



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## **SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO**

Por Gustavo Carranza Latrubesse\*

Discurrir sobre la naturaleza jurídica del daño, vedette indiscutible de la responsabilidad civil, puede parecer un mero divertimento académico; pero, estando en Salamanca, cuna universitaria de Fray Luis de León (aunque nativo de Cuenca), puede mostrar caminos divergentes y dar alguna utilidad al emprendimiento. Y qué mejor que acudir a las enseñanzas del más conspicuo catedrático de su Universidad y Doctor en Derecho, para plantear acuerdos y disidencias.

Sostiene LLAMAS POMBO, quien efectúa una magnífica conceptualización del daño, sus alcances, sus tipos, la acciones que habilitan su remediación, de alguna manera contestándole a DIEZ-PICAZO en sus *Fundamentos*, que la ilicitud no se predica de la conducta sino del daño. En sus palabras: “Para afirmar la existencia de un incumplimiento, no es necesario preguntarse por la antijuridicidad de la conducta; como tampoco lo es para que un acto u omisión genere responsabilidad aquiliana, pues la antijuridicidad en realidad se predica como requisito del daño, no de la conducta” (LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Wolters Kluwer, Madrid, enero de 2020, p. 92, n. 225).

Aunque no asienta mayores explicitaciones sobre su aserto, presumo que como agudo investigador que es se haya sentido atraído por la redacción del art. 1717, CCC argentino, vigente a partir del 1º de agosto de 2015, cuyo texto dice: “*Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

Aunque la norma transcripta parece una suerte de preámbulo o puerta de entrada a la regulación de las eximentes de responsabilidad que regula a continuación (1718, legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho; 1719, asunción voluntaria de riesgos; 1720, el consentimiento del

damnificado tratándose de bienes disponibles), es una moderación del ‘daño injusto’ proveniente del CC italiano de 1942. No hay otra referencia en el CCC a ‘antijuridicidad’ ni a su derivado ‘antijurídico’, aunque hay 10 referencias a ‘ilícito’ y sólo 2 a ‘ilicitud’, ninguna de las cuales define su concepto; entendemos por una y otra, aquella conducta que viola la ley (federal, nacional, provincial, municipal, y podríamos incluir, siguiendo la mención de Vélez Sarsfield, a los reglamentos de policía, en la medida que regulan la convivencia y establecen una sanción por su incumplimiento).

Mis argumentos para disentir con aquella idea del maestro salamantino, son los siguientes. El daño es un ‘hecho’. El hecho puede devenir de la conducta humana, de la Naturaleza, de los animales –que conectará la consecuencia de su actuar con la persona de su dueño o guardián o, si es mostrenco, con el Estado en su carácter de dueño eminente de todo aquello que no tiene dueño conocido- y, aún, de las cosas que según su situación (estática o no) genere daños.

Más allá de seguir la enseñanzas de ALFREDO ORGAZ (*La ilicitud*, Marcos Lerner, Córdoba, 1974), y la estructura sistemática del CC de Vélez Sarsfield (art. 1066, en conexión con los arts. 1067 –culpa, en sentido lato- y 1068 –daño), el daño, en tanto resultado de algún impulso, conducta humana, comportamiento animal y situación y característica de una cosa, exige el análisis previo de todos los presupuestos de la responsabilidad civil que le preceden en orden lógico y fenomenológico o histórico (acción, culpabilidad, imputabilidad, causalidad). De todos modos, si se interpreta literalmente el art. 1717, CCC, habrá que analizar previamente si la acción que produce el daño es antijurídica, por lo tanto es un *prius* la investigación sobre la conducta humana y las restantes situaciones antes indicadas.

VÉLEZ SARFIELD, refiriéndose a los hechos y actos jurídicos de los que resulte la adquisición, modificación o pérdida de un derecho (nota al Título II, De los hechos, Libro II), decía, siguiendo a ORTOLÁN:

“Respecto a la materia objeto de esta sección, podemos decir con ORTOLÁN, que "hecho", que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones”.

Por cierto, sólo el hecho que puede producir alguna modificación jurídica o, como consecuencia, una alteración en un derecho ajeno, en la propiedad o disfrute de una cosa, o una perturbación en las facultades de una persona, será considerado por el ordenamiento como ‘daño’ y, como tal, si se dan a su respecto los presupuestos, podrá ser indemnizado en la medida de su real y actual significación. Cabe recordar que, para el CCC argentino, el daño se define en el art. 1737, del siguiente modo:

“*Concepto de daño. 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*”.

La Corte Suprema argentina había definido tempranamente el concepto de daño (CS, 1869, *Fallos* 8:214), en función del deber genérico de no dañar.

El análisis de la conducta, presunto origen del daño, resulta de necesaria precisión, pues hay conductas lícitas que, no obstante, producen la obligación de reparar y, otras, que aun siendo ilícitas, el ordenamiento las ‘justifica’ por poner sobre lo dañado un valor superior como merecedor de tutela (legítima defensa, estado de necesidad).

Ese análisis incluye todo el *iter* obligacional pues, a la fecha prevista para el cumplimiento puede haber acaecido un caso fortuito que excluye la responsabilidad; pero si mediere mora del deudor no merecerá exculpación alguna. Desde los *Fundamentos del Anteproyecto* se dice al respecto que:

“Finalmente, se dispone que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

El ‘daño’ como resultado de esa conducta o situación fáctica de la que deviene, es solo un hecho del cual no se puede predicar licitud o ilicitud. En todo caso, el ordenamiento dirá, si se dan los presupuestos (culpa, imputabilidad, causalidad), si es o no indemnizable; y en qué medida.

En el texto del CCC argentino no hay mención alguna al ‘daño injusto’, y la palabra ‘injusticia’ se menciona una sola vez, en el art. 1261, referido al contrato de obra, para el caso de desistimiento por el comitente de la obra ya

iniciada, que autoriza al empresario a reclamar el pago de lo pactado. La norma dice:

*“El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia”.*

Y la palabra ‘injustamente’ está consignada en el art. 1571, inc. ‘c’, que refiere a la revocación de la donación por ingratitud del donatario.

Y es particularmente odiosa cierta regla impuesta por la Corte Suprema en su doctrina, según la cual su intervención, a través del recurso extraordinario, no está prevista para pronunciarse sobre la justicia de la situación o de la sentencia, sino sobre su arbitrariedad, según su conocida creación pretoriana o por la existencia de un caso federal.

Pero, la cuestión del ‘daño injusto’ fue preocupación de la Comisión redactora del Anteproyecto de CCC de 2012. En los *Fundamentos* (Título V. Filiación, p. 92), refiere a las modificaciones introducidas en este tema, indicando como uno de los principios incorporados al Anteproyecto:

*“6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo”.*

Además, el CCC argentino optó por la concepción unívoca de la ilicitud, aunque atemperara su aplicación, juzgando al incumplimiento contractual como ‘ilícito’ y a la ilicitud como presupuesto que conduce a la responsabilidad aquiliana y a la indemnización de los daños y perjuicios.

Plantea también las visiones doctrinarias sobre el contenido de la reparación cuando se trata de incumplimiento contractual, mencionándolas como tesis de la autonomía y como tesis de la unidad; según la primera, en caso de incumplimiento, la acción del actor persigue la ejecución y, en caso de imposibilidad, la *aestimatio rei* que, en rigor, es la misma prestación trasmutada en una suma de dinero; los demás daños exigen una acción independiente. La tesis de la unidad, que magistralmente desarrolla LLAMAS POMBO sin titularla, distingue la *aestimatio rei* como cumplimiento por equivalente dinerario, y el *id quod interest* que es una obligación nueva, nacida también del incumplimiento, pero que tiene en cuenta el *interesse singulare* del acreedor, que “resarce el daño ulteriormente irrogado al (integral) patrimonio del acreedor, o a sus bienes o derechos” (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., p. 193). Contiene la misma obligación incumplida y toda la expectativa que

el acreedor tiene al celebrar el contrato, lo que incide negativamente en su patrimonio. En los *Fundamentos* se dice:

“Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito” (p. 217).

Según creo, no habría razón para distinguir si se trata de responsabilidad contractual o aquiliana; con mayor razón en un régimen de unidad.

El Ministerio de Justicia y DDHH de Argentina, introdujo en sus *Fundamentos* algunas precisiones conceptuales respecto a la reparación del daño; en el punto 259, relativo a la responsabilidad civil, refirió al cambio de opinión vigente en el Mundo, citando el ajustado artículo de IVONNE LAMBERT-FAIVRE donde expone que el concepto de la obligación de reparar “evoluciona de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización; hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (LÓPEZ OLACIREGUI), porque "el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor" (RIPERT)”.

En cuanto a la reparación integral del art. 1740, CCC, el Ministerio de Justicia le quita entidad equiparándola a un ‘deseo’, lo que en gran medida viene a contradecir la propia interpretación de la Corte Suprema de la regla *alterum non laedere* como de raíz constitucional, muy anterior a la vigencia del CCC; así resulta del estándar dado en “Santa Fe, provincia c. Nicchi” (CS, *Fallos* 268:112, Cons. 4º y 5º), repetido luego:

“la indemnización debe ser ‘integral’ –que vale tanto como decir ‘justa’-, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte” (CS, 11/08/1972, “La Florida S.R.L.”, *Fallos*, 283:212, Cons. 4º y su cita; y en “Aquino”, CS, 21/09/2004, *Fallos* 327/3753).

LLAMAS POMBO, siguiendo a WINDSCHEID, PUIG BRUTAU y otros autores europeos, da precisiones sobre el contenido del *id quod interest*:

“La esencia del daño está en el *interesse singulare*, en tener en cuenta la especialidad de las relaciones en las que se encuentra la persona

perjudicada para reponerle todo lo que la prestación valía para ésta, y no lo que vale para cualquiera”.

Con cita de ENNECERUS, sostiene con razón, que no todo resarcimiento del valor constituye *indemnización*. Así, ante la pérdida del objeto, algunas veces sólo hay que resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el *pretium commune*; pero corrientemente se ha de prestar el interés, o sea la indemnización y, por tanto, el valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada, el *pretium singulare*, que con frecuencia es superior al valor común.

La prestación del equivalente pecuniario está llamada a satisfacer el interés común, el *pretium comune*, o valor que la prestación (sea de dar, de hacer o de no hacer) tiene para todos:

**“mientras que la indemnización de daños y perjuicios ha de atender precisamente al daño, al interés singular del acreedor, al valor o significado que la prestación tiene dentro del patrimonio concreto y específico del acreedor”** (LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., pp. 188-189; énfasis añadido). Y agrega:

“Sólo el *interesse singulare*, el valor particular que la prestación tiene para el acreedor puede ser integrado, con coherencia, dentro del *id quod interest*” (op. cit., p. 189).

Por tanto, la *restitutio in integrum* (Corte IDH, art. 63, CADH), la reparación íntegra (R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ), la reparación plena (art. 1740, CCC), se satisface con la amplitud del *pretium singulare*, que es el contenido preciso del daño que la decisión ominosa causó y causa en el patrimonio del acreedor en tanto resultado dañoso derivado del incumplimiento, y que tiene la amplitud de la expectativa de su proyecto de prestación, incumplida por el deudor.

Dice también LLAMAS POMBO, que:

**“la solución resarcitoria tiende a restablecer la economía del acreedor, a eliminar los efectos negativos que el incumplimiento (en el sentido más amplio de la palabra) ha acarreado sobre su patrimonio, intenta satisfacer su interés de indemnidad”** (op. cit. p. 260; énfasis mío).

Agrega que el *id quod interest* se trata de una nueva obligación, la esencia de su prestación es que:

“La causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor, constituye la base del nacimiento de una nueva, diferente y añadida a la infringida, y cuyo contenido es únicamente el resarcimiento de dicho perjuicio” (op. cit., p. 263). Este pensamiento tiene acompañamiento preciso de F. PANTALEÓN PRIETO y es, dice el autor, la interpretación más extendida en la doctrina. Coincido en ello y me sumo con mi muy humilde aporte.

“Ciertamente, no es justo que, cuando por causas absolutamente ajenas al ámbito de actuación del acreedor, la prestación ha devenido imposible, o siendo imposible, ya no es idónea para satisfacer el derecho de crédito, dicho acreedor se encuentre en peores circunstancias, y reciba un trato más desfavorable, que cuando la prestación incumplida es todavía posible e idónea. En el supuesto de imposibilidad-inidoneidad, el acreedor bien puede desear la satisfacción de su interés de prestación a través del equivalente pecuniario, y nada justifica que en tal caso vea ‘transformada’ la original obligación, y tenga que demostrar la existencia, entidad y cuantía de un perjuicio. Sobre todo, cuando nada de ello se le exige para reclamar el cumplimiento específico si éste es posible e idóneo” (op. cit., p. 275).

Aunque obvio, la *restitutio in integrum* implica la obligación del incumplidor de satisfacer, íntegramente, el contenido de la prestación debida (art. 63, CADH), frustrada por la violación (ilícito civil) o por el incumplimiento (responsabilidad contractual), con más los daños que se producen en el patrimonio del acreedor.

En otras de sus obras, LLAMAS POMBO reitera estas ideas y da precisiones acerca del *pretium singulare* “o valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada”.

“Lo significativo es la repercusión subjetiva en el patrimonio de la víctima” (LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, julio de 2020, Madrid, España, p. 277).

“La prestación del *id quod interest* es siempre de carácter adicional y resarcitoria, y nunca de cariz sustitutivo (respecto de la prestación incumplida, se entiende). Y ello porque la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. ... Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación, y subjetivamente imputable –por el criterio de atribución que mejor nos parezca- al deudor” (op. cit. p. 285).

Por cierto, se trata de una deuda de valor, y la fijación de la cuantía se hará “en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación y, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de la sentencia” (op. cit., p. 286).

El art. 1738, CCC argentino, contiene estos conceptos en su contenido:

*“Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.*

Según creo, en la última proposición se condensa el carácter personalista de la reforma de 2015, que antepone la dignidad de la persona y su protección “y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (art. 51, CCC).

Lo de ‘persona humana’ en el texto es un pleonasma pues de ‘persona’ sólo se puede hablar del ser humano pues, a otros respectos, se la usa por mera asimilación y utilidad del lenguaje. Aunque hay quienes han dedicado su vida y sus esfuerzos para convencer a los legos que ciertos y selectos animales son ‘personas no humanas’, como en el caso de la mona Sandra, que mereció una sentencia de amparo para llevarla desde el zoológico de Buenos Aires a un lugar más adecuado para su vida animal. Todos amamos a nuestra mascotas y tenemos deberes morales y jurídicos para con ellas, pero eso no cambia su calificación jurídica de ‘cosas’. Por ahora, se salva de aquella condición la vaca, proveedora del sagrado bife de los argentinos.

Aunque sólo se trata de precedencia temporal en la crítica a la reforma de 2015, en cuanto al pretendido abandono de la antijuridicidad, en el comentario de E. LÓPEZ HERRERA a los arts. 1716 y siguientes del CCC, en el *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, J.C. RIVERA y G. MEDINA –dir.–, aparece mi artículo crítico “Las nuevas reglas de la responsabilidad civil. Visión crítica”, *RCyS*, 2012-IX, 17. Lo indico al solo efecto de mostrar coherencia con mis opiniones, lo que no significa cerrarme a nuevas ideas que, por el momento, no comparto. Es esencial referirme al comentario del citado prestigioso autor, en tanto desentraña el alcance que la doctrina nacional le da al dispositivo del art. 1717, CCC.

En primer lugar, la reforma introduce en el texto legal la ‘obligación pasiva universal’, como la llamó POTHIER, el *neminem laedere* o *alterum non laedere* (art. 1716, CCC). Implica, como dice LÓPEZ HERRERA, concretar la función de la responsabilidad civil que no es castigar un hecho ilícito sino indemnizar un daño.

El texto del art. 1717, CCC, es la introducción en el CCC del daño injusto, idea que trajo desde Italia DE LORENZO e incorporó en su condición de Coordinador de la obra. Sabido es que la obra, sin duda alguna importante y trascendente, no contó con la suficiente discusión de la doctrina ni fue permeable a las ideas de los civilistas argentinos. LÓPEZ HERRERA indica que el texto no aparece fácil de aplicar, pero deja presumir que la conducta que lo produce, en la medida en que resulte indemnizable, será ilícita; para su determinación requiere un análisis de las causas de justificación. En sus palabras:

“no hay que demostrar que hay un momento previo de antijuridicidad de la conducta, sino que la conducta, porque es dañosa, es ilícita. Sin embargo no debe pensarse que la antijuridicidad ha desaparecido. Lo que sucede es que se la relega al análisis de las causas de justificación”.

Ahora bien, la norma prevé también que el daño sea consecuencia de una omisión, lo que ciertamente exige que haya una norma previa que imponga la obligación de actuar. LÓPEZ HERRERA se plantea la pregunta de qué acaece en ausencia de esa norma. En tal caso procederá una causa de justificación.

De todos modos, siguiendo la tradición jurídica americana (alemana, italiana y, según creo, española), que distingue claramente la ilicitud de los factores subjetivos de atribución (a diferencia de la francesa en donde la *faute*

contiene la ilicitud, esto porque en la concepción de DOMAT, en aquélla estaba comprendida ésta; así lo sostiene, entre nosotros, JORGE BUSTAMANTE ALSINA), la decisión de la justificación de la conducta productora del daño no será una investigación de la culpa, sino la exoneración de la ilicitud. No me parece posible el abandono total de la antijuridicidad, porque deja sin contenido al art. 19, Constitución Nacional, que protege de modo expreso contra el daño a tercero y, según creo, informa y debe informar el Derecho derivado. Posición que es mayoritaria en la doctrina nacional. E, insisto, en el análisis de las causas de justificación incidirá la ilicitud de la conducta obrada, casi con exclusión de la culpa en sentido lato.

A la precisión de la interpretación del dispositivo concurren dos situaciones que complejizan la aplicación de la norma. Por un lado, era propio del CC de Vélez la existencia de una norma general (el art. 1109, similar al 1902, CC español y 1382, *Code*, aunque reaparece en el art. 1738, CCC) y la atipicidad del ilícito (distintas figuras de cuasidelitos sin constituir un *numerus claussus*, aunque VÉLEZ se ocupó de algunos en particular) y la dilución de la ilicitud, pues bastaría con que se viole la cláusula general (la ‘cláusula abierta’ de la que habla DIEZ-PICAZO en sus *Fundamentos...*, t. V, p. 304), lo que a mi ver pone en crisis la seguridad jurídica, frente al mismo dispositivo constitucional que impone el principio de legalidad (nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe). Y la otra cuestión, es que el CCC incorporó como contenido de la responsabilidad civil la prevención del daño, de modo que no sólo es ilícito dañar a otro (art. 19, CN), sino que es carga que pesa sobre todos la evitación del daño y su agravación (arts. 1708, 1710, CCC).

La situación es diversa en el supuesto de la responsabilidad contractual, porque es la violación del contrato celebrado, la que genera la obligación de reparar (arts. 1716 y 1749, CCC); esa violación es, igualmente, ilícita.

En el Derecho Civil español varios de sus principales autores sostienen una fuerte oposición a la existencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil; entre ellos, YZQUIERDO TOLSADA, aunque dice que “no falta en el art. 1902”, lo que ya es una contradicción; su opinión, seguida por PANTALEÓN PRIETO, es minoritaria en la doctrina española (YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2018, 4º ed., p. 156). Sostiene que la antijuridicidad es requisito necesario en la responsabilidad penal y no advierto la razón para que no lo sea en la civil, donde

se pretende que sea la culpa (en sentido lato) el fundamento de la obligación de reparar; cosa similar aparece en el art. 1101, CC español, para la responsabilidad contractual. Lo que ocurre a mi entender, y acabo de decir que el profesor citado lo admite, es que tanto en el 1382, CC francés, como en el 1902, CC español, la ilicitud está inserta en la famosa *faute*.

Así como en el Derecho penal la ilicitud supone, necesariamente, la violación de una norma jurídica, que no prohíbe sino que pune a quien con su conducta, comisiva u omisiva, infringe el derecho protegido en la norma respectiva (bien jurídico protegido), aquélla, la ilicitud, se nutre de la tipicidad del ilícito, de modo que si la conducta no está prevista –aunque cause daño- no habrá ilícito penal ni condena penal. Del mismo modo, la norma general en materia civil (art. 1109, CC de Vélez Sarsfield; art. 1738, CCC argentino; art. 1382, Code; art. 1902, CC español; el art. 823, BGB, respecto a bienes allí indicados, ya no es norma general), al ser infringida mediando culpa (en sentido lato), obliga a reparar el daño ocasionado. Quedarse encorsetado sólo en la culpa genera lo que el art. 2043, CC italiano de 1942, da origen al ‘daño injusto’.

El hecho que exista actividad lícita que genere obligación de reparar, es una excepción a la regla y se aplica en dos situaciones: en la responsabilidad del Estado, por la ausencia en el dañado del deber de soportar el daño (pues, si la obra lícita favorece a la comunidad general, es ésta la que debe soportarlo); y en la responsabilidad objetiva, en sus diversas variantes (incorporación del riesgo; cosas y actividad riesgosa, etc.); a lo que cabe agregar algunas actividades reguladas en leyes especiales.

Creo que en el art. 1382, CC francés, fuente directa del art. 1902, español como del 1109, CC argentino de VÉLEZ SARSFIELD, la antijuridicidad está ínsita en la culpa; sólo que Vélez separó los presupuestos dando a cada uno su significación (arts. 1066, 1067 y 1068, ya citados). En el art. 823, del BGB, se menciona expresamente las lesiones intencionales (dolo) o culposas causadas de forma antijurídica en los bienes que designa. La referencia a la violación de las buenas costumbres, del art. 826, BGB, me parece una mala idea y lo he sostenido muchas veces, pues a cada día que pasa y la sociedad se transforma (muy a menudo para mal), no es posible discernir cuáles son buenas y cuáles no lo son tanto. Digo más, aquella expresión de la Corte Suprema argentina en la sentencia dada en “Santa Coloma”, en que se tomó una expresión del juez CARDOZO de la Corte de los EEUU de América, de que los jueces debían postular en sus

sentencias la moralidad corriente de las personas de conciencia recta, parecía razonable en la fecha de su dictado (1986), pero en la decadente sociedad argentina, presa del populismo por 22 años consecutivos y de la corrupción de los gobernantes más grande de toda la historia, debe ser, más que nunca, una norma imperativa. Saludo, así, el reciente voto del juez ROSENKRANTZ, en la causa “Grippe, Guillermo” (CS, 02/09/2021, *Fallos* 344:2256), que la repite.

Para no seguir discutiendo, en su casa, con celeberrimos profesores del Derecho Civil español y siguiendo fiel a mis ideas, reitero, sin desconocer que el daño injusto pueda ser reparado, antes, menester es identificar al autor, estudiar su conducta (lícita o ilícita), determinar su capacidad de imputabilidad, averiguar si obró con dolo, culpa, negligencia, impericia, desconocimiento de las reglas de su arte o profesión, si la tal conducta es causa adecuada del resultado y, por fin, establecer la existencia real, actual, material del daño. Aún, si todo ese *iter* investigativo fuera fructífero, puede acaecer que el autor material disponga de una causa de exoneración que, por necesidad de respetar el debido proceso legal, deberá ser también investigada y probada. Sólo será indemnizable el daño injusto si la víctima ha podido acreditar todas y cada una de las condiciones que hacen obligatoria su reparación. No sea cosa que, con ánimo de reparar daños injustos se termine por cometer inaceptables injusticias.

Por cierto, cultor que soy del Derecho de Daños y de los DDHH, participo del criterio, sostenido aquí por DÍEZ-PICAZO y en mi tierra por BUERES, de que siempre que corresponda y sea posible, se debe encontrar un responsable que se haga cargo del daño causado.-

Salamanca, España, sábado 10 de septiembre de 2022.

\* Especialista en Derecho de Daños. Ex juez en lo civil y comercial. Miembro correspondiente por Chubut en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba.