

## EL DAÑO REPARABLE Y EL FENOMENO DE ATIPICIDAD.

Por ALBERTO J. BUERES<sup>1</sup>

-Es indudable que el fenómeno de multiplicación de los daños reconoce una pluralidad de causas. En las sociedades actuales domina el riesgo y la incertidumbre y resulta muy difícil enumerar las causas de manera exhaustiva. No obstante, destacan la erosión de las sociedades burguesas decimonónicas, el desarrollo del progreso tecnológico que pretende invadir todos los ámbitos, inclusive, el de la vida privada de las personas, el surgimiento de nuevas necesidades en las gentes –derivado lógico de susodicho cambio de valores- y el creciente proceso de globalización que da lugar a una mayor interdependencia y contracción espacio-temporal de las esferas individuales y de grupo<sup>2</sup>. De manera elocuente se ha dicho que no hay un talismán o una suerte de conversor universal del mal en bien, ni los daños pueden aceptarse con sumisión cual si fuesen un destino del existir como se suponía en la antigüedad, sobre todo en tiempos del **ius commune** (hasta el momento de la Codificación).<sup>3</sup>

He insistido en varios trabajos en que no todo menoscabo, ni siquiera todo daño (por ejemplo, cuando se presenta un conflicto de intereses que obliga a sacrificar alguna situación jurídica subjetiva),

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de noviembre de 2019.

<sup>2</sup> Scalisi, Vincenzo, Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”. Giuffrè, Milano, setiembre 2004, anno LVIII, nº 3, ps. 785 y 787; Alpa, Guido- Bessone, Mario, La responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1980, t. I, ps. 3 y 4; Tunc, André, Les problèmes contemporaines de la responsabilité civile délictuelle, “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1967, p. 757.

<sup>3</sup> Díez- Picazo, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos), Civitas, Madrid, 1979, ps. 119 y 120.

merece reparación. Por cierto, sólo ha de resarcirse el daño al cual el ordenamiento presta tutela a esos efectos (cualidad de resarcible). En la doctrina italiana y a causa de la presencia del art. 2043 del Código del 42, que menciona **la ingiustizia** del danno, se entiende que el dañador (o responsable civil) debe absorber el daño injusto. Para la mayor parte de los juristas en el citado texto legal hay una cláusula general (**generalklausen**, en la terminología germana) –ya he de volver sobre esto con más amplitud)-; y hasta con más simpleza se alude en ocasiones al concepto válvula –que también es de origen tudesco (**veintimmbegriff**), para establecer una conexión entre las normas y la realidad social que posibilite desentrañar la sustancia de cada problema y oír “**la voce del Diritto que viene su dalle cose**”, según la feliz expresión de Vivante y que, en buen romance, expresa que el Derecho emerge ante el incesante reclamo de las cosas (o de los hechos)<sup>4</sup>.-

En torno al concepto de daño, la doctrina ha superado el significado que lo caracteriza como una lesión a los bienes – genéricamente-, puesto tal **quid** naturalista carece de conexión con el derecho. Es en ese momento cuando aparecen las dificultades, pues, como dicen Díez Picazo y Gullón, si bien el daño puede ser descrito con unas relativas facilidades de forma intuitiva, lo cierto que resulta mucho más difícil captarlo con precisión técnica desde el punto de vista jurídico<sup>5</sup>. Tampoco parece de recibo la tesis que avizora el daño en la lesión a un derecho subjetivo, pues la idea es difusa habida cuenta que no existe un catálogo de derechos subjetivos –según se ha expresado- y, por sobre todas las cosas, a

---

<sup>4</sup> Scalisi, Danno e ingiustizia..., cit., p. 789.

<sup>5</sup> Díez- Picazo, Luis- Gullon, Antonio, Sistema de derecho civil, Tecnos, Madrid, 1979, t. II, p. 620.

causa de que una noción semejante deja de lado los intereses simples (o intereses de hecho), derivados de bienes que no proporcionan al titular derecho subjetivo alguno (ya he de volver sobre el asunto).

Hace algunos años intenté definir el daño como la lesión a un interés merecedor de la tutela jurídica en su más amplia dimensión, aunque no he desdeñado, desde luego, el rol que desempeñan las consecuencias desfavorables –patrimoniales o extrapatrimoniales– que repercuten en cabeza de la víctima. Pero el interés es el núcleo de la tutela jurídica, no sólo para activar la tutela resarcitoria sino también para poner en marcha la tutela inhibitoria.

Durante algunos años se defendió en la Argentina –y en otros países– una postura apegada a la teoría de la consecuencia (bajo esta luz, el daño vendría a ser una alteración desfavorable en el patrimonio o en el espíritu).

No obstante, aunque está muy claro que las consecuencias coadyuvan de forma secundaria para perfilar el daño injusto (o daño resarcible), la teoría en análisis sabe a poco, dado que falta la inexorable referencia a **la juridicidad** (el novio sufre dolor ante la muerte de la novia, pero no podría reclamar la reparación del daño moral en la disciplina del art. 1078, del Código Civil de 1869, que sólo legitima en semejantes casos a los ascendientes, descendientes y cónyuge). Creo que, precisamente por esto, Pizarro rectificó con acierto la mencionada teoría de las consecuencias pura, sin otro aditamento, cuando expresó, refiriéndose al daño moral, que es tal el que “importa una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de una lesión a un interés extrapatrimonial”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 47 y ed. 2004, p. 43 –la definición dada en esta última edición de la obra es más amplia pero

En la doctrina italiana, las posturas puramente materialistas, predominaron hasta que Carnelutti puso las cosas en su lugar. Los bienes satisfacen necesidades humanas y el interés es la posibilidad que tienen las personas de satisfacer esas necesidades a través del bien (algo así como una situación de ventaja o provecho que es reconocida por el ordenamiento jurídico). Carnelutti afirmó que si a un sujeto le sustraen una cantidad de dinero, no hay daño porque el dinero (la cosa) se extinga o salga de la circulación, sino porque desaparece del bolsillo de damnificado. Y que si se produce la destrucción de la casa de un individuo, no existe daño debido a la transformación del bien en desechos o residuos sino por la carencia de idoneidad de esos restos para satisfacer las necesidades del dueño que desea habitar el bien<sup>7</sup>.

Por otro lado, Giovanna Visintini dice que el daño injusto mencionado el art. 2043 del Código italiano de 1942, que es análogo al art. 1109 del Código de Vélez Sársfield, apunta a la lesión a un interés protegido (**la iniuria**). Y que de manera secundaria en otros preceptos (arts.1223, 1225, 1227, etc.) se alude a las mermas económicas o privación de réditos (el **pregiudizio** –en italiano-), que son las consecuencias y, en este orden de ideas, se abre el razonamiento sobre los cálculos del monto a resarcir y sobre la extensión del resarcimiento –un problema de causalidad-. La autora genovesa refiere que el **pregiudizio** es un tercer nivel en el análisis de la responsabilidad civil, que no debe confundirse con el primer nivel inherente a los intereses protegidos (daños) ni con el segundo nivel conformado por los criterios de imputación –ver,

---

no altera lo sustancial del planteo-. También Matilde Zavala de González, ha revalorizado de modo notable la importancia del interés en el significado de daño, en todos los pasajes, por ejemplo, de su obra Resarcimiento de daños, t. 4, Presupuestos y funciones del Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

<sup>7</sup> Carnelutti, Francesco, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, p. 13 y siguientes.

arts. 1737, 1738 y 1741, Código Civil y Comercial de 2015-.<sup>8</sup> En definitiva, estimo que todo daño, público o privado, ha de generar consecuencias. De donde, el daño resarcible, como afirma Cesare Salvi, no puede ser definido de manera exhaustiva ni como lesión a un interés protegido, ni como mera disminución en el patrimonio (o como minoración subjetiva, acoto yo), pues cada uno de esos aspectos sólo hace referencia a uno de los perfiles de cualificación del daño (injusticia y patrimoniabilidad -o afectación al espíritu-), siendo ambos necesarios para que exista daño resarcible. A la vista de lo expuesto y a base de las dos posiciones extremas que **ab origine** se ensayaron, sostuve que el daño resarcible (o injusto) es “la ofensa a intereses ajenos, patrimoniales y extrapatrimoniales, protegidos por el ordenamiento jurídico, a los fines resarcitorios (calidad de injusticia), que, de forma respectiva, provocan consecuencias desfavorables de esas mismas naturalezas patrimoniales o espirituales.”<sup>9</sup>

-Este planteo del daño resarcible (o daño injusto) se enlaza con el fenómeno de atipicidad del ilícito, como suele afirmarse o, mejor aun, con la atipicidad del daño.

Durante mucho tiempo, la doctrina subjetivista no distinguió la antijuridicidad (o ilicitud objetiva) de la culpabilidad. Es más, hoy día la doctrina francesa pasa por alto la aludida ilicitud objetiva. Prueba de ello es que André Tunc, un jurista que hasta su muerte fue un renovador de ideas, señalaba en 1981 que para la configuración de la responsabilidad basta con la presencia de la

---

<sup>8</sup> Visintini, Giovanna, Il danno ingiusto, Rivista Critica di Diritto Privato, noviembre 1987, ps. 182 y 188.

<sup>9</sup> Bueres, El futuro de la responsabilidad civil... cit., p. 782, y referencia a otros trabajos anteriores.

culpa (**un faute**), el daño y la relación causal<sup>10</sup>. Asimismo, algunos autores italianos como Castronovo, Rodotà, Tucci, Busnelli –tal vez iluminados por Vincenzo Carbone- y otros españoles entre los que se alinean Pantaleón Prieto y Elena Vicente Domingo, niegan que en la responsabilidad civil exista un momento de antijuridicidad, pues consideran suficiente que haya un daño y unos criterios de imputación (o factores de atribución) justos<sup>11</sup>. En nuestro país, López Olaciregui, un profundo autor, en un trabajo publicado en 1964 confundió la ilicitud objetiva con la culpa<sup>12</sup>. De todas maneras, con anterioridad a 1960, Boffi Boggero y Orgaz escindieron con precisión ambos presupuestos. Este último criterio fue continuado por la doctrina en forma pacífica, a reserva de la opinión aislada de De Lorenzo, quien defiende la postura que niega la antijuridicidad –relacionada precedentemente-<sup>13</sup>.

A propósito de este temperamento que rechaza la ilicitud objetiva dentro del cuadro de los presupuestos de la responsabilidad civil, se esbozaron diversas teorías –que presentan claudicaciones varias-. Por ejemplo, Cian y Petrocelli fusionan la ilicitud objetiva con la culpa, convencidos de que son el anverso y el reverso de una misma medalla; y, en este orden de ideas, propician una concepción finalista defensora del carácter imperativo de la norma y del desvalor de acción (**in maleficiis voluntas expetatur no exitus** –en las malas acciones domina la voluntad, no el resultado, como se lee

---

<sup>10</sup> Tunc, André, Responsabilité civile, Economica, Paris, 1981, p. 5.

<sup>11</sup> Ver las citas, en mi trabajo El futuro de la responsabilidad..., cit., p. 796 y siguientes.

<sup>12</sup> López Olaciregui, José M., Notas sobre el sistema de responsabilidad civil. Balance de un siglo, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964, t. I- IV, p. 59 y siguientes.

<sup>13</sup> De Lorenzo, Miguel F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 55 y ss. y 68 y siguientes.

en un rescripto de Adriano-<sup>14</sup> Estas ideas no pueden tener cabida para el derecho civil en el cual hay responsabilidades objetivas (la inmensa mayoría) en el contrato y en el acto ilícito aquiliano y hasta responsabilidad por acto lícito. Bajo otra óptica, Castronovo dice que la antijuridicidad no es un requisito positivo, aunque tiene que admitir que es un requisito “obstativo” cuando hay causas de justificación –**la no antijuridicidad**-; y que es un requisito positivo en las omisiones dañosas o en las infracciones típicas, con lo cual la teoría se torna evanescente<sup>15</sup>. También algún autor niega el **alterum non laedere** aunque de forma contradictoria admite la cláusula general del daño injusto<sup>16</sup>. Por fin y sin defecto de que existen otras teorías, me parece interesante exponer la posición de Renato Dell’Andro, en cierto modo de inspiración kelseniana, con arreglo a la cual la antijuridicidad carece de existencia ontológica en el derecho, puesto que sólo existe la juridicidad<sup>17</sup>. Disiento categóricamente de esta visión de Dell’Andro y estoy convencido –como señalaba Orgaz-<sup>18</sup> que todo acto que produce efectos jurídicos no puede evadirse de la división dicotómica entre lo lícito e ilícito. Esta dicotomía, dimanante del **alterum non laedere** trasgredido sin justificación, constituye el punto de partida de toda clasificación de las fuentes de las obligaciones que se hicieron en la historia, comenzando, por caso, con la distinción de entre el

---

<sup>14</sup> Cian, Giorgio, *Antigiuridicità e coperolezza*. Saggio per una teoria dell’illecito civile, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Padova, XLI, 1966, p. 215; Petrocelli, Biagio, *L’antigiuridicità*, Cedam, Padova, 1955. p. 3 y ss., 35 y ss. y 70 y siguientes.

<sup>15</sup> Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, ps. 13 a 18.

<sup>16</sup> Pantaleón Prieto, Fernando, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, comentario al art. 1902, Código Civil español, ps. 1094 y 1095.

<sup>17</sup> Dell’Andro, Renato, *Antigiuridicità*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1958, t. II, p. 550 y siguientes.

<sup>18</sup>Orgaz, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Lerner, Córdoba, 1974, ps. 17 y 18.

contrato y el delito que Gayo realiza en la **Res cotidianae** incluida en Digesto de Justiniano. En las Institutas de Justiniano aparece la clasificación cuatripartita (contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito). También la idea perdura en la clasificación de Planiol (contrato y ley), en la cual la omnipotencia de la voluntad no ha excluido que los actos ilícitos surjan **ex lege**<sup>19</sup>. E, inclusive, en clasificaciones contemporáneas como la del art. 1174 del Código italiano, en cuanto refiere que “las obligaciones derivan del contrato, del acto ilícito y de todo hecho o acto idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

-El **alterum non laedere**, principio atribuido a Ulpiano o a algunos autores paganos, jerarquizado en la Edad Media por el pensamiento cristiano y la glosa de Arcussio y luego por el iusnaturalismo racionalista, fue negado muchas veces por autores que propiciaron la tipicidad del ilícito. Carnelutti afirmó que es una figura fantasmagórica que ilusionó y seguirá ilusionando a los juristas<sup>20</sup>; y Salvatore Pugliatti dijo que era la síntesis verbal de una serie de deberes típicos (aunque este último autor, tiempo después, dejó traslucir el carácter de principio general del derecho del no dañar a otro)<sup>21</sup>. Estoy en desacuerdo con estas ideas, cualesquiera sean sus fundamentos. El **alterum non laedere**, regla transida de connotaciones morales, como afirma Lacruz Berdejo, es un punto de referencia en la responsabilidad civil. Si negásemos su presencia en el trasfondo del ordenamiento habría que admitir otra regla: es

---

<sup>19</sup> Planiol, Marcel, Classification des sources des obligations, Revue Critique, 1904, p. 224 y siguientes.

<sup>20</sup> Carnelutti, Francesco, Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale, Rivista di Diritto Commerciale, t. X, segunda parte, 1912, p. 174.

<sup>21</sup> Pugliatti, Salvatore, Alterum non laedere, Enciclopedia del Diritto, 1958, p. 98 y ss. En sentido similar: Scognamiglio, Renato, Illecito, Novísimo Digesto Italiano, 1969, p. 171.



lícito dañar salvo que una norma prohíba un daño en concreto<sup>22</sup>. Y esto último resulta inaceptable.

El **alterum non laedere** es un principio general del derecho, carácter que no se difumina debido a que esté formulado en la ley o de que fluya del ordenamiento por inducción de unas normas particulares o por deducción sistemática.

El principio no constituye una obligación pasivamente universal, pues esta categoría de origen kantiano difundida por Planiol, Roguin y Michás –y pensada para refundir los derechos personales y los derechos reales en un monismo obligacionista– carece de razón de ser. Creo sí que el no dañar a otro es un deber genérico de abstención que pesa sobre todos los miembros de la comunidad tendente a respetar los derechos absolutos y relativos ajenos. A tal deber no corresponde derecho subjetivo alguno, pues como dicen Santi Romano y Busto Lago, es falso que, de forma inexorable, todo derecho tenga por correlato un deber y que todo deber tenga por correlato un derecho (o poder)<sup>23</sup>.

El no dañar a otro comenzó a afianzarse cuando se pasa de un sistema de tipicidad a otro de atipicidad. En general, quienes proponen un sistema de tipicidad del ilícito, sostienen que las normas en las que se encuentra el daño injusto (art. 1109, Código Civil de 1869, art. 2043, Código italiano y sus similares en otros Códigos), contienen una norma secundaria de mera sanción (**fuelle de atribución de responsabilidad**). Por el contrario, la opinión

---

<sup>22</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, en Lacruz Berdejo y otros, Derecho de obligaciones, Bosch, Barcelona, 1985, t. I, p. 502 y 503; cfr. también: Yzquierdo Tolsada, Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Universidad Pontificia de Comillas, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil, Madrid, 1987, p. 299.

<sup>23</sup> Romano, Santi, Fragmentos de un diccionario jurídico, Ejea, trad, Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1964, ps. 103 a 109, en especial; Busto Lago, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Tecnos, Madrid, 1995, ps. 106 y 107.

que hoy es predominante estima que en dichas normas hay una norma primaria (**fuentes de protección o tutela del interés**).

Esta norma primaria contiene una cláusula general (o directiva de máxima) consistente en una figura jurídica (o **fattispecie**) abstracta e incompleta, que constituye una valiosa herramienta para que los jueces en el marco de un Derecho desenvuelto y finalista, puedan extraer del ordenamiento jurídico todo y no de una norma positiva concreta, las distintas hipótesis de daños, cambiantes al correr del tiempo. Insistimos en que la actividad axiológica relativa al ordenamiento comprende las leyes, no ya en su dicción textual sino a base de sus fines inmanentes (el fenómeno de inacabamiento de la ley del cual hablaba Michel Villey), las costumbres relevantes, los principios generales del derecho, los valores, los estándares, las cláusulas generales –la buena fe, el abuso del derecho, la moral y buenas costumbres, la solidaridad social, etcétera.-. El ordenamiento jurídico, en tamaña dimensión, no contiene indicaciones **rígidas** sino que proporciona **síntomas** que ha de captar el intérprete –como bien se ha observado-<sup>24</sup>.

La injusticia del daño no es una fórmula mágica sino que debe elaborarse en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias. Por tanto, si está implicado un interés que merezca la tutela del ordenamiento, la calificación de injusticia no siempre se agota en ello (aunque es factible que suceda), pues pueden existir dos intereses **prima facie** y en abstracto merecedores de tutela, los cuales reclaman un juicio valorativo que no puede prescindir de la situación del dañador y del dañado. Me explico: si

---

<sup>24</sup> Di Majo, Adolfo, Delle obbligazioni in generale, comentario del Codice Civile Scialoja- Branca, a cura de Francesco Galgano, Nicola Zannichelli Editore- Soc. Ed. Foro Italiano, Bologna- Roma, arts. 1173- 1176, p. 167.

hay dos intereses que en abstracto, como dije, merecen la tutela resarcitoria, el juez debe contrastarlos para ver cuál prevalece. Si posee más jerarquía el de la víctima hay daño injusto, en tanto que si posee más jerarquía el del victimario hay un daño justo, **si se me permite una licencia gráfica en los vocablos**, puesto que promedia una causa de justificación que, por lo común, excluye la reparación del daño –sin defecto de que por excepción, la conducta autorizada (o justificada) pueda habilitar un resarcimiento si hay principios jurídicos o normas que lo dispongan: las acciones dañosas en acto o responsabilidad por acto lícito-<sup>25</sup>. De tal suerte, pueden darse estas posibilidades: a) El dañador no evidencia interés jurídico trascendente a contrastar con el interés jurídico del dañado (la definición del art.1737 en su más rigurosa dicción textual); b) el dañador tiene una posición de poder o deber del mismo modo que la tiene el dañado, aunque el primero despliega una actividad antifuncional o incorrecta; c) el dañador tiene una posición de poder o deber reconocida por el ordenamiento y la despliega con corrección y respeto (p. ej. actúa dentro de los límites asignados, con moderación, veracidad, utilidad social, etc. del derecho de crítica), pero a pesar de todo lesiona un interés jurídico de la víctima<sup>26</sup>. En los dos primeros casos hay daño injusto, pero en el tercero el intérprete ha de extremar el rigor en la tarea axiológica, pues existen dos intereses en conflicto (v. gr. el ejercicio de la libre expresión, de la libre concurrencia –o competencia-, etcétera).

Cabe destacar en torno a la evolución de la atipicidad, que durante muchos años se entendió que el número de derechos subjetivos estaba fijado de forma taxativa por la ley. Es más, sólo

---

<sup>25</sup> Salvi, Cesare, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 61.

<sup>26</sup> Scalisi, *Danno e ingiustizia...*, p. 805.

eran tenidos en cuenta, a los fines del resarcimiento, los derechos subjetivos absolutos a la vida, a la integridad corporal –en sus facetas puramente físicas- y a la propiedad. Esta postura legalista reconoce origen en el iusnaturalismo racionalista, fue defendida por los pandectistas alemanes y luego por los juristas que comentaron el Código francés (exégetas y dogmáticos), justo a la exaltación de la culpa como único factor de atribución y en respuesta a las exigencias economicistas del **laissez faire**.

La insuficiencia de este criterio condujo a la doctrina a extraer del ordenamiento nuevos derechos subjetivos, muchas veces de manera forzada pero con el firme propósito de hacer justicia<sup>27</sup>.

Por este camino, comenzaron a protegerse los derechos de crédito –y no sólo el derecho absoluto de propiedad-<sup>28</sup>, las

---

<sup>27</sup> Dentro de este marco de confusiones y frente a la necesidad de dar respuestas comunitarias, muchas veces la responsabilidad civil pareció apoyarse en el facilista y falso apotegma “hay un daño, luego existe un derecho subjetivo”; y esto significa poner el carro delante del caballo –ver mi obra Derecho de Daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 518 y 519, nota nº 17, en relación con unas afirmaciones de Miguel Federico De Lorenzo-. Esto es concordante con lo sostenido por ciertos autores que niegan la presencia de la antijuridicidad en la responsabilidad civil y soslayan la necesidad del **contra ius** lato en la configuración del daño injusto. De esta forma sostienen que el susodicho daño injusto, que se puede enlazar con el **damnum iniuria datum** de los romanos, es el daño **sine iure**, simplemente-. Pero salta a la vista que no todo **menoscabo** a los bienes puede ser daño –esto configuraría una petición de principio- (Scalisi, Danno e ingiustizia... cit., ps. 792 y remisión al desarrollo que hace Adolfo Di Majo acerca de los que él llama derechos innominados. Con razón se ha dicho de una tesis sugerente de que toda lesión es daño, sin discriminación alguna, sería cuando menos de dudosa constitucionalidad –Pena López, José M., Prólogo a la obra José María Busto Lago, La antijuridicidad del daño resarcible..., cit., ps. 24 y 25. Y yo estimo que tal tesis sin duda sería inconstitucional; ver, El futuro de la responsabilidad civil..., cit., p. 801.

<sup>28</sup> Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 268 y ss.; Aparicio, Juan Manuel, Responsabilidad del tercero por lesión al crédito, Plus Ultra, Buenos Aires, 1974. En el derecho italiano desde hace ya alrededor de medio siglo que el asunto constituye tema de debate y, paulatinamente, la aceptación del resarcimiento de la perturbación a un derecho personal fue ganando adeptos. Ha sido pionero en el tratamiento del asunto el proceso suscitado con motivo de la pérdida de la vida de los veintidós jugadores de fútbol del Club Torino, en un accidente de aeronavegación ocurrido en Superga (Fedele, A., Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito, Giuffrè, Milano, 1954, p. 92 y siguientes). La

mencionada Institución demandó a la Compañía Aérea por haber perjudicado los derechos personales que poseía al contar en el plantel con los jugadores –truncadas tales prerrogativas por el fallecimiento de ellos-. En primera instancia, la sentencia desestimó la pretensión, sin examinar siquiera el **quid** de la lesión al crédito, pues sostuvo que el derecho subjetivo del acreedor de una prestación de hacer infungible depende de la voluntad del deudor y no de la vida de éste, razón por la cual la muerte no es consecuencia directa del ilícito –art. 1223, Código italiano-. A su vez, la Corte de Apelaciones de Torino confirmó el fallo de la instancia anterior, pues considero que sólo son reparables los derechos absolutos oponibles **erga omnes**. En 1971 el jugador del Club Torino, Meroni, falleció tras impactar el automóvil en el cual se desplazaba con otro vehículo. En este caso, la **Corte di Cassazione** –sin defecto de la suerte que tuvo el caso concreto- admitió la posibilidad de que pueda producirse una lesión al derecho de crédito, aunque, en definitiva, desestimó la demanda, pues dijo que Meroni no era un jugador insustituible (para el equipo), dado que había un jugador suplente de similar categoría (cfr. otros argumentos sobre la posibilidad de admisión del planteo en Visintini, Giovanna, Ancora sul “caso Meroni”, *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 2, p. 1183; Calvo Costa, Daño resarcible, cit., ps. 286 y 287; Busto Lago, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 117). Por su lado, la doctrina y la jurisprudencia francesas, manifiestan una tendencia a aceptar la posibilidad de indemnizar la lesión al crédito, en tanto en cuanto ella configura un daño cierto (carácter éste que, en el caso, reclama una interpretación particular). Un precedente judicial paradigmático, sin duda ha sido el del Tribunal de Colmar del 20 de abril de 1955 (Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, t. XIX, Responsabilidad extracontractual, ps. 298 a 300). También en la ocasión falleció en el accidente de tránsito el jugador Kemp perteneciente Football Club Metz. El Club demandó al automovilista responsable del hecho ilícito y en primera instancia se desestimó la demanda por falta de daño, habida cuenta de que la presencia en la plantilla de un solo jugador no era idónea para influir en el rendimiento del equipo. Sin embargo, la Corte de Casación de Colmar revocó el citado fallo y estimó favorablemente la pretensión, por las razones que expongo en lo que sigue: 1) La capacidad, técnica y potencia del jugador pusieron de relieve que podía considerarse insustituible, atributo que quedó reflejado en la campaña del equipo, pues desde que se produjo la ausencia del futbolista fallecido, el equipo descendió del décimo puesto al decimosexto y, luego, al decimoctavo, razón por la cual, al cabo, perdió la categoría y, por lo mismo, descendió a la segunda división. 2) La extensa carrera del jugador y su desaparición física privaron el Club de una ventaja patrimonial consistente en el mayor porcentaje que le hubiera correspondido en caso de efectuarse una transferencia del futbolista (quedó probado que existían varias ofertas interesantes). Y 3) que el Club sufrió unas mermas en sus ingresos por disminuir la venta de entradas luego del accidente mortal (Aparicio, *Responsabilidad del tercero...*, cit., p. 142 y ss.; Calvo Costa, Daño resarcible, cit., ps. 290 y 291 –lugar donde se cita otro caso judicial-). También se estima que en el derecho alemán hay cabida para acoger la lesión al crédito, cuando menos en las perturbaciones dolosas (Sacco, Rodolfo, *Acto ilícito y violación del derecho*, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, *La Ley*, año I, n° I, enero 1999, p. 121). En el derecho argentino se sostiene que todo perjuicio a intereses absolutos y relativos debe ser reparado. No obstante, en el supuesto de la lesión al crédito, el pretensor ha de demostrar la relación causal entre el hecho ilícito y el daño y, sobre todo, la certeza del daño (si éste es definitivo y si la persona relacionada con la perturbación al crédito era insustituible –en mayor o menor medida-, cuestión ardua para la valoración por sus matices).

personalísimos –nuevas facetas de la intimidad, la imagen, la identidad, etc.-. Se confiere relevancia a los menoscabos a la estética, a la psiquis y a la vida de relación –sean o no daños autónomos-, se admite con amplitud y con carácter resarcitorio - que no a título de pena, el daño moral contractual y extracontractual-. Se acentúa la defensa del consumidor y se contemplan por igual los intereses individuales y los supraindividuales.

Al margen de la ampliación del campo de los derechos subjetivos, esta postura conceptúa que deben cobijarse los intereses simples o intereses de hecho, que no provienen de bienes que proporcionan al titular derecho subjetivo alguno (de suerte tal que se ha reconocido el reclamo de un pariente sin derecho alimentario ante la muerte del alimentante, el de la hijastra con motivo del homicidio de su madrastra, el de la concubina frente a la pérdida del concubinario –situación contemplada en un fallo plenario de la Cámara Civil para la reparación del daño patrimonial *ex art. 1079 del viejo Código de 1869-*.

La reacción contra el injustificado sistema clásico, aunque necesaria, fue generándose tras un lento y progresivo proceso de cambio. Los autores fieles al derecho subjetivo absoluto (y a la tipicidad) intentaron resistir la admisión de las nuevas categorías (como la lesión al crédito) y prefirieron proponer un genérico y omnicomprendivo derecho absoluto a la integridad del patrimonio (sin duda inaceptable). Ese imaginado derecho aseguraría la tutela resarcitoria en cada supuesto en que se verificase una diferencia negativa entre la realidad patrimonial del presunto dañado antes y después de producido el evento nocivo. Pero está muy claro que con este criterio se deja de lado la calificación de injusticia del

daño, imprescindible instrumento para seleccionar intereses que merecen protección, Y, además, el derecho a la integridad del patrimonio, tributario de la trasnochada teoría de la diferencia, resulta refractario a la protección de los daños extrapatrimoniales<sup>29</sup>.

De todos modos el cambio se inicia con el pasaje de una economía agrícola y artesanal a otra de tipo industrial. La riqueza inmobiliaria dejó de constituir el elemento axial del sistema y el contrato perdió la fuerza para erigirse en el modo exclusivo para transmitir o ejercer la propiedad. La autonomía privada, aunque está en la base del negocio jurídico y es connatural a la condición de persona humana, hoy día es aprehendida bajo la óptica del bien común (la voluntad es imprescindible siempre que persiga fines sociales y económicos valiosos para el Derecho). La culpa, en fin, ya no es regla general ni norma del clausura del sistema. Por último, el daño reclama la presencia de sistemas de atipicidad –o tipicidad en blanco-<sup>30</sup>.

En resumidas cuentas, el daño injusto es **contra ius**, en tanto supone la lesión a un interés merecedor de tutela –con los alcances amplios citados- y **sine iure** por no estar justificada la conducta. Esta doble connotación, que conforma la **iniuria**, tendría origen en un pasaje de Ulpiano (**quod non iure factum est, hoc est contra ius, si culpa quis occiderit**)<sup>31</sup>. Ambos componentes generan la injusticia del daño, la cual no es la suma de ellos sino la síntesis<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Jannarelli, Antonio, *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone, Giappichelli, Torino, 2001, ps. 1015 a 1116.

<sup>30</sup> Bueres, Alberto J, *Las fuentes de las obligaciones (alguna reflexiones de política jurídica)*, *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Libro homenaje al profesor Roberto López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 83 y siguientes.

<sup>31</sup> Digesto, 9. 2. 5. 1.

<sup>32</sup> Salvi, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 62; Bueres, *El futuro de la responsabilidad...*, cit., ps. 801 a 802.

-La expresión daño a la persona tiene contornos muy difusos o borrosos en la doctrina y la jurisprudencia, por más que con ella se trate de apuntar a la defensa del ser humano en sus bienes personalísimos.

Estas confusiones se advierten en el derecho italiano, en donde los diferentes **menoscabos** a la persona han sido estudiados por numerosísimos autores. La actividad de investigación en Italia tuvo un norte de justicia: por un lado superar la mezquina noción del art. 2059 Cód. Civil, que confina el daño moral a casos excepcionales relativos a infracciones civiles que constituyen un delito del derecho criminal y que están taxativamente contempladas en la ley y, por otro lado, el propósito de afianzar la tipicidad del daño (patrimonial).

En tal sentido, se ha dicho que el daño a la persona equivale al daño moral. Otros opinantes señalan que el daño a la persona vendría a ser en Italia, el daño corporal del cual hablan los franceses (**dommage corporel**) – **ídem**, los españoles-. Por ende, el referido daño a la persona es el que afecta la integridad psicofísica o psicosomática del sujeto. No obstante, la misma doctrina italiana a veces habló de daño biológico, que es una expresión médico-legal, para relacionarla con la lesión a la integridad psicofísica. En un paso adelante, tal daño biológico se correlacionó con el daño a la salud, aunque poco tiempo después se pensó que el daño a la salud, contemplado en el art. 32 de la Constitución Nacional Italiana, comprende el daño biológico pero es más amplio, puesto que en su ámbito no sólo ingresan los daños al cuerpo y a la psiquis que originan una enfermedad (**lo stato di malattia**), sino que también están incluidas las situaciones que afectan la calidad de vida, el bienestar espiritual –más allá de toda



patología-, la conservación de un ambiente sano, etc. Inclusive, para sofisticar más esta cuestión, la Corte Constitucional italiana, en una sentencia de 2000, habla de daño existencial (algo así como la realización del proyecto de vida, de la relación del sujeto con el prójimo)<sup>33</sup>. A veces estos daños fueron considerados patrimoniales y en otros casos extrapatrimoniales, aunque diferenciados del daño moral reducido sin ninguna razón al **pretium doloris** (sufrimientos, dolores, aflicciones, etc.).

El profesor Fernández Sessarego, que tuvo gran influencia en la redacción del Código Civil de Perú de 1984, dice que el daño a la persona es el daño no patrimonial. Consecuentemente, el mencionado daño a la persona comprende las lesiones al proyecto de vida y a los bienes personales (intimidad, honor, integridad psicofísica, etc.) y, además, el daño moral reducido al **pretium doloris**<sup>34</sup>. Está claro que de aceptarse esta postura, el daño moral supondría la lesión a un interés espiritual que se resarce **por sus consecuencias**, en tanto que otros menoscabos fenoménicos al proyecto de vida, la intimidad, el honor, la integridad psicofísica, se indemnizan **por la mera actividad dañosa de forma objetiva**, sin atender a las secuelas o consecuencias –no sabemos a ciencia cierta cuál ha de ser el arbitrario criterio de cuantificación de estos daños-. Esta postura ha sido criticada, con razón, por una gran parte de la doctrina peruana y, muy particularmente, por De Trezegnies

---

<sup>33</sup> Jannarelli, Istituzioni..., cit., p. 1020.

<sup>34</sup> Fernández Sessarego, Carlos, El derecho de las personas en los Códigos de Argentina (1869) y Perú (1984), Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano, Roma e America, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, a cura di Sandro Schippani, II Università di Roma, 1991, ps, 287 y 289.

Granda, tal vez el jurista que más se ha dedicado al derecho de daños en Perú<sup>35</sup>.

Creo que estos inconvenientes provienen del error de confundir un mal llamado daño, que es sólo un menoscabo natural o fenoménico a los bienes, con el verdadero daño en sentido jurídico (lesión a un interés). La lesión al cuerpo (fractura de un hueso) o a la psiquis (afección psiquiátrica), del mismo modo que la rotura de un plato o de una copa son menoscabos naturales, que podrán ser fuentes de daños jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales, según los casos. Y así como no hay un daño jurídico psíquico autónomo, tampoco podría hablarse, porque sería ridículo, de la categoría del daño óseo en la medida que se fracture un hueso. Recuerdo que Paolo Cendon examina varias decenas de supuestos fácticos que son fundantes de daños y resultaría absurdo que todos ellos constituyan daños autónomos<sup>36</sup>.

En resumidas cuentas, el Código Civil de 1869 consagra dos categorías de daños: el patrimonial y el moral. Al primero se refieren los arts. 519, 1068 y 1069; al daño moral aluden los arts. 522 y 1078 –tocante a este último no está de más manifestar que él no se reduce al sufrimiento o dolor, sino que importa una lesión a un interés espiritual protegido por el ordenamiento que genera consecuencias desfavorables en las capacidades de sentir, de querer y de entender (el descerebrado no padece dolor pero experimenta daño moral)-.

Si una joven modelo publicitaria tiene una lesión estética, mero menoscabo a la integridad corporal, dicho menoscabo podría

---

<sup>35</sup> De Trezagnies Granda, E., Para leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988, ps. 231 y 231.

<sup>36</sup> Cendon, Paolo, Trattato breve dei nuovi danni, Cedam, Padova, 2001 (tres volúmenes).

acarrearle una minoración de intereses patrimoniales (la pérdida de posibilidades de obtener trabajos) o bien podría conculcarle intereses del espíritu –aflicciones, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.-. Unos razonamientos en contrario conducirían a la creación de requerimientos sin justificación por duplicidad o multiplicidad de indemnizaciones superpuestas, desconocerían el recto sentido de las normas, pasarían por alto que no es posible resarcir daños por la mera actividad dañosa y, al cabo, importarían confundir todo.

-El Código de 2015 establece en el art. 1737 que el daño es la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Y el art. 1738, refiere que la indemnización comprende la pérdida patrimonial, el lucro cesante y las chances. Y, muy especialmente, las consecuencias (**repárese que se habla de consecuencias**) de la violación a derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales legítimas y las que conculquen el proyecto de vida. El artículo 1740 dice que la reparación debe ser plena.

Las reflexiones que me suscitan estos textos, en una prieta síntesis, son las siguientes:

1. La alusión al derecho en la definición de daño es superflua, pues hubiera bastado con incluir el mero interés (lesión a un interés), dado que éste es un elemento común a toda hipótesis de daño, derive o no de un derecho subjetivo. El art. 1733 del Proyecto dice que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...”. La definición se expone de modo negativo (“no reprobado por el ordenamiento jurídico”), y me parece que aunque no se incurrió en un desacierto marcado, hubiera sido preferible utilizar la formula

positiva (**interés protegido -o amparado- por el ordenamiento jurídico**) –ver en este sentido, el art. 1068 del Proyecto de Unificación de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993-. Ciertamente, si un interés no es reprobado por el ordenamiento, puede tratarse de un interés protegido (o aprobado) por el ordenamiento para erigirse en daño o de un interés que no es “reprobado” por el ordenamiento pero que no es trascendente como daño para el susodicho ordenamiento (p. ej. las alteraciones espirituales que sufre la novia ante el homicidio del novio en el ámbito de la legitimación establecida por el art. 1078, segunda parte, Código Civil de 1869). Comoquiera, el art. 1737 citado ha de interpretarse en el sentido de que interés “no reprobado” equivale al interés aprobado (o protegido) como daño y, al margen, que en la definición está implícita la calificación de injusticia o de resarcibilidad del daño.

Por otro lado, es evidente que “el no reprobado por el ordenamiento jurídico” se refiere sólo al interés y no al derecho (es obvio), dado que sí, en mero tren de conjeturas también alcanzara a éste, por cierto que no sería “un derecho” (¡!).

2. Hay errores de técnica y alguna oscuridad en ciertos vocablos utilizados en los artículos 1737 y 1738 (la doctrina y la jurisprudencia tendrán que disipar esta perplejidad). En el art. 1738 se habla de derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones legítimas y proyecto de vida. Habrá que esculcar con minucia cuál es el alcance de “la integridad personal, expresión que en principio no es muy precisa; e interpretar que no sólo “las afecciones legítimas” integran el daño extrapatrimonial (para mi equivalente al daño moral). También han de precisarse, doctrinal y jurisprudencialmente, las facetas patrimoniales y

extrapatrimoniales que presenta el menoscabo al llamado proyecto de vida (hoy día anatemizado en Italia donde tuvo génesis).

3. Me parece acertado que se apunte al interés como núcleo de la tutela jurídica y que se entienda que el daño se indemniza por las secuelas, por las consecuencias. No existe la posibilidad de resarcir objetivamente un perjuicio por la sola actividad dañosa.

4. Esto reconduce fácilmente a la idea de que ha de subsistir el criterio mayoritario en el sentido de que puede haber numerosos menoscabos fenoménicos o naturales a los bienes, pero en realidad habrá dos categorías de daños: el patrimonial y el extrapatrimonial (o moral). Esta es la conclusión a la cual llego la Corte de Casación Italiana en las sentencias (plenarias) Nros. 26.972, 26.973, 26974 y 26.975 provenientes de las **Sezioni Unite** el 11 de noviembre de 2008. El Tribunal en Pleno estableció que, a más del daño patrimonial, el daño extrapatrimonial es una categoría que no puede ser fragmentada en diversos tipos.

5. Es acertada la defensa de la esfera personal del sujeto y el criterio de atipicidad de los daños que fluye de las normas analizadas (la vigencia de la cláusula general del daño injusto o daño resarcible).

6. También es correcto que se incluya de forma expresa el resarcimiento de una chance, pues ésta es un daño cierto y no un supuesto perjuicio hipotético o conjetural.

7. Resulta fundamental que se consagre el principio de reparación plena e íntegra en el art. 1740, pues esto confiere transparencia a la constitucionalidad del sistema.

En resumidas cuentas, el análisis del Proyecto de 2012 en materia de daños arroja un saldo favorable y constituye un avance para el derecho argentino. En general y más allá de las diferencias

lógicas de matices y aún de criterios en cada solución puntual - a la vista de que el derecho es **un mar de dudas**, como decía Duvergier-, se ha recogido el pensamiento mayoritario de la doctrina nacional (inspiradora de una jurisprudencia masiva), condensado en obras y monografías seculares y en proyectos de reforma anteriores; e, inclusive, se han mantenido ciertas bases del Código Civil de 1869, en todo aquello que puede perdurar y que está aherrojado en nuestras más profundas tradiciones. Considero que sobre la base de una interpretación apropiada e inteligente de las normas proyectadas podrán alcanzarse los resultados deseados (y deseables).