

EL DAÑO INJUSTO COMO DAÑO JURÍDICO, VINCULADO

CON LA ATIPICIDAD DEL ILÍCITO RESARCIBLE.

Dr. Juan José Casiello.

(en el acto de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 22 de Mayo de 2001.)

- I -

Vamos a reflexionar en esta oportunidad sobre el problema del daño injusto. Aunque en verdad, esto del “daño injusto” es sólo un título abreviado, y quizá no abarque esa expresión la idea que quiero traer hoy a esta Academia. Porque mi propósito es aludir a la situación de aquellos sujetos de derecho que exhiben un padecimiento o menoscabo, o una situación de infelicidad o de minoración, provocada por el hecho atribuible a un tercero, y que reclaman la tutela de los jueces. Y a los cuales el derecho (o el orden jurídico) les contesta que no puede oírlos, porque esa situación de infelicidad o de carencia, o de mortificación, **no es un daño jurídico, no constituye un perjuicio resarcible para el derecho. No está “catalogada” como daño en el orden jurídico. O quizá, con la frase clásica de una concepción ortodoxa de la responsabilidad civil, se contestará que no exhibe el quejoso la violación de un concreto derecho subjetivo.** Sería, en todo caso, daño “de hecho”, o daño “naturalístico” lo ha llamado Salvatore PATTI (“*Il danno patrimoniale*”, Edit. Utet, Torino, 1990, pág. 13 y 16), pero no daño jurídico.

Este tema que proponemos podría vincularse con esos varios desarrollos que vienen poblando la literatura jurídica de nuestros días, y que reciben diversos nombres, y así se ha escrito sobre “los nuevos daños”, o “las nuevas fronteras del daño”, o las “nuevas formas del daño resarcible”. Estudios éstos en los cuales se investiga si las condiciones actuales en las que se desarrolla la vida del hombre en el mundo dan lugar a nuevas formas de agresión contra la persona o contra sus bienes, o a nuevas formas de padecimiento, que merezcan respuesta positiva del derecho en orden a la reparación. O bien, desde otra óptica, si la conciencia de la comunidad ha evolucionado, y ahora está dispuesta a oír ciertos reclamos que antes no atendía.

Aludimos, en este último enfoque, a una nueva postura anímica del hombre frente al daño (que en realidad no es nueva, sino que ya se referían a ella los MAZEAUD en el prólogo de su clásica obra de Responsabilidad Civil). Es una postura de rebeldía, de rechazo, de no conformidad con el daño sufrido.

A diferencia del hombre de época pasada, del hombre de los años del Código de Napoleón, de aquel que era artesano o cultivador de la tierra, se lee en expresivas frases de ese prólogo, cómo el hombre de hoy –y los MAZEAUD están hablando en la primera mitad del siglo que pasó-- no se resigna frente al daño sufrido, no consiente en atribuirlo a su “mala suerte”, al “azar nefasto”, sino que apenas advertido el daño que padece, de inmediato busca un responsable contra quien volverse y trasladar los efectos del acto perjudicial. Con precisión apunta MOSSET ITURRASPE que el hombre de este tiempo “descrie de los fatalismos y ambiciona conocer las causas de los efectos perjudiciales, **el porqué de sus daños**” (“Responsabilidad médica en pro de la justicia”, su aporte en el Libro de Homenaje a Atilio A. Alterini, *“Responsabilidad por daños en el tercer milenio*”, Abeledo Perrot, Bs.As. 1997, p. 676).

Y nos estamos acercando a la médula del tema sobre el que nos proponemos reflexionar hoy. Y que ya adelantáramos. Queremos averiguar si esta nueva postura del hombre frente al daño, de su no conformismo, puede llegar a alcanzar **la dimensión máxima de que se acepte que todo daño “injusto”, así, sólo por el hecho de serlo, de merecer tal calificación, se haga acreedor a un resarcimiento.**

Esta propuesta, que para cualquier hombre del pueblo puede parecer razonable, en realidad, para la ciencia jurídica, se presenta como una posición de avanzada. Por lo menos, según las ideas que han venido teniendo vigencia hasta nuestros días.

Porque, en verdad, como lo decíamos hace un momento, frente a cualquier padecimiento de que se queje una persona, el derecho nos contestará que, sin embargo, **para poder reclamar indemnización ha de constatarse en ese supuesto que se plantea la existencia de un derecho subjetivo de la víctima violado por la acción del dañador.**

Debe reconocerse que esta definición clásica de daño en sentido jurídico tiene su lógica. ¿Porqué decimos que sólo hay daño jurídico cuando es atacado o es violado un derecho subjetivo de un sujeto? Es que, en verdad, cuando se ataca a un sujeto en su persona o en sus bienes, se ha atacado, en rigor, una “facultad” o “derecho” que tiene esa persona de mantener indemne, sin daño, su propia persona, y sus bienes. Esto es, al atacarlo en su persona o en sus bienes, se ataca su derecho subjetivo, se invade la esfera jurídica de esa persona.

Con todo, pese a su lógica, esa respuesta tan limitativa (que no hay daño si no se registra la violación de un derecho subjetivo), no nos conforma. Ella deja insatisfecho nuestro espíritu de justicia y, seguramente, también el espíritu de justicia de toda la comunidad. Es que puede haber – pensamos- otros “derechos” relativos a su persona o a sus bienes, o mejor, otros “intereses”, que la doctrina ha denominado “intereses simples”, y que no estén registrados en la ley. Que quizá no alcancen la categoría de “derecho subjetivo”, en una concepción estricta. Pero que constituyen, sin embargo, expectativas o intereses muy respetables, a los que no parece justo negarles la tutela jurisdiccional.

El problema al que aludimos se plantea en muchos supuestos. Uno de ellos, muy expresivo, es el conocido en Francia como el de la víctima “par ricochet”, es decir, la víctima indirecta (o “por rebote”) que recibe el daño que ha golpeado directamente en otra persona. Para ejemplificar, aludimos al conocido caso de la negativa de legitimación a la conviviente “more uxorio” por fallecimiento de su concubino en acto ilícito. La concubina reclama daño, alegando que ella recibía, desde largo tiempo quizá, alimentos de quien ha muerto en accidente, y ahora el acto ilícito la ha privado de la asistencia que el fallecido le proporcionaba. Y se le contesta, con un enfoque clásico, que nada le pertenece porque no hay derecho subjetivo violado, en tanto ella no tenía la facultad (según la ley) de reclamar esos alimentos o asistencia al compañero. Si no estaba casada no había vínculo, y por tanto tampoco existía derecho a reclamar alimentos.

Advertimos, haciendo un paréntesis, que en nuestro país este supuesto ha motivado un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, dictado con fecha 4 de Abril de 1995, en autos “Fernández y otro c/ El Puente S.A.” (publicado en Rev. La Ley, tomo 1995-C, p. 642). En este decisorio se contienen muy interesantes reflexiones sobre el concepto de daño jurídico, y

en definitiva, recogiendo opiniones de la doctrina, y algunos aislados pronunciamientos judiciales anteriores, pero apartándose de la línea general que venía sosteniendo hasta esa hora la jurisprudencia, se resuelve que **“se encuentran legitimados los concubinos para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen”**.

Por cierto esta última salvedad aparece como fundamental en la legitimación del fallo, pues si se tratara de unión adulterina sus partícipes no podrían invocar un derecho o una expectativa con sustento en una relación o situación enfrentada con la ley. Se trataría, en ese hipotético caso, no de un “interés simple” (al que antes aludíamos), o expectativa favorable aunque no recibida por la norma, sino de un interés que iría contra el orden jurídico.

Pero no se trata solo del conviviente “more uxorio”. Hay muchos otros supuestos de convivencia entre parientes que no tienen entre sí, según la ley, derecho a prestaciones alimentarias, pero que de hecho se las prestan, y eventualmente un acto culposo de un tercero frustra esa “situación favorable”.

En otra ubicación, mas siempre dentro del ámbito de las justas expectativas que no están consagradas como “derechos subjetivos”, computamos el supuesto de los legitimados para reclamar daño moral, tan restrictivamente reglamentado por nuestro Código en el art. 1078, segundo párrafo (reformado por la ley 17.711), que ha merecido la repulsa y el calificativo de “injusto” por toda la comunidad jurídica argentina. Con el agravante de que en este caso no podríamos acudir a la salida de los “simples intereses” lesionados como habilitantes del reclamo de daños, porque esos “simples intereses” estarían “enfrentados”, “prohibidos” por la ley (recordamos, en este tema puntual, que hace muchos años la sabia Profesora María Antonia Leonfanti, en charlas mantenidas en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Rosario (U.C.A.), nos comentaba que en época muy anterior a la reforma de la ley 17.711 la Cámara Federal de Rosario, había expedido un fallo en el que se concedió daño moral a la tía por la muerte en accidente de tránsito de su sobrina a quien ella había criado y con la cual convivía). No hay duda que un nuevo enfoque sobre el concepto de daño, que ponga el acento en su calidad de “injusto”, nos lleva a decidir que la tan restrictiva legitimación de nuestro Código Civil para reclamar daño moral merece ser urgentemente revisada.

Y existen otros muchos supuestos de “nuevos daños” (por así llamarlos), como la lesión a intereses difusos o a los derechos de incidencia colectiva, en especial los daños al medio ambiente, también la lesión al derecho de crédito, la pérdida de “chance”, la ruptura intempestiva del compromiso matrimonial, y otros más que quienes se valen de un criterio restrictivo no los ubican dentro del catálogo de daños reconocidos por la ley (advírtase que, en esa corriente que suele denominarse de “constitucionalización del derecho privado”, varios de los supuestos enumerados han sido recogidos en el texto de la Constitución Nacional de 1994, art. 43).

- II -

Será tarea nuestra, pues, ver hasta donde podemos **extender o flexibilizar la noción de daño en sentido jurídico**, de modo de atender a estos requerimientos tan premiosos de justicia que se advierten en la sociedad actual.

En ese camino, hemos de avanzar a partir del concepto clásico de daño jurídico al que antes aludimos, en el sentido de que solo hay tal cuando se constata la lesión de intereses legítimos, de intereses *protegidos por la ley*. Y en un primer paso, nos será preciso identificar esos *intereses legítimos*. ¿Mas como haremos para identificarlos? ¿Estarán ellos enumerados de manera expresa en la ley positiva? Y, en su caso, ¿se tratará de una enumeración taxativa, limitada, o bien enunciativa y amplia de tales intereses de cuya violación resulta el daño? Más preguntas aún: ¿deberán integrar “formalmente” el derecho positivo, o bastará que lo integren “materialmente” (o solo de hecho). ¿Se los descubrirá en el espíritu o en la letra, de la ley?

Para dar respuesta a estos interrogantes, cuadra que admitamos una premisa previa: en esta materia de identificar el daño resarcible estamos entrando necesariamente en el terreno de la **tipicidad o atipicidad del ilícito civil**. Porque, claro está, **el daño resarcible, este daño que queremos identificar, resultará o será la consecuencia necesaria del acto ilícito civil. El acto ilícito es la causa-fuente del daño, genera el daño resarcible**. De modo que para identificar esta consecuencia (el daño jurídico) tenemos que identificar primero el acto ilícito que le dio origen, que es su fuente. Por cierto que no confundimos la “ilicitud” con el “daño”, pero casi podríamos decir que

se produce una “simbiosis” entre ambos elementos, aunque uno y otro se desarrollen en momentos distintos. La ilicitud atañe directamente a la conducta (acción), y a ésta se le aplica el juicio de “tipicidad” o “atipicidad”, según la norma. Pero también es verdad que la conducta antijurídica conduce *naturalmente* (salvo excepción) al daño jurídico como resultado. Llevaba razón BUERES cuando afirmaba que “en rigor, el fenómeno de la **tipicidad del ilícito, concierne a la tipicidad del daño.**” Y agregaba, en palabras monitoras sobre el tema que estamos desarrollando: “**De tal forma el interés afectado puede ser típico, cuando está tasado, prefijado por la ley –como lo quería la doctrina legalista tradicional- o bien puede ser atípico, en supuesto de que se lo contemple con amplitud, desde el punto de vista referencial de la justicia**” (su voto en el recordado plenario “Fernández y otro c/ El Puente S.A.”, publicado en L.L., t. 1955- C, p. 650). El enfoque de “justicia” acerca del daño, nos dirá de su tipicidad, y por tanto de su resarcibilidad.

Vamos ahora a la solución de nuestro derecho positivo en orden a la tipicidad o atipicidad del ilícito que da origen al daño. Para ello, analicemos el art. 1109 del Código de Vélez, que hace muchos años aquel gran jurista que fue Héctor LAFAILLE calificara como “la gran fuente del deber de responder” en nuestro derecho positivo (claro, en época en que la responsabilidad objetiva era verdaderamente excepcional). Y bien. En ese carril deberá admitirse que una primera lectura del art. 1109 de nuestro Código, similar a su antecedente el 1382 del Código francés, nos convence sobre la atipicidad de la solución legal.

Con venia del auditorio, recordaré que el Código de Vélez dice: “*Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.....*”.

Amplia, amplísima e irrestricta definición del ilícito resarcible, y del daño en él contenido. Se menciona “**un hecho**”, cualquier hecho, única determinación que sea obrado con culpa. Y no se advierte allí ninguna precisión con respecto al elemento **daño**.

Conforme la literalidad de los términos y a su significado obvio, cabría entender que cualquier padecimiento moral o espiritual, o menoscabo o detrimento material que afecte a un individuo y causado por otro **con culpa**,

constituiría un **daño jurídico** y debería ser resarcido. Esto es, que el reclamo de la víctima debería ser oído por el derecho.

Pero claro está que esto no puede ser así, desde que ello nos llevaría a una extensión inusitada del concepto de daño. O mejor, a identificar como daño jurídico lo que no lo es.

Se impone admitir un doble orden de limitaciones.

En primer lugar porque en esa comprensión sin trabas del art. 1109, no sería posible la vida del hombre en la comunidad, donde por el solo hecho de compartir los mismos ámbitos, los mismos espacios, las mismas actividades se producen de continuo entre los hombres roces, molestias, inconvenientes, menoscabos o daños, en fin, (a veces con la presencia de mínimos *descuidos o negligencias*) que no pueden evitarse y que son **justificados** por razón cabalmente de esa vida de relación o, de otro lado, por la vigencia de principios superiores (aludimos, por ej., a las situaciones de libre concurrencia o competencia comercial, a la crítica literaria y artística, a la participación en concursos o certámenes científicos, al ejercicio del derecho de huelga, etc.; como también a la virtualidad de ciertos principios de jerarquía superior *justificantes* de la conducta, así, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho, etc.)

Y en segundo lugar (y fundamentalmente), en tanto estamos analizando nuestro Código Civil, no podemos olvidar que muy poco antes del mencionado art. 1109, se ubica el 1066 que expresa que “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes.....*” Y ahí tenemos, netamente expresado, el requisito de la antijuridicidad, que pone un nuevo cerco, muy estrecho, a la extensión de la “cláusula general” del art. 1109. No es cualquier hecho, sino un “hecho antijurídico”. Por eso decía el sabio maestro cordobés, ALFREDO ORGAZ (a quien hemos recordado en nuestras palabras introductorias), que la cláusula general del art. 1109 debía leerse así: “Todo el que *ilícitamente* ejecuta un hecho

Ya vemos cómo se va acotando la amplitud o atipicidad de este dispositivo legal. No tanto por la presencia de ciertos *daños justificados* (de donde los “*no justificados*” podrían englobar el requisito de la ilicitud), sino sobretodo, y fundamentalmente, por la exigencia tan restrictiva de la

antijuridicidad expresa. Esto viene a explicar, en alguna medida, porqué la doctrina tradicional insiste en que sólo hay daño jurídico, esto es resarcible, cuando ha habido **violación de alguno de los derechos subjetivos** que integran la esfera jurídica de una persona.

Claro está que esta solución –postura clásica, repetimos-, a nuestro juicio nos lleva a una salida muy estrecha: a renunciar a las nuevas perspectivas que reclama el derecho de daños. Porque, rigurosamente, si ese elenco de daños resarcibles es sólo el que está comprendido expresamente en la ley, pues entonces, cabe la pregunta, ¿no podrá hablarse nunca de “nuevos daños”, de una ampliación del espectro de los daños a los que ha de acordarse reparación? ¿Habría que modificar la ley, en cada caso, habría que crear la figura específica en la ley para comprender, en frase de ZANNONI, a “**esas situaciones vitales que demandan tutelas urgentes?** (Zannoni, “Derecho subjetivo e interés simple”, en “La responsabilidad”, libro de homenaje a Isidoro Goldenberg, Abeledo Perrot, Bs.As., 1995, p.108).

Nosotros creemos que, en los tiempos que corren, la conclusión no puede ser esa, tan absoluta. Creemos que la solución está cabalmente **en la atipicidad amplia del sistema de la ilicitud civil que conduce a una nueva concepción sobre el daño, y sobre los intereses que merecen tutela.**

Esta nueva concepción sobre el daño, en verdad, ya se ha hecho moneda corriente en algunos países de Europa, merced a interesantes aportes de la doctrina y de la jurisprudencia. Y radica en afirmar que la nota tipificante del daño, esto es, la que decide su resarcibilidad, es su calidad de **injusto**. Nota que, a la vez, encierra el requisito de la “antijuridicidad”. Así, todo **daño injusto es daño antijurídico. Y por tanto, resarcible.**

Claro que esto exige definir el criterio acerca de la injusticia del daño. Y a ese propósito diremos, también con las nuevas corrientes, que “**es injusto el daño cuando deriva de la lesión de intereses merecedores de tutela, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota con lo legal: la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado**” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños”, Edit. Hammurabi, t. 4, pág.124). Agregamos nosotros a estas acertadas expresiones de la distinguida profesora cordobesa, que el juicio de la comunidad sobre los “valores e intereses

comúnmente aceptados como dignos y respetables” se percibe, fundamentalmente, **a través de las decisiones de la jurisprudencia.**

Con esta concepción, se amplía en gran medida la atipicidad del ilícito. Porque ya no son solamente los derechos subjetivos absolutos, esos consagrados en la ley, los que, violados, dan lugar al daño en sentido jurídico. Sino que **cualquier interés del sujeto, siempre que sea serio y digno, se hará acreedor a la tutela jurídica. Será injusto lesionarlo. Y por eso, de la violación de ese simple interés, se derivará un daño en sentido jurídico, que corresponderá resarcir.**

Hay que agregar algo, todavía. Un requisito negativo que está implícito en la condición que se exige de esos intereses simples de que sean “serios” y “dignos”. Y es que, **naturalmente, ellos no deben ser contrarios al orden jurídico**, porque si lo fueren, éste no les prestaría su tutela.

En un paso más, todavía, siguiendo alguna doctrina italiana a la que luego referiremos, y para que no se nos tache de partidarios de un “derecho libre”, ni menos de alentar una suerte de “gobierno de los jueces”,- nos atrevemos a afirmar que **esos intereses simples merecedores de tutela integran en verdad el orden jurídico por lo menos en sentido “material” (aunque no en sentido “formal”, debe admitirse).** Con lo cual se acercan, se aproximan, a los “intereses legítimos” o “derechos subjetivos” a que aludía la doctrina clásica.

A esta categoría de daño así configurado, se le llama “daño injusto”, que, en nuestro criterio, **viene a aprehender o a denotar** –de ninguna manera a reemplazar o a eliminar- **el requisito de la antijuridicidad de la conducta** como elemento concurrente para determinar la sanción resarcitoria. Desde que la **justicia** es la nota típica y fundante del derecho, es el “alma” del derecho, el daño “injusto” (porque agravia la justicia), se “enfrenta” con el orden jurídico, y evidencia la antijuridicidad de la conducta que lo causó.

La recepción de las nuevas ideas que privilegian la reparación de todo **daño injusto**, nos parece que es la herramienta adecuada para superar una muy estrecha tipicidad del ilícito resarcible que solo condena o descalifica la violación de los derechos expresamente reconocidos en la ley. Y seguramente hará posible que se atiendan en el pretorio las quejas de tantas víctimas que

exhiben lesión en sus afectos, en su espíritu o en su patrimonio, aunque no se encuentren revestidas del ropaje del derecho subjetivo absoluto.

- III -

-

Antes de elaborar conclusiones sobre el tema que nos hemos propuesto, haremos una muy ligera referencia a la evolución de las ideas en Italia, sobre esta problemática. Tomamos como paradigma las corrientes jurídicas de este país, porque el Código allí vigente, el de 1942, impone el calificativo de “ingiusto” al daño que merece resarcimiento, en su art. 2043. Se demostrará como tanto la jurisprudencia como la doctrina de ese país, a veces recurriendo a verdaderos alardes de imaginación, han sabido encontrar soluciones para atender a justos requerimientos de cobertura de daños allí donde no aparecía, según la estricta letra de la ley, la violación de un derecho absoluto.

Recordemos que en Italia el Código Civil del año 1865 adoptó una calificación del ilícito prácticamente idéntica a la contenida en el art. 1382 del Cod. francés. Y que luego el nuevo Código, de 1942, repite parecidos términos, pero agregando un calificativo al daño que la jurisprudencia ha aplicado fructuosamente. Dice así el art. 2043 del nuevo código: “Cualquier hecho, doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño **ingiusto**, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

Y bien. En Italia, por lo menos en un principio, se dio a este artículo la misma interpretación que recibió en origen el 1382 del Cód. francés: el nuevo precepto configuraba una “clausola generale”, una norma abierta que podía literalmente comprender una suerte de sanción para todo daño injusto; **pero, no obstante ello**, en tanto no se contenía en ese precepto ninguna enumeración determinada de los daños que habían de cubrirse, ni se definía el alcance o comprensión del calificativo de “ingiusto”, los juristas itálicos opinaron que para que se configurara un ilícito resarcible, debía recurrirse a otros preceptos determinados contenidos en la ley, para constatar la violación de un **derecho subjetivo absoluto**.

O sea, se participaba del concepto restrictivo sobre el daño. Se estaba en la postura tradicional, pese al agregado de la nota de la “injusticia” del daño. Sin embargo, un autor clásico en la materia, como es DE CUPIS (“*Il danno*” vol. primo, p.81, Edit. Giuffré, Milano, 1979) sin renunciar al pensamiento clásico, ya insinuaba en su obra que “por el lado del calificativo

de “ingiusto” se introducía en la norma el indispensable requisito o exigencia de la antijuridicidad. El “ingiusto”, venía a significar así, “contra legem”. Pero era necesario de todas formas, seguía este autor, identificar el precepto o norma violados para determinar la presencia de un daño resarcible. El 2043 no era una “clausola aperta” que operara de por sí. Necesitaba el complemento de otra norma específica. Tal lo expresaba DE CUPIS: “Daño injusto, vale decir, producto de un acto humano antijurídico; y antijuridicidad significa contrariedad a específicas normas o principios del derecho, a los cuales el art. 2043 automáticamente reenvía, mientras establece la sanción del daño producido en violación de aquella norma o principio” (el subrayado nos pertenece).

GUIDO ALPA, en una obra reciente, (*“Responsabilità civile e danno”*, Edit. “Il mulino”, Imola, 1991, p. 115) aludiendo también al pensamiento clásico en Italia, menciona que, en esa idea sólo habría resarcimiento cuando “la lesión de los intereses que el daño implicaba **fuese prevista por una específica norma legal** (la que otorga el derecho subjetivo), de donde el artículo 2043 cumplía en rigor una función de **norma secundaria, meramente sancionatoria** de aquellos ilícitos configurados específicamente por la ley”.

Este, reiteramos, fue el pensamiento vigente durante largo tiempo en la interpretación del derecho italiano, a partir del Código de 1942.

Pero la jurisprudencia, en los últimos años, con el aporte de valiosa doctrina jurídica, ha evolucionado notablemente. Impresiona de veras comprobar cómo los jueces de Italia, en las últimas décadas del siglo que pasó, se han valido del calificativo de “ingiusto” que le adjudica al daño el art. 2043 para, con ese fundamento y en un amplio despliegue, ir redefiniendo los límites de la responsabilidad, de modo de comprender dentro del ilícito resarcible muchas situaciones en las cuales si bien no puede exhibirse por la víctima el “derecho subjetivo violado”, se ha entendido por los jueces que eran **merecedoras de la tutela jurisdiccional**. El art. 2043 deja de ser norma secundaria que simplemente sanciona la violación de la norma primaria, sino que es ella misma, ahora, la que califica, a través de la “ingiustizia”, los agravios o daños que merecen reparación.

El criterio de la injusticia del daño funciona así como una “válvula de apertura” hacia una ampliación del campo de la antijuridicidad. Y esa

“válvula de apertura” que, claro está, tendrá su medida o su alcance **según los parámetros de la Justicia que predominen en la sociedad**, informa las decisiones de la jurisprudencia y contribuye a rediseñar progresivamente el ámbito de la responsabilidad civil. Ha dicho GUIDO ALPA que de esta manera “el campo de la responsabilidad civil se convierte en una suerte de *espejo de la sociedad*” (*Resp.Civile e danno*, citado, p. 116).

Comentando las soluciones amplias y generosas que se abren camino en el derecho de daños, en Italia, MARIO BESSONE reitera que “el fundamento normativo de esta nueva tendencia finca o proviene de la expresión “ingiustizia” del daño contenida en el dispositivo del art. 2043 del Cód.Civil. Lejos de revestir un relieve escaso o marginal, la connotación de la “injusticia” del daño, ha devenido, en esta prospectiva, factor esencial de cada juicio de responsabilidad y punto focal de la disciplina del ilícito” (“*Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*” Edit. Giuffré, Milano, 2000, p.55).

Veamos algunos ejemplos concretos de esta corriente de jurisprudencia, a propósito, especialmente, de la norma del art. 2059 del Código italiano, que sanciona la reparación del **daño no patrimonial**.

Conocidas son las dificultades que se presentan a los tribunales de ese país para resarcir el llamado daño a la persona, daño a su integridad física y anímica. Es que el daño a la persona se identificaba, naturalmente, como “danno non patrimoniale”, “daño moral” según nuestro léxico corriente. Y entonces la solución que da el Código italiano aparece como agudamente restrictiva. Porque, en efecto, en su art. 2059, en una previsión similar al viejo art. 1078 del Cód. de Vélez, dice este Código que “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”. Y esa determinación vino a darla el art. 185 del Cód. Penal italiano que indica que en caso de delito ha de “repararse el daño patrimonial y el no patrimonial”. Solución muy estrecha, repetimos, porque entonces, si no hay delito penal no cabe la reparación de ningún daño moral.

Y aquí viene el empuje creativo de la jurisprudencia itálica del último cuarto de siglo, con fundamento en el dispositivo de “ingiustizia” que se contiene en el art. 2043. Pues empezó a idear, a crear el concepto de “daño a la salud” como un tipo de daño con autonomía propia y ajeno al daño moral, y en consecuencia no comprendido en el art.2059. De esta forma

sacaba a este “daño a la salud” de la estrecha base del derecho penal a la que hemos aludido, y encontraba que tenía, el daño a la salud, su sustento normativo propio en el art. 32 de la Const. Italiana, que dice “*La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo.....*”. Se le daba así valor operativo, directo, a la previsión constitucional.

Pero la consagración de un “derecho a la salud”, de esta manera tipificado, daba ciertamente para mucho más. Pues avanzando en ese criterio, los Tribunales superiores en Italia fueron progresivamente reconociendo como indemnizables, el daño biológico, el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual, el daño psíquico, las inmisiones sonoras, la violación de la privacidad, todos ellos con el fundamento de que son manifestaciones o formas de daños que se comprenden en el art. 2043, **que menciona todo daño injusto**, y no en el art. 2059, que alude al daño “no patrimonial”, y que limita su resarcimiento, según se vió por vía de otra previsión legal, al supuesto de daños resultantes de un delito del derecho criminal. El daño biológico, dijo la jurisprudencia, es un daño en sí mismo, no es un *daño consecuencia (o sea un daño en la psique, en los sentimientos, derivado de otro daño principal) como lo es el daño moral*, y entonces está comprendido en el art. 2043 que habla del **daño injusto**, y su resarcibilidad deriva de una lectura *constitucional* del Cód. Civil, esto es, a la luz del art. 32 de la Constitución que ampara la salud. (Ve. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “*¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*”, en Rev.Der.Privado y Comunitario, Daños a la persona, I, pag. 85).

Y vaya una muestra más de la evolución de la jurisprudencia italiana. Hace pocos años, un Tribunal de ese país (Tribunal de Milano, del 18 Febrero de 1988), ante el daño sufrido por una joven estudiante universitaria, de sólo 19 años, en razón de un accidente de tránsito, que la mantuvo semi paralizada durante casi dos años, y la dejó con secuelas graves de incapacidad, decidió indemnizar, además del daño sufrido por la niña, también el daño que *habían sufrido los padres* de la víctima directa entendiendo que se había agraviado **el derecho “a la serenidad familiar”**. Expresó el Tribunal que “del complejo de normas que regulan la unidad de la familia nacida del matrimonio, como así de las “convenciones europeas de los derechos del hombre” que aseguran el derecho de cada individuo a que se respete su vida privada y familiar, se alcanza a individualizar (en este caso) **la injusticia del daño**, lo que conduce a una lectura más actual del art. 2959 del Código, de modo de no limitarlo a la

reparación del daño moral” Y así puede ser resarcido (el perjuicio) bajo la forma de daño patrimonial, del mismo modo como la Corte Constitucional ha admitido el resarcimiento del daño a la salud (véase comentario de este fallo en M. FRANZONI, “*La liquidazione del danno a la persona*”, en “*Trattato di Diritto Comérciale e Diritto Pubblico Dell Economia*”, diretto da Francesco Galgano, Edit. Cedam, Padova, 1990, vol 14, p. 168/69).

Claro está que no habrían de faltar voces que reclamaran contra este despliegue creativo de la jurisprudencia. En homenaje y respeto a la legalidad, un autor del prestigio de Adriano DE CUPIS preconizó la necesidad de un sinceramiento, diciendo que “o el legislador debe intervenir (modificando los textos), o bien la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad del art. 2059; sólo así los jueces ordinarios cesarán de tanta acrobacia interpretativa” (citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, en “*¿Sirve al derecho argentino...*”, cit. pág. 84).

Pero sin despreciar este alerta de DE CUPIS, a los fines de nuestra exposición de hoy nos interesa destacar esa recepción del “derecho vivo” por parte de los Tribunales, con base especialmente en la apreciación de la “injusticia” del daño según la expresión contenida e el art. 2043 del Cód. Italiano. Pensamos nosotros que la calificación de “injusto” que se adiciona al daño en la aludida “cláusula general”, extiende considerablemente los márgenes y las fronteras del daño resarcible, porque autoriza a ponderar – como lo dijimos antes- las situaciones de hecho **bajo el prisma de la justicia**, valor sin duda supremo en el campo del derecho. Y de esa manera cabe otorgar protección o tutela a determinados intereses, aunque no estén recibidos de manera expresa como derechos subjetivos en la ley común.

Señala MASSIMO FRANZONI (“*Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Fatti illeciti, art. 2043-2059*” Edit. Zanichelli, Bologna, 1993, p.186) sobre esto, que mientras la lesión de un derecho subjetivo goza de una **inclusión segura** en la noción de “ingiustizia”, la lesión de un interés (simple) sólo goza de una **inclusión condicionada**, dependiendo de la valuación social de los intereses en conflicto”. Y este mismo autor cita expresiones de RODOTA, (su obra “*Il problema de la responsabilità civile*”) acerca de que “**la injusticia del daño es (por sí sola) una cláusula general**, y su función consiste en seleccionar o establecer (para acordarles tutela jurisdiccional) la lesión de las situaciones jurídicas en las cuales ha sido violada la solidaridad social”. En estos casos, afirma, habría daño resarcible e

infiere esta conclusión con apoyo en la Constitución italiana que afirma el principio de la solidaridad en la convivencia social.

Sobre esto podría objetarse, y por cierto no es una objeción menor, que la recomendación de “acudir **al prisma de la justicia**” para decidir cuando una situación de hecho o un interés simple se hace acreedor a la tutela jurídica nos haría entrar peligrosamente en el terreno de la arbitrariedad judicial, con lesión o detrimento de la seguridad y de la certeza jurídicas en la determinación de los ilícitos y de los consiguientes daños resarcibles. La objeción, como decimos, tiene su peso. Pero MASSINO FRANZONI ha respondido a ella (con apoyo en el pensamiento coincidente de GALGANO y de VISINTINI) expresando que “**Un mínimo de incerteza es el precio a pagar para poder operar con viejas categorías en un universo en constante evolución**”. Y añade este autor: “**A través del examen de las orientaciones jurisprudenciales es posible identificar cuales son los intereses merecedores de tutela, cuya lesión constituye la injusticia del daño**” (FRANZONI, “*Colpa presunta e responsabilità del debitore*”, Edit. Cedam, Padova, 1988, p. 59 y 60). La sabiduría de la jurisprudencia es, pues, en el pensamiento de FRANZONI, la garantía contra cualquier exceso en tema tan delicado (de manera coincidente, IZQUIERDO TOLSADA, “*Responsabilidad civil*” Reus, Madrid, 1993, p. 132, quien recuerda a Alberto Bueres y a Giovanna Visintini).

Nosotros adherimos a este pensamiento. Si se quiere avanzar hacia una frontera de mayor comprensión en la resarcibilidad de ciertos daños sin contar con la modificación de la ley (salida ésta, no siempre conseguible), entonces habrá que confiar en que la labor creativa de la jurisprudencia, orientada por la doctrina de los autores, sabrá reflejar en sus pronunciamientos el espíritu de justicia de la comunidad. No auspiciamos, claro está, el puro arbitrio de los jueces, ni menos los pronunciamientos “contra legem”; solo pensamos que debe confiarse en la labor de la jurisprudencia en ese afán de interpretar la ley inteligentemente, como se lo ha hecho en Italia, por caso, buscando soluciones de justicia para situaciones nuevas que no pudieron preverse por el legislador originario.

- IV -

-

Hemos de terminar nuestra exposición formulando algunas **conclusiones**, y luego unas referencias a los proyectos de reformas del

Código Civil, en cuanto fijan criterios con respecto al “daño en sentido jurídico”.

a) La noción de “daño injusto” -que no atañe a la conducta del agente sino a la índole del interés afectado- es una calificación o caracterización del daño en sí mismo, en cuanto resulta de la violación de una situación subjetiva merecedora de tutela.

b) Esta concepción del **daño injusto** conduce a una tipicidad abierta del acto ilícito (y del daño que es su consecuencia), y concluye por ampliar notablemente el elenco de los perjuicios que merecen resarcimiento. Se indemnizará no sólo la conculcación de los derechos subjetivos absolutos contenidos en el ordenamiento, sino toda lesión que se infiera a cualquier interés simple no opuesto a ese mismo ordenamiento.

c) En nuestro derecho el dispositivo del art. 1109 del Código Civil incorpora el *alterum non laedere*, que ofrece a los jueces una rica cantera para extraer de ella “la inagotable y cambiante gama de intereses que se consideran merecedores de tutela (atipicidad o tipicidad en blanco). Claro está que los jueces no crean “daños” en actitud intuicionista o voluntarista, sino que las valoraciones que ellos hacen de las leyes (y de sus fines inmanentes), de las costumbres, de los principios generales del derecho, estándares, solidaridad social, equidad, etcétera, les permiten extraer de esa *totalidad* que es el ordenamiento, los intereses tutelados. En esta actividad de mérito está el marco de la *creación judicial* –si cabe-, que no es derecho libre de elaboración judicial por encima de las normas *lato sensu...*” (BUERES, A., “Derecho de daños – Antijuridicidad y daño injusto”, Hammurabi, Bs. As., 2001, pág. 516). En estas condiciones, agregamos nosotros, esos “intereses simples” han de considerarse *materialmente* (aunque no *formalmente*) comprendidos en el ordenamiento jurídico.

d) Debe distinguirse la noción de **injusticia del daño**, que refiere a un criterio de selección de intereses merecedores de tutela, de la **antijuridicidad de la conducta**, que alude a la contradicción de ésta con el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, y que es el antecedente de aquél. Ambos presupuestos son necesarios para la conformación del acto ilícito resarcible. A veces puede desaparecer la antijuridicidad de la conducta, cuando promediare una causa de justificación, que bonifica también el resultado-consecuencia, convirtiéndolo en **daño justificado**. De esta manera, el **daño injusto** es

contra ius, en tanto supone la lesión a un interés tutelado,- y *sine iure* por no estar justificado el acto (**antijuridicidad**).

Lo dicho no contradice ni excluye que pueda haber situaciones en que se responda por daños causados en accionar originariamente lícito, del cual resulte en ocasiones un daño injusto que debe repararse. La responsabilidad exige la *antijuridicidad*, pero ésta puede no hallarse en el origen del acto, sino presentarse luego cuando eventualmente apareciere en el desarrollo de la actividad una lesión - agravio a un tercero o a su patrimonio. La antijuridicidad y el daño se presentan aquí de manera simultánea.

En otro ámbito distinto al que estamos tratando, la obligación de cubrir daños injustos resultantes de un obrar lícito, principalmente en situaciones conectadas con la actividad normal del Estado, encuentra otros fundamentos propios, al margen de la teoría de la responsabilidad civil.

e) Con un criterio amplio de atipicidad, que se funda en el art. 1109 del Código Civil, decimos que puede calificarse la acción por el daño que produzca. De modo que toda acción u omisión que ocasiona un daño a otro, en su persona o en sus bienes, es **antijurídica**, salvo que el ordenamiento, ante circunstancias especiales, justifique la conducta del agente. Son las causales de justificación, a que antes aludimos, que excluyen la antijuridicidad. (ORGAZ, A. “*La ilicitud*” Edit. Lerner, Córdoba, 1974, p. 47).

- V -

Los proyectos de reforma del Código Civil.

Veamos, ahora, como se han expresado los proyectos de reformas del Cód. Civil en estos temas del daño jurídico y antijuridicidad de la conducta.

1) Recordemos que el proyecto de unificación de 1987 no innova en el concepto de daño, manteniendo el texto de los arts. 1068 y 1069. Pero la modificación fundamental viene por el lado de la **antijuridicidad**: pues suprime radicalmente el art. 1066.

2) El proyecto de la Comisión Federal, Poder Legislativo (1993), avanza mucho más. Suprime también la exigencia de la antijuridicidad expresa (del actual art. 1066), pero la reemplaza con los siguientes textos: **Art. 1066: “Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado”.** Y **Art. 1067: No hay acto ilícito que obligue a una reparación....si no existe daño causado por una conducta antijurídica....”** Es la oposición: acto antijurídico, o acto justificado. O, en otras palabras, por el lado de la “no justificabilidad del acto” se define la “antijuridicidad”.

3) La misma situación de avance se encuentra en el proyecto de la Comisión designada por el P. Ejecutivo, que se expidió en 1993 (con toda una nueva numeración de artículos): **Art.1549: “La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado conforme las disposiciones de este Código”....(se expresa aquí, nítidamente, el principio del “**alterum non laedere**”, con una amplitud todavía mayor de la de nuestro art. 1109 vigente; y sin la restricción severa del también vigente art. 1066). La atipicidad es mayúscula, o sea, en principio, todo daño es indemnizable.**

Claro que, naturalmente, en los arts. siguientes viene la restricción, aquí por vía de la legitimación de la conducta, enumerándose las circunstancias en que el daño no es indemnizable: ejercicio de un derecho o facultad, legítima defensa, estado de necesidad, etc.

En el art. 1568, este mismo proyecto define el daño con amplitud muy lejana al concepto de “derecho subjetivo violado”, pues dice así: **“Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio, o a sus intereses no reprobados por la ley.....”.** Bien se ve que dentro de un orden pretendidamente justo encontrará acogimiento cualquier reclamo de daños, por lesión a bienes personales o patrimoniales, o a simples intereses aunque no estén mencionados “expressis verbis” en ese ordenamiento. Salvo, claro está, que la situación por la que se clama asistencia esté **reprobada por el orden jurídico.**

4) Y, por último, el más reciente proyecto, que fuera elevado por la Comisión redactora al P. Ejecutivo por nota de Diciembre de 1998, incorpora similares criterios acerca del daño.

Dice en su art. 1588: **“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”.**

Y en el art. siguiente, 1589, enumera el proyecto **las circunstancias clásicas de justificación del daño**: ejercicio regular de un derecho o facultad, legítima defensa, estado de necesidad...etc.

Debe advertirse que en estos proyectos, en especial el último presentado en Diciembre de 1998, no se menciona en ningún momento la voz “acto ilícito”. Según se expresa en las consideraciones o fundamentos del Proyecto, la ilicitud no puede computarse como condición del deber de responder porque hay supuestos de responsabilidad “por acto lícito”. En nuestra opinión, en estas situaciones excepcionales de obrar lícito (específicamente en supuestos del accionar del Estado) la obligación de cubrir daños encuentra otros fundamentos al margen de la teoría propia de la responsabilidad civil. Pero pese a ese pensamiento de los reformadores, en éste último y en los otros proyectos conocidos no deja de considerarse a la ilicitud como presupuesto propio de la obligación de responder por daños. Sólo que la ilicitud o la antijuridicidad vienen en estos proyectos a ser reemplazadas por la noción de **injusticia del acto realizado o del daño ocasionado**. La “no justificabilidad” del acto define la antijuridicidad.

CONSIDERACIÓN FINAL.

Las modernas concepciones sobre la responsabilidad civil se orientan a cubrir todo daño injusto. En la identificación de cual sea el daño resarcible, se tiende hacia una cada vez mayor atipicidad: bastará que pueda calificarse un daño como injusto, o, lo que es igual, que no tenga una justificación en el ordenamiento jurídico, para que se adjudique su resarcibilidad.

Pero no se crea que estas soluciones conducen a un “derecho libre”, a un manejo de la responsabilidad civil en manos en manos del “voluntarismo” judicial, al margen de la ley. Absolutamente. Porque estos criterios no significan dejar de lado la exigencia de la antijuridicidad de la conducta como presupuesto del deber de responder. Sólo que la antijuridicidad no requiere el enfrentamiento con una norma legal expresa, sino que surge de la referencia a la injusticia (o no justificabilidad) del daño de que se queja la víctima. Es **antijurídico todo daño que no esté justificado**.

Es verdad que cambia la óptica o se amplía la perspectiva, pues para expedirse sobre la justificación o no justificación del daño (y de la acción que lo antecede) hay que atender al orden jurídico considerado en su totalidad, y, todavía, informar ese juicio con los criterios de solidaridad y de “favor debilis” que nutren el nuevo derecho de daños. Las soluciones que resulten de esta confrontación, nos permitirán acordar tutela jurídica a muchas situaciones que en verdad la merezcan, y que juzgadas a través del estrecho molde clásico de “la violación de un derecho subjetivo absoluto”, no la habrían alcanzado.

No hay, insistimos, apartamiento de la ley. Se trata solo de una interpretación inteligente y creativa de la norma, a tenor de los nuevos principios que insuflan justicia al derecho de daños.

FIN