI.

Solo a fines de resumen, somos partidarios de que, así como se debe tender a una apertura del *alterum non laedere* en el ámbito de la acción, también se debe dirigir en la misma línea el resguardo a las conductas omisivas, con las aclaraciones que en la remisión señalada realizamos.

8.1.3.1. La deconstrucción práctica del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado argentino

8.1.3.1.1. Introducción

Consideramos en esta moderna perspectiva, que las nuevas bases interpretativas nos permitirán adentrarnos a una exploración de la dimensión jurídica -aunque existente en otros tiempos-, ignoradas desde la perspectiva de comprensión y aplicación del derecho anterior al Siglo XXI.

Dicho de otro modo, la nueva dimensión jurídica -insoslayable en una sociedad plural y engrandecida con los cimientos de la misma constitucionalización del derecho privado-, se constituirá en un equilibrio entre aquellos intereses -individuales o colectivos- en los que el péndulo histórico-jurídico ha oscilado: la inclusión y la exclusión de los mismos.

8.1.3.1.2. De la desintegración del principio de no dañar hacia el repensar del otro. ¿Qué hacer con las desconocidas consecuencias dañosas sobrevinientes?

Hasta aquí, el desarrollo de nuestra tesis se sedimenta en el eje de la responsabilidad; el daño. A tal punto, que en la actualidad jurídica se hace referencia a una readequación de aquella, para reformularla como Derecho de Daños.

Dicho ello, es dable realizar una mirada retrospectiva y retomar su análisis desde otra de las aristas que componen al *alterum non laedere*, entendido este como principio de no dañar al otro. (De Lorenzo, 2014, p. 1).

Como hemos desarrollado, el mentado principio ha sido polemizado en la discusión de la doctrina. En efecto, autores como Carnelutti han tratado a la figura de fantasmagórica, en la cual se condensan la suma de todos los deberes que contiene un ordenamiento jurídico. (Carnelutti, 1930, p. 62).

Dicho ello, es menester resaltar que el mismo era sometido a críticas debido a su utilización de reenvío dentro del sistema. En apretada síntesis, con esto nos referimos a que, históricamente se entendió al principio general de no dañar como una cláusula secundaria de sanción. En efecto requería para operar de otra norma primaria de carácter específico.

En consecuencia, era lo que ocurría con el CC. En tanto, el art. 1109 del mismo -que era receptor del *alterum non laedere*-, operaba como precepto

secundario y sancionatorio que, al cual remitía a otra norma -de carácter primario- que contendría el deber respectivo individualizado.

Lo cual funcionaba de la mano del art. 1066 -norma de resguardo de la tipicidad-, es decir, como dispositivo que articulaba la ilicitud, que, a su vez, remitiría a otras figuras expresas o genéricas -es decir, normas primarias-.

En este razonamiento, lo que cobra sustancial relevancia es la protección que se le reconoce a un interés con cada sistema determinado.

Así, si hipotéticamente renunciáramos al *alterum non laedere* -cuestión que claramente no ha hecho el legislador del CCCN, al contemplarlo en ocasión de las dos funciones que reconoce expresamente-, el sistema funcionaría mediante una cadena dentada de ilícitos expresamente reconocidos -lo cual hemos comprobado que es insostenible para el derecho contemporáneo, y lo cual lo parece más aún para el derecho venidero conforme se comprobará en el Capítulo IX-.

Asimismo, de lo desandado analizamos cómo el eje de la responsabilidad gira en derredor del daño, entendido este como ese menoscabo al derecho o interés, no obstante, en el recorrido, no podemos apartar la mirada a la segunda parte del apotegma del *alterum non laedere*, la expresión *laedere*, es decir; el otro.

Estas ideas ya las exponía De Lorenzo cuando en sus primeros pasos de análisis refería a la desintegración del principio mentado (1996, p. 57) para luego de casi 18 años, anuncie y coloque la atención en el foco de los otros. Claro está, una focalización consonante con la creciente fuentes de riesgos derivados del desarrollo tecnológico- ideológico y cultural.

Esto nos lleva a comprender que existen nuevos sujetos pasivos del no dañar. Ahora bien, el desafío se encuentra en la indeterminación con la que nos encontramos apenas damos el primer paso.

Siguiendo al autor citado, al observar la realidad que se nos antepone, se visualizan aquellos nuevos otros: 1) Generaciones futuras (art 41) 2) La Naturaleza 3) La Especie humana 4) La Humanidad 5) Las Comunidades Indígenas 6) Al colectivo que titulariza derechos de incidencia colectiva 7) Los animales 8) Al propio individuo (automatizado en la formación del consentimiento, persona humana como objeto de contratos) 9) Nuevos otros del derecho de familia. (De Lorenzo, 2014, p. 1).

A los que le sumamos al otro robótico, propio del avance exponencial de la tecnología, aspecto que desarrollaremos en el próximo capítulo.

Es dable mencionar en este aspecto, que la lista permanece abierta a los vaivenes culturales y sociales que implican nuevos reclamos y reconocimiento sobre intereses mercedores de tutela, los cuales existen en latencia en un determinado ordenamiento jurídico.

Algunos de ellos, reconocidos y con un protagonismo preponderante como ser; el derecho de género y, por otro lado; aquellos que actualmente permanecen ocultos pero que sean susceptibles de reconocimiento en tanto sean dignos y serios de ser reconocidos.

Atendiendo a estas consideraciones, es menester retrotraernos al inicio de la presente investigación, en cuanto al desarrollo del apartado metodológico, debido a que, de lo expuesto, constatamos una consonancia entre un contenido y una forma.

Es decir, encontramos la relevancia del método adoptado en torno a una juridicidad que redimensiona al otro. Esto implica, no poder seguir entendiendo el derecho de la misma forma que los sistemas liberales del Siglo XIX y del Siglo XX, y los resabios del positivismo que hasta hoy poseen consecuencias negativas en el ordenamiento jurídico y en la práctica tribunalicia.

A modo de ejemplo: ¿Cómo atender el reclamo de los intereses de una sociedad plural? ¿Cómo entender a las nuevas necesidades, las nuevas formas de vida y los nuevos sujetos? ¿Cómo dar ingreso a la inteligencia artificial, al desarrollo de la robótica- que demuestra que el futuro ya se encuentra entre nosotros? ¿Cómo pensar desde lo jurídico las nuevas modalidades dañosas como las derivadas de la Tecnologías de la Información y la Comunicación? ¿Cómo analizar el daño masivo que puede causar un algoritmo? ¿Desde qué matriz jurídica analizar la información en la era de posverdad?

En materia de daños en accidentes de tránsito: ¿Cómo analizar jurídicamente la consolidación del tránsito vehicular aéreo dentro de las ciudades?, ¿y el fenómeno de creciente relevancia de los drones, los taxis aéreos, las rutas, los caminos? ¿Cómo receptar desde el derecho el advenimiento del Internet de las Cosas cuando sea parte de nuestra realidad social? ¿Cómo analizar los daños del Derecho de Familias, en los cuales la realidad social nos interpela a buscar nuevas respuestas constantemente?

En esta misma materia; ¿cómo analizar y pensar la maternidad subrogada, la fecundación *post-mortem*? ¿Hay sujetos después de la muerte? Yendo aún más lejos ¿cómo interpretar jurídicamente al transhumanismo? ¿Con que razonamientos ético-jurídicos llegaremos a analizar la descorporalidad humana?

Los antedichos, y muchos otros interrogantes nos interpelan a diario en pos de contemplar un escenario futuro -aunque inmediato-, debido a una sociedad de aceleración y variación intensa que nos lleva a analizar posibilidades que lejos estamos de condensar en una ley, pero que, al mismo tiempo, en la medida que vayan acaeciendo, y, por ende, tomándonos por sorpresa, exigirán la urgente actuación de la Justicia.

En este contexto, la injusticia del daño -pese a tener su vieja prosapia en el derecho romano-, se readecua en nuevos criterios hermenéuticos, para entender que, con todas sus previsiones, el daño nos acecha y requiere que de manera dinámica y constante reevaluemos su contenido en cada caso concreto.

En tal sentido, dicha exigencia se deberá afrontar siempre con la apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales; como dice el Estatuto del Juez Iberoamericano en sus considerandos. (Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001).

En conclusión, con el advenimiento de la vigencia del CCCN, el principio de no dañar cobra relevancia ontológica indiscutida, ya alejado de cualquier margen de dudas que ofrecía el art. 1109 del CC.

De esta forma, se entiende como un principio rector sobre el que se sustenta el derecho de daños como sistema autónomo y autosuficiente. Lo que, a su vez, requiere una impostergable readecuación y justificación del saber jurídico, comprensivo de la axiología, de la creación y de la necesidad dialógica-racional que es la argumentación en su matriz práctica.

En razón de lo expuesto, pasaremos a realizar un análisis del daño injusto en los derechos de tercera y cuarta generación constitucional a los fines de dotar de pragmatismo a las abstracciones teóricas esbozadas.

Capítulo IX

EL DAÑO INJUSTO EN LOS DERECHOS DE TERCERA Y CUARTA GENERACIÓN CONSTITUCIONAL ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS

“¿Cómo emprender la tentativa de poner bajo control las relaciones espontáneas entre progreso técnico y el mundo social de la vida?”. (Habermas, 1997, p.127).

9.1. Introducción

A los fines de darle un encuadre teórico-práctico al daño injusto, como así también exponer los escenarios fáctico-jurídicos donde su presencia requiere mayor atención, hemos esquematizado una serie de temas de relevancia según el criterio de clasificación de generaciones de derechos constitucionales.

Esta metodología propuesta, encuentra su sentido al haber esbozado una investigación que tiene su fuente genética en la constitucionalización del derecho privado. Por lo tanto, consideramos necesario adaptar el desarrollo práctico del tema sobre la ideología receptada por el nuevo ordenamiento jurídico argentino.

Así, por un lado, realizamos una primera aproximación con los derechos de tercera generación del consumo y medio ambiente, para pasar luego, a desarrollar el daño injusto en materia tecnológica, como lo que nosotros entendemos dentro de la cuarta generación de derechos.

Por último, pero por ello no de menor importancia, realizaremos una breve reflexión sobre la incidencia del daño injusto en el tiempo existencial. Bajo dicho título, desarrollaremos algunas reflexiones para entender filosóficamente la visión que consideramos necesaria para adentrarnos al análisis y puesta en práctica en el derecho moderno, como respuesta a los desafíos de la aceleración, disrupción y complejización de los fenómenos sociales.

9.2. El daño injusto en los derechos de tercera generación

A los fines del desarrollo del presente título esbozaremos un resumen de situaciones que requieren de una actividad reivindicativa de algunos de aquellos otros –sujetos- que hemos referido en el Capítulo VIII.

Con tal propósito, englobamos para ello a las situaciones que requieren reconocimiento jurídico por intermedio de intereses merecedores de tutela en la categorización del derecho en base a su generación.

De esta manera, daremos cuenta de aspectos teórico- prácticos del daño injusto en el ordenamiento jurídico argentino, en clave constitucionalizada.

Como es lógico siguiendo la línea de nuestras ideas, la nómina es meramente enunciativa, quedando abierta a un sinfín de situaciones que requieren la creatividad del jurista a los fines de su reconocimiento, ya sean de importancia actual o venidera.

Realizadas las aclaraciones preliminares es dable hacer referencia a qué es lo que se entiende por derecho de tercera generación en clave constitucional. Con tal propósito expresa Aquino Britos (2019) que:

La tercera generación se manifiesta con la recepción de los derechos de la solidaridad, los derechos colectivos y participativos que hacen al hombre, su entorno y la convivencia. Tal los derechos a la paz, desarrollo económico, al ambiente sano, al patrimonio cultural, el acceso a la justicia y la protección a los derechos del consumidor, la libre determinación de los pueblos que amplía las bases de la legitimación de los gobiernos, etc. Este proceso se advierte en la segunda mitad del Siglo XX, donde se trata de garantizar la satisfacción de las necesidades futuras (de la actual y las futuras generaciones) que expresan los valores de la fraternidad y la solidaridad que buscan preservar y asegurar la calidad de vida de todos los habitantes del planeta. (s.p)

De lo antedicho, se asiste a aseverar que la reforma constitucional de 1994 ha sido bisagra en la consolidación de tales derechos, enmarcando en el sustrato cuáles son los intereses relevantes y dignos de reconocimiento en las sociedades venideras.

Como la esencia misma de la moralidad, el reconocimiento de nuevos derechos posee la característica de ser tradicional. Cuando nos referimos a qué es tradicional, lo hacemos respecto a la idea de que en la historia y las costumbres que con ella advienen, se va oscilando pendularmente entre los valores que orbitan en un determinado escenario.

En razón de ello, aquello que otrora resultaba una fatalidad, hoy se enmarca en los marcos de la responsabilidad (Bobbio, 1991, p. 65). Y en sentido viceversa, aquello que en el pasado resultaba una responsabilidad -en general severa- hoy resulta más bien una nimiedad que ocupa el espacio de las indiferencias.

En tal esquema, el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental, se erigen como los nuevos tutelados de la Constitución Nacional desde 1994, y como tales, ocupan un punto de partida insoslayable para analizar al daño injusto.

9.2.1. El daño injusto consumeril

Siguiendo el razonamiento de Torres Buteler (2009), desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, advinieron los llamados derechos humanos de tercera generación, entre los cuales encontramos al derecho del consumidor (p. 126) (Sahían y Stiglitz, 2020, p. 187).

En virtud de ello, debemos ponderar el ámbito en el cual se encuentran inmersos los derechos de los usuarios y consumidores, los cuales ubicamos de forma palmaria en el cartabón de los derechos humanos. (Sahían y Stiglitz, 2020, p. 186).

Asiste a dicho emplazamiento lo manifestado por Tambussi (2007), que el derecho del consumidor es un vehículo social de protección general que se vincula a derechos elementales de la persona humana, encuadrada dentro de lo que se denomina derechos humanos (p. VII-2).

Ahora bien, reconocer a los derechos del consumidor como derechos humanos, implica rediseñar el tablero de juego y la relación que cada pieza juega en el mismo. De esta manera, se deberán considerar los principios pro homine, progresividad y no regresividad, entre otros.

De esta manera, coadyuva a tal razonamiento que, al adentrarnos al análisis del presente título, es de insoslayable reconocimiento la preponderante función que juega la constitucionalización en el marco del diálogo de fuentes que establece el CCCN con los microsistemas que orbitan en derredor del mismo.

9.2.1.1. La figura del *Bystander*

Al comienzo del presente Capítulo referimos a las ideas de Zavala de González (1996), las cuales es menester recordar y enfatizar en el presente

título: “la sensibilidad que deriva del análisis valorativo del derecho, no se condice con la compasión ni la caridad, sino con el reconocimiento de las desgracias inmerecidas y la reacción contra la injusticia de las víctimas” (p. 1).

Tomamos licencia en este aspecto para resaltar el término: desgracias inmerecidas. Desde esta atalaya, plantearemos un breve esquema de la problemática de la figura del *bystander* en clave de la injusticia del daño en el derecho del consumidor, como uno de los supuestos de injusticia del daño en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado argentino.

En este sentido, a los consumidores expuestos a la relación de consumo o *bystander* se los caracteriza como aquéllos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, comprendiendo tanto a los potenciales consumidores frente a prácticas de mercado -oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc-, como a víctimas no contratantes de daños por defectos de productos o incumplimiento del deber de seguridad (Barocelli, 2016, p. 77).

Como antecedentes de la figura del *bystander*, encontramos los artículos 2, 17 y 29 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil.

Así, el artículo 29 establece que: “para los fines de este capítulo -refiere a los contratos abusivos-, equiparándose a los consumidores, todas las personas determinadas o no, expuestas a las prácticas aquí previstas”.

En este sentido, se entiende que es consumidor no solo aquel que adquiere o utiliza bienes o servicios, sino que también lo son las personas que se hallan expuestas en las prácticas abusivas que prevé el código brasileiro. (Stiglitz, 2015, p. 854).

Por otra parte, Ghersi y Weingarten (2017) enseñan que las relaciones de las personas con el consumo de bienes y servicios se ha complejizado, ya que no solo comprende al contratante sino también a sujetos que se vinculan con él o con el consumo en sí mismo, o que se relacionan con el consumo o servicio como cualquier sujeto de la sociedad -expuesto-, es decir, aquel sujeto que, se expone a una relación de consumo o servicio, que se trata de una situación de

contingencia en que se coloca a una persona frente al riesgo de un determinado bien o servicio. (2017, p. 155).

En este sentido, la injerencia del CCCN en el derecho autónomo del consumo, ha sido impropia, retrocediendo en los avances de la ley 26.361. (Gherzi y Weingarten, 2017, p. 154-156).

En consonancia a lo que sostiene dichos autores, consideramos que la figura del consumidor expuesto no quedó eliminada del CCCN y la LDC. Toda vez que, todos los seres humanos están expuestos y deben estar protegidos en orden a la protección integral de los derechos humanos que se reconocen en numerosos tratados internacionales. (Gherzi y Weingarten, 2017, p. 157).

En consecuencia, el expuesto no puede ser eliminado, ya que existe el principio de progresividad, vg. Art 26 de la CADH, y en el Art. 2.1 del PIDESC. Lo que lleva a observar el principio de su contracara, es decir el principio de no regresividad de los derechos (Gherzi y Weingarten, 2017, p. 157 y 158).

9.2.1.1.1. La problemática de su reconocimiento

Partiendo del análisis del art. 40 de la LDC es menester contemplar para ello a los legitimados activos de la acción por daños. En tal marco, es que se encuentra la problemática del reconocimiento o exclusión de la figura como legitimada a iniciar aquellas acciones.

Siguiendo las ideas de Chamatropulos (2019), con antelación al advenimiento del CCCN, existían hipótesis en las cuales el *bystander* podría sufrir daños y reclamar invocando tal precepto. Con posterioridad, el CCCN suprime al sujeto expuesto *-bystander-* a las relaciones de consumo en el concepto general de consumidor dejando vigente la figura solamente para el ámbito de las prácticas comerciales abusivas. (p. 886).

En resumidas palabras, el legislador del CCCN retrocedió gravosamente en la conquista de los derechos adquiridos, sobre una cuestión enmarcada -hoy sin lugar a dudas-, en el consumo como derecho humano.

Como es propio en los casos que sobreviene una norma injusta para un gran número de damnificados, no queda más remedio que la doctrina y jurisprudencia encaucen la palmaria afectación en argumentaciones que resguarden aquellos derechos adquiridos, que no obstante haber sido abrogados

por la ley, revisten una relevante presencia e importancia en la realidad y, por ende, en el derecho.

En tal sentido, es menester comprender aquella máxima a la que hemos referido: que lo jurídico no se agota en lo legal. O bien en la fórmula de Radbruch en la cual se afirma que la injusticia extrema no es derecho.

Ahora bien, veamos cómo se puede salvaguardar el carácter de legitimados activos de los terceros expuestos frente a este tipo de fenómeno dañoso.

9.2.1.1.2. Su inclusión desde la argumentación de fuentes dialógicas

Siguiendo la pregunta que se realiza Piñar Mañas (2010): “¿Cuántas veces nos encontramos con un derecho hecho a la medida de los poderosos (y, por los poderosos) para que puedan ignorarlo sin cumplirlo, para que puedan adaptarlo a sus propios intereses?” (p. 20)

A raíz de la eliminación expresa de la figura del *bystander* en el ordenamiento jurídico argentino, sostenemos su actualidad y vigencia, la cual emana de una interpretación amplia y armónica de las diversas fuentes supraconstitucionales y constitucionales, comprensiva esta última, del CCCN constitucionalizado, reforma entra las cuales vino a consagrar un núcleo duro de tutela al consumidor.

De lo antedicho, la figura del tercero expuesto se ampara en el análisis del art 2 del CCCN, el cual nos transporta al principio de progresividad, -en directa relación al principio de no regresividad de los derechos-, los cuales se contemplan en el Art. 26 de la CADH, y en el Art. 2.1 del PIDESC, los cuales poseen jerarquía constitucional en nuestro país.

Todo ello, en conjunción hermenéutica con la normativa del CCCN dispone en un plexo normativo conformado por el art 1737, artículo que reconoce como puerta de entrada a los intereses que no sean reprobados por el ordenamiento, en concomitancia con el art 1717 que supone que todo daño sufrido es resarcible si no está justificado.

Todo lo cual, se ampara en art 51 que cubre con un manto, a la dignidad humana a lo largo y ancho del ordenamiento, como ya hemos desarrollado oportunamente.

En consecuencia, consideramos que ante la presencia de un daño injusto se debe reconocer el interés digno de tutela de cualquier consumidor expuesto a las relaciones de consumo, más allá de la tutela del consumidor directo e indirecto.

9.2.1.1.3. Su inclusión desde los argumentos de autoridad

Asimismo, podrá resultar relevante para esta argumentación, el análisis de las disposiciones del ALDC. En orden a ello es dable considerar que el art 112 dispone como legitimados activos de la reparación del daño -con arreglo a la sección a la que se encuentra- a toda persona que haya resultado damnificada directa o indirectamente como consecuencia del defecto del producto o servicio, se trate o no de un consumidor.

No obstante, la amplitud que denota la disposición precitada, debemos tener en cuenta que la misma se circunscribe a la sección de los art 107 y ss. del ALDC mencionado.

En merito a la fortaleza de tal fuente como argumento de validez, resta referir que el ALDC no se ha convertido en ley, lo cual, no es óbice para que amplia doctrina de envergadura en argentina lo considere como un precedente legislativo relevante, como así también, para constituirse en fuente jurisprudencial y doctrinaria en mérito a los argumentos de autoridad que del mismo dimanar para el ámbito consumeril.

9.2.2. El daño injusto ambiental

9.2.2.1. Introducción: hacia la transversalización y sistematización del derecho ambiental

Como sostiene Lorenzetti (2015) el advenimiento del CCCN y el proceso de recodificación a través de los principios y valores que el mismo conlleva, supone una mejora del campo de juego en el cual la ciencia jurídica ambiental podrá acudir a los fines de consultar instituciones, explorar instrumentos y extraer soluciones para cada caso concreto. (Lorenzetti, 2015, p. 44).

En consonancia, hacemos propias las ideas del jurista citado, y al mismo tiempo compartimos sus observaciones respecto a que los artículos 1, 2, 14 y 240 del CCCN servirán de norte a seguir por los operadores jurídicos ambientales en el camino a lograr el mayor objetivo de la materia, cual es el de

la profundización de la efectividad en la tutela del bien colectivo. (Lorenzetti, 2015, p. 44).

Así también, en este nuevo entramado relacional que encuentra el microsistema ambiental con el CCCN, se debe reconfigurar la hermenéutica axiológica que refleja el contenido de ambos.

En esta línea, en la vigencia del CCCN, los tratados internacionales de derechos humanos en los que la república sea parte deben ser tenidos en cuenta como fuente del derecho para decidir un caso. Siendo, además, menester considerar el art 2. del mismo cuerpo legal tanto a la hora de su interpretación, como en la aplicación y creación normativa.

De esta manera, ocupa un rol importante el encuadramiento del derecho ambiental como derecho humano, cumpliendo una función de integración hermenéutica, por ser poseedor de un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. (Lamberti, 2015, p. 139).

En este encuadre sistémico dialógico del derecho humano al medio ambiente, se introduce la idea de que existe una necesidad de que:

El operador jurídico, dentro de un análisis completo (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos -el derecho ambiental es un derecho humano o fundamental del hombre-, los principios y los valores jurídicos -el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados en los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente- y presenta como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos". (Cafferata, 2014, p. 273)

De esta forma, toda decisión sobre bienes comunes debe asentarse en el diálogo de fuentes. Por el cual, se define una doble finalidad u objetivo; por un lado, que se preserven los bienes comunes, su capacidad regenerativa, para asegurar su pervivencia para que puedan ser transmitidos a generaciones futuras. Por otro, se constituye en objeto que se permita el acceso en condiciones adecuadas de calidad y cantidad al disfrute a círculos cada vez más amplios de sujetos. (Sozzo, 2019, p. 382)

Siguiendo la sistematización que realiza Lamberti (2015), comienza por situar al microsistema del derecho ambiental dentro su autosuficiencia como

especialidad del derecho. Asimismo, sostiene que en este emplazamiento integraría cuatro parámetros que sirven como guías de interpretación -argumentación expresamos nosotros-, y decisión judicial, en el marco de un complejo sistema de fuentes que se constituyen por reglas, principios y valores. (p. 140).

En este punto, la autora citada refiere a que, en primer lugar, integra una fuente de supremacía y coherencia tradicionalmente externa al derecho privado, entiéndase a los derechos humanos-, a través de la cual el razonamiento judicial debe receptor el efecto de las garantías y derechos fundamentales de jerarquía constitucional, en la actuación y aplicación de las normas en conflicto, mediante soluciones razonablemente fundadas en aquellos -conforme al art. 3 del CCCN-. (Lamberti, 2015, p. 140)

En segundo lugar, el CCCN integra al sistema de derecho privado de fuente interna de coordinación -compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, conforme art. 240 del CCCN-, y, otra fuente de subordinación -límites al ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos, cuando puede afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general -Art. 14 del CCCN-, mediante una regla lógica en el caso de conflictos entre bienes colectivos e individuales- (Lamberti, 2015, p. 140) (Lorenzetti, 2008, p. 12).

Por último, en tercer lugar, refiere la jurista Lamberti (2015) que; internaliza límites de coexistencia de normas en el sistema de derecho privado, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, exigiendo el respeto de la normativa sobre presupuestos mínimos de protección ambiental -art. 241 del CCCN-.

De lo descripto, se denota la importancia de los límites al ejercicio de los derechos individuales que deberán observarse en cada decisión. En efecto, el art 240 refiere a que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados -en las secciones 1ª y 2ª-, debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

Debiendo conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debiendo afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el

agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Ahora bien, de todo lo expuesto se constata que la recodificación argentina reconoce e incorpora los bienes ambientales y su interacción con el hombre desde una perspectiva constitucional. (Sozzo, 2019, p. 20).

En este sentido, la última etapa del proceso de ecologización del derecho privado será rediseñar el subsistema de reglas y principios de relacionamiento de la humanidad y la naturaleza en el campo del derecho privado, el cual deberá sustentarse en el principio interpretativo *pro natura*: en caso de duda a favor de la naturaleza (Sozzo, 2019, p. 25 y 31).

Sintetizando las ideas de Sozzo (2019), los argumentos podrían esgrimirse para utilizar el principio *pro natura* serían; 1) que históricamente acudió el derecho a la interpretación en favor de, 2) que la Constitución Nacional admite implícitamente el principio de precedencia de los bienes comunes o colectivos -como también lo hace el art. 240 agregamos-, y 3) se puede reconocer bajo el manto del art. 1094 del CCCN que hacen lo propio con el consumo sustentable. (p. 32).

Asimismo, en palabras de Cafferata y Peretti (2019) desde la visión transformadora y valorista del derecho ambiental lo cierto es que se deben redefinir los pilares que sirven de base para comprender al derecho ambiental contemporáneo sobre los principios de solidaridad y sustentabilidad. No obstante, no resulta suficiente reducir tales principios a una visión clásica, sino más bien, a su faz dinámica, dúctil, *aggiornada* a los tiempos que corren. (p. 273).

De esta forma, podríamos encontrar el puente o punto de enlace con el otro. Debido a que el sentimiento de solidaridad nos impulsa a compartir venturas y desventuras con el otro, a entender que lo ajeno también nos incumbe.

Por ende, retomando las ideas esbozadas en el presente capítulo, se entiende que la colectivización del derecho es un acercamiento al otro, es el punto inclusivo que demandan las sociedades pluralistas que son propias del mundo globalizado en el que vivimos.

Tales ideas, comienzan a gestar su impronta desde la consagración de los derechos sociales en la reforma constitucional del año 1949 y de 1957, las

cuales otorgaron la fisonomía del constitucionalismo social en Argentina que luego se sellan en la reforma de 1994. (Gelli, 2018, p. 254).

De esta manera, se asiste a corroborar en el ámbito del derecho ambiental las consecuencias de la caída del muro que dividen lo público de lo privado, y, como en un nuevo rediseño sistémico operan relaciones diversas de acuerdo a cada caso concreto.

Coincidente con dichas ideas, se expresan Cafferata y Peretti (2019) al sostener que los juicios de ponderación resultan de vital importancia a los fines de las normas de protección ambiental, cuando las mismas pueden entrar en colisión con otros derechos de rango constitucional (p. 225). (Sozzo, 2019, p. 667).

En idéntico sentido se pronuncia Sozzo (2019) al expresar que en el modelo dialógico el juez deberá ir desarrollando la función ecológica de la propiedad ecualizando el ejercicio del derecho propietario con los derechos de incidencia colectiva, es decir, entre la colisión de un derecho individual y otro colectivo (p. 665).

De esta manera, el judicante deberá tamizar el principio de optimalidad de los principios en juegos, sin desconocer el principio de precedencia de la naturaleza, al ser este último fundante sobre lo individual. (Sozzo, 2019, p. 30).

Así, en tal lógica, el autor referido, ilustra la idea de que, si triunfa lo colectivo, también lo hace indirectamente la libertad individual, debido a que, a mayor ambiente, más posibilidad de libertad individual existiría. Lo cual no acontecería a la inversa. (Sozzo, 2019, p. 30).

Ello, es lo que el autor denomina juicios de ponderación circulares o sinérgicos, en los cuales, las pérdidas se transforman en ganancias, en primera medida para el derecho colectivo, y, a la postre, para el derecho individual en un mediano o largo plazo. (Sozzo, 2019, p. 31).

A nuestro criterio, tales tensiones deberán armonizarse con todas las herramientas que brinde el ordenamiento jurídico en su totalidad, sin perjuicio de los criterios y limitaciones que aporta el art. 240 del CCCN.

En efecto Sozzo (2019) menciona al art. 28 de la CN del cual se desprende que ningún derecho puede quedar aniquilado como producto del juicio de ponderación. (p. 668).

Esto se condensa en la existencia del principio de optimalidad que hemos referido, y que se deriva de una extensión interpretativa de los criterios de balance ponderativo que instituye el art 1713 del CCCN: “ponderar los criterios de menor restricción posible”.

Otro de los argumentos posibles dimana art 41 de la CN al establecer de manera inicial que el sacrificio al medio ambiente tiene mayor impacto que al de propiedad. Reiteramos, solo en principio, debido a que se deberán evaluar todas las circunstancias, por ejemplo, que esa propiedad sea la única fuente de ingreso económica del titular. Un último argumento surge de considerar que los derechos de incidencia colectiva preceden a los demás derechos. (Sozzo, 2019, p. 668).

Correspondiéndose a todo lo expuesto, asistimos a corroborar la existencia de una nueva categoría de otro, es decir, de nuevos intereses merecedores de tutelar, que se materializan en la injusticia de los daños; en este caso; colectivos. Como a continuación esquematizaremos.

9.2.2.2. El damnificado colectivo como nuevo otro

En prieta síntesis, es menester resaltar que resultaba incomprensible reconocer dentro del derecho privado del Siglo XX -de vertiente liberal individualista- a los derechos colectivos. Es por ello que, el reconocimiento de los mismos en el derecho privado, se relaciona con un proceso gradual y una mayor concientización de la protección ambiental.

Así, ya lo entendía Lorenzetti (1995) al expresar con cierta premonición que el derecho privado se encaminaba hacia el reconocimiento de lo colectivo.

Esta cosmovisión jurídica no fue ajena al ámbito de la responsabilidad y en específico, al principio de no dañar al otro.

Como expresa Sozzo (2019) se pasó de la matriz estrictamente individual, al reconocimiento ficcional de figuras como las personas jurídicas, sin embargo, con el paso del tiempo, la colectivización se introdujo en el derecho privado desde diversas aristas, como son la responsabilidad colectiva -hoy reconocida en arts. 1760 y ss. del CCCN-, el reconocimiento de intereses difusos como veremos más adelante, y los derechos de incidencia colectiva, incluso llegando a hablar por cierta doctrina del daño moral colectivo. (Sozzo, 2019, p. 491).

Concluyéndose en palabras de De Lorenzo (2019), en que el derecho terminó adquiriendo una dimensión transpersonal (p. 7).

Dicho ello, podemos aseverar que hemos asistido a la conformación de una nueva subjetividad de damnificados que reclaman la mayor atención del derecho de daños.

Como punto de partida, el CCCN admitió como nueva categoría de bienes a los derechos de incidencia colectiva. De modo que se hace un expreso reconocimiento jurídico de los bienes en relación a derechos individuales y bienes en relación a derechos colectivos.

Lo novedoso, es que el tipo de vinculación entre personas y bienes que se reconoce aquí no es una vinculación privativa, basada en un derecho individual de acceso exclusivo y excluyente, sino en un relacionamiento colectivo o difuso. (Sozzo, 2018, p. 391).

En el camino trazado, hicimos referencia a la idea de colectivización del derecho, en específico ahora debemos circunscribirnos en el ámbito de los daños colectivos.

Ahora bien, el presente tema no deviene antojadizo, más bien, como explica Sozzo (2018) "la cuestión del daño colectivo o la dimensión colectiva del derecho de daños gira en torno a tres campos de la parte especial del derecho de daños: la violación de derechos humanos, los casos de daños a consumidores y los daños al ambiente". (p. 378 y 379). Las cuales son precisamente las que venimos trabajando en el presente capítulo.

De tal forma, el autor citado expresa:

Si el Derecho de Daños decimonónico bajo el leiv motiv "Todo daño injustamente causado –luego sufrido– debe ser indemnizado" justificó que ningún daño a la naturaleza se indemnizara sobre la base de las "cláusulas del progreso", entonces de lo que se trata aquí es de analizar si los corrimientos y excepciones que paulatinamente fueron siendo construidos a este paradigma para dar lugar a la reparación de algunos daños ambientales ha llegado a un estadio de madurez suficiente para poder señalar la existencia de un cambio de paradigma, un paradigma del Derecho de Daños capaz de dar cuenta del "perjuicio ambiental" puro". (Sozzo, 2018, p. 379)

Es decir, el autor referenciado hace un resalto en una nueva matriz sobre la que se enfocan las luces del CCCN, la cual ya no se encuentra su basamento

en los derechos individuales, sino en los bienes comunes o colectivos. En consecuencia, todo el sistema se debe readaptar a tal ideología ambiental.

En lo específico de nuestro trabajo, recordemos que el art. 1737 del CCCN dispone que: “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Nos quedamos con esta última parte, y abrimos un doble objeto de tutela. Uno inmediato que es la calidad ambiental, y, por otro, uno mediato que incluye diversos bienes jurídicos como la salud, el bienestar, seguridad de los habitantes, los cuales se resumen en el concepto de calidad de vida (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 321).

Entorno a estas posibilidades, es menester ejemplificar el rol que ocupa la creatividad jurisprudencial respecto a los intereses que se suscitan en derredor a los bienes ambientales en el marco del ordenamiento privado constitucionalizado.

9.2.2.3. La creación jurisprudencial de los intereses de incidencia colectiva

En este aspecto, la CSJN ha elaborado creativamente el reconocimiento y diques de los intereses que existen en el ordenamiento jurídico ambiental.

De esta manera, la Corte ha consolidado a través del reconocido fallo “Halabi” los alcances de los derechos de incidencia colectiva contemplados en el art. 43 de la C.N., expandiendo drásticamente el objeto de tutela colectiva en Argentina.

De esta manera la CSJN rompió con interpretaciones restrictivas que ella misma sosteniendo, que hasta entonces dejaban afuera del sistema de administración de justicia numerosos conflictos que, si bien eran claramente colectivos, no versaban sobre un objeto indivisible (Verbic, 2020, s.p).

En otras palabras, cuando se lesiona un derecho de incidencia colectiva se están afectando dos tipos de intereses transindividuales, los intereses individuales homogéneos y los intereses colectivos que recaen sobre bienes colectivos o comunes. Esto es, se tutelan dos nuevos subtipos de intereses, es decir, de relacionamiento y un tipo nuevo de bienes, los colectivos. (Sozzo, 2018, p. 381).

En prieta síntesis; la Corte reconoce en Halabi tres categorías de derechos existentes en nuestro ordenamiento jurídico: 1) Derechos individuales. 2) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. 3) Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Según el tribunal, los dos últimos son especies de derechos de incidencia colectiva y, por tanto, su defensa puede ser promovida por legitimados colectivos. (Verbic, 2020, s.p).

En palabras de Lorenzetti y Lorenzetti (2018) “los derechos individuales homogéneos existen como categoría jurídica, sólo que no están expresamente receptado en el código”. (p. 101).

Válgase dicho ejemplo para demostrar como el derecho no se acaba en lo legal en la nueva cosmovisión del derecho actual, sino más bien, se reconocen intereses de forma jurisprudencial que ostentan el carácter de categoría jurídica de reconocida vigencia ante la falta de una ley que regula la temática, -que sea de paso-, cuenta de una década de vigencia en el ordenamiento jurídico.

En este aspecto, se desvanece el concepto mismo de laguna jurídica que hubiese acusado el positivismo legalista frente al vacío legal. Por el contrario, el derecho privado constitucionalizado actual se cimienta y construye desde el reconocimiento de intereses en orden a su justa incorporación jurídica.

De esta forma, la cuestión de los planteos colectivos en materia ambiental se fue construyendo desde el reconocido fallo Halabi, en una consecución de sentencias que fueron enmarcando las categorías acordes a las circunstancias de cada caso particular.

De esta manera, asistimos a constatar que la actividad de la CSJN en este caso, fue un primer paso de determinación respecto al art. 43 de la CN, como así también, la enorme influencia que tiene por efecto en el acceso a la justicia que consagra el art. 18 de la C.N.

Así, en clave argumentativa del bloque constitucional que establece el art. 1 del CCCN, en clara observancia del diálogo de fuentes, deberá considerarse que no solo es un imperativo contemplar por parte del juez los tratados internacionales de derechos humanos, sino también la jurisprudencia que dimana de los tribunales internacionales. (Sozzo, 2019, p. 531).

En este último sentido, no desconocemos la controvertida discusión en derredor a la fuerza e influencia que debe tener la decisión de los Tribunales Internacionales, como así todo el debate que el margen de apreciación supone en la aplicación y creación de derecho del ámbito interno.

No obstante, deberán ponderarse las circunstancias de un derecho globalizado, lo cual también se constituye una cuestión a ponderar en la connatural internalización del derecho ambiental. (Caferatta y Peretti, 2019, p. 296).

En todo esta sistematización, no habrá que descuidar la línea transversal del instituto del abuso del derecho, el cual, como sostenemos desde un principio, consideramos que es uno de los extremos que se tendrán en cuenta -si se quiere como puerta de entrada- a los fines de reconocer y determinar un daño injusto o no, mas no es la única de las condiciones.

Es decir, en otras palabras, no será un requisito *sine qua non* que exista abusividad del derecho para el reconocimiento de un daño injusto. Asimismo, en caso de existencia podrá ser una condición necesaria, aunque no suficiente de ponderación. Sobre este punto remitirse al Capítulo V.

En definitiva, el campo de tensión de los intereses que reconoce el CCCN, sitúa a la armonización de la libertad de contratación y de ejercicio del poder propietario y la protección de los ecosistemas o patrimonio cultural. En efecto, la materia ambiental, inserta insoslayablemente en el nuevo razonamiento del derecho privado, requiere utilizar la balanza de la justicia de los casos difíciles a tenor de los latentes y persistentes derechos fundamentales.

9.2.2.4. Las inmisiones como daño injusto

Retomando algunas ideas, si expresamos a lo largo de la presente investigación que el derecho privado actualizado encuentra una proliferación de principios que ostentan un cimero protagonismo, debemos expresar también que el trabajo decisonal de los jueces, ante figuras abiertas y flexibles, deberá encauzarse y limitarse a través de antecedentes jurisprudenciales y los principios generales del derecho (Sozzo, 2019, p. 116).

Ahora bien, cuando existen en la misma norma criterios de determinación y precisión de las figuras abiertas, deberá estarse a las mismas, aunque no sean

condición *sine qua non*, en razón de que cada caso particular deberá permitir canales de argumentación en pos de la justicia del caso.

En este sentido, deviene idónea en la creación legislativa, la utilización técnica de los estándares que permiten nivelar conductas a parámetros sociales de una determinada época y región geográfica.

Como ejemplo de estos últimos, nos encontramos ante el estándar de la normal tolerancia, que, si bien fue una figura utilizada en el derecho comparado y, por el mismo CC -art. 2618 CC-, se actualiza en el ordenamiento jurídico privado vigente en el art. 1973 del CCCN.

En atención a lo expuesto, la evolución del derecho de daños -materia a la que no escapan los perjuicios que se ocasionan en las relaciones de vecindad por inmisiones-, ha necesitado echar mano a soluciones más dúctiles.

Adentrándonos a la relación práctica de las inmisiones con la injusticia del daño, debemos expresar las ideas de Visintini (1999) que refiere a que el daño derivado de las inmisiones provenientes de un determinado goce de la propiedad vecina, se erige como uno de los sectores de violación de la propiedad en los que la jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental para contemporizar los intereses inherentes a las relaciones de vecindad (p.104).

De esta manera, receptamos una vez más la herencia del derecho italiano, en específico, del art. 844 del CCI.

Mediante dicha herencia, se receptan en nuestro ordenamiento jurídico las denominadas inmisiones inmateriales, es decir, conforme expresa Malizia (2014), aquellas molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares, por el ejercicio de actividades en inmuebles aledaños, que pueden dar lugar a reclamos entre vecinos a fin de hacer cesar las molestias y, si corresponde, la indemnización por los perjuicios ocasionados. (p. 407).

Ahora bien, ¿Qué se entiende por el concepto de inmisiones? En palabras de López Mesa (2015), se advierte que el término de inmisión lo ha entendido la doctrina nacional, la jurisprudencia y ahora la legislación -art. 1973 CCCN-, utilizando el poco frecuente vocablo inmisiones para referirse a las perturbaciones en el pacífico goce de la propiedad, causadas por actividades de inmuebles vecinos. (p. 75).

Tratándose de un concepto que, en el ámbito jurídico, difiere de su acepción puramente técnica, por ende, se entiende que estamos frente a un concepto con elementos diversos. (López Mesa, 2015, p. 75).

Resaltada la oportuna advertencia, consideramos a los fines de brindar una acepción amplia, entender por una inmisión a los hechos que corrompen las relaciones de vecindad, basado en el principio de que nadie puede hacer en lo suyo aquello que proyecte consecuencias negativas en lo ajeno.

Nótese de tal concepción, el matiz axiológico que deriva de la manda de la figura del *Alterum non laedere*, el cual impregna nuestro ordenamiento en su totalidad bajo el manto constitucional del Art 19.

9.2.2.4.1. La normal tolerancia

Habiéndonos referido a las inmisiones inmateriales, cabe preguntarse hasta qué punto deben soportarse las mismas. Tras la existencia de teorías previa -que no desarrollaremos ya que excedería los fines del presente trabajo-, adviene la teoría de lo que se conoce como la normal tolerancia, considerándose a Ihering como el padre la misma.

En este sentido, el jurista alemán, echa por tierra a la teoría de la *inmissio*, considerando como principio según el cual deben prohibirse no sola las influencias o injerencias directas, sino también las indirectas -las que comienzan en fundo del que realiza los actos y se propagan al vecino-, siempre que deriven de un uso anormal y excedan la normal tolerancia. (Cossari citando a Ihering, 2015, p. 543).

Ello, lleva a clasificar según sea uso anormal o exceso de normal tolerancia. A dicha cuestión, diferenciaba Messineo (1952) que, mientras que en el criterio de normal tolerancia se juzga la incidencia de la inmisión sobre el fundo vecino, en el uso normal se parte de la consideración de la medida del uso propio del derecho por parte del propietario, con indiferencia de la incidencia de ese uso en el fundo vecino. (p. 303).

Es decir, que el problema del tema que tratamos consiste en determinar qué se entiende por normal tolerancia y cómo se mide lo que es normal (Iturbide, 2015, p. 100).

Ahora bien, la normal tolerancia implica que las incomodidades que no excedan tal parámetro deben ser soportadas. Más aun, cuando la sociedad

aumenta su demografía y la convivencia se torna más próxima. En tal sentido, como ya ilustraban, Mazeaud y Tunc (1961):

A medida que la civilización se desarrolla, las relaciones sociales se tornan cada vez más complejas, el círculo de la actividad jurídica de cada uno de nosotros penetra más hondo en el de sus semejantes. Estamos tan cerca los unos de los otros, que nos resulta imposible obrar sin correr el riesgo de causar un perjuicio a otro. (p. 10)

Ello conlleva lo que (Highton, Wierzba, Bueres, 1997) llamaron deber de paciencia, la cual deriva directamente de la decisión de vivir en sociedad. (p. 482). Por ende, el exceso a la normal tolerancia “rige en tanto las inmisiones alcancen cierto nivel o traspasen determinado umbral” (López Mesa, 2015, p. 78).

En esta lógica, es que se entiende que el criterio de medición debe ser objetivo (Kiper, 2015, p.298), en caso contrario, generaría un caos; la tolerancia debe ser la normal en un determinado momento y lugar determinado, y debe ser sentida como tal por la conciencia social. (Malizia, 2014, p. 408).

Es así, que jurisprudencia reciente condena el hecho de una empresa que provee agua a una provincia -a pesar de que cuente con autorización administrativa-, no impide a los vecinos hacer uso del derecho que adquieren por haberse excedido la normal tolerancia en las relaciones de vecindad -tal como la emanación de malos olores cloacales-, pues, la habilitación para el ejercicio de actividades que puedan producir efectos nocivos resulta irrelevante.

De esta manera se causa un perjuicio anormal y, por consecuencia, injusto, ya que, rompe el equilibrio de la situación jurídica de los fundos vecinos. (STJ de Corrientes. En autos; Tabeni, Enrique Alberto y otros c. Aguas de Corrientes S.A s/ daños y perjuicios. Sentencia 28/06/2018).

En igual sentido, se expide la Cámara Nacional Mendocina, al explicitar que el particular puede obtener debidamente una autorización administrativa según el estándar legal de tolerancia que la autoridad respectiva consienta, pero no por ello queda eximido de responder si según parámetros extra legales se demuestra que la inmisión excede en los hechos la normal tolerancia de quien reclama en el caso concreto. (Cam. Nacional Civil, Comercial, Minas, Paz, Tributaria, de Mendoza. En autos; “H., E. F. y otros c. M., Í. y otros s/ daños y perjuicios”. Sentencia 02/11/2016).

Dicha tesitura, es propia de los tribunales españoles considerando que: Los ruidos desaforados y persistentes, aunque éstos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas, dejan de ser admisibles cuando se traspasan determinados límites; que la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados. (STS. 31/05/2007. RJ 2007/3431)

Esto implicaría, que lo que sale de tal marco genera para el propietario una responsabilidad de tipo objetivo, basada en la idea de que quien goza de los beneficios de una actividad debe cargar con los perjuicios que ella ocasiona a los demás. (Malizia, 2014, p. 408).

Por ende, no existe un nivel de diligencia exigible al propietario del fundo, ni la prueba de su falta de culpa lo libera de responsabilidad (López Mesa, 2015, p. 95).

9.2.2.4.2. Daños e inmisiones

En primer lugar, cabe consignar el avance que supone el art. 1973 del CCCN frente al óbice hermenéutico del art 2618 del CC.

Respecto al análisis del art. 1973 -como ya hemos adelantado-, se modifica la disyunción del código derogado por una conjunción. Es decir, el juez ahora no solo debe cesar o indemnizar, sino que, en su caso, podrá disponer ambas. Lo que traerá consigo un aumento de reclamos a raíz de las inmisiones sufridas en relaciones de vecindad.

Como enseña López Mesa: “La responsabilidad derivada del exceso es una responsabilidad *sui generis*, de naturaleza particular, de cuño objetivo, ajena a toda idea de culpa y aún de ilicitud”. (2015, p. 88).

Entre otras posturas, ha sostenido por un lado que se trata de una responsabilidad que tiene que ver con hechos ilícitos (Visintini, 1999), y por otros, que nada tiene que ver con la ilicitud (Cam Civil y Comercial de Morón, Sala 1, “Rossi, Jorge O. c/ Ticla SRL”, Sentencia 23/05/1995) (Brun, 2015, p 451).

En tal sentido, Brun (2015) sostiene que se trata de una responsabilidad insólita, ya que no se liga a la culpa ni tampoco a la ilicitud. Así también, este autor llama a reflexionar sobre la noción de una cuasi responsabilidad, ya que

expresa, que es curiosa aquella responsabilidad que se mide en término de anormalidad de sus efectos, en lugar que a la del hecho generador. (p. 451 y 460).

En materia de daños materiales sufridos por la propiedad, se reconocen como uno de los rubros indemnizatorios, como así también se ha reconocido que lo son, los daños morales (Macías Castillo, 2004, pp. 397 y ss.).

Respecto a este último rubro, Iturbide (2015) entiende, que la reparación de los daños comprende también al daño moral, toda vez que, se referencia a los daños en sentido genérico, lo que comprendería no solo los ocasionados al inmueble vecino sino también los sufridos en la propia persona del ocupante afectado. (p.101).

Asimismo, Garrido Cordobera (2010), sostiene que los daños morales son muchas veces en realidad los más importantes; sin depender su cuantía de los daños materiales acreditados, y sin deber consistir jamás, en una suma simbólica. (p. 12).

Conforme Gheri (1994), se entiende que se habla de otros daños que actualmente integran clases no autárquicas que afectan a la persona en su existencia y en sus derechos de paz y tranquilidad. Esto es, lo que generalmente denominamos calidad de vida. (Garrido Cordobera, 2010, p. 12).

A lo antedicho adherimos, añadiendo el fundamento del principio general de reparación plena -Art. 1740 del CCCN- y la directriz interpretativa de todo el ordenamiento jurídico instituido en el art 51 del CCCN, la que no es otra que la dignidad humana.

Dicho, ello, la autora citada sostiene que el objetivo de las relaciones de vecindad consiste en que, en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas (Algarra Prats, 1995, p. 53).

9.2.2.4.3. Interpretación italiana

Algunos autores -adhiriendo a las consideraciones vertidas en la doctrina italiana- entienden que, en función de las referencias que hace el art. 1973 la normal tolerancia, por un lado, y al uso regular de la propiedad, por el otro, sólo cuando se excedan ambas pautas se estará frente a un acto ilícito, mientras que cuando sólo se supere a la primera, el acto será lícito pero excesivo o abusivo y

sólo generará la obligación de indemnizar, pero no la de suprimir la actividad. (Malizia, 2014, p. 411).

Por su parte, Visintini (1999) dice que se prefiere modificar la concepción tradicional de la propiedad y optar a favor de una relación estrecha entre los Arts. 2043 y 844 del CCI, es decir, entre el daño injusto y la específica relevancia del exceso de normal tolerancia en relaciones de vecindad. Considerándolas a estas inmisiones en la categoría de hechos ilícitos. (p. 109 y p. 110).

De esta manera, considera que la defensa de las inmisiones es propia de la órbita extracontractual, en consecuencia, amplía la legitimación no solo a los intereses del propietario violado, sino también a los intereses de las personas que estén estrechamente vinculadas a determinadas propiedades. (Visintini, 1999, p. 109 y p. 110).

Es así, que el art 844 del CCI ofrece los criterios -según esta autora- para apreciar la injusticia del daño respecto a la *fattispecie* que directamente regula la cláusula general del art 2043 del mismo CCI. Por ende, se asocia la lesión del interés a la salud que generan las inmisiones con la injusticia del daño. Teniendo, todo ello asidero en el art 32 de la Constitución italiana. (Visintini, 1999, p. 117).

Prosigue esta autora, expresando que el juez medirá los intereses contrapuestos, valorando el interés del propietario que padece la inmisión como un interés colectivo a la conservación del medio ambiente, y no como un interés individual, el cual podría sucumbir al constatarse con el interés colectivo de producción. (Visintini, 1999, p. 110).

Es por ello, que se entiende que la responsabilidad por perturbaciones de vecindad conforma una matriz dúctil que se va ensanchando paulatinamente.

9.2.2.4.4. El art 1973 del CCCN como supuesto de daño injusto. Nuestra posición

En nuestra posición, entendemos conforme Kiper (2015) que el concepto de normal tolerancia, es una fórmula abstracta, ya que el juez se encargará de establecer cuando se excede la normal tolerancia en el caso concreto. Sin perjuicio de valerse de pericias y ciertos parámetros -como las condiciones del lugar-, para arribar a tal conclusión.

En este sentido, consideramos, siguiendo la insoslayable pauta del Título Preliminar de nuestro CCCN, que el juez en cada caso concreto deberá -

conforme al art 3 del CCCN-, resolver mediante una decisión razonablemente fundada.

De lo antedicho, cabe entender que las inmisiones que generen un perjuicio -faz resarcitoria- como las que amenacen en ocasionarlo -faz preventiva-, son figuras dignas de reconocimiento en nuestro ordenamiento, debido a que se erige como una herramienta que da solución a numerosas situaciones conflictivas que se generan a diario en la sociedad.

Todo ello, en virtud de que el concepto de daño en nuestro CCCN es abierto e indeterminado, el que emana del reconocimiento de un interés aceptado, serio y respetable. Para así, dar paso a la identificación de los rubros resarcitorios que generan la lesión de intereses merecedores de tutela (Jalil, 2017, pp. 25 y 26). Esto, debe ser leído junto a la los arts. 1717 y 1737 del CCCN.

Cuando De Lorenzo (1996) describe la idea de que el nuevo derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona (...), en el mismo camino, refiere a que la antijuridicidad resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de innumerables conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho, como es el caso del presente tema.

Siendo, un supuesto más que expone la crisis de la antijuridicidad a la hora de dar respuestas frente a los diversos casos de atribución objetiva del resarcimiento. (De Lorenzo, 1996, p. 24).

En este sentido, aseveramos que lo jurídico no se agota en lo legal, y que la válvula de apertura que contiene el art 1973 -con apoyatura en el deber genérico de no dañar al otro del 1716-, es un instrumento maleable para que en su hermenéutica el juez arribe a soluciones justas, que sin aquella ductilidad no podría lograr.

Habíamos referido, siguiendo las ideas de Malizia (2014) acerca de la normal tolerancia, debe ser tal en un determinado momento y lugar determinado, asimismo, debe ser sentida -por sobre todas las cosas-, como tal, por la conciencia social. (p. 408).

Es allí, cuando sostenemos que la lesión de intereses merecedores de tutela entre los contendientes en un conflicto de vecindad, deberá ser ponderado por el juez, en base al criterio de razonabilidad emanado del art 3 del CCCN.

Esto conllevará un análisis de todos aquellos valores que son comúnmente aceptados por la sociedad para poder estimar qué interés merece tutela y cuál no, es decir aquellos que se muestren dignos y respetables, de aquellos que no lo sean. (Jalil, 2017, p. 3).

En este camino, al no entender al daño injusto como un deber legal prestablecido, será indispensable indagar y sopesar de conformidad con el art. 2 del CCCN, todos los tratados internacionales sobre derechos humanos ambientales, como así también los principios y valores jurídicos que emanen del ordenamiento jurídico.

Es por todo lo expuesto, que no debe agotarse el art 1973 en un *numerus clausus*, sino contrariamente, en una abertura que exhiba y revele los diversos intereses inherentes a las relaciones de vecindad, que se encuentren tutelados a lo largo y ancho del ordenamiento.

9.2.2.4.5. El injusto ambiental: casos prácticos

A modo de cierre, veamos cómo se constatan los elementos de la injusticia del daño en el siguiente ejemplo.

9.2.2.2.4.5.1. La fábrica contaminante

Supongamos que existe una fábrica que se encuentra contaminando. No obstante, la misma posee una habilitación administrativa junto a sus respectivos certificados de aptitud ambiental.

Es decir, legalmente, la fábrica cumple con los requisitos exigidos legales administrativos para llevar adelante su actividad. Ahora bien, dicha situación no implica que la misma no se encuentre contaminando al río que circunda el predio de donde brotan los efluentes contaminantes.

En el caso se prueba que dimanen olores fétidos que afectan a los ribereños y también fuerte sonidos que producen la fábrica en funcionamiento y el ruido constante de la caída de efluentes al río.

Si tenemos en cuenta las circunstancias mencionadas, el daño pareciera estar descartado por no existir antijuridicidad, debido a que estaría en principio justificada la actividad por estar acorde a las exigencias legales administrativas,

mas no por ello, se puede dejar de observar por el judicante que deviene injusto el daño, por ende, no justificable que el afectado o damnificado debe soportar al mismo, existiendo un exceso de la normal tolerancia que trasciende previsiones legales expresas.

En este esquema, debemos tomar como punto de apertura del derecho ambiental la directriz de la cual dimana del art. 41 de la CN, en la cual se dispone todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las futuras, teniendo el deber de preservarlo.

En la línea que venimos desarrollando nuestras ideas, se vislumbra *a priori* una matriz de apertura a los fines de encaminar la respuesta justa de cada caso.

Nos explicamos en otras palabras, si hablamos de satisfacer necesidades presentes sin comprometer las futuras, resulta en rigor de verdad un enorme intersticio entre ambos extremos, que deberá ser vinculado en con los lazos de los principios rectores adaptado a las particularidades que arroje cada caso concreto.

Este principio de equidad intergeneracional, deberá operar con otros principios como el de solidaridad, el cual será clave para construir el arquetipo de la justicia de cada caso. Por supuesto, que no será la única materia prima de la que se valdrá el judicante a la hora de resolver, sino que además deberá conciliar y armonizar, cuestiones administrativas, económicas, culturales, consuetudinarias, etc.

En todo este constructo ideológico, no se debe dejar de considerar que como lo expresa Lorenzetti: “

También hay que considerar que la función no es solo social. Existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”, que ya no responde a la división entre contratos de consumo y discrecionales, ni tiene relación alguna con el principio protectorio. La función ambiental es transversal a todos los contratos: se aplica tanto a las empresas como a los consumidores. Esta función permite al Juez moderar la colisión entre el

ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como el ambiente. (Lorenzetti, 2012, p. 154)

9.2.2.4.5.2. El caso de la actividad metalífera chubutense

En la práctica se asiste a corroborar el cuestionable tratamiento legislativo de la zonificación minera en la Provincia de Chubut que ha intentado llevar adelante el interés del gobierno en manifiesta contrariedad a la voluntad ciudadana.

De esta manera, y desde el ámbito que nos interesa resaltar, pese a que por el art. 1 de la ley 5001 de dicha provincia se prohíbe la actividad metalífera en la modalidad cielo abierto y con la utilización de cianuro, a renglón siguiente, en el art. 2 -de manera sagaz- el legislador contempla todo lo contrario, disponiendo que el Consejo Provincial del Ambiente -COPRAM-, determinará en el plazo de ciento veinte (120) días corridos, a partir de la sanción de la misma ley -8 de mayo de 2003-:

- a) La zonificación del territorio de la provincia para la explotación de recursos mineros, con la modalidad de producción autorizada para cada caso.
- b) La definición de las áreas en que se exceptuará la prohibición establecida en el artículo 1º de la presente Ley.

De esta manera, se puede entender que todo aquello que categóricamente el legislador prohíbe en el art. 1, lo permite sutilmente bajo las potestades impuestas respecto a la posibilidad de zonificación y determinación de las áreas que quedarían fuera de las prohibiciones del art. 1.

En rigor de verdad, el sarcasmo legislativo -y la influencia que del mismo utiliza el Poder Ejecutivo-, se manifiestan en una flagrante contrariedad a los intereses públicos, con más especificidad, hacia los eventuales daños -que podría afectar intereses de incidencia colectiva- que se produzcan en la provincia chubutense mediante tal actividad minera.

Volviendo al aspecto técnico, sintéticamente podemos entender que, el excesivo margen de facultades que le otorga el art 2 de la ley 5001 al COPRAM se erige como un claro ejemplo de que se puede demarcar las áreas de actividad metalífera que ostentan una grave amenaza al medio ambiente, mediante una norma expresa y vigente.

En otras palabras, el art. 2 referido, permite al COPRAM decir en qué sectores se puede realizar la actividad minera que supone un peligro para los bienes colectivos, cumpliendo la ley.

Resulta oportuno recordar la máxima que la ley extremadamente injusta no es derecho (Radbruch), o como hoy se entiende al derecho; lo jurídico no se agota en lo legal, sino que, no conforme con eso, muchas veces esta legalidad encubierta por un poder económico y político manifiesto, se erige como un destructor de la justicia del pueblo en su máxima expresión, ni pensarlos de las particulares consecuencias dañosas de un caso concreto.

Pese a todo lo dicho, el plazo para realizar la zonificación minera de la provincia de Chubut se encuentra ampliamente prescripto, debido a que han pasado los 120 días -desde el 8 de mayo de 2003- que disponía el COPRAM para realizar dicha zonificación.

No obstante, dichas observaciones el proyecto se encuentra con el apoyo gubernamental y de amplios diputados que intentan convertir en ley al mismo.

Claro está que, de haber quedado aprobado tal proyecto de zonificación y convertirse en ley vigente de la provincia de Chubut, la actividad judicial no hubiese tardado en protagonizar un hito bisagra en la provincia, debiendo situarse en la aplicación de los principios de derechos humanos que nos rigen.

De esta manera, los derechos humanos como armamento común de las más variadas democracias existentes, deberá cumplir el rol de encaminar la justicia que exige la suprema finalidad del Derecho, para enlazar el sentido común de un Estado Derecho que no se acaba en leyes.

Es en este mismo sentido, como nos hemos manifestado en la presente tesis, en una estructura o arquitectura jurídica que tiene por centro y eje, al interés de la dignidad humana, en estricta y directa relación con el principio *pro natura*, que pese a superar el umbral de lo humano, lo incluye en sus consecuencias, la judicatura deberá utilizar aquellos principios rectores de los derechos humanos.

A saber, el de no regresividad y su contracara el principio de progresividad. Asimismo, será una herramienta central la utilización racional del principio precautorio y preventivo en los posibles daños que se avizoren con la eventual actividad minera.

Asimismo, desde la resistemización del derecho privado, se deberá tener en cuenta aquellas subjetividades que desde la Constitución se sumergen en el ordenamiento privatístico, así, por ejemplo: el rol que puedan ocupar en un caso concreto de amenaza de daño como consecuencia de la actividad minera en las comunidades indígenas -Art. 75. Inc. 17-, como así también, sin olvidar las generaciones futuras que dimanen de la fuerza del art. 41 de la C.N.

De igual manera, deberá contemplarse como eje transversal constitucionalizado dentro del ámbito privado a la figura del abuso del derecho - Art. 10 del CCCN, los expresos reconocimientos derechos de incidencia colectiva -arts. 14, 240, 241 y 1737 del CCCN-, sin perjuicio de la observancia de las leyes especiales como la LGA -25.675- y tratados de derechos humanos, a los efectos ejemplificativos; El convenio sobre diversidad biológica -Receptado en Argentina por ley 24.375, el reciente Acuerdo de Escazú – aprobado por argentina por ley 27. 556.

Lo hasta aquí dicho, no tiene como finalidad otra cuestión que se identifique la razonabilidad judicial como un compromiso con el respeto por los derechos humanos, con los ciudadanos que son el protagonista de la Democracia y del Estado de Derecho, como así también la naturaleza entendida como el ecosistema del cual aquellos formar parte, es decir, circunscripta al entendimiento del Estado de Derecho Ambiental.

A los fines anecdóticos, tras los avatares político-ambientales del caso, se aprobó la ley de manera inconsulta, teniendo por efecto que el pueblo chubutense se haya manifestado firmemente y haya logrado que sea dejada sin efecto la ley.

9.2.2.5. El injusto ambiental. La fortificación del derecho privado constitucionalizado

Es menester resaltar a partir de lo expuesto que en el ámbito del derecho ambiental - que deviene palmariamente globalizado y transversalizado a las diversas ramas del derecho-, se reitera, y hasta quizás se logra vislumbrar con mayor nitidez esta tensión de la insuficiencia legal y la necesaria búsqueda judicial creativa de soluciones justas en los casos concretos.

Asimismo, constatamos la preponderancia de la materia ambiental y de la salud en la tutela de las inmisiones, cuyo sostén no se recepta en una legislación

aislada, sino como consecuencia de la constitucionalización del derecho, se encuentra extendida en todo el ordenamiento jurídico.

En este aspecto, consideramos que en recepción del daño injusto ambiental se permite una interpretación amplia a los fines de arribar a soluciones equitativas y justas.

De igual forma, hemos bajado a la práctica la abstracción de principios rectores del ordenamiento jurídico, en especial al principio del *alterum non laedere*, el cual no solo subsiste a su larga historia, sino que ha cobrado mayor vigor en el derecho actual.

Asimismo, este último, se complementa y fortalece por las interpretaciones a las que nos llevan las reglas del Título Preliminar de nuestro CCCN, para así, conseguir una mayor ductilidad a la compleja trama de daños de la actualidad.

De esta forma asistimos a darle practicidad a las ideas que propusimos en el Capítulo anterior sobre el sistema renovado de daños.

Así, si bien hemos centrado nuestra investigación en derredor a la injusticia del daño como una tarea judicial desafiante, no podemos pasar por alto el rol que ejerce el poder legislativo en torno a la creación de leyes que, a tenor de su falta de elasticidad normativa o por presiones políticas, no logra en muchos casos encaminarse a la consagración del valor supremo que perseguimos en el derecho.

9.3. El daño injusto en los derechos de cuarta generación: el daño sufrido a través de las tecnologías

9.3.1. Introducción

Anteriormente, anunciamos que los derechos de tercera generación son los nuevos invitados a la gran sala del derecho, y que, por ello, tienen todas las miradas en ellos. No obstante, y como lo hemos sostenido a lo largo de nuestra investigación, los nuevos invitados no son suficientes para disipar la mirada jurídica de aquellos fenómenos que esperan la entrada al vasto terreno de la juridicidad.

En razón de tales motivos, es que los derechos constitucionales de tercera generación -no obstante poseer creciente importancia jurídica-, han dado paso a la coexistencia de derechos que pese a no ser reconocidos expresamente por

la letra constitucional se reconocen como derivados de sus principios y de los tratados internacionales, así como las reglas del *soft law*.

En este pórtico hacia lo disruptivo, los intereses que van de la mano con los nuevos riesgos de la industria 4.0, requieren ser receptados ante la amenaza o acaecimiento de su afectación.

En tal orbita, se engrandecen principios como la prevención, precautorio, solidaridad, entre otros como se tratarán más adelante.

Ahora bien, cuando hacemos referencia a la categoría de cuarta generación de derechos, asistimos a una manipulación arbitraria de los objetos -fenómenos- que situamos dentro de la misma.

Aclarada la perspectiva teórica, podemos expresar que, por nuestro lado, entendemos que la cuarta generación de derechos constitucionales viene signada por el reconocimiento de los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías.

Para ello, entendemos a los derechos humanos de cuarta generación como los concibe (Bustamante, 2010), este autor incluye algunos artículos como: el respeto por la diversidad de ideas, el derecho de la existencia virtual, derecho a la privacidad y el anonimato. (s.p).

9.3.2. El daño injusto tecnológico

9.3.2.1. Una aproximación

Bajo el presente título, pretendemos esbozar una selección de temáticas que por su presencia cualitativa y cuantitativa tiene una reconocida incidencia en los fenómenos socio-jurídicos de nuestro tiempo, anticipándonos a que serán desafiantes materia que seguirán creciendo en el futuro.

Este contexto tecnológico en ciernes compele al especialista en derecho de daños a reflexionar y apelar a la creatividad técnico-jurídica para dar respuesta a los interrogantes que vayan surgiendo con el pasar del tiempo, debido a que, por el tipo de naturaleza de las temáticas, sus cambios operan con mucha mayor celeridad que los mecanismos burocráticos legislativos.

A continuación, desarrollamos brevemente los fenómenos tecnológicos. Los cuales seleccionamos discrecionalmente, considerando que son tan solo ejemplificaciones de un abanico de temáticas tecnológicas actuales y venideras.

9.3.2.2. El daño injusto derivado de la IA y Robótica

9.3.2.2.1. Importancia práctica de su estudio. ¿Por qué debe interesarse el derecho en la IA y robótica?

Ante la pretensión inabarcable de dicha pregunta, podremos solo ejemplificar una ínfima extensión de lo que en la actualidad son algunos de los interrogantes en derredor a la materia.

En efecto, la robótica se puede encontrar en innumerables esferas de la sociedad. Desde robots industriales hasta equipos médicos, drones, juguetes o electrodomésticos. En este sentido, la robótica y la IA forman parte cada vez más de nuestra vida cotidiana. Así, los encontramos en la asistencia sanitaria, el transporte, la recopilación de información, entre otros espacios de la sociedad.

Así también en diversas áreas en la que su utilización conlleva una enorme importancia, siendo su utilización -y necesario control- relevante a los fines del cuidado del medio ambiente, a la tarea jurisdiccional, a la defensa de los valores del pluralismo democrático, la organización estratégica de las *Smart cities*, entre algunos ejemplos.

En este contexto, encontramos robots que realizan tareas domésticas, cuidan personas, vigilan, pero también la incorporación al ser humano de elementos mecánicos para mejorar su salud y bienestar (V.g. implantes biónicos, corazones artificiales), o en el ámbito de las relaciones humanas (V.g. robots de compañía, o para salvar personas) y también laboral (v.g. robots cocineros y camareros). (Ramón Fernández, 2019, p. 1)

Es por ello que, no podemos dejar de mencionar que los robots ocupan cada vez mayor emplazamiento en la organización social humana, por ende, se presentan como un desafío de vital relevancia para el mundo del derecho-en específico en el derecho de daños-, ya no solo como fenómeno que resguarda simplemente áreas de la interacción humana, sino también tutela los confines entre lo humano y lo robótico.

En todo este vasto terreno que se abre en referencia a la robótica, debemos tener en cuenta que el factor común que engloba a toda esta disruptiva tecnología, es la característica de la autonomía, del “*obrar por sí mismo*”, es decir; aquello que se proclama con independencia al humano. (ISO, 2012).

En esa autonomía, se mantiene a su vez un factor de impredecibilidad que los hace susceptibles de causar diversos daños. En este aspecto, la juridicidad robótica, se abre como extenso territorio a explorar, en tanto que, se encuentra en una interacción cada vez más estrecha con la humanidad. (Moisés Barrio, 2018)

En referencia a tal particularidad, se condensa una regla básica que propone la española (Santos González, 2017), la cual es que cuanto mayor sea la inteligencia artificial de los bots, robots y androides, mayor será su autonomía, y, en consecuencia, tendrán menor dependencia de los fabricantes, propietarios y usuarios (p.25).

9.3.2.2.2. Los faros en el océano tecnológico

Bajo el presente título pretendemos estructurar los pilares que serán necesarios para identificar intereses merecedores de tutela, para así, de esta manera lograr reconocer la injusticia de los daños tecnológicos.

9.3.2.2.2.1. Desde el análisis del producto tecnológico: la autonomía y la capacidad de aprendizaje

Partiendo del concepto de autonomía robótica, debemos observar cuál es el grado de incidencia que tiene la misma en cada producto susceptible de producir un daño. Esto posee especial relevancia atributiva a la hora de determinar la responsabilidad por daños robóticos, debido a que dependiendo al grado de autonomía que tenga el robot, oscilará la extensión del deber de prevenir o responder de una persona humana o jurídica.

En cuanto a la primera de ellas -autonomía- debemos sumar una arista más, la cual es la incidencia del fenómeno de aprendizaje profundo de la máquina -*machine learning* (Shirrell, 2018) y *Deep learning*-, aspectos que serán de cimera importancia en materia de IA.

9.3.2.2.2.2. Desde el análisis humano: los derechos personalísimos

Como regla insoslayable en el derecho robótico, se resalta la tutela fundamental de los derechos humanos. En relación a los supuestos especiales en los que los derechos personalísimos guarden relevancia como valladar al avance innovativo de la tecnología, habrá que estarse a las disposiciones del Capítulo de derechos y actos personalísimos de CCCN.

En el mismo, es su parte específica, refiere a la disponibilidad de los derechos personalísimos en su art. 55. El mismo expresa que, el consentimiento para disposición de los mismos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento, no se presume, es decir, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

Tal disposición normativa, guarda eminente relevancia, en tanto no solo contiene un límite a un derecho de carácter inalienable, sino que además coincide con la ideología del legislador; quien ha situado a la persona humana como eje y centro del sistema. (Lorenzetti, 2021, s.p.)

En este mismo sentido deberá considerarse el art. 56 del mismo cuerpo jurídico, referido a los actos de disposición sobre el propio cuerpo. Estableciéndose que están prohibidos tales actos cuando ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Esta última atalaya de estudio, adquiere importancia a los fines de interpretar los límites en el marco de la robótica terapéutica. (v.g. supuestos de prótesis robóticas, como así a todo lo relacionado a la materia *cyborg*). (Álvarez Larrondo, 2020, ps. 86 y 87).

Asimismo, en tal disposición legal se contempla la temática relativa a la ablación de órganos e implantación en otras personas, la cual será un punto de referencias en materia de trasplantes, al igual que lo contemplado por la ley 26.066 de trasplantes de órganos y tejidos.

9.3.2.2.3. Un nuevo desafío en el derecho de daños: repensar sus presupuestos en una sociedad de riesgos

Como hemos desarrollado en la parte general de la presente investigación, el devenir del desenvolvimiento jurídico argentino entorno al deber de responder, se ha estructurado en un escenario apodíctico.

En otras palabras, en la práctica jurídica argentina, no hemos salido aún del laberinto del sistema de la responsabilidad civil clásica, que enfoca el análisis sistémico desde los clásicos presupuestos de responsabilidad civil: daño, relación de causalidad, antijuridicidad y factor de atribución.

Ahora bien, bajo todas las ideas expuestas, propias de los nuevos desafíos a los que nos enfrentamos, nos conducen a rediseñar estos pilares que a todas luces han perdido toda utilidad en una sociedad de riesgos como la descrita. En prieta síntesis nos encaminamos a desarrollar las aristas de un nuevo esquema del sistema de daños.

9.3.2.2.3.1. El daño

En un contexto de cambio paulatino que fue exigiendo la sociedad de riesgos, Zavala de González (1991) expresa que, tanto en la visión tradicional del daño como en la visión moderna, el rol que ocupa el mismo dentro de la responsabilidad civil, es esencial. A lo que agrega que, en la visión moderna, su rol se ve magnificado. De esta manera, reconoce al daño no solo como un actor principal, sino como el protagonista de escena de la responsabilidad civil. (p. 19).

En tal sentido se manifiesta De Lorenzo (1996) cuando sostiene el formidable desarrollo del daño, tanto en su noción ontológico-jurídica, y de su contenido, como así también de su vinculación con la ilicitud al punto de excluirla (p. 16), como sostendremos a continuación.

9.3.2.2.3.2. Antijuridicidad

Si históricamente ha sido cuestionada la lentitud de la ley respecto a la velocidad de los cambios técnicos y sociales, podemos afirmar con toda seguridad que, en la era de la robótica se acrecentado aun en mayor medida dicha brecha. Lo cual se constata ante los insuficientes mecanismos formales burocráticos en una sociedad disruptiva e hiper dinámica. (Nuñez Zorrilla, 2019, p.21).

Desde este análisis, el engrosamiento de la responsabilidad objetiva en los supuestos de la *praxis* jurídica, pese a que el legislador del CCCN le haya dado un rol subsidiario respecto a la culpa, se termina por comprobar que, en la práctica, la excepción tiene más fisonomía de regla como hemos desarrollado.

En efecto, con una culpa en segundo plano, el ordenamiento confiere un rediseño del sistema en derredor a la determinación del deber de responder.

Sostenemos que, en esta reconfiguración sistémica, los operadores jurídicos debemos prestar especial atención a la realidad social, y ya no a los laberintos formales que nos mantienen alejados de las respuestas que exige la innovación. (Rodotà, 2010, p. 40).

9.3.2.2.3.3. Relación de causalidad

En mismo sentido se presenta el presupuesto de responsabilidad de la relación de causalidad, la cual parece alejarse de las respuestas que se le exigen con mayor preponderancia en la era de la sociedad de riesgos. (Vargas Pinto, 2008, p. 241)

Sin intenciones de esbozar un análisis profundo del tema -por exceder los fines del presente trabajo-, pretendemos dejar sentado una serie de interrogantes que se visualizan con el advenimiento de nuevas modalidades de operación jurídica.

En el marco de la creciente sofisticación de la técnica, la imprevisibilidad de hechos que surgen a raíz de la innovación de tecnologías, en ámbitos de los más variados, al compás de una velocidad vertiginosa, exigen que los remedios antecedan a los derechos y el estandarte que sustenta toda esa estructura, resulte un criterio de eficiencia.

De lo dicho, no solo comprobamos el prolapso de la antijuridicidad del sistema, sino que también asistimos a corroborar la ineficacia de la relación de causalidad adecuada (Corral Talciani, 2008), la cual lejos está de brindar soluciones a las problemáticas jurídicas que acontezcan en la era de la tecnologización creciente.

Es por ello que consideramos que, nada más alejado de la nueva realidad la expresión “las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas” conforme lo dispone el art. 1727 del CCCN.

Por ello nos hacemos dos preguntas iniciales en esta crítica; ¿cómo se puede juzgar la causalidad cuando no existen hechos anteriores que nos demuestren una costumbre? Y, en segundo lugar, ¿Cómo determinar lo natural y ordinario en una sociedad tan disruptiva y cambiante que tiene al cambio como esencia?

En todo este contexto, habrá que considerar que la teoría de la relación de causalidad adecuada se erige como un óbice en el sistema de daños, con mayor énfasis en lo referido a los riesgos de desarrollo. (Picasso y Sáenz, 2019, pp. 333, 375 y 376). (Brun, 2015, pp. 236)

En lo inmediato, como posible mecanismo en aras a la prueba de la relación causal en materia de daños en robótica, es menester destacar la

importancia que podría llegar a tener la implementación de lo que se conoce como *Logging by design*.

Por ello, se entiende al mecanismo de implementación por parte de los productores que permite determinar los riesgos de los productos por intermedio de sistemas de medios de grabación, a los fines de registrar la información y procesamiento de las operaciones tecnológicas que se realicen en el proceso productivo.

Es decir, mediante la implementación de mecanismo referido, se permitirá colegir la influencia y materialidad que han tenido las nuevas tecnologías en el resultado dañoso. (Fossaceca & Moreyra, 2020, p. 20).

9.3.2.2.3.4. Factor de atribución

Como ya lo hemos adelantado, el factor de atribución en la responsabilidad robótica es objetivo. En este punto, no queremos dejar de resaltar que consideramos relevante colocar énfasis en el análisis particularizado de los tipos de defectos que se presenten en los productos al momento de atribuir responsabilidad.

Ello como parte de un proceso de identificación de factores que inciden en las causas dañosas en los procesos productivos, sin perjuicio de que la mayor atención desde la imputación en cuestiones tecnológicas estará signada por el desafío del encuadramiento del deber de resarcir –o de evitar- daños por conductas lícitas.

Por tal motivo, la carga de la atención se colocará en la injusticia del daño ocasionado al damnificado en razón de los peligros de la implementación de los avances tecnológicos.

9.3.2.2.4. Reflexiones sobre la regulación de la IA y Robótica: entre leyes y principios

De todas las ideas anteriormente expuestas, nos resta analizar una cuestión que, adrede hemos dejado para esta ocasión, cuando en realidad se situaría retrospectivamente al comienzo del mismo.

En este punto, cabe preguntarse dentro de las posibilidades ¿Debe regularse la actividad robótica? En caso afirmativo ¿debe realizarse por una ley específica o deberá adoptarse una técnica legislativa ceñida por principios del derecho?

Frente a las puertas de la incertidumbre, Stefano Rodotà (2010) expresa una serie de interrogantes generales para reflexionar sobre el tema expuesto. Así, el jurista italiano ilustra: ¿puede el derecho, la regla jurídica, invadir los mundos vitales, adueñarse de la nuda vida? ¿Quiere decir esto que nada le puede ser extraño al derecho y que la sociedad debe resignarse a quedar atrapada en la jaula de hierro de un omnipresente e invasiva dimensión jurídica? (p. 25).

Tales ideas las expone a partir de la base que tanto Italia –país del cual forma parte el autor-, como también nuestra sociedad, son considerados dos países con una hiperinflación normativa y de burocracia excesiva. Asimismo, sostiene que el derecho está fuertemente condicionado por las nuevas realidades producidas por la ciencia y la tecnología, que transforman el sentido de la apelación al derecho y a las formas de la regulación jurídica.

Frente a este dilema jurídico y con mayor encauce en la especificidad del tema de marras, son oportunos los interrogantes de (Moisés Barrio, 2018): “¿Son nuestros marcos jurídicos en vigor adecuados para hacer frente a los avances de la robótica? ¿Pueden regularse las nuevas tecnologías robóticas, en particular si se caracterizan por un comportamiento autónomo cada vez mayor, dentro de los marcos legales y éticos existentes o, en caso contrario, deben hacerse más genéricas las normas jurídicas existentes para que incluyan también a las tecnologías robóticas?, o más bien ¿debemos aspirar a una disciplina jurídica autónoma y propia para los robots?

Este escenario de si la robótica necesita ser regulada se despiertan reflexiones diversas (Bertolini, 2014)

Entre las posturas, una de ellas sostiene que no hay necesidad de intervenir legislativamente la materia porque eso atentaría contra la innovación. Por otro lado, sostienen que sí es necesaria la intervención, debido a que la robótica podría resultar perjudicial.

Sin embargo, según Bertolini (2014), ambos argumentos son parciales y, por esta misma razón, están equivocados. Gracias a las leyes existentes, un robot -como cualquier otro fenómeno físico-, ya se encuentra regulado instantáneamente en el momento en que acaece el daño.

En tal sentido, ya se extraían ideas similares –en un contexto muy distinto-, cuando Ihering sostenía que el derecho es aquello que, mirado desde la

distancia, es capaz de abarcar de forma no circunstancial las cosas del mundo. Visión que posibilita superar el estrecho círculo de los intereses inmediatos en los que se detiene la mirada del miope. (Ihering, 2000. p. 392).

Retomando la idea de Bertolini (2014), se trata de exponer que ante un determinado problema innovativo de consecuencias jurídicas visibles, se recurre a las soluciones que brinda el ordenamiento jurídico vigente, mediante alguna ley, regla o principio, o mediante algún razonamiento legal que realice el judicante.

En esta lógica, se sostiene que la robótica está regulada desde el momento del evento lesivo -aunque para nosotros desde la consecuencia jurídica sufrida- como así también, las decisiones de cualquier juez sobre su uso producirán incentivos, por ende, restaría cambiar la mentalidad legislativa de la cuestión.

En efecto, debemos cambiar nuestra pregunta de si debemos regular a cómo la regulación puede estructurarse de manera más fructífera.

Consideramos que la postura de Bertolini es interesante para enfrentar los desafíos a los que nos enfrentamos de cara al futuro. De esta manera, frente a las cuestiones generales de la robótica se deberá utilizar el sistema vigente de base, adaptándolo a las necesidades que se presenten.

Sin perjuicio de ello, para otros supuestos, se requerirá una regulación específica que determine detalladamente las controversias posibles. Ello, en razón de las particularidades que detente cada uno de los supuestos de la robótica -por ejemplo; Vehículos autónomo, Cirugía Robótica, Robots del Cuidado Personal, etc-, sin dejar de considerar en ningún momento la tensión innovación-seguridad.

En este sentido, coincidimos con la idea de que además de un principio de uniformidad de las reglas, se le suman los principios de neutralidad tecnológica y de equivalencia funcional con los que se ha intentado dar respuestas a las nuevas situaciones que ocasiona el avance tecnológico. (Ligüerre & García-Micó, 2020, p. 502).

En efecto, ante la fase embrionaria en la que nos encontramos en materia de daño en robótica, debemos considerar que la intervención de la tecnología no debería ser un óbice para aplicación de las reglas existentes. Esto es lo que se denomina principio de neutralidad tecnológica.

9.3.2.2.5. El protagonismo de los principios en materia de daños sufridos a través de las tecnologías

En un análisis hacia el redireccionamiento de la responsabilidad civil, expresa Guido Alpa (2016), que hoy más que nunca la tendencia es dirigirse hacia un comportamiento pragmático. (p.1311).

Por tal, se entiende una apreciación especial de las circunstancias, una consciencia particular de los criterios de distribución del daño, una combinación óptima de institutos, principios y reglas para obtener el resultado deseado. (Guido Alpa, 2016, p.1311)

Desde dicho contexto, y como ya hemos abundado en capítulos anteriores, la ruta se bifurca en nuevos caminos, direccionados hacia nuevos principios, los cuales se erigen como herramientas que actúan en pos del paradigma de la defensa de la persona humana y su dignidad.

En razón de ello, consideramos que un pormenorizado estudio y aplicación de los principios generales, serán la puerta de entrada a una protagónica y revitalizada fuente del derecho que conduzca a viabilizar la finalidad última del derecho; la justicia *aggiornada* a los tiempos que corren.

Ante el escenario disruptivo de la tecnología, la ley es un instrumento cada vez más ralentizador del sistema. A lo que se suma la idea de que, una vez que se instaura -ontológicamente tardía- contempla una parte de su contenido como algo que ya mutó, y, no obstante, conserva la particularidad de poseer numerosos vacíos, que antaño eran fácilmente subsanable con la analogía, mas no actualmente.

A toda esa falta de respuesta práctica de la ley formal, se le suma la cuestión relativa a su contexto hiperinflacionario, lo cual imposibilita el acceso a un conocimiento acabado de su contenido para sus operadores. Lo cual deviene en una directa amenaza a la seguridad jurídica.

Recordemos que esta última, era el bastion defensivo sobre el cual el positivismo desechaba cualquier postura contraria, por lo que mal podría un positivista en estos tiempos defender tales desatinos institucionales.

En esta reivindicación por los principios generales del derecho, también debemos resaltar que, el término general ya deja de ser una categorización que se adecue por completo a la realidad jurídica. En tanto, en el ámbito o área que nos adentremos -no solo existirán esos rectores principios generales- sino que

también se sumarán nuevas figuras principiológicas que irán creando la jurisprudencia de cada época. (Vigo, 1986, p. 860 y ss.)

Encaminados a dotar de herramientas útiles a los operadores del derecho de una realidad que adviene, consideramos que la importancia de los principios jurídicos, éticos y bioéticos en materia de daños robóticos, es de cimera importancia a los fines de la determinación de responsabilidad.

Es a través de ellos que podremos identificar los intereses merecedores de tutela que nos permitan identificar los daños injustos. Ya sea para en su mejor escenario; prevenirlos, o bien, para una vez acaecidos, se ponderen eficientemente los intereses relevantes a tutelar.

Sin mayor abundamiento, consideramos preciso resaltar algunos de los principios que a nuestro entender constituyen un vértice de relevante utilidad para emprender el análisis de las cuestiones que la robótica suscite en el terreno de lo jurídico, y, en lo específico en el sistema del derecho de daños.

9.3.2.2.5.1. Principios específicos

9.3.2.2.5.1.1. Principio de beneficencia

El presente principio ya surge del fundamento que engloban las 3 leyes de la robótica de Asimov, así se entiende por principio de beneficencia a que los robots deben actuar en beneficio de la humanidad.

En dicho sentido, se comprende la idea de hacer el bien en el sentido más amplio, de modo que la robótica y la IA deben servir a los intereses del ser humano y su bienestar, incluyendo el respeto a sus derechos.

9.3.2.2.5.1.2. Principio de no maleficencia

Bajo el presente principio, se completa la otra cara de la moneda del principio anterior, en tanto, se propende a que los robots no deben perjudicar a las personas. Este principio se sustenta en un principio rector en el derecho moderno; el principio de dignidad humana.

Como ya hemos desarrollado, la dignidad humana es reconocida expresamente en nuestro CCCN en su art. 51 al reconocer que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Esta última, debe constituirse en la cimera clave hermenéutica que transversalice a todo el derecho, en conjunto con el principio preventivo – Art. 1710 y siguientes-.

De esta manera, consideramos que este principio debería ser el cimiento jurídico en materia de robótica, constituyéndolo como fuente de todos los principios que protegen a las personas del daño.

9.3.2.2.5.1.3. Principio de Autonomía

Se refiere a preservar la capacidad de tomar una decisión con conocimiento de causa e independiente sobre los términos de interacción con los robots.

El referido principio descansa directamente en la dignidad y autodeterminación humana, e implica la necesidad de poner en conocimiento de los ciudadanos el hecho de que van a interactuar con un sistema de IA o con un robot, a fin de que puedan decidir con conocimiento de causa. (Granado, 2018).

Dentro del presente principio, la autora francesa, Natalie Nevejans (2017) destaca que de este principio derivan las siguientes ideas.

1) El ser humano debería tener siempre la capacidad de obligar a un robot a obedecer sus órdenes.

2) Todo ser humano debe tener derecho a negarse a recibir atención de un robot, incluso si no sufriera ningún daño, por la simple razón de que no aceptar esta negativa violaría su dignidad.

Por nuestra parte, consideramos que tal principio encuentra asidero legal en la referenciada dignidad humana del art. 51 y siguientes del CCCN.

Asimismo, consideramos un desafío conciliar tal principio con las disposiciones del art 56 del CCCN en cuanto a los actos de disposición sobre el propio cuerpo. Teniendo en cuenta los criterios de disminución permanente de su integridad contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres. Como así también, a la excepción del mejoramiento de la salud de la persona, incluso de otra persona como expresa el art. *in fine*.

3) Es necesario el consentimiento previo y expreso del paciente para la prestación de servicios sanitarios por robots.

De la tal manda, deberemos conciliar el enunciado principiológico con el art. 59 del CCCN que regula el consentimiento informado par actos médicos e

investigaciones en salud. Entre su extensa redacción, se establece que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínico o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Sobre todo, consideramos que habrá que tener cautela con esta expresión final, la cual puede ser una canal de intrusión de las tecnologías robóticas en detrimento al consentimiento informado, y, por ende, a la dignidad humana.

4) Es necesario adaptar precauciones especiales en la interacción de sistemas de IA y robots con personas especialmente vulnerables (niños, ancianos, discapacitados).

9.3.2.2.5.4. Principio de transparencia

En primer lugar, es dable señalar lo que expresa el filósofo surcoreano al acerca de la transparencia:

Las cosas se hacen transparentes cuando abandonan cualquier negatividad, cuando se alisan y allanan, cuando se insertan sin resistencia en el torrente liso del capital, la comunicación y la información. Las acciones se tornan transparentes cuando se someten a los procesos de cálculo, dirección y control. (Chul-Han, 2013, p. 11)

En este sentido, se pronuncia el apartado 12 de la Resolución antes mencionada de Parlamento Europeo en cuanto expresa que el principio de transparencia consiste en la necesidad de justificar cualquier decisión que se haya sido adoptada con la ayuda de IA. (Delvaux, 2017, pp.36-37)

De esta manera, se entiende que, en el ámbito de la IA, es esencial el control y rendición de cuentas de todo el proceso de toma de decisiones. La comprensión del consumidor en este aspecto es fundamental, y no siempre se consigue la inteligibilidad de la información.

En virtud de ello, debe recaer en los sujetos pertinentes de la cadena productiva, el deber de crear sistemas transparentes, comprensibles y que puedan ser objeto de control posterior, colaborando al discernimiento de cuáles procesos de toma de decisiones se confían a la inteligencia artificial, y cuáles a la inteligencia humana. (Ramón Fernández, 2019, p. 4).

En virtud de lo expuesto, se considera que la mejora en la capacidad analítica de los datos, también conlleva riesgos de discriminación, por lo que

deben establecerse garantías procesales, transparencia y comprensión de la información desde dicha atalaya.

En síntesis, Nevejeans resume las ideas expuestas, al sostener que necesitamos una IA que sea técnicamente confiable, que sea predecible, explicable, justificable, y no hackeable (Nevejeans, 2020, s.p).

9.3.2.2.5.5. Principio de prevención y precaución

Consideramos que tales principios son rectores en el derecho de daños. Con mayor consideración aún si nos enfrentamos ante escenarios en los cuales las leyes no son capaces de abarcar todos los supuestos de hecho que puede tener por consecuencia una actuación u omisión robótica.

En este mismo sentido, se pronuncia la Resolución de Parlamento Europeo en cuanto dispone que las actividades de investigación en el ámbito de la robótica deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución, anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente. (Resolución del Parlamento Europeo, 2017).

9.3.2.2.5.5.6. Privacidad y protección de datos

En atención al faro de los derechos personalísimos, propuesto en la primera parte del presente Capítulo, sostenemos que es un principio rector el de la privacidad de las personas, como así también, de la protección de sus datos.

En la materia, si bien tenemos una legislación expresa, se encuentra cuestionada por su falta de actualidad. En razón de ello se han presentado diversos proyectos que actualicen la temática, aunque sin haber llegado ninguno de ellos a convertirse en ley.

9.3.2.2.5.2. El auxilio de los principios generales

Asimismo, a los fines de citar algunos ejemplos, acudirán en auxilio argumentativo los principios generales como el de: igualdad, justicia, responsabilidad, solidaridad, pluralidad, buena fe, entre muchos otros que surgirán en con el advenimiento de reiterada jurisprudencia sobre la materia.

En este sentido, también es dable resaltar la contemplación que realiza la Resolución del Parlamento Europeo en cuanto a los principios que deben seguir

los diseñadores de Robots: dignidad, autonomía y autodeterminación, libertad y justicia -antes, durante y después del proceso de concepción, desarrollo y de aplicación de esas tecnologías-, incluida la necesidad de no perjudicar, herir, engañar o explorar a los usuarios vulnerables. (Resolución del Parlamento Europeo, 2017).

Sin perjuicio de lo antedicho, consideramos que deviene de especial importancia la conciliación del actuar de los operadores de la actividad robótica con las disposiciones transversales que contempla todo el Título Preliminar del CCCN.

Asimismo, luego de transitados los principios anteriormente expuestos, consideramos que la aplicación de cada uno de ellos en un entorno exponencialmente tecnológico, serán los adecuados para realizar un balance judicial ponderativo de los intereses merecedores a los fines de lograr la justicia del caso, así como también operarán en aras a la satisfacción de la garantía de la tutela efectiva en contextos de incertidumbre legal.

9.3.2.3. El daño injusto y las *Fake news*

9.3.2.3.1. Introducción: El uso de la información en la era de la posverdad

A modo introductorio, a los fines de circunscribir el tema que analizaremos, es necesario plantear la base sobre la cual construimos nuestras ideas; la posverdad.

Por ella, se entiende a la distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. De esta manera, la mentira y la verdad, lo verdadero y lo falso, lo imaginario y lo real, ocupan contornos lábiles y confusos, de notables implicancias jurídicas.

En este sentido, el sobredimensionamiento informativo es el sustento de las asimetrías de las relaciones de consumo. En derredor al fenómeno descrito, se amalgaman intereses interdisciplinarios -éticos, políticos, económicos-, a los cuales el mundo jurídico no es ajeno.

9.3.2.3.2. La responsabilidad en la era de la información: el consumidor entre la realidad y la virtualidad

Frente a la referida labilidad de la verdad, nos enfrentamos en nuestra sociedad, al efecto de una confusión extendida y generalizada. Desde el interior de esta situación, es preciso conciliar la libertad humana desde el umbral de lo virtual y lo real. Sin soslayar, como el comportamiento humano en uno de aquellos ámbitos, puede acarrear la responsabilidad en el otro.

En este contexto, sin perjuicio de que puedan ser analizadas otro tipo de responsabilidades -y, teniendo por enfoque sujetos diferentes-, optamos por analizar en el presente trabajo a la responsabilidad de los medios de comunicación masivos por noticias falsas o inexactas, las cuales, consideramos parte de los sofismas que luego son consumidos por los destinatarios finales de servicios de redes sociales.

Para ello, es necesario entender que cualquiera sea el medio de comunicación que se utilice -gráfico, radio, televisión, portal, web, app, etcétera-, el destinatario final de sus servicios o contenidos puede ser considerado sujeto protegido por el estatuto del consumidor. (Chamatropulos, 2019, ps. 162 y 163).

En tal sentido, existe jurisprudencia que considera a la prensa como proveedora de información y formadora de opinión pública, como el de prestar servicios que toda la sociedad consume, lo que al mismo tiempo implica una actividad lucrativa. Por ende, encuadrable dentro de la Ley de Defensa del Consumidor. (Chamatropulos, 2019, pp. 162 y 163). (Pizarro, 1991, pp. 70 y 71).

En orden a lo expuesto, es que el análisis de la responsabilidad de los medios de comunicación en la era digital, se dota de un campo de acción mucho más vasto, en el cual se deben utilizar nuevos emplazamientos, como lo es, la circunscripción de los usuarios y consumidores virtuales, como destinatarios del servicio informativo de los medios de comunicación. (Juzgado Civil y Comercial Federal, N° 1, “Lamuedra Ernesto Ricardo c/ Facebook Inc. y otro s/ incumplimiento de contrato”, sentencia de fecha 15-03-2016) (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, “B. J. E. c. Facebook Argentina S.R.L. y otros s/Reclamo contra actos de particulares”, Sentencia de fecha 17/7/15).

9.3.2.3.3. El daño traspasando la pantalla

Según el CCCN, existe daño resarcible cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737).

En esta línea, se añade una particularidad al medio virtual por el cual se materializa el daño, la cual es muchas veces; la irreversibilidad del mismo.

Característica la cual, se evidencia en un estudio científico del Instituto de Tecnología de Massachusetts -MIT-, en el cual se concluye que las noticias falsas se difunden con mayor velocidad que las verdaderas. Por ende, el impacto de las primeras es mayor que el de las segundas. <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>.

9.3.2.3.4. Las funciones del derecho de daños y las *fake news*

En primera medida, sostenemos que ante la materialización de un daño - lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico- que tiene por causa la divulgación de una noticia falsa por parte de los medios de comunicación, deberá ser susceptible de acción judicial ya sea por vía preventiva -con las disquisiciones que realizaremos- o resarcitoria, en cada caso.

Asimismo, la reparación deberá ser plena, conforme lo indica el art. 1740 del CCCN.

A continuación, haremos algunas disquisiciones sobre la primera de estas funciones.

9.3.2.3.4.1. La función preventiva y las *fake news*

A un lustro de vigencia, el CCCN ha reconocido en la función preventiva una de las herramientas más importantes, debido a que, el objetivo principal de cualquier reacción contra perjuicios injustos, es impedir que ocurran. (Zavala de González, 2011, p. 1116), (Rodríguez González, 2017, ps. 664 y 665).

De esta manera, la tendencia propia de las sociedades contemporáneas a la producción de hechos potencialmente dañosos -entiéndase en este caso: noticias falsas- conlleva a que la prevención adquiera cimero protagonismo, pues sus efectos son evitar los daños, o, eventualmente reducirlos si los mismos acaecen. (Picasso y Sáenz, 2019, p. 99).

En referencia a la misma, el art. 1710 de CCCN refiere a que “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de: a) evitar causar un daño

no justificado, b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, o c) no agravar el daño, si ya se ha producido”.

En cuanto al legitimado pasivo de la acción, consideramos que, pese a la amplitud de la norma, en el caso de análisis, será el medio de comunicación que divulga la información la que se encuentra en mejor posición de evitar su producción (art. 1710, CCCN). Mientras que, el legitimado activo será aquel que detente un interés razonable en la prevención del daño -art. 1712 del CCCN-.

De esta manera, sin intenciones de adentrarnos en un espinoso tema, consideramos que, pese a que la CN no permite la censura previa, sostenemos que la acción preventiva tendiente a impedir o disminuir los efectos de la propagación de una noticia falsa, sería viable en ciertas circunstancias, entre ellas, que se encuentre comprometido un derecho personalísimo, el interés público, o que por la importancia del bien jurídico tutelado sea posible apartarse de la regla de imposibilidad de censura previa (Picasso y Sáenz, 2019, p. 128 y 130).

Bajo este esquema, consideramos posible en tanto medie una relación de consumo entre el medio de comunicación y la persona afectada, que prospere la acción de amparo preventivo cuando los derechos de los usuarios y consumidores se vean lesionados, restringidos, alterados o amenazados. Conforme los arts. 42 y 43 de la CN.

De igual forma, el art. 52 de la LDC establece la posibilidad de interponer acciones judiciales por parte del consumidor y usuario -sin perjuicio de los restantes legitimados que contempla la norma- cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Artículo el cual guarda concordancia con las disposiciones preventivas del CCCN (arts. 1710 a 1713).

Asimismo, consideramos relevante a los efectos preventivos, la aplicación de los daños punitivos del art. 52 bis de la ley 24.240. (Michi, 2019, ps. 80- 130)

9.3.2.3.5. La antijuridicidad en la sociedad de riesgos tecnológicos: un laberinto sin salidas

Si bien existen intentos de encaminarse hacia una regulación normativa, los mismos todavía no se han ocupado de manera adecuada del tema. En tal derrotero, cabría preguntarse si, en un escenario normativo embrionario como el

existente, una regulación específica resulta un mecanismo idóneo para obtener la prevención o resarcimiento de las noticias falsas que los medios de comunicación propagan.

Frente a tal interrogante, adelantamos nuestra respuesta por la negativa. En tal tesitura continuamos las siguientes ideas.

Como primera aproximación entorno a lo antijurídico, es menester ceñirse a la voz dual de base constitucional y convencional respecto a la libertad de expresión. Las cuales establecen un punto de partida de lo que en adelante se intente legislar.

A nuestro entender, los amplios debates que se han presentado hasta el momento, se encuentran encerrados en un callejón sin salida.

Veamos, determinar ciertas conductas o comportamientos como *fake news*, implicaría determinar el carácter de una determinada información con carácter previo. Ello nos conduce al eventual ámbito de la censura previa. En esta lógica, operan tanto el art. 14 de la CN, como el art. 13.2 de la CADH. También hacen lo propio los arts. 19 y 20 del PIDCP.

Este último artículo, resguarda -en su primera parte- expresamente al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, lo que comprende en lo pertinente, la posibilidad de difundir informaciones e ideas de toda índole.

Correlativamente, el segundo inciso expresa que, el primer apartado no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, a las cuales, les adiciona un doble requisito.

El primero de ellos, es que deben estar expresamente fijadas en la ley, el segundo de ellos, a la necesaria referencia de situaciones específicas: protección a la seguridad nacional, el orden público, o bien la salud o moral pública. Ello conforme al art. 19, inc. 3º del PIDCP. Así como las restricciones del art. 20, por ejemplo: prohibición de la propaganda en favor de la guerra.

En consecuencia, se observa cómo en este esquema, se exige para el nacimiento de la responsabilidad, una ley expresamente fijada sobre materias solamente autorizadas por dicha disposición convencional.

Ante tal perspectiva, es oportuno considerar lo acontecido en el contexto de emergencia sanitaria que atravesamos con la pandemia del Covid-19, en la cual se encontraba en juego la tutela de la salud pública, donde no era necesaria la existencia de una ley prevista expresamente con antelación al evento dañoso

de divulgación de una *fake news*, para acarrear la responsabilidad del medio de comunicación que divulga la misma.

En este sentido, coincidimos con De Lorenzo en la idea de que uno de los cambios más importantes que han operado en la responsabilidad civil es la transición del principio del acto ilícito al del hecho dañoso. (De Lorenzo, 1996, p. 13)

Tal fenómeno se condice con el avance de la tecnología, en concomitancia al incremento de los restantes supuestos de responsabilidad objetiva -propia de una sociedad de riesgos-, lo que, en efecto, redefine a la responsabilidad, como una reacción contra un daño injusto. (De Lorenzo, 1996, p. 15), (Visintini, 1999, ps. 24 y 30), (Jalil, 2017, p. 3), (Zavala de González, 1999, p. 24).

Dicho lo anterior, consideramos que el principio del *alterum non laedere* enraizado en los arts. 1710 -faz preventiva-, y 1716 -faz resarcitoria- del CCCN, cumple una función ya no secundaria, sino primaria (De Lorenzo, 1996, ps. 59 y 60); sin necesidad de remitirse a ilícitos expresamente contemplados como derechos subjetivos absolutos.

Nos resta exponer -pese a que no coincidamos con la idea de que lo jurídico se agote en lo legal-, la existencia de ciertos intentos de regulación normativa como consecuencia del impacto de las *fake news* en el ámbito de las campañas políticas. El reconocido caso que abrió las puertas a esta problemática fue el de *Cambridge Analytica*.

En la Argentina en el año 2018, la Cámara Nacional Electoral intentó establecer un marco regulatorio mediante una Acordada Extraordinaria (Vaninetti, 2019, p.1).

En igual sentido, en el año 2019 ingresó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley por intermedio del expediente 1658-D-2019 con la finalidad de colocarle freno a las *fake news* en el ámbito de las campañas electorales.

9.3.2.4. El daño injusto en redes sociales

A los fenómenos anteriormente descriptos debemos agregar a las consecuencias dañosas que tiene por causa al uso de las redes sociales.

9.3.2.4.1. Aclaración

Sin perjuicio de un extenso desarrollo doctrinario acerca de la responsabilidad civil de las plataformas digitales, no analizaremos las mismas en el presente título por exceder los fines que proponemos. Por ende, nos ceñiremos a describir en forme ejemplificativa algunos de los fenómenos que despiertan el interés del jurista al momento de identificar intereses merecedores de tutela del daño injusto tecnológico en redes sociales.

9.3.2.4.2. Definiciones

En primera medida, debemos entender que las redes sociales son estructuras compuestas por un conjunto de actores (tales como individuos u organizaciones) que están relacionados de acuerdo a algún criterio (relación profesional, amistad, parentesco, etc.). (Molina Quiroga, 2017, p. 3).

Por su parte, las plataformas en Internet que facilitan la comunicación entre personas de una misma estructura social se denominan servicios de red social o redes sociales virtuales. (Molina Quiroga, 2017, p. 3).

En este sentido, lo que caracteriza a las redes sociales es justamente la palabra compartir, es decir, intercambiar contenidos con otras personas que se relacionan libremente en el espacio virtual. (Molina Quiroga, 2017, p. 4).

Dicho ello, procederemos a exponer una serie de supuestos que poseen trascendencia jurídica en la materia:

9.3.2.4.3. El daño injusto en redes sociales. Supuestos

9.3.2.4.3.1. La violencia en redes sociales

En los últimos años, nos hemos venido acostumbrando a noticias que dan cuenta de que las redes sociales, más allá de ser un medio excelente para el encuentro y la comunicación entre personas, operan como un sitio adecuado para la agresión pública.

Es así que dichas plataformas participativas y dinámicas devienen funcionales a cierto tipo de ataques perjudiciales para la dignidad y la honra de los individuos, que se ven favorecidos por factores como la facilidad en la construcción de publicaciones infamantes, la velocidad y los alcances de su difusión y el potencial anonimato de los responsables. (Wierzba y Danesi, 2020, p. 1).

Siguiendo la línea de las autoras reseñadas, los fallos que dan cuenta de ciertas conductas reiteradas, se trata de situaciones interpersonales, nacidas en el seno de una pareja o una familia, que devienen públicas por la viralización que propician las redes sociales. (Wierzba y Danesi, 2020, p. 7).

Así también, casos de reproducción de videos que hacen a la vida íntima del integrante de una pareja luego de su ruptura; expresiones ofensivas y humillantes constitutivas de un verdadero acoso virtual, y difusión de imágenes sobre actividades cotidianas y de la vida social de sujetos especialmente protegidos por la ley, como las niñas, niños y adolescentes, son las más comunes. (Wierzba y Danesi, 2020, p. 7).

9.3.2.4.3.1.1. Calumnias e injurias

También en términos cuantitativos las redes sociales han sido un escenario propicio para la afectación del honor e intimidad de las personas.

Ello ha implicado toda una modificación en las prácticas y formas de expresión de las personas que se desenvuelven como internautas.

De esta manera, tras cierta distancia y anonimato de los agentes que se encubren en la red, sumado a la velocidad de la reproducción del mensaje y su posible viralización, se ha tornado en un lugar donde las injusticias son cotidianas y en donde más vale prevenir que reparar.

En mérito a dar un marco conceptual, por injuria se entiende a toda ofensa al honor, deshonra o desacreditación que no constituya tal falsa imputación de un delito. Se considera a las expresiones que vinculan a alguien con hechos que no son ciertos y que atentan contra su dignidad, es decir que son difamaciones objetivamente lesivas y que menoscaban el honor del injuriado, además la persona que las emite tiene intención de causar ese daño, obra con *animus injuriandi*.

Por su parte, se entiende por Calumnia a la falsa imputación de un delito. Es decir, se trata de una falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado.

En síntesis: si bien la libertad de expresión es un valor de incalculable importancia en toda sociedad democrática, su ejercicio no merece protección cuando por su medio se lesionan derechos de particulares. (Zavala de González, 2011, p. 316).

9.3.2.4.3.2. *Sharenting*

De igual manera, también los niños, niñas y adolescentes (NNyA) pueden ser expuestos de distintas maneras en redes sociales, ya sea creando ellos mismos contenidos que puedan exponerlos a situaciones jurídicas, o bien, ser expuestos por terceros, por ejemplo, publicaciones de imágenes que realicen sus padres, sin el consentimiento de estos.

Este último supuesto, se ha extendido como foco de importancia a la hora de tomar recaudos y ser precavido con la exposición que se realiza sobre los NNyA en redes sociales.

Sin duda, lo que más llama la atención es que muchos padres que debieran proteger a sus hijos, los exponen negligentemente a las redes, descuidando de este modo sus derechos más sagrados, que son la protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

Es así como, en algunos casos, las conductas de los progenitores pueden resultar ilegítimas e incluso constituir intromisiones en los derechos más sagrados de sus hijos.

Es el caso del *sharenting* un ejemplo de ello, ya que se traduce en una práctica que afecta la imagen personal de NNyA, como consecuencia de la fuerte exposición a las que son sometidos por sus padres, madres o tutores, en redes sociales. (Longo, 2022).

De esta manera, es dable resaltar que los NNyA tienen derecho a ser protegidos en todos los espacios en los que se desenvuelven, y el virtual no es una excepción. En la presente problemática, también se aplica el principio de corresponsabilidad: familias, comunidad y estados como garantes de la protección de dicho grupo de sujetos de derechos. (Díaz Cordero, 2024, p. 8).

En este sentido, la autora citada sostiene que los NNyA de hoy, cuando sean adultos, tendrán un grado de exposición difícil de imaginar; los registros históricos que reflejarán su vida no tendrán límite. Padres orgullosos que quieren compartir desde la primera ecografía, el primer día de clases y cada hito significativo de la vida de sus hijos, lo hacen sin considerar las implicancias a mediano y largo plazo. (Díaz Cordero, 2024, p. 8).

De esta manera, se deberá buscar un equilibrio en los intereses que atañen a la libertad de expresión de los adultos con los derechos a la intimidad e imagen de los menores de edad.

9.3.2.4.3.3. Responsabilidad de jueces y políticos en redes sociales

Una realidad de nuestros días es que los dirigentes políticos recurren a las redes sociales para expresar tanto sus opiniones personales, lanzar medidas de gobierno, como hasta para comunicar la renuncia a su cargo o el lanzamiento de su candidatura. (Giambartolomei, 2023, p.3).

Lo cierto es que si bien un loable vehículo para la interacción y el intercambio de ideas, las más de las veces funcionan como una vía para el insulto fácil, el meme ridiculizante y la agresión violenta contra el funcionario y, muchas veces también, contra su familia o círculo íntimo. (Giambartolomei, 2023, p.3).

En este sentido, las redes sociales tienen la capacidad de generar grupos o ámbitos de opinión que se convierten en verdaderos espacios de poder que pueden dañar la imagen y reputación de un funcionario público. (Tomeo, 2011, p.1).

Por su parte, la contracara de esta problemática son los mismos funcionarios respondiéndoles a los usuarios que los agreden con otra agresión, conducta la cual los puede hacer pasibles de responder.

Es en referencia a esto último, que guarda especial relevancia la identificación de los daños injustos, toda vez que, no existe legislación específica al respecto.

En este punto, habría que separar a los funcionarios cuando interactúan a través de sus cuentas verificadas en redes sociales, que no solo están representándose a ellos mismos, sino también al Estado.

Y en lo que respecta a los comentarios que hicieren con los servidores públicos en Internet a través de los medios de comunicación oficiales, por más que fueren cuentas personales, podrían ser interpretados como actos de gobierno y, por ende, expresiones vertidas por el Estado mismo.

Aquí se abre todo un abanico de nuevas modalidades de posibles daños a través de la utilización de redes sociales, que en muchos casos -por las particularidades que guardan los hechos-, se deben identificar intereses merecedores de tutela que no tienen una remisión directa a normas expresas.

En razón de haber realizado una aproximación a las materias que consideramos necesarias a los fines de indentificar y reconocer intereses merecedores de tutela que desafían al ingenio y creatividad judicial de nuestros

tiempos, consideramos menester realizar una interpretación temporal del daño injusto.

De esta manera, tenemos como propósito aportar herramientas interpretativo-argumentales en pos de comprender la línea de temporalidad de un derecho que está en deuda con la comprensión del tiempo. El cual es una característica transversal en el entendimiento y particularización del daño injusto.

9.4. Breves reflexiones sobre el daño injusto y el tiempo existencial

Cada vez que se habla de aceleración del tiempo, no se lo hace sino desde los sucesos y cursos de acontecimiento en el tiempo. Así, sostiene el sociólogo Rosa (2005) que la aceleración del tiempo de vida se trata de un aumento de los episodios de la acción y/o de las vivencias por unidad de tiempo. (p.198).

De esta manera, se entiende que el tiempo es inescindible a la existencia, y la existencia es no solo tiempo transcurrido, sino tiempo a transcurrir. Como fenómeno fatal e irremediable constituye al tiempo existencial del derecho. (Cossio, 2023, p.12)

En este sentido, es menester resaltar que, antes de la era moderna dominaba la retrospección. Por lo que tenía validez lo acreditado, la tradición.

Es así que, cuando había una innovación se interpretaba siempre como un restablecimiento a lo antiguo. En cambio, en la edad moderna se centra en la innovación y no en la repetición, por eso nuestra era; es el tiempo de los incipientes. (Safranski, 2017, p. 54)

Dicho ello, no podemos dejar de circunscribirlo al contexto del derecho, y más preciso aún, al recorte investigativo que se realiza mediante la presente investigación.

Ya que, este cambio de matriz en la concepción del tiempo-espacio, repercute directamente en la metodología y la forma de entender el derecho; analizarlo, interpretarlo y proyectarlo.

Si hablamos de la necesaria consonancia entre la realidad y el derecho, por ende, entre el dinamismo y su adaptabilidad jurídica, debemos de igual forma referirnos al rol que juega el tiempo en el derecho, en específico, como categoría de interés jurídico merecedor de tutela.

Así, en la era de la omnipresencia tecnológica, la llave que abre las puertas de la temporalidad en todo texto jurídico del momento, es la palabra *disrupción*; entendida esta como rotura o interrupción brusca.

Ahora bien, lo que le restaría complementar a la definición; es el objeto. Es decir, a aquello que el mismo tiempo viene a romper, o en términos más sólidos; *fracturar*. En efecto el objeto fracturado no es otro que el de las dimensiones socio- jurídicas.

Así, deviene ejemplificativa la repercusión tecno-jurídica que conlleva la pandemia COVID-19 tanto a nivel global como en la individualidad de cada persona humana.

En lo que respecta al tiempo y al derecho de daños, resulta trascendente identificar que existe al menos una causa que excluyó al tiempo como un factor directo de daño. Ello, se relaciona con el entendimiento del derecho privado como compartimento estanco entre el pasado, presente y futuro.

Así, el riesgo, la probabilidad y el cálculo, expresaba Sozzo (2019) son factores que han surgido en pos de anticipar el futuro dentro del mundo jurídico. (pp. 492 y 493).

Más aún, agregamos que el advenimiento mismo de las herramientas del Análisis Económico del Derechos ha traído un nítido reconocimiento de la importancia que tiene el riesgo como factor atributivo de responsabilidad en la sociedad actual.

No es casual, que la Responsabilidad Civil haya mutado al Derecho de Daños, pasando a ser la función preventiva la más protagonista de las funciones.

De esta manera, se materializa en un primer momento, como hemos explicado, una apertura del derecho privado hacia lo colectivo, y luego, hacia el análisis de un presente jurídico que tiene estricta relación que la cosmovisión que se tenga con lo futuro.

En este sentido, aseveramos sin duda alguna, que hemos pasado de un tiempo de seguridades a un tiempo de la incertidumbre. Los fenómenos que desarrollamos en el presente capítulo son prueba de ello.

Así, por ejemplo, demostramos la importancia jurídica que poseen las generaciones futuras como sujetos de derecho, esta categoría que se erige como ese otro que está por venir, pero que supedita su construcción ontológico-jurídica

al reconocimiento de agentes del presente que coadvuyen a su concreción futura.

Es decir, existe una relación intergeneracional, y, por lo tanto, un reconocimiento de las generaciones futuras, -en tanto y cuanto-, los derechos que las tutelan sean protegidos y consagrados en el presente.

Todo lo cual, se erige como un fenómeno que deberá someterse a decisión desde la matriz del principio de equidad intergeneracional. Artícuense en efecto el art. 3 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y el art. 41 de la CN, al mismo tiempo con el art. 240 del CCCN cuando refiere a la limitación de no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los recursos, en clara relación asimismo con el art. 9 del CCCN en cuanto incorpora al abuso del derecho.

De esta manera, la nueva cosmovisión filosófica del derecho de daños, implica una mayor exigencia comprensiva para los juristas.

En primer lugar, por la comprensión de un sistema que opera con distintos engranajes a los acostumbrados, como hemos desarrollado en la presente tesis.

Y, en segundo lugar, por el entendimiento de los factores temporales que tienen incidencia directa en la justicia del caso, lo que no es otra cosa que un verdadero compromiso con la identificación y reconocimiento de los intereses merecedores de tutela.

Es decir, el nuevo esquema del derecho de daños, requiere no solo de conocimientos técnicos propios del área, sino que, también requiere una comprensión tempo-espacial de una era disruptiva, para poder contextualizar los decisorios de la manera más eficiente y justa.

Ya sea a la hora de, por ejemplo, prevenir daños, o bien en su *praxis* procedimental en la que el factor tiempo es de suma importancia dada la naturaleza de los fenómenos actuales.

9.5. Conclusiones

En el presente capítulo hemos desarrollado parámetros de identificación de intereses merecedores de tutela en el derecho actual. Para ello, transitamos los derechos constitucionales de tercera y cuarta generación a los fines de materializar en forma teórico-práctica la constitucionalización del derecho privado que hemos desarrollado a lo largo de la tesis.

Así, recorrimos diversos puntos del derecho de consumo, el derecho ambiental y el derecho de las tecnologías, con la pretensión de presentar fenómenos complejos que requieren -y requerirán-, soluciones justas en un contexto de vacío, insuficiencia o confusión legal.

Para ello, acudimos a los principios que nos posibilitan la identificación y el reconocimiento de intereses merecedores de tutela, de conformidad a lo que desarrollamos en los primeros capítulos de la presente investigación.

Una vez realizado ello, concluimos el capítulo con una breve reflexión del daño injusto y el tiempo existencial, como un necesario replanteamiento de la presencia e importancia del tiempo tanto en clave hermenéutica como en el derecho sustancial y procedimental en una era donde la celeridad y disrupción conquistó los fenómenos sociales, aprehendiendo al mismo conflicto en su genética.

Frente a este cuadro, el derecho no puede permanecer inerte y reticente a los cambios sociales, a las nuevas formas de ser y estar en el mundo de las subjetividades y colectividades, dado que el mismo derecho es un objeto cultural que debe brindar respuestas a una sociedad que cada vez exige más y con mayor rapidez.

CONCLUSIONES GENERALES

“No podemos eludir la decisión de lo que hemos de iniciar con lo que podemos hacer.”
(Safranski, 2017, p. 58).

A modo de conclusión, asistimos a corroborar en la presente investigación que, en la sistematización del actual derecho de daños, existen categorías obsoletas que subsisten en la transición como piezas oxidadas que obstaculizan la concreción del fin primero y último del derecho: la Justicia.

Así, específicamente en materia de daños, hemos comprobado que la antijuridicidad deja de ser un presupuesto práctico a la hora de la determinación de la responsabilidad de un agente. Lo antedicho lo hemos comprobado en el Capítulo 6.

Entre las causales que detallamos, debemos resaltar al advenimiento de una transformación sin precedentes en la humanidad, donde el cambio ha sobrepasado a la conservación. De esta manera, el cambio es mayor a lo que permanece estático y brinda seguridad.

Por lo que la inestabilidad es permanente y, por lo tanto, el dinamismo de las formas de vida es cada vez más efímero y veloz. Todo lo cual, ha acrecentado exponencialmente la sociedad de riesgos.

En esta nueva restructuración social, el derecho no está exento de las transformaciones culturales, y, por lo tanto, como objeto cultural que es, debe adaptarse a estas nuevas formas de vida, para así, poder dar respuestas a las necesidades sociales en forma práctica y directa.

En este sentido, expresa Rodotà (2014), el gran reto es salir del derecho y regresar a la vida (p. 44). En esta línea se mueve el nacimiento, al que asistimos, de un derecho difuso y móvil, que puede convertirse en instrumento de liberación frente a una regla constrictiva y que intenta recluir la vida de en una jaula jurídica.

Es aquí donde hemos comprobado a lo largo de la investigación la recargada tensión entre seguridad jurídica y libertad individual. Sin perder ese norte, nos adentramos a encauzar diversos mecanismos jurídicos que den respuestas a las necesidades de nuestra época, que se encuentren enfocados en flexibilizar la primera en pos de ponderar la segunda.

En virtud de lo expuesto, viabilizamos nuestra pretensión a través del reconocimiento de la teoría del daño injusto que hasta el momento se encontraba en su segunda vida conforme desarrollamos en el Capítulo 7.

Una vez analizada, la reestructuramos y transformamos en una tercera vida que nos permitió expandir y readaptar la misma a los fines de aplicarla al ordenamiento jurídico privado constitucionalizado argentino -Capítulo 8-.

En consonancia con nuestro enfoque metodológico, acudimos a tratamientos interdisciplinarios que complementen la insuficiencia que el derecho tiene por sí mismo de abarcarlo todo -conforme lo adelantamos en el Capítulo 2-

Así, a través de la sociología jurídica hemos identificado que, pese a un renovado ordenamiento jurídico privado constitucionalizado, la práctica tribunalcia -y en gran medida académica- sigue utilizando justificaciones jurídicas obsoletas, al mismo tiempo que identificamos a la hiperinflación normativa y al exceso burocrático del sistema legislativo como una causal de desorden jurídico en nuestro país.

Por otro lado, recurrimos en gran medida a los cimientos filosóficos que nos permitieron una deconstrucción metodológica de categorías jurídicas que en la práctica cotidiana pasan desapercibidas. Logrando de esta manera deconstruir un arquetipo ficcional obsoleto sobre el cual se encontraba diseñado el derecho tradicional.

Esto nos conllevó la dificultad de cuestionar categorías jurídicas que tienen muchos años de historia asentadas en el imaginario jurídico. Lo cual implica romper moldes que muchas veces, conduce a rellenarlos con institutos de una impronta ideológica disímil.

En este sentido, consideramos que el transcurso de este proceso reidentificatorio del derecho, no estará exento de tensiones y contradicciones, aunque avizoramos que quizás sea el precio que habrá que pagar para trascender la obsoleta ideología positivista del legalismo.

Asimismo, a través de la filosofía jurídica hemos comprobado -ya en la fase inicial del Capítulo 3- que el positivismo, heredero de una ontología metafísica, caracterizada por la verdad única, inmanente e inmutable, ha de ser reemplazada por una filosofía emergente que atienda al valor de lo múltiple, lo

dinámico e inestable, sin desconocer al mismo tiempo la connotación política de los valores democráticos, como es la construcción de una sociedad plural.

Esta nueva ontología, desde la que debe partir en adelante la investigación jurídica, deberá ser un campo que reconozca como carácter fundamental a la apertura de sentido de las interpretaciones. Debido a que éstas nunca terminan por alcanzar el atributo de ser absolutas, universales y definitivas.

En tal sentido, la bisagra que nos permitió llegar a estas conclusiones, se encuentra en la comprensión del cambio ideológico-filosófico- jurídico que consolida en forma transversal el Título Preliminar del CCCN.

Sobre el cual, hemos comprobado que no es simplemente un capítulo introductorio del cuerpo normativo, sino una clave interpretativa transversal del ordenamiento privado constitucionalizado. Con especial incidencia en la restructuración del derecho de daños.

De esta manera, ingresamos por la puerta principal del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado a través de la dignidad humana y la consolidación del reconocimiento de la persona humana por sobre el paradigma patrimonialista del derogado CC, enmarcando al daño como el verdadero protagonista del sistema.

A partir de este reconocimiento se manifiesta en una reversión del foco e de todo el derecho de daños, pasándose de un enfoque del daño causado - derecho patrimonialista- al foco en el daño sufrido por el damnificado -derecho personalista-.

Este presupuesto que hemos desarrollado desde diversas aristas, se erige como una entidad jurídica autónoma y autosuficiente, que comprende en forma amplia tanto a derechos como intereses. Dentro de un sistema que comienza enmarcado por la anticipación al mismo, es decir; su prevención. Y en un marco que rediseña el funcionamiento y vigencia del *alterum non laedere*.

En este escenario, asistimos a corroborar el vigor jurídico de los principios, desarrollando en los Capítulos 4 y 5 una exposición enunciativa que demuestran que han trascendido como fuente de derecho, para pasar a ser el mismo núcleo de los intereses merecedores de tutela, que posibilitan la determinación y aplicación del daño injusto.

De esta manera, una vez identificado el problema y logrado el diagnóstico, nos hemos adentrado a bajar a la práctica los resultados que implicó remover las categorías jurídicas deconstruidas.

En tal sentido, corroboramos a través de los Capítulos 8 y 9 cómo cobra vida la tercera fase del daño injusto en nuestro ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

De esta manera, se comprueba a través de todo el recorrido investigativo que se ha cumplido con la hipótesis de que: “La incidencia que tiene la teoría del daño injusto en la antijuridicidad a la luz del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado es su abolición como presupuesto de la responsabilidad para atender a los nuevos daños que merecen tutela”.

Por último, es dable resaltar que el nuevo escenario propuesto por los codificadores, es en gran medida tributario de una jurisprudencia y doctrina que ya venía *aggiornando* un derecho petrificado en la letra de la ley.

Así, la introducción de la función preventiva, como la constitucionalización del derecho privado en forma transversal han ido marcando un camino principiológico que ha llegado para quedarse como técnica legislativa y como fuente de identificación y reconocimiento de intereses merecedores de tutela en los estrados judiciales.

De esta manera, se posibilitará un efectivo acceso a la justicia de potenciales damnificados, lo cual se constatará en la viabilidad de ser sujeto activo de una determinada acción, y, correlativamente, la posibilidad de expansión de legitimados pasivos de la misma.

Desde esta matriz, el cambio de paradigma termina por demoler el muro que existía entre la moral y el derecho, para pasar a darle lugar al estudio del campo axiológico, lo cual reafirma la necesidad de razonamiento filosófico para reflexionar y reivindicar la importancia de la ética; que en el fondo no es otra cosa que conciliar la justicia y la libertad.

Como dijo Albert Camus: “Si se fracasa al querer conciliar la justicia y libertad, se fracasa en todo”. (Camus, 1966, p. 120)

Entre los aportes más significativos de la presente investigación encontramos:

1. Brindar un punto de partida epistemológico novedoso para analizar al sistema de daños actual, no desde una visión de ciencia jurídica sino desde la concepción del derecho como práctica social discursiva.
Al mismo tiempo que adoptamos enfoques interdisciplinarios múltiples para dar respuesta a la problemática, acudiéndose al análisis histórico - tanto del derecho romano como del derecho itálico moderno, como así también del derecho local argentino-, a la filosofía jurídica –como un eje transversal que nos permitió socavar las categorías ficcionales que consideramos obsoletas sobre las que permanecen los resabios positivistas en la actualidad del derecho- por otro lado, asistimos a enfoques de sociología jurídica y política- circunscripta a las tensiones ideológicas que subyacen entre los choques entre el sistema y la realidad- y, por último, acudimos a la técnica estrictamente jurídica -en el cual pretendemos reedificar y reconstruir el sistema de daños desde la normativa del CCCN y sus microsistemas, con la CN y los tratados internacionales.
2. Profundizar a través de estudios filosóficos las bases del derecho de daños a los fines de problematizar y reedificar las categorías del derecho que consideramos obsoletas. Por ejemplo, la separación de derecho público y privado, la necesaria conjunción hermenéutica del derecho, la moral y la política. Al mismo tiempo que el carácter obsoleto de la antijuridicidad, a la distinción entre ley y derecho, entre otras tensiones.
3. Realizar no solo una actualización de la teoría del daño injusto, sino también una proyección y sistematización del mismo al renovado ordenamiento jurídico privado constitucionalizado. En este contexto, le damos existencia a la tercera vida del daño injusto.
4. Desarrollar una argumentación detallada en la cual se da cuenta de la necesidad de desterrar a la antijuridicidad como presupuesto del derecho de daños.
5. Brindar un panorama completo y transversal de los derechos de tercera y cuarta generación a los fines de comprender por qué el derecho de daños debe modernizar sus bases.

NUESTRAS PROPUESTAS

Con la finalidad de brindar las propuestas de nuestra labor investigativa, postularemos las mismas sobre tres ejes que fueron los pilares más importantes sobre los cuales se apoyó nuestro trabajo –no obstante asistirse de otros-, estos son: la juridicidad, la filosofía ética y la sociología.

En mérito a estos basamentos epistemológicos, y tras haber analizado y desarrollado al daño injusto en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado, hemos identificado una serie de puntos a considerar:

1. Propuesta desde lo jurídico/político/legislativo

En el presente trabajo se ha visualizado la complejidad que tienen los procedimientos legislativos a los fines de dar respuestas a las necesidades que surgen de los fenómenos sociales.

Así, la burocracia y el consenso legislativo operan como un mecanismo ralentizador de la justicia. Ello lo confirmamos, por ejemplo, cuando desarrollamos los fenómenos disruptivos de la tecnología. Por lo cual, las leyes terminan por quedar obsoletas en su practicidad. Sumándose que generalmente poseen técnicas legislativas ineficaces que continúan basándose en presupuestos fácticos taxativos y no en principios.

En este sentido, si bien consideramos de relevancia la creación normativa, no podemos continuar pretendiendo que la elaboración de leyes sea el único mecanismo que solucione los problemas institucionales, ya que, de ser así, continuaremos transitando los caminos que nos han llevado a donde estamos, más aún en un país hiper legiferante como es Argentina.

Dicho ello, si bien proponemos que la antijuridicidad sea desterrada de la letra del CCCN, en el caso concreto de nuestro estudio, proponemos que las leyes de la materia sean ajustadas a los nuevos tiempos y necesidades plurales que se encuentran en permanente cambio.

En efecto, se deberá delegar parte de ese poder creador de los legisladores en los jueces, implementando correlativamente mayor control en estos últimos.

En este sentido, hemos comprobado que, en el fondo, la verdadera gestación de cambios, vendrá de la mano de una genuina concertación entre los poderes legislativo y judicial.

En dicha concertación, no se deberá soslayar que los jueces de estos tiempos, no deben ser meros aplicadores de leyes como se nos ha enseñado históricamente, sino que deberán desempeñar un rol proactivo y performativo en la justicia de los casos particulares.

2. Propuesta desde el aspecto sociológico-jurídico

Otro de los ejes sobre los que realizamos nuestra investigación es la sociología, en lo específico, la sociología jurídica. Bajo este diálogo entre el derecho práctico y los fenómenos sociales, hemos identificado al menos dos causas que suelen ser ignoradas en el análisis por el medio del cual las teorías negatorias terminan por rechazar a la teoría del daño injusto.

2.1. El problema de la formación jurídica

Es una realidad que la enseñanza jurídica es deudora de la formación de abogados -incluso futuros jueces- funcionales. Esto no quiere decir que estos no existan, sino que, referimos a que este mérito es difícilmente atribuido a la formación general del abogado, quedando mas bien librado a su experiencia y talento, o por avatares de las experiencias personales, mas no por estar asegurado por la formación institucional.

2.1.1. Propuesta para problemática formativa

Para la misma proponemos que se creen asignaturas de formación crítica en las facultades de derecho, al mismo tiempo que se requiera un control eficiente sobre las cátedras deontológicas de las mismas.

Al identificar una problemática en la formación jurídica -incluso de las carreras judiciales-, consideramos pertinente proponer programas filosófico-jurídicos de la Escuela Crítica en las universidades, como así también, como una exigencia obligatoria para quienes aspiren a la judicatura.

En dicha lógica, el mismo Estatuto del Juez Iberoamericano en sus considerandos lo contempla al decir que en último término, la calidad de la justicia depende la clara idoneidad técnica, profesional y ética de los jueces. (Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001), y en la base de nuestro ordenamiento, el art 16 de la CN al exigir la idoneidad de los cargos públicos.

Consideramos que, de esta manera se formará al futuro abogado o juez en base a los criterios abiertos de la justicia y no como un manual de respuestas dadas.

En este sentido, las facultades deben enfocar sus enseñanzas en cátedras de argumentación jurídica, dejando a la vista que la justicia no es algo inmanente, sino una aspiración que está siempre por delante, que requiere construcción y lucha por el derecho, ya no desde una visión purista de la ciencia del derecho, sino como práctica social discursiva.

De esta manera, se dejará de correr el riesgo de que la justicia sea apropiada por un determinado sistema de pensamiento, y se evitará que se bajen líneas políticas en los programas educativos. O, en la mejor de los casos, la impotencia de las leyes bien intencionadas por los legisladores no termine siendo un instrumento de injusticias.

En razón de tales motivos, consideramos que debe ser parte de la educación de los futuros operadores jurídicos y en especial de los futuros jueces, los factores emocionales, éticos y axiológicos de la sociedad de su tiempo.

Es preciso recordar que el Estatuto citado anteriormente expresa que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, exigiéndole al Poder Judicial que responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales.

Ya dijo algún autor que no puede haber concreción de los derechos humanos sin tener en cuenta las emociones. De esta manera, deberá exigirse la obligatoriedad de estos mecanismos formativos, como así también de su control regular. Al fin de cuentas, los problemas que pueden parecer de base jurídica terminan siendo problemas éticos.

Al mismo tiempo, deberá ser obligatoria la formación crítica y filosófica para quienes aspiren a la judicatura, y, una vez en los cargos, deberán ser exigidas las actualizaciones y evaluaciones estrictas en dicha materia.

2.2. El problema político de las estructuras de control institucional

En primer lugar, no podemos ignorar la realidad de la práctica tribunalicia transversal de nuestro país: juzgados abarrotados de expedientes, ineficacia de

y falta de respuestas, incumplimiento reiterados de plazos, falta de transparencia en designación o falta de control de la actividad judicial, entre tantos otros.

Al mismo tiempo que continuamos en el eterno círculo vicioso de pretender modificar las estructuras de los consejos de las magistraturas. Siempre supeditados más a las intenciones y consensos políticos que a las necesidades de la sociedad.

2.2.1. Propuesta para el problema de control político

Para la segunda problemática se propone que se establezca mayor rigurosidad en la selección y control de los jueces que se designen mediante las reformas necesarias para que el Consejo de la Magistratura opere como un organismo eficiente en un Estado de Derecho Constitucional.

En conclusión, el problema de la recepción de la teoría del daño injusto no es un problema que derive de su funcionamiento *per se*, sino que, el obstáculo se encuentra identificado en un problema previo de educación y control político-institucional.

3. Propuesta legislativa

Sin perjuicio de las disquisiciones realizadas entorno a que la antijuridicidad se encuentre incorporada expresamente en las disposiciones del CCCN, consideramos que ello no justifica su funcionalidad y eficacia en el sistema de daños.

Por lo que consideramos recomendable que, para las próximas reformas legislativas, se elimine a la antijuridicidad de la letra del CCCN. Al mismo tiempo, se continúe avanzando en una técnica principiológica en lo que a la legislación de la materia concierna.

Palabras finales

De esta manera, consideramos que nuestra tesis aporta elementos necesarios para enfrentarnos a un proceso de transformación jurídica inédita, los cuales serán lentos y no exentos de tensiones, pero convencidos de encontrarnos encaminados hacia un derecho más justo.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- Acuña Anzorena, A. (1963). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Platense
- Algarra Prats, E. (1995). *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*. Ed. Mc Graw-Hill.
- Agoglia, M (1999). *El daño jurídico actual. Enfoque actual*. La Ley
- Agoglia, M. (1999). El daño injusto en el Derecho italiano. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley. T.2006, 1525-1527.
- Alessi, R. (1955). *La responsabilità della pubblica amministrazione*. [La responsabilidad de la administración pública]. Giuffrè.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2014). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alpa, G. (2016). *La Responsabilidad civil. Parte general*. Ediciones Legales
- Alpa, G. (2017). *¿Qué es el derecho privado?* Zela.
- Alpa, G. (1979). *Il problema dell'atipicità dell'illecito* [El problema de la atipicidad del ilícito]. Jovene.
- Alpa, G. (1991). *Responsabilità civile e danno* [Responsabilidad Civil y Daño]. Il Mulino.
- Alpa, G., y Bessone, M. (1980). *La responsabilità civile* [La responsabilidad Civil]. Giuffrè.

- Alterini, A. (1972) *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación*. Abeledo Perrot.
- Alterini, A. (1987). *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot.
- Alterini, A., y López Cabana, R. (1990). El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado. *Revista La Ley*, 1990(B), 1101-1117.
- Álvarez Gálvez, I. (2001). Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen. *Boletín de la Facultad de Derecho de Madrid*, 2001(17), 27-74. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2001-17-C830506E/PDF>
- Álvarez Larrondo, Federico. (2020). El nuevo derecho artificial. Desafíos para el derecho en general. En F. Álvarez Larronod (dir.). *Inteligencia artificial y derecho* (pp. 17-101). Hammurabi.
- Amato, S. (2008). Del derecho al Derecho natural. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del Derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante las crisis del positivismo jurídico* (Vol I, pp. 111-136). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Andorno, L. (2006). Daño (E injusticia del daño). En J. De Los Mozos y C. Soto Coaguila (dirs.). *Responsabilidad Civil. Derecho de daños. Teoría General de la responsabilidad civil* (pp. 215- 250). Grijley.
- Anzani, G. (2016). Causalità omissiva e causalità incerta alla luce della buona fede oggettiva. *La Nuova giurisprudenza civile comentata* [Causalidad omisiva y causalidad incierta a la luz de la buena fe objetiva. La Nueva jurisprudencia civil comentada]. *Revista mensuale* XXXII, 941-950. Cedam.
- Anzani, G. (2016). Il danno non patrimoniale da fatto illecito. Folgio di giurisprudenza [Daño moral resultante de un acto ilícito. Hoja de jurisprudencia]. *Il caso.it*. pp. 1-24. https://news.ilcaso.it/news_2165/15-12-16/Il_danno_non_patrimoniale_da_fatto_illecito_-_Gaetano_Anzani

- Anzani, G. (2018). Concorso di responsabilita contrattuale ed extracontrattuale. [Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual]. *Rivista di Responsabilita civile e previdenza*. I, 278-296. Giuffre.
- Aquino Britos, A. (2019). La 4ta generación de derechos constitucionales. <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4367-4a-generacion-derechos-constitucionales>
- Aristóteles (2014). *Ética a Nicómaco*. Las cuarenta.
- Aseff, L. (1998). La teoría crítica en la Argentina. En *revista online Doxa*. XXI (2), 21-32. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10345/1/doxa21-2_02.pdf
- Atienza, M., y Manero, J. (2000). Para una teoría general de los ilícitos atípicos. *Revista Jueces para la Democracia*, 2000(39), 43-49.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas.
- Atienza, M., y Manero, J. (2009). Dejemos atrás el positivismo jurídico. En M. Atienza (dir.). *Para una teoría postpositivista del derecho* (Vol. U, pp. 127-155). Temis.
- Balestrini Acuña, M. (2006). *Como se elabora el proyecto de investigación*. BL consultores asociados.
- Barbero, A. (2001). La ilicitud en el Proyecto de Código Civil de 1998. En *Revista La Ley* 2001 (C), 1024-1030.
- Barcellona, M. (2005). *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo* [Cláusulas generales y justicia contractual. Equidad y buena fe entre el código civil y el derecho europeo]. Giappichelli.
- Barcellona, M. (2011). L'ingiustizia del danno e il doppio regime della responsabilita [La injusticia del daño y el doble régimen de la responsabilidad]. En Gabrielli Enrico (dir.) *Commentario al codice civile* [comentario al código civil]. (pp. 59-280). Utet.

- Barocelli, S. (2016). *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*. Universidad de Buenos Aires.
- Belenguer, D. (2014). *Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial* (Tesis de doctorado). Universitat de Valencia.
- Belli, G. (2011). *La responsabilita` della publica amministrazione per danni da emotrasfusioni infette* [La responsabilidad de la administración pública por el daño en las infecciones por transfusiones sanguíneas]. *Rivista La responsabilita civile*, 11, 778-782.
- Bertolini, A. (29 de 10 de 2014). RoboLaw: Why and how to regulate robotics [Por qué y cómo regular la robótica]. *Robolaw*, s.p. <https://robohub.org/robolaw-why-and-how-to-regulate-robotics/>
- Bestani, A (2015). Acción preventiva y omisión precautoria en el Código Civil y Comercial. *En Revista Código Civil y Comercial*. AbeledoPerrot.
- Bianca, C. (1994). La responsabilita [La responsabilidad]. En *Diritto Civile*. T.V. Giuffre.
- Bianca, C. (2006). Se regresa a hablar de daño injusto. En: Mozos, José Luis de los (dir.). *Responsabilidad civil. Derecho de daños: teoría general de la responsabilidad civil* (Volumen U, pp. 251-264). Grijley.
- Bidart Campos, G. (1986). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. El derecho constitucional de la libertad*. Ediar.
- Bidart Campos, G. (2000). Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine. En G. Bidart Campos y A. Gil Dominguez (coords.). *El derecho constitucional del Siglo XXI: diagnóstico y perspectivas* (pp. 11-22). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2004). Una mirada constitucional al principio de la buena fe. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. 1, pp. 33-42). La Ley.

- Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Debate.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistemas
- Bueres, A. (2001). *Derecho de daños*. Hammurabi.
- Bueres, A. (1992). El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (T.I, pp. 237-259). Rubinzal-Culzoni.
- Bueres, A. (1989). El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta. *En Derecho de Daños. Libro en Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe*. (pp.141-176). La Rocca.
- Boulanger, J. (1950). *La méthode de l'Interpretation juridique. Semaine internationale de droit* [La metodología de la interpretación jurídica. Semana internacional del derecho]. Association Henri Capitant y la Société de Droit Comparé.
- Brun, P. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*. Instituto Pacífico.
- Burgueño Ibarguren, M. (2015). La nueva vida de la antijuridicidad. En *Revista Expediente*. 2015(6). Boletín jurídico del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia.
- Busnelli, F. (2002). La parábola de la responsabilidad civil. *Ius et Veritas*, 12 (24), 12-36.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16165>
- Bustamante Salazar, L. (2007). La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. *Revista online Dialnet* (3), 165-195.
- Bustamante, J. (2010). La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales. *Telos: Critical Theory of the Contemporary*.

<https://telos.fundaciontelefonica.com/urldirect/pdfgenerator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2010110411480001&idioma=es>

- Calvo Costa, C. (2005). *Daño resarcible*. Hammurabi.
- Calvo Costa, C. (2009). La vigencia de la antijuricidad en el actual derecho de daños. *Revista de responsabilidad civil y seguros*. 11(1), 89-96. Número especial en homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini, 10° aniversario. La Ley
- Calvo Costa, C. (2012). El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños*, 2012(3) diciembre, 193-227. Rubinzal Culzoni.
- Calvo Costa, C. (2017). *Derecho de las obligaciones*. Hammurabi.
- Cafferatta, N. (2014). El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”. En *Revista de Derecho Ambiental* (40), y “*Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, *La Ley, Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (11).
- Cafferatta, N., y Peretti, E. (2019). *Nuevos desafíos del derecho ambiental*. Rubinzal Culzoni.
- Camus, A. (1966). *Carnet II*. Losada.
- Canaris, (1983) Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione [Normas de protección, obligaciones del tráfico, deberes de protección]. En *Rivista Critica di Diritto Privato*, 567- 793.
- Carbonnier, J. (1974). *Derecho Flexible*. Tecnos.
- Cárcova, C. (2008). *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Abeledo Perrot.
- Carnelutti, F. (1951). *Teoria generale del diritto* [Teoría general del derecho]. Del Foro italiano.
- Carnelutti, F. (1953). *Bilancio del positivismo giuridico. Discorsi in torno al diritto* [Balance del positivismo jurídico. Discursos sobre la ley]. Cedam.
- Carnelutti, F. (1926). *Il danno e il reato* [daños y delitos]. Cedam.

- Carnelutti, F. (1930). *Il danno e il reato* [daños y delitos]. Cedam
- Capaccioli, E. (1973). *Interessi legittimi e risarcimento dei danni* [Intereses legítimos y resarcimientos de los daños]. Giuffrè.
- Casals, M. (2005). Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, X(2), 1-25.
- Casiello, J. (2001). El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba* (pp. 1-20).
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasiello>
- Castronovo, C. (1979). *Problema e sistema nel danno da prodotti* [Problema y sistema en el daño del producto]. Giuffrè.
- Castronovo, C. (2006). *La nuova responsabilita civile* [La nueva responsabilidad civil]. Giuffrè.
- Cassagne, J. (1971). *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Abeledo Perrot.
- Celis Vela, D. (2016). Análisis conceptual y prácticas discursivas de los participantes en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Público* (36), 1-34. Universidad de los Andes.
- Céspedes Muñoz, C. (2011) La antijuridicidad: ¿presupuesto de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento chileno? *Estudios de Derecho Civil* (V), 625-638. Abeledo Perrot.
- Céspedes Muñoz, C. (2008). La antijuridicidad: ¿presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento chileno? En *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (11), 29-38.
- Chamatropulos, D. (2019). *Estado del consumidor comentado*. La Ley.
- Chiassoni, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Universidad Externado de Colombia.

- Chiassoni, P. (2017). Las cláusulas generales entre teoría analítica y dogmática jurídica. En M. Jori y S. Zorzetto. *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho* (vol. 2, pp. 142-151). Zela.
- Chul-Han, B. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Herder.
- Cianciardo, J. (2002). Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad. *Revista La Ley*, 2002(B), 953-961.
- Cibils, J. (1973). El derecho subjetivo. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 25(119), 89-108.
- Cicerón, M. (1984). *Sobre la República*. Gredos.
- Cifuentes Gil, R. (2011) Diseño de proyectos de investigación cualitativa. *Centro de publicaciones Educativas y Material Didáctico*.
- Ciuro Caldani, M. (1992). Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación. *Revista La Ley*, 1992(D), 1060-1066.
- Ciuro Caldani, M. (1995). Las teorías acerca de la interpretación, su dinámica histórica y el lugar del derecho privado. *Boletín del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social* (vol. 20, pp. 83-86). Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, M. (1995). Panorama general de los recursos para promover en los alumnos la formación para la investigación en las materias del derecho positivo. *Boletín del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social* (vol. 20, pp. 107-112). Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, M. (2004). Aspectos filosóficos de la buena fe. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. 1, pp. 3-23). La Ley.
- Ciuro Caldani, M. (2000). Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el derecho privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia. *Revista de Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social. Investigación y docencia* (N° 33, pp. 9-18). Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

- Ciuro Caldani, M. (2004). Aspectos filosóficos de la buena fe. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. I, pp. 3-23). La Ley.
- Coaguila, Jaime. (2005). El análisis discursivo del derecho. *Isonomía* (23), 165-177. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000200008&lng=es&tlng=es.
- Colombo, G. (2012). *Democracia*. Hidalgo.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Concepción Rodríguez, J. (1999). *Derecho de daños*. Bosch.
- Córdoba, M. (2016). La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino. *Revista Jurisprudencia Argentina*, II,867-877. Abeledo Perrot.
- Corral Talciani, H. (2008). La relación de causalidad en el sistema de Torts del Common Law. En J. B. al.], & e. Tatiana Vargas Pinto. *La relación de causalidad: análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (pp. 37-58). Cuadernos de Extensión Jurídica.
- Corsaro, L. (2001). Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. (pp.139- 186). Ara Editores.
- Cossari, N. (2015). Comentarios al tomo IX. Derechos Reales. En J. Alterini (dir.). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. (Vol IX, pp. 475-560). La Ley.
- Cossio, C. (2023). *Teoría egológica del derecho. Problema, panorama y la teoría de la imprevision*. Olejnik
- Cracogna, D. (2002). El derecho subjetivo en la teoría pura del derecho. En M. Laclau (dir.). *Anuario de filosofía jurídica y social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General* (vol. 22, pp. 31-43). Abeledo-Perrot.

- Croxatto, G. (2017). Buscando un nuevo “piso” para el derecho. El giro de Gustav Radbruch en la filosofía alemana: de los campos de exterminio alemanes al abandono del positivismo jurídico. Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema. En R. Alexy (dir.). *Argumentación, derecho humanos y justicia* (pp. 106-168). Astrea.
- Cruz Parceró, J. A. (1998). *El concepto de derecho subjetivo. En la teoría del derecho contemporánea* [Tesis de Doctorado]. Universidad de Alicante.
- Dabin, J. (1955). *El Derecho subjetivo*. La Ley.
- D’Antonio, V. (2012). Il danno ingiusto [El daño injusto]. En P. Stazione (dir.). *Trattato della responsabilità civile* (Tomo II, pp. 85-118). Cedam.
- De Angel Yagüéz, R. (2000). Comentario al Código Civil. Arts. 1790 a 1902. En I. Sierra Gil de la Cuesta (Coord.). (T. 8, pp.150-171). Bosch.
- De Cunto, A. (2017). *Los conflictos de principios en el derecho privado*. La Ley.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bosch.
- De la Fuente, H. (1983). Principios generales de la equidad. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1983(3), 720-738.
- Delsol, C. (2008). ¿Podemos erigir la ley natural en ley positiva? En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico* (pp. 105-111). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Dell’Andro, R. (1958). Antigiuridicità [Antijuridicidad]. En *Enciclopedia del Diritto*, (II). Giuffrè.
- De la Rúa, J., Tarditti, A. (2014). *Derecho penal. Parte General*. Hammurabi.
- De Lorenzo, M. (1990). La Buena Fe en el Derecho Privado Patrimonial. *Separata de la Revista del Notariado* (821), 1-18. Colegio de escribanos.
- De Lorenzo, M. (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil. Alterum non laedere*. Abeledo Perrot.

- De Lorenzo, M. (2000). El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998. *Revista La Ley*, 2000(C), 975-988.
- De Lorenzo, M. (2001). El daño y las causas de justificación en el proyecto de Código Civil 1998. En J.M. Alterini (coord.), *Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y propuestas*, (Vol I, 347-366). Abeledo-Perrot.
- De Lorenzo, M. (2007). Sobre ficciones y mitos en el derecho privado. *Revista La Ley*, 2007(A), 854-864.
- De Lorenzo, M. (2014). El principio de no dañar al otro. En *Revista La Ley* 2014-E.
- De Lorenzo, M. (2019). Repensar al "otro". (Reflexiones sobre el Derecho Civil). Cita *Online* AR/DOC/1190/2019
- De los Mozos, J. y, Soto Coaguila. (2006). Presentación de la obra. En J. L. de los Mozos y C. A. Soto Coaguila (dirs.). *Responsabilidad civil. Derecho de daños: teoría general de la responsabilidad civil* (pp. 9-13). Grijley.
- Delvaux, M. (2017). *REPORT A8-0005/2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf
- Denzin & Lincoln (2012). *Manual de investigación cualitativa. El campo de la investigación cualitativa*. Gedisa.
- Derrida, J. (2018). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Tecnos.
- Del Vecchio, G. (1948). *Los principios generales del derecho*. Bosch.
- Díaz Cordero, A. (2024). El derecho a la identidad e imagen de los menores de edad en las redes sociales. El "sharenting". Cita *online* TR La Ley AR/DOC/1115/2024
- Di Ciommo, F. (2000). *Dovere di correttezza in ambito extracontrattuale. Il commento alla sentenza Tribunale di Rimini [Deber de corrección en materia extracontractual. El comentario a la sentencia del Tribunal de*

Rimini]. (21/08/2000) "Piccioni c. Banca Popolare Valconca".
<https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/57287/92276/Correttezza%20in%20ambito%20extracontr.%20in%20Danno%20e%20resp.%202001.pdf>

Diez Picazo, L. (1985). Prólogo. En K. Larenz. *Derecho Justo. Fundamento de ética jurídica* (pp. 13-16). Civitas.

Diez Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.

Diez Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Civitas

Domat, J. (1697). Les loix civiles dans leur ordre naturel. Seconde édition [La ley civil en el orden natural]. 1697. *Bibliothèque nationale de France*.
<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/01/Domat-parte-I-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>

Dworkin, R. (1990). Retorno al derecho natural. En J. Betegón, y J. De Páramo (dirs.). *Derecho y moral* (pp. 23-46). Ariel.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Ariel

Echeverría, R. (2022). *El giro de la mirada*. Granica.

Enneccerus, L., Kipp, T., Wolf, M. (1935). *Tratado de Derecho civil*. Bosch.

Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch.

Fernández de Buján, F. (2004). *Sistema contractual romano*. Dykinson.

Fernández Sessarego, C. (1996). Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del derecho. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1 (87), 873-885. Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM.

Fernández Sessarego, C. (2016). El derecho y la Libertad como proyecto. *Revista Ius Et Veritas*, 52 (2016), 114-133.

- Fernández Sessarego, C. (2016). ¿Es la “antijuridicidad” una categoría jurídica? ¿Existen las llamadas “penas privativas” de la libertad? *Revista De Derecho Thēmis*, (68), 193-202.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15593>
- Finnis, J. (2017). ¿Qué es la filosofía del derecho? En J. Saldaña Serrano y C. Massini Correas (eds.). *Estudios de teoría del derecho natural*. (pp. 1-16). Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM.
- Finol De Navarro, T., y Nava De Villalobos, H. (1996). *Procesos y Productos en la Investigación Documental*. Editorial de la Universidad del Zulia (EDILUZ).
- Fissore, D. (2014). Comentario al Título Preliminar. En A. Bueres (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado* (tomo I, pp. 69-76). Hammurabi.
- Forcellini, F., y Luliani, A. (2013). *Le clausole generali tra struttura e funzione* [Las cláusulas generales entre estructura y función], *Rivista Europa e Diritto Privato* 2013(2), 395-456.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. Abeledo Perrot.
- Fossaceca, C. y. (2020). Aproximaciones a la responsabilidad civil por la utilización de inteligencia artificial y derecho de los robots. Una mirada jurídica. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 8 (22), 20-37.
- Franzoni, M. (1999). La evolución de la responsabilidad civil a partir del análisis de sus funciones. *Revista Ius Et Veritas*, 18 (1999), 68-87.
- Franzoni, M. (2018). Il danno ingiusto fra il giudice e la legge [El daño injusto entre el juez y la ley]. *Questione Giustizia*, I (2018), 90-97.
- Franzoni, M. (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. (pp. 191-225). Ara Editores

- Fronidzi, R. (1972). *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. Fondo de Cultura Económica
- Frúgoli, M. (2019). Antijuricidad, Prevención y Responsabilidad por insuficiente conservación de los rastros del ilícito. IJ Editores Argentina, *Revista Jurídica de Daños*, 20 (4). Cita online IJ-DCXCI-723
- Fucito, F. (1989). Concepción sociológica del derecho. *Cuadernos de investigaciones* (vol 10, pp. 1- 45). Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja de la Facultad de Derecho U.B.A.
- Galeano Marín, M. E. y Vélez Restrepo, O. L. (2002). *Estado del arte sobre fuentes documentales en investigación cualitativa*. Centro de Investigaciones Sociales y Humanas. Universidad de Antioquia.
- Galdós, J. (2015). Comentario del art. 1737 a 1748. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (tomo VIII, pp. 473-536). Rubinzal-Culzoni.
- Galoppini, A. (1965). Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilita extracontrattual [Apuntes sobre la relevancia de la regla de buena fe en materia de responsabilidad extracontractual]. En *Revista trimestrale de Diritto e Procedura civile*, pp. 1397- 1415.
- García Huidobro, J. (2000). Retórica de las teorías iusnaturalistas. Reseña de algunos argumentos. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante las crisis del positivismo jurídico* (vol. 1, pp. 87-110). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- García-Ripoll Montijano, M. (2013) La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*, 66 (4), 1503- 1604.
- Garrido Cordobera, L. (1990). Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad. *J.A*, 1990(III), 188-191.
- Garrido Cordobera, L. (2010). El problema de las inmisiones inmateriales y el derecho: el exceso a la normal tolerancia entre vecinos. [file:///C:/Users/franc/Downloads/problemasinmisiones%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/franc/Downloads/problemasinmisiones%20(1).pdf)

- Gazzoni, F. (2004). *Manuale di diritto privato* [Manual de derecho privado]. Edizioni scientifiche italiane.
- Gelli, M. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. La Ley.
- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Reus.
- Gesualdi, D. (2013) La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Cita Online: AR/DOC/2287/2013
- Gherzi, C. (1994) El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistemática de la reparación de daños, *La Ley* 1994-D, 412-432.
- Gherzi, C. (1999). *Responsabilidad objetiva. El art. 1113 y la ley 24.999*. Jurídicas Cuyo.
- Gherzi, C., y Weingarten, C. (2017). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. La Ley.
- Ghirardi, J. (2004). Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño. *Damnum iniuria datum - daño injustamente causado, y responsabilidad extracontractual en derecho romano*. *Portal de Revistas* (vol.9, pp. 121-129).
<http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/issue/view/139>
- Giambartolomei, C. (2023). El honor de los funcionarios públicos frente a la libertad de expresión en redes sociales. Cita *Online*: TR LALEY AR/DOC/1414/2023
- Giménez, H. (2016). Interpretación conforme y principio pro homine en el Control de convencionalidad. En M. Midón (dir.). *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad* (pp. 281-290). Contexto.
- Girón Tena, J. (1989). *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*. Civitas.

- Goldenberg, I. (1990). Algunas reformas aconsejables para la actualización normativa de la Responsabilidad Civil. *Jurisprudencia Argentina*, 1990(VIII), 741-747.
- Goldschmidt, W. (2005). *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Lexis Nexis.
- Gómez Vargas, M., Galeano Higueta, C., Jaramillo Muñoz, D. (2015). El estado del arte: una metodología de investigación *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 6, (2), pp. 423-442 Fundación Universitaria Luis Amigó.
- González Galván, J. (1998). *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*. UNAM.
- González Quirós, J. (1999). *El porvenir de la razón en la era digital*. Síntesis.
- Gregorini Clusellas, E. (1992). Determinación del interés resarcible: jurídico o simplemente de hecho. *La Ley*, 1992(E),1-10.
- Guastini, Riccardo (2009): La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 49-73. Trotta.
- Guibourg, R. (2013). *Saber Derecho*. Abeledo Perrot.
- Guffanti, N. (1969). Qué es el positivismo jurídico. *Revista notarial*, 786, 1596-1605.
- Guevara Patiño, Ragnhild. (2016). El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos? *Revista Folios* 44(2016),165-179. Universidad Pedagógica Nacional de Colombia.
- Habermas, J. (1997). *Progreso técnico y mundo social de la vida*. Tecnos.
- Highton, E., Wierzba, S., y Bueres, A. (1997). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi
- Hegel, G. (1968). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Claridad.

- Hernández, R., Fernández, C; y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw-Hill.
- Herrera, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Astrea.
- Herrera Espinoza, J. (2002). Damnum iniuria datum. *Revista de derecho*, 3, 205-220. <http://www.uca.edu.ni/fcj/index.php/63-publicaciones-fcj/revista-de-derecho/597-revista-no-3>
- Hoerster, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa.
- Hruschka (2004). Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carneades en Gentz y en Kant. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LVIL* (2004), pp. 5-17.
- Iannello, P. (2017). El concepto de abuso del derecho en el código civil y comercial. *Revista La Ley*, 2017(A), 1189-1200.
- Ibarlucía, E. (2012). Antijuricidad y responsabilidad civil: fundamento constitucional. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012(A), 1-20.
- Iglesias, G., y Resala, G. (2013). *Elaboración de tesis, tesinas y trabajos finales: diferentes modalidades. Pautas metodológicas. Indicadores de evaluación*. Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.
- Iglesias, G., y Vázquez, N. (2013). La investigación científica. En G. Iglesias, N. Vázquez (Comp.) *Elaboración de tesis, tesinas y trabajos finales: diferentes modalidades. Pautas metodológicas. Indicadores de evaluación*. (pp. 59-82). Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.
- Iglesias, G, y Vázquez, N. (2009). Investigación científica como trabajo final. En G. Iglesias y G. Resala (Comps.). *Trabajo final, tesis y tesinas: modalidades, estructura metodológica y discursiva, evaluación*. (pp. 91-139). Ediciones Cooperativas.
- Ihering, R. (1891). *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Bailly-Bailliere.

- Ihering, R. (1946). *La dogmática jurídica: seguida de un apéndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo*. Losada.
- Ihering, R. (1972). *El fin en el Derecho*. Vientin S.A.
- Ihering, R. (1978). *El Fin en el Derecho*. Heliasta.
- Ihering, R. (2000). *El fin del derecho*. Comares.
- Ihering, R. (1966). *La lucha por el derecho*. Araujo.
- Ihering, R. (2018). *La lucha por el derecho*. Dykinson.
- Inzitari, B., y Piccinini, V. (2009). *Il danno ingiusto. Il superamento del concetto di danno ingiusto come lesione di un diritto soggettivo assoluto: la lesione del credito ad opera di terzi, in La responsabilità civile. Casi e materiali* [Daño injusto. Superación del concepto de daño injusto como violación de un derecho subjetivo absoluto: la violación del crédito por parte de terceros, en Responsabilidad Civil. Casos y Materiales]. Giapichelli.
- Isern, M. (2005/2006). La estructura de las revoluciones científicas en el Derecho. Una aproximación. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 9, 13-41. www.filosofiyderecho.com/rbfd
- Iturbide, G. (2015). Comentario al Art. 1973. En G. Caramelo, S. Picasso, y M. Herrera. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (T. V, pp. 95-102). Infojus.
- Jalil, J. (2015). La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial. *Revista La Ley*, 2015(F), 454-458.
- Jalil, J. (2016). Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, VIII (4), 16-26.
- Jalil, J. (2017). *Cuantificación del daño: Valor vida. Incapacidad psicofísica. Derechos personalísimos. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Cuadro de cuantificación. Región patagónica*. La Ley.

- Jalil, J y Piccioni, P. (2019). La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del derecho italiano: del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 3 -34. La Ley.
- Jalil, J. (2020). *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Hammurabi.
- Jalil, J. (2022). *Daños y perjuicios en las relaciones de familia*. Hammurabi.
- Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Abeledo perrot
- Jörs, P., y Kunkel, W. (1965). *Derecho privado romano*. Labor.
- Josserand, L. (1939). *Cours de droit civil* [Cursos de derecho civil]. Sirey.
- Kaiser, M. (1982). *Derecho romano privado*. Reus.
- Kant, I. (2010). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Gredos.
- Kaufman, A. (1985). Teoría de la justicia. Un ensayo histórico- problemático. En Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Departamento de Filosofía de la Universidad de Granada.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Universidad del Externado
- Kelsen, H. (1949). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria.
- Kelsen, H. (1950). La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia. En E. García (dir.). *Hechos e ideas. Publicación de cuestiones políticas, económicas y sociales*, (vol. XI, pp. 253- 293). Depalma.
- Kelsen, H. (1961). Naturreschtslehre und rechtspositivismus [La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico]. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961(4), 8-45.
- Kelsen, H. (1979). *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Editorial Nacional.

- Kelsen, H. (1979). *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática del Derecho*. Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1987). *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. Porrúa.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa.
- Kelsen, H. (1995). La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961(IV), 121-137. Fontamara.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Colihue.
- Kemelmajer De Carlucci, A., Mariani de Vidal, M., Ramos, G., Shina, F., Zannoni, E., y Zunino, J. (2015). Pautas para interpretar el Código. En *Código Civil y Comercial*, 1-15. Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, A., y Jaramillo C, (2020). *El criterio de razonabilidad en el derecho privado. El estándar de persona razonable y su aplicación en las decisiones judiciales*. Grupo Editorial Ibañez.
- Kiper, C. (2015). Comentario a Libro IV, Títulos I, II y III. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (T. IX, pp. 296-301). Rubinzal-Culzoni.
- Kluger, V. (2004). Una mirada hacia atrás: de Roma a la codificación. El recorrido histórico de la buena fe. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. I, pp. 87-104). La Ley.
- Kubica, M. (2015). *El riesgo y la responsabilidad objetiva* [Tesis doctoral]. Universidad de Girona.
- Laclau, M. (2002). La conformación de la noción de derecho subjetivo en el pensamiento jurídico alemán del Siglo XIX. *Anuario de filosofía jurídica y social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General* (vol. 22, pp. 9-29). Abeledo-Perrot.
- Laje, A. (2016). El principio general de solidaridad en el derecho argentino. *Revista El Derecho*, 2016(267), 594-599.

- Lamberti, A. (2015). Los derechos humanos en el código civil y comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental. En *Revista de Derecho Ambiental*, 43, 139- 163. Abeledo Perrot.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 4, 23-46.
<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141710.pdf>
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel.
- Larenz, K. (1985). *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas.
- Legaz y Lacambra, L. (1953). *Filosofía del derecho*. Bosch.
- Legaz y Lacambra, L. (1961). *Filosofía del derecho*. Bosch.
- Legaz y Lacambra, L. (1972). Kelsen hoy. *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 1972(XLVIII), 233-252.
- Leibniz, G. (1951). *Elementa juris perpetui 1695* [Elementos de la ley perpetua 1695]. Utet.
- Leiva, C. (2016). La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial. LA LEY 18/11/2016. Cita Online: AR/DOC/3615/2016
- Levanti, S. (2001). Abuso del diritto [Abuso del derecho].
<https://www.diritto.it/abuso-del-diritto/>
- Libertini, M. (2011). Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione [Cláusulas generales, reglas de principios, reglas de contenido indeterminado. Una propuesta de distinción]. *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1-32.
- Ligüerre, C., y García-Micó, T. y. (2020). Liability for Artificial Intelligence and other [Responsabilidad por inteligencia artificial y otros]. *Indret*, 501-511.
- Linares, J. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Astrea.

- Lipari, N. (1996). Diritti fondamentali e categorie civilistiche [Derechos fundamentales y categorías civiles]. *Rivista di Diritto Civile*, 1996(42), 413-426.
- Lipari, N. (2016). *Las categorías del derecho civil*. Dykinson.
- Longo, P. (2022). El sharenting: nuevos peligros para la imagen personal. En *Jurisprudencia Argentina*, 2022(10), 128-137.
- López Herrera, E. (2006). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Lexis Nexis.
- López Herrera, E. (2014). Comentarios a los arts 1708 a 1762. En J. Rivera y G. Medina (Dir.). *En Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (T. IV, p. 999). La Ley.
- López Mesa, M. (2008). 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). eldial.com
- López Mesa, M. (2015). De inmisiones, excesos, anormalidades y falta de tolerancia entre vecinos El exceso en la normal tolerancia entre vecinos, art. 1973 CCCN. Infojus. (pp. 73-108). <http://www.saij.gob.ar/marcelo-lopez-mesa-inmisiones-excesos-anormalidades-falta-tolerancia-entre-vecinos-exceso-normal-tolerancia-entre-vecinos-art-1973-CCCN-dacf150294-2015-04/123456789-0abc-defg4920-51fcanirtcod>
- López Olaciregui, J. (1978). Esencia y fundamento de la responsabilidad civil. *Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 63/64(XX), 941-962.
- López Olaciregui, J., y Ray, J. (2007). El derecho de la responsabilidad como un sistema de daños según principios de justicia y equidad. *Responsabilidad Civil y Seguros*, 1177-1183.
- Lorenzetti, R. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (1996). Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños. *Revista La Ley*, (B), 1107-1117.

- Lorenzetti, R. (2003). La responsabilidad civil. *Revista Jurídica La Ley*. 2003(A), 973- 994.
- Lorenzetti, R. (2006). Las nuevas fronteras de la responsabilidad civil. En J. De Los Mozos y C. Soto Coaguila (dirs.). *Responsabilidad Civil. Derecho de daños. Teoría General de la responsabilidad civil*, 67- 88. Grijley.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. La Ley.
- Lorenzetti, R. (2011). Palabras introductorias en la presentación del Proyecto del Código Civil y Comercial. <http://www.nuevoCódigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>
- Lorenzetti, R. (2012). Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>
- Lorenzetti, R. (2014). Comentarios a los Artículos 1 a 18. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (T.I, pp. 26-86). Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2014). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2014). Comentario al Título Preliminar. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. I, pp. 26-86). Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2014). Palabras preliminares. En R. A. Parada, J. D. Errecaborde y F. R. Cañada (Comps.). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 1-9). Errepar.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, P. (2015). Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y

- Comercial de la Nació. En *Revista de Derecho Ambiental* (43), 23- 45. Abeledo Perrot.
- Lorenzetti, R., y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal Culzoni.
- Llambías, J. (1977). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Abeledo-Perrot.
- Macías Castillo, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. La Ley.
- Malizia, R. (2014) Comentarios a límites del dominio. En G. Medina, y J. Rivera (dirs.). *Código Civil y Comercial Comentado*. (t. V, pp. 406-412). La Ley.
- Maraniello, P. (2005). *El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. A una década de la reforma constitucional*. Ediar.
- Marey, A. (2013). Concepto de *iniuria* en el derecho romano postclásico. *Revista general de derecho romano*. 2013(21), 1-22. <https://es.scribd.com/document/227337546/Alexander-Marey-Concepto-de-Iniuria-en-El-Derecho-Romano-Postclasico>
- Márquez, J. (2015). Comentarios a los Artículos 724 a 745. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. V, pp. 9-56). Rubinzal-Culzoni.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Tunc, A. (1962). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1961) *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Medina, G. (2017). El precepto pro homine y la globalización jurídica. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata*, (46). <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/3998>

- Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. E.J.E.A.
- Messineo, F. (1952). *Manual de derecho civil y comercial*. E.J.E.A.
- Michi, F. (2019). El análisis de la faz preventiva de la responsabilidad civil a la luz de los daños punitivos: el nuevo rol del consumidor y su jerarquización. *Ratio Iuris*. Revista de Derecho Privado, 7(1), 80-130.
- Miele. G. (1963). Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione [Resarcibilidad de los daños derivados de la lesión injusta de intereses legítimos por parte de la administración pública], 86 (2), pp. 24-38. *Il Foro Italiano*.
- Moisés Barrio, A. (2018). La respuesta del Derecho ante los robots y la inteligencia artificial. *El País*. s.p.
https://elpais.com/retina/2018/03/07/tendencias/1520428359_555787.html
- Moisset de Espanés, L., y Márquez, J. (2009). *Reparación de daños y responsabilidad civil*. Zavalía.
- Molina Quiroga, E. (2017). Redes sociales, derechos personalísimos y libertad de expresión. *La Ley*. Cita *Online* TR LALEY AR/DOC/2149/2017
- Morales Hervias, R. (2001, 7-9 de febrero). Dogmática jurídica y Sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas. (Sección Perú, Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión). Primera Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Instituto Riva-Agüero, Lima, Peru.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16032/16456/>
- Morello, A. (2004). El principio de la buena fe en la sociedad del riesgo. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. 1, pp. 33-42). La Ley.

- Monateri, G., Gianti, D., y Cinelli, L. (2013). *Danno e risarcimento (Trattato sulla responsabilità civile)* [Daño y resarcimiento. Tratado sobre responsabilidad civil]. Giappichelli.
- Monateri, G. (2016). El daño y sus problemas. En *revista online Iris AperTo*. Universidad de Torino. <https://iris.unito.it/handle/2318/1589819?mode=full.1328#.XsUZrMhKhPY>
- Montedoro, G. (2018). Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo [El daño injusto desde la perspectiva del juez administrativo]. In *revista Questione Giustizia*, 1 (2018), 151-160.
- Montesano, M. (2009). Tipicidad y ley natural con relación a la concreción del derecho. La autorización judicial para interrumpir un embarazo: ¿solución justa? En *Jornadas internacionales de derecho natural Chile 2005-2007* (pp. 371-382). Universidad Católica Argentina.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). Daño de hecho y daño jurídico. *La Ley* 1982(B), 171-176.
- Negri, N. (2018). *La argumentación jurídica en las sentencias judiciales* [Tesis Doctoral]. Universidad de La Plata.
- Neme Villarreal, M. (2014). Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico. En E. González De Cancino y F. Navia Arroyo y E. Cortés Moncayo (cords.). *Estudios de derecho civil: en memoria de Fernando Hinestrosa* (vol. 1, pp. 303-322). Universidad del Externado de Colombia.
- Nevejans, N. (2017). *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile* [Tratado sobre el derecho y ética de la robotica civil]. LeH édition.
- Nino, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Astrea.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Nino, C. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Siglo Veintiuno.

- Nuñez Flores, M. (2007). Las variables: estructura y función en la hipótesis. En *Revista Investigación Educativa* 11 (20), 163- 179.
- Nuñez Zorrilla, M. (2019). *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*. Reus.
- Olaciregui, J., y Ray, J. (2007). El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad. *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, 1177-1183.
- Orgaz, A. (1973). *La ilicitud (Extracontractual)*. Lerner.
- Ortega y Gasset, J. (2007). *España invertebrada*. Folio.
- Otaola, M. (2016). *Responsabilidad civil antes y después del nuevo código civil y comercial de la Nación*. Advocatus.
- Padova, Thomas de. (2013). *Leibniz, Newton und die erfindung der zeit*. [Leibniz, Newton y la invención del tiempo]. Munich.
- Pagani, E. (2016). Prólogo de Albert Camus. En D. Salas *La Rebelión Justa*. Jusbaire
- Palacio de Caeiro, S. (2015). El código civil y comercial y el federalismo. *Revista La Ley*, 2015(C), 662-680.
- Pandiella, J. (2018). Atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista La Ley*, 2018(D), 348-358.
- Pantaleón Prieto, A. (1991). Comentario al artículo 1902 CC. En C. Paz-Ares, y L. Diez Picaso, R. Bercovitz y P. Salvador (Dirs.). Ministerio de Justicia de Madrid.
- Pantaleón Prieto, F. (1993). Comentario al Artículo 1902 del Código Civil. Ministerio de Justicia de Madrid.
- Pantaleón, Prieto F. (2003). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. *Derecho y Humanidades*, (9).

- Papayannis, D. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons.
- Parra Lucán, M. (2011). *Curso de Derecho Civil*. Colex.
- Pashukanis, E. (1976). *Teoría general del Derecho y Marxismo*. Labor Universitaria.
- Petrocelli, B. (1962). *La antijuridicidad*. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1489>
- Picasso, S. (2013). La antijuridicidad en el proyecto de código. *Revista La Ley*, 666- 675.
- Picasso, S. (2013). La antijuridicidad en el proyecto de código. *La Ley*, 2013(E), 1-4.
- Picasso, S. (2015). Comentario del art 1726 a 1736. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (VIII, pp. 417- 467). Rubinzal-Culzoni.
- Picasso, S. (2015). Comentario al Art. 1717. En (Dir.) Lorenzetti. *Código civil y comercial de la nación*.
- Picasso, S., Sáenz, L. (2019). *Tratado de Derecho de Daños*. La Ley.
- Piccioni, P. (2018). La injusticia del daño y el sentimiento de la vida. Los daños resarcibles en el ordenamiento jurídico italiano. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, VIII,16- 46.
- Pineda, B., Alvarado, E., Canales, F. (1994). *Metodología de la investigación. Manual para el desarrollo de personal de salud*. Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud.
- Pinto, M. (1997). El principio “pro homine”: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos. En M. Abregú (comp.). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales* (vol. I, pp. 163-171). Editores del puerto.

- Piñar Mañas, J. (2010) Prólogo. En Rodotà. *La vida y las reglas entre el derecho y el no derecho*. Trotta
- Pizarro, D. (1991). *La responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Hammurabi.
- Pizarro, R., y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones*. Hammurabi.
- Pizarro, D. (2015). *Tratado de Responsabilidad objetiva*. La Ley.
- Pizarro, D. (2021). Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional. [/https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/02/artmodernasfronterasresponsabilidadcivil.pdf](https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/02/artmodernasfronterasresponsabilidadcivil.pdf)
- Posteraro, F. (2019). Nuevos Perfiles de la antijuridicidad en materia de responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. *Revista jurídica El Derecho* LVII, 282.
- Prieto Molinero, R. (2016). La cuestión de la antijuricidad en la responsabilidad civil. *La Ley* 2016(E), 1049-1072.
- Prevot, J. (2013). La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012. *Responsabilidad Civil y Seguros* VIII, (22). Cita *Online* AR/DOC/2061/2013.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2000). El derecho natural como núcleo de la racionalidad de la realidad jurídica. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante las crisis del positivismo jurídico* (pp.15-54). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Radbruch, G. (1962) *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Abeledo Perrot.
- Ramón Fernández, F. (2019). Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil? *La Ley Online*, 1-13.

- Raschetti, F. (2017). La antijuridicidad en la faz preventiva del derecho de daños. Comisión n°4. "Derecho de Daños: "Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil". Ponencia XXVI Jornadas de Derecho Civil en la ciudad de La Plata. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Raschetti-Franco-1.pdf>
- Recasens Siches, L. (1945). *Vida humana, sociedad y derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Reglero Campos, F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Reglero Campos, L. (2003). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Rescigno, P. (1998). Appunti sulle clausole generali [Apuntes sobre las cláusulas generales]. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1-8.
- Rizzo, N. (2015). Giudizi di valore e giudizio di ingiustizia [Juicios de valor y juicios de injusticia]. En *Europa e Diritto Privato*, 294-354. Giuffrè.
- Rivera, J. (2000). Ideas y directrices del sistema de responsabilidad civil en el proyecto de código 1998. En *Anales, Buenos Aires. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, XLV (38), 44-116.
- Rivero de Arhancet, M., & Ramos Cabanellas, B. (2016). Principios aplicables en las relaciones de familia. *Revista De Derecho*, (4)2016, 243-263.
- Roca Trías, M. (2003). *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch.
- Rosa, H. (2005). *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der moderne*. [Aceleración. El cambio de estructuras temporales en los tiempos modernos]. Frankfurt del Meno.
- Ross, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba.
- Rodotà, S. (1964). *Il problema de la responsabilità civile* [El problema de la responsabilidad civil]. Giuffrè.

- Rodotà, S. (1967). Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. [Ideología y técnica de las reformas del derecho civil]. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1967(I), 83-99.
- Rodotà, S. (1967). *Il problema della responsabilità civile* [El problema de la responsabilidad civil]. Giuffrè.
- Rodotà, S. (1987). Il tempo delle clausole generali [La época de las cláusulas generales]. *Rivista Critica Diritto Privato*, 709-733.
- Rodotà, S. (2010) *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Trotta.
- Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Trotta.
- Rosatti, H. (2016). *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*. Rubinzal Culzoni.
- Rubio Carracedo, J. (2007). *Teoría Crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta.
- Salas, Minor E. (2007). Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. *Isonomía*, (27), 111-142. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200005&lng=es&tlng=es.
- Safranski, R. (2017). *Tiempo. La dimensión temporal y el arte de vivir*. Tusquets.
- Sahian, J., y Stiglitz, G. (2020). *El nuevo derecho del consumidor*. La Ley.
- Salvi, C. (2001). El daño. En L. Leysser (Comp.). *Estudios sobre la responsabilidad civil*, pp. 285-312. Ara Editores.
- Sánchez Hernández, L. (2016). De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado* (30), 287-335. Universidad Externado de Colombia.
- Santos González, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4(17), 25-50.

- Saramago, J. (2010). *El hombre duplicado*. Alfaguara.
- Sautu, R. (2009). La construcción del marco teórico en la investigación cualitativa. A. Merlino (Coord.). En *investigación cualitativa en ciencias sociales. Temas, problemas y aplicaciones*, (pp. 85-108). Cengage Learning Argentina.
- Saux, E. (1992). Los principios generales del derecho civil. *Revista La Ley*. 1992(D), 839-850.
- Saux, E. (2014). Comentario a los arts. 51 a 99. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (T. I, pp. 275-418). Rubinzal-Culzoni.
- Savater, F. (1992). *Política para Amador*. Ariel.
- Savigny, F. (1970). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Aguilar.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico* [¿Qué es el positivismo jurídico?]. Comunità.
- Schipani, S. (1990). *Lex Aquilia, culpa e responsabilità, en Illecito e pena privata in età repubblicana: Atti del convegno internazionale di diritto romano* [Lex aquilia, culpa y responsabilidad, en el ilícito y pena privada en la época republicana: Actas de la conferencia internacional sobre derecho romano]. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Schlesinger, P. (2001). La injusticia del daño en el acto ilícito civil. En L. Leysser. León (Comp.). *Estudios sobre la responsabilidad civil* (pp. 41-61). ARA editores.
- Schopenhauer, A. (2002). *Los dos problemas fundamentales de la ética*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- Scoditti, E. (2018). *Introduzione. Giudicare del danno ingiusto* [Introducción. Juzgar daños injustos]. In revista *Questione Giustizia*. Documento 1 (18), 88-89.

- Scognamiglio, R. (1962). Illecito. (Diritto vigente) [Ilícito. (Derecho vigente)]. En *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII (9).
- Scognamiglio, R. (1969). *Risarcimento del danno* [Resarcimiento por daños]. Utet
- Scognamiglio, R. (2010). *Responsabilita civile e danno* [Responsabilidad civil y daños]. Giappichelli.
- Serna, P. (2000). Sobre las respuestas al positivismo jurídico. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante las crisis del positivismo jurídico* (pp. 55-86). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Shirrell, S. (2018). *The privacy pro's guide to explainability in machine learning* [La guía del profesional de la privacidad sobre la explicabilidad en el aprendizaje automático]. iapp, s.p. <https://iapp.org/news/a/the-privacy-pros-guide-to-explainability-in-machine-learning>
- Smith, J. (1999). *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. Abeledo Perrot.
- Soricelli, G. (2017). Permanenza e mutamenti del rapporto lesione dell'interesse legittimo-danno ingiusto nel sistema giuridico vigente [Permanencia y cambios en la relación entre daño al interés legítimo y daño injusto en el ordenamiento jurídico actual]. 1 (2017), 1-19. *Gazzetta Amministrativa*.
- Sozzo, G. (2018). Reparar el daño a los bienes comunes. Del daño moral colectivo al daño de los derechos de incidencia colectiva, y de allí al daño ecológico. *Revista Derechos de daños. Responsabilidad por daño no patrimonial*, 2018 (3), 377- 425. Rubinzal Culzoni.
- Sozzo, G. (2019). *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. Rubinzal Culzoni.
- Speamann, R. (1980). *Críticas de las utopías políticas*. Eunsa.
- Squiavello, A., y Velluzzi, V. (2005). *Il positivismo giuridico contemporáneo. Una antología* [El positivismo jurídico contemporáneo. Una antología]. Giappichelli.

- Stiglitz, R. (2015). El contrato de seguro como contrato de consumo. En G. Stiglitz y C. Hernández. *Tratado de derecho del consumidor*. (T. II, pp. 849-857). La Ley.
- Tambussi, C. (2007). Los derechos del consumidor como derechos humanos. En A. Gordillo (dir.). *Derechos humanos* (pp. VII-1 - VII-15). Fundación de Derecho Administrativo.
- Tobías, J. (2015). Comentario al artículo 9. En J. Alterini (dir.). En *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (T. I, pp. 53-59). La Ley.
- Tobías, J. (2016). Comentario a los Art. 1 a 103. En J. Alterini (dir.). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (T. 1, pp. 1-886). La Ley.
- Tomeo, F. (2011). La protección de la reputación de funcionarios públicos en las redes sociales. La Ley Online.
- Torres Buteler, E. (2009). La protección del consumidor a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/view/739>. P. 126
- Trigo Represas, F. (2016). La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2016(4), 15-26.
- Trimarchi, P. (1961). *Rischio e responsabilita oggetiva* [Riesgo y responsabilidad objetiva]. Giuffre.
- Trimarchi, P. (1970). Illecito (Diritto Privato) [Ilícito (Derecho privado)]. In *Enciclopedia del diritto*, pp. 90- 112. Giuffré.
- Trimarchi, P. (2002). *Instituzioni di diritto privato* [instituciones del derecho privado]. Giuffre.
- Trimarchi, P. (2017). *La responsabilita civile: atii illeciti, rischio, danno* [La responsabilidad civil: actos ilícitos, riesgo, daños]. Giuffre

- Truccone Borgogno, S. (2018). Consideraciones sobre la fuerza de las razones en contra de no dañar. En *Crítica Revista Hispanoamericana de Filosofía* 50 (49), 31-57.
- Tucci, G. (1967). La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile [Indemnización por daños derivados de actos ilícitos en del derecho civil] *Rivista di Diritto Civile*, 1967(XIII), 217-268.
- Ubiría, F. (2015) *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo-Perrot.
- Ulloa Cuellar, A. (2005). El Derecho y la filosofía de la Ciencia. En E. Cáceres, I. Flores, J. Saldañas, y E. Villanueva (Coords). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, pp. 871- 891. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Urbina, P. (2015). El daño resarcible. Precisiones en torno a su alcance. *Revista La Ley*, 2015(C), 229-234.
- Vaninetti, H. (2019). Las noticias falsas (fake news) y la libertad de expresión en Internet. Cita online: La Ley 28/02/2019, 28/02/2019,1.
- Vargas Pinto, T. (2008). vigencia y rol de la causalidad en la práctica jurídico-penal nacional. En T. Vargas Pinto. *La relación de causalidad. Aspectos de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. (pp. 241-250). Cuadernos de extensión jurídica de Universidad de los Andes.
- Vázquez Ferreyra, R. (1993). *Responsabilidad por Daños (Elementos)*. Depalma.
- Vázquez Ferreyra, R. (2015). La antijuridicidad en el nuevo código civil y comercial. *Responsabilidad Civil y Seguros*, IV, 38-45.
- Vázquez Ferreyra, R. (2016). La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material. En *Responsabilidad Civil y Seguros*. Cita Online: DJ14/09/2016.
- Velasco Gómez, A. (2005). Justicia y multiculturalismo. En E. Cáceres, I. Flores J. Saldañas y E. Villanueva (Coords). *Problemas contemporáneos de la*

- filosofía del derecho*. (pp. 917- 927). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Veluzzi, V. (2017). *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho*. Zela.
- Verbic, F. (2020). Lecturas de la sentencia de la CSJN en “Halabi”: Redefinición del objeto de la tutela colectiva mediante un nuevo concepto de “derechos de incidencia colectiva” que comprende derechos individuales homogéneos y asuntos patrimoniales (3/14). <https://classactionsargentina.com/2020/04/01/lecturas-de-la-sentencia-de-la-csjn-en-halabi-el-conflicto-que-disparo-el-caso-1-14/>
- Verdross, A. (1986). *La filosofía del derecho del mundo occidental*. UNAM.
- Verdú, P. (1957). El horizonte iusnaturalista del Derecho Constitucional occidental. *Revista de Estudios Políticos*, 1957(94), 135-171. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2129256.pdf>
- Vernengo, R. (2004). Los principios de la buena fe. En M. Córdoba (dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (vol. I, pp. 27-32). La Ley.
- Vicente Domingo, E. (1990). El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal. *Revista de derecho privado*, 74 (10), 812-839.
- Vielma Mendoza, Y. (2012). En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (La reparación del daño a la persona). *Commercium*, 0(1), 129-157. <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/commercium/article/view/3823>
- Vigo, R. (1984). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Rubinzal Culzoni.
- Vigo, R. (1986). Principios Generales del Derecho. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1986(3), 860-867.
- Vigo, R. (2008). Iusnaturalismo v.s Iuspositivismo, un alegato iusnaturalista. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.). *Las razones del derecho natural*.

- Perspectivas teóricas y metodológicas ante las crisis del positivismo jurídico* (vol. U, pp. 221-239). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Vigo, R. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. En *Revista Díkaion*. 26 (21), pp. 1- 187. Universidad de La Sabana.
- Vigo, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf>
- Vigo, R. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*. Rubinzal Culzoni.
- Vigo, R. (2015). El concepto de persona humana y su dignidad. En *Revista de derecho privado y comunitario*, 3, 11-44. Rubinzal Culzoni.
- Vigo, R. (2015). Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencia y diferencias. En M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L. González Pérez, y D. Valadés (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (tomo IV, vol. 2, pp. 851-886). UNAM.
- Villey, M. (1969). *Seize essais de philosophie du droit* [Dieciséis ensayos sobre filosofía del derecho]. Dallot.
- Viney, G. (2007). *Tratado de derecho civil*. Universidad Externado de Colombia.
- Viola, F. (2005). Interpretación e indeterminación de la regla jurídica. En E. Cáceres, I. Flores J. Saldañas y E. Villanueva (Coords). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. (pp. 929-944). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Visintini, G. (1987). *I Fatti illeciti* [El hecho ilícito]. Cedam.
- Visintini, G. (1999). *Tratado de responsabilidad civil*. Astrea.

- Visintini, G. (2018). Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto [La atipicidad de los actos ilícitos y del daño injusto]. En *Dialoghi con Guido Alpa*. (pp. 589-599). Tre-Press.
- Vivas, M. (2012). *La legítima defensa y el estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Ibáñez.
- Vivas, M. (2017). Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo código civil y comercial argentino. Principales aspectos de la reforma. <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificacion-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo>
- Voci, P. (1939). *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* [Resarcimiento y pena privada en el derecho romano clásico]. Giuffrè.
- Wieacker, F. (1977). *El principio general de buena fe*. Civitas.
- Wierzbka, S., y Danesi, C. Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención? Cita Online: TR LA LEY AR/DOC/199/2020
- Wittgenstein, L. (1986). *Investigaciones Filosóficas*. UNAM. Ed. Crítica.
- Yungano, A. (1975). Estado, derecho y norma en la obra de Ihering "El fin en el derecho". *Revista El Derecho*, 62, 637-647. UCA.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Dykinson.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho Dúctil. Ley, derechos, Justicia*. Trotta.
- Zavala de González, M. (1991). *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*. Hamurabbi.
- Zavala de González, M. (1991). *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*. Hammurabi.
- Zavala de González, M. (1993). *Resarcimiento de daños*. Hammurabi.

- Zavala de González, M. (1994). *Resarcimiento de daños. Daños a la persona (integridad espiritual y social)*. Hammurabi.
- Zavala de González, M. (1996). El derecho de daños. Los valores comprometidos. *Revista La Ley*, 1996(E), 1190-1205.
- Zavala de González, M. (1996). El derecho de daños. Los valores comprometidos. *Revista La Ley*, 1996(E), 1190-1205.
- Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños.*: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (2011). *Daños a la dignidad*. Astrea.
- Zavala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. *Revista La Ley*, 2011(E), 1116-1137.
- Zavala de González, M. (2015). *La responsabilidad Civil en el nuevo código*. Alveroni.
- Zambrano, P. (2009). El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación. En *revista Díkaion*, 18. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1545>
- Zambrano, P. (2010). El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación. *Revista Díkaion*, 18. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1545/2> 115
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea.
- Zannoni, E. (1995). Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil. En A. Alterini (dir.). *La responsabilidad: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg* (vol. U, pp. 103-110). Abeledo-Perrot.
- Zannoni, E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea.

Zeno, C. (2015). *La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios. Estudio comparado entre España y Puerto Rico*. Dykinson

Fuentes de información

Jurisprudencia

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. Sala primera. En autos: Ferrú Mario c/ Club Estudiantes. Fecha de sentencia 25/03/1958.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata “B. J. E. c. Facebook Argentina S.R.L. y otros s/Reclamo contra actos de particulares””. Fecha de sentencia 17/7/15.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes. Sala Primera “Zabaloy c/ Marchi y otro s/ daños y perjuicios prov. Explotación agrícola”. Fecha de sentencia 31/10/2019.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial De Morón, Sala II. “Altamirano Elsa c/ Cerámica San Martín S.A y otros”, sentencia 10/07/86.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta. “Cámara de Estaciones de servicios, expendedores de combustibles y afines de la Provincia de Salta vs. Sindicato de Conductores de Taxímetros y Afines de Salta (SICOTASA)”. Fecha de sentencia 03/09/2015.

Cámara Nacional Civil, Comercial, Minas, Paz, Tributaria, de Mendoza. En autos: “H., E. F. y otros c. M., Í. y otros s/ daños y perjuicios”. Fecha de sentencia 02/11/2016.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Morón, Sala 1. “Rossi, Jorge O. c/ Ticla SRL”. Fecha de sentencia 23/05/1995.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala 1. “Zabaloy Ana María c/ Marchi Luis Miguel y Otro/a s/daños y perjuicios prov. explotación agrícola”.
https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/interna.asp?vd=j&publicdial=1&total=1&buscar=zabaloy. Fecha de Sentencia 31/10/2019

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. “Tabeni, Enrique Alberto y otros c. Aguas de Corrientes SA s/ daños y perjuicios”. Fecha de sentencia 28/06/2018

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986". Fecha de sentencia 24 de Febrero de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688". Fecha de Sentencia 21/09/2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Granada Jorge H c/ Diarios y Noticias S.A.". Fecha de sentencia 26/10/1993.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Horta c/ Harguindeguy". Fecha de sentencia 21/08/1922.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Automóviles Saavedra, S. A. c. Fiat Argentina, S. A". Fecha de sentencia 4/08/1988.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta". Fecha de sentencia 28/04/1922.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social". Fecha de sentencia: 24/10/2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Morea, Mariana Marcela c/ EN -M° Justicia y DDH - SPF s/ daños y perjuicios". Fecha de sentencia 30/3/2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Fabro, Víctor y otra c. Provincia de Río Negro y otros". Sentencia: 9/11/2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Coronel, Oscar A. y otros c. Ministerio de Defensa". Sentencia 9/11/2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.". Fecha de sentencia 05/08/1986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Gunther c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ Recurso Extraordinario". Fecha de sentencia: 05/08/1986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Díaz, Timoteo Filiberto c/Vaspia SA”.
Fecha de sentencia 07/03/2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional”. Fecha de sentencia 26/12/2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros”. Fecha de Sentencia 07/08/1997.

Corte Interamericana de Derecho Humanos. “Apiz Barbera vs. Venezuela”.
Fecha de sentencia 5/8/2008.

Corte Interamericana de Derecho Humanos. “Tristán Donoso Vs. Panamá”.
Fecha de sentencia 27/01/2009.

Corte Interamericana de Derecho Humanos. “Yatama Vs. Nicaragua”. Fecha de
Sentencia 23/06/2005

Juzgado Civil y Comercial Federal, N° 1. “Lamuedra Ernesto Ricardo c/
Facebook Inc. y otros S/ incumplimiento de contrato. PJN, expediente
4913/2013. Fecha de sentencia 15/03/2016.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. “B., A. vs. B., D. s. Daños y
perjuicios. Fecha de sentencia 16/09/2003.

Normativa nacional

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.:
[http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO
_DE_CÓDIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CÓDIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf)

Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial. Honorable Cámara
de Diputados de la Nación el 3/11/93

Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.
[https://www.leivafernandez.com.ar/proyecto-Código-civil-argentina-
1998/](https://www.leivafernandez.com.ar/proyecto-Código-civil-argentina-1998/)

Proyecto de Código civil y comercial de la Nación (2012). Infojus.

Ley 340. Código de velez Sarsfield.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Ley 24.430. Constitucion Nacional Argentina.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nacion.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>

Ley 27.442. Ley de defensa de la competencia.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm>

Ley 25.675. Ley General del Ambiente.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley 24.375. Convenio sobre la Diversidad Biológica.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29276/norma.htm>

Ley 27. 556. Aprobación del Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en américa latina y el caribe.
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27566-343259/texto>

Documentos nacionales

Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bariloche (1989).
<https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/84-1989-xii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-del-comahue-san-carlos-de-bariloche>

Normativa internacional

Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014).
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

Código de Consumidor de Brasil.
<https://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Brasil-Código-de-Defensa-y-Proteccion-del-Consumidor.pdf>

Convención de las Naciones Unidas sobre sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192130/norma.htm>

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena 1980.
<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

Convenio Europeo de Derechos Humanos. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992).
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/printInstrumento/66>

Declaración de los Derechos del Hombre.
https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano/html/8b364e78-7358-11e1-b1fb-00163ebf5e63_1.html

Estatuto del Juez Iberoamericano (2001).
<http://www.riaj.com/sites/default/files/Estatuto%20del%20Juez%20Iberoamericano%20%28completo%2C%20logos%20y%20firmas%29.pdf>

Estatuto del Juez Iberoamericano (2001).
<https://www.cumbrejudicial.org/node/527>

Organización Internacional de Normalización (2012). *Robots and robotic devices — Vocabulary.* (ISO 8373)
<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Pacto de San José de Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.:
<http://www.saij.gov.ar/0-internacional-principios-unidroit-sobre-contratos-comerciales-internacionales-Int0006735-1994-11-30/123456789-0abc-defg-g53-76000tcanyel?&o=9&f=Total%7CFecha/1994/11%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo/categoriavacia%7CAutor%5B25%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=222>

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#top

Documentos internacionales

Principles of European Group Of Tort Law:
<http://www.egtl.org/publications.html#Principles>

Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil.
<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

Jurisprudencia Internacional

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 1971/01, 26 n° 174. (26/06/1971)

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 2765. (04/05/1982).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 9556. (01/07/2002).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 2988. (28/03/1994).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 23725. (16/09/2008).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 1900. (13/07/1973).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 2472. (16/03/1988).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 1544. (17/05/1968).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 500 (1999).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 501 (1999).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 9424 (2016).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 4718 (2016).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 4506. (19/12/1985)

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 5688 (2/11/1979).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 581 (11.1.2008).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 2197 (29/07/1950).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 1250 (18/04/1969).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n°6356 (27/05/1992).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17.110 (03/12/02).

Cour d'appel de Paris, 10/06/1936.

