

La deconstrucción del daño injusto

Del límite legal al horizonte constitucional

Franco Nicolás Michi

Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Comodoro Rivadavia, Argentina

 ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2861-9998>

Correo electrónico: francomichi90@gmail.com

Recibido: 15 de octubre de 2025

Aprobado: 12 de noviembre de 2025

Para citar este artículo:

Michi, F. N. (julio-diciembre 2025). La deconstrucción del daño injusto. Del límite legal al horizonte constitucional. *Ratio Iuris*, 13(2), 84-109.

ARK CAICYT: <https://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/4qknjgws3>

Resumen: El artículo replantea los fundamentos del derecho de daños al cuestionar la antijuridicidad como categoría autónoma y erigir al daño injusto como eje estructurante del sistema. Mediante un método deconstructivo, expone los límites del positivismo y el agotamiento del paradigma legalista, propone una constitucionalización operativa del derecho privado en diálogo con principios y con los derechos de tercera y cuarta generación. Identifica tres fases en la evolución del daño injusto -tradicional, innovadora y creativa- y muestra el tránsito del juez desde aplicador de normas a actor constitucional encargado de expandir el horizonte de justicia. Concluye postulando una reconfiguración ontológica del sistema, capaz de superar ficciones técnicas y reconocer nuevos intereses en un contexto de riesgos colectivos y transformaciones tecnológicas.

Palabras clave: *Daño injusto, Antijuridicidad, Neoconstitucionalismo, Transformaciones tecnológicas, Derechos de incidencia colectiva.*



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional

Abstract: This article reconsiders the foundations of tort law by questioning unlawfulness as an autonomous category and establishing wrongful damage as the system's structural axis. Through a deconstructive method, it exposes the limits of positivism and the exhaustion of the legalist paradigm, proposing instead an operative constitutionalization of private law, in dialogue with constitutional principles and third- and fourth-generation rights. On this basis, three phases in the evolution of wrongful damage are identified-traditional, innovative, and creative-showing how the judge ceases to be a mere applier of rules to become a constitutional actor entrusted with expanding the horizon of justice. In conclusion, the article postulates an ontological reconfiguration of tort law, capable of overcoming technical fictions and recognizing new interests in a context shaped by collective risks and technological transformations.

Keywords: *Wrongful damage, Unlawfulness, Neo-constitutionalism, Technological transformations, Collective-impact rights.*

Resumo: O artigo repensa os fundamentos do direito de danos ao questionar a antijuridicidade como categoria autônoma e ao estabelecer o dano injusto como eixo estruturante. Por meio de método desconstrutivo, evidencia os limites do positivismo e o esgotamento do paradigma legalista, propondo a constitucionalização operativa do direito privado em diálogo com princípios e com os direitos de terceira e quarta geração. Identificam-se três fases na evolução do dano injusto -tradicional, inovadora e criativa- e mostra-se a passagem do juiz de aplicador da norma a ator constitucional incumbido de expandir o horizonte de justiça. Conclui com uma reconfiguração ontológica do sistema, capaz de superar ficções técnicas e reconhecer novos interesses em contexto de riscos coletivos e transformações tecnológicas.

Palavras chave: *Dano injusto, Antijuridicidade, Neoconstitucionalismo, Transformações tecnológicas, Direitos de incidência coletiva.*

Introducción

En el presente trabajo nos proponemos sintetizar los principales aportes de la tesis doctoral desarrollada en el ámbito del derecho de daños (Michi, 2024). El eje central radica en analizar el impacto que la constitucionalización del derecho privado ha tenido sobre esta disciplina, constatando que las categorías positivistas que otrora sustentaban la responsabilidad civil han perdido operatividad en el nuevo esquema normativo.

Ello, exige desestructurar el paradigma del ilícito como punto de partida, para reorientar el sistema en torno al concepto de daño injusto, que ofrece mayor coherencia con un ordenamiento jurídico constitucionalizado y, a la vez, otorga una renovada ductilidad en la comunicación entre el sistema jurídico y la realidad social contemporánea.

A través de nuestra investigación asistimos a comprobar cómo el derecho de daños ha desatendido experiencias de sufrimiento humano por ajustarse a categorías tradicionales. De allí surge la pregunta que orienta esta investigación: ¿cómo puede el derecho de daños superar la antijuridicidad como categoría autónoma y erigirse sobre el concepto de daño injusto, en consonancia con el horizonte constitucional y los derechos de tercera y cuarta generación?

La hipótesis que guía este trabajo sostiene que la antijuridicidad, heredada de una matriz penal y positivista, se encuentra agotada, pues carece de capacidad explicativa y operativa frente a la expansión de la responsabilidad objetiva, la tutela de bienes colectivos y los nuevos riesgos derivados de la tecnología, el ambiente y el consumo. En su lugar, se propone que el daño injusto opere como eje rector del sistema, desplazando el análisis desde la conducta del autor hacia la afectación concreta de la persona y sus intereses constitucionalmente protegidos.

En este contexto, nos proponemos repensar los fundamentos del derecho de daños desde una perspectiva crítica y constitucionalizada, capaz de responder a las exigencias de una sociedad de riesgos y a la expansión del valor justicia.

Asimismo, nuestra labor consistió en relevar el estado actual del arte del daño injusto y de la antijuridicidad, establecer un marco metodológico interdisciplinario y deconstructivo, y recuperar los fundamentos filosóficos del interés como eje transversal del sistema.

Metodológicamente, este trabajo se vale de un enfoque deconstructivo de categorías dogmáticas, un análisis hermenéutico de fuentes normativas y jurisprudenciales, y una proyección constitucional hacia los derechos de tercera y cuarta generación.

Desde allí, se analizó críticamente la insuficiencia del ilícito y se incorporaron los principios constitucionales como núcleo ordenador y estructurante del sistema de daños, lo que permitió desplazar la antijuridicidad y reconstruir la teoría del daño injusto en clave constitucionalizada. Finalmente, se proyectó esta reelaboración hacia los derechos de tercera y cuarta generación -consumo, ambiente y tecnología-, proponiendo lineamientos teórico-prácticos para tutelar nuevos intereses en la sociedad de riesgos.

En síntesis, el presente trabajo busca mostrar cómo el derecho de daños, al dejar atrás la ilusión de la antijuridicidad, puede transformarse en un derecho más cercano a la justicia, atendiendo a los rostros concretos del sufrimiento humano y a la concreción del mandato constitucional de justicia en cada caso.

El valor de repensar el derecho

Ahora bien, adentrarse en nuestra investigación implica el desafío de repensar al derecho, ya no como un mero ejercicio formal, sino más bien por la necesidad de una exigencia histórica. Repensando al mismo, no mediante adaptaciones, sino a través de una profunda reconfiguración sistémica.

En este sentido, hemos comprobado que la dogmática jurídica moderna se edificó sobre la pretensión de ofrecer respuestas universales y acabadas, pero los acontecimientos del último siglo han puesto de manifiesto la fragilidad de ese proyecto. Y ello, tiene su causa a partir de la segunda posguerra, que, con su saldo de violencia y degradación humana, marcó un punto de inflexión. Desde entonces, resultó evidente que el derecho no podía

seguir concibiéndose como un simple conjunto de normas aisladas de la realidad, sino como una práctica social atravesada por valores, disputas políticas y exigencias éticas.

En el ámbito del Derecho privado -y en particular en el Derecho de daños- esta constatación adquiere un relieve singular. La pregunta central siempre ha sido: ¿qué daños merecen reparación y bajo qué criterios? El paradigma tradicional, heredero del positivismo jurídico y consolidado en las codificaciones del siglo XIX, respondía a través de categorías aparentemente claras: antijuridicidad, culpa, relación de causalidad y factor de atribución. Estas nociones, lejos de ser neutrales, cumplían una función estabilizadora, esto es, preservar un orden social y jurídico que limite la extensión de la responsabilidad de acuerdo con los criterios de la época.

En este sentido, es menester resaltar que la antijuridicidad ha tenido una marcada impronta en la doctrina argentina, llegando a ser un núcleo estructural del sistema -como la hemos aprendido en las facultades al repetir los 4 presupuestos de la responsabilidad civil-, posicionando a la seguridad jurídica sobre las libertades individuales.

Sin embargo, la consolidación de la antijuridicidad no es anodina, ya que se asienta sobre un presupuesto de fondo, a saber, que solo ciertos intereses gozan de reconocimiento jurídico. Así, la antijuridicidad opera como un dispositivo de exclusión, fijando los límites de lo jurídicamente relevante y dejando fuera toda una serie de perjuicios que, aunque injustos, permanecen invisibilizados.

De allí que repensar el derecho signifique, en primer lugar, desnaturalizar sus categorías. Siendo a nuestro criterio, la antijuridicidad, la categoría más problemática del sistema de daños.

Por lo tanto, la antijuridicidad no puede continuar concibiéndose como un instituto apodíctico, sino como una construcción histórica que refleja relaciones de poder. El ejemplo de los daños ambientales es ilustrativo. Durante décadas, las afectaciones colectivas al aire, al agua o a la biodiversidad no eran consideradas “antijurídicas”, pues el derecho privado estaba diseñado para resolver conflictos individuales y patrimoniales. Recién con la irrupción del Derecho Ambiental en la segunda mitad del siglo XX, -y en lo específico de nuestro ordenamiento privado a partir del 2015-, comenzó a reconocerse que tales daños merecían atención jurídica.

En el mismo sendero, sucede hoy con los daños derivados de la inteligencia artificial, de la manipulación algorítmica de la información o de la vulneración de datos personales. Estos supuestos, al no encuadrar en los moldes clásicos de la antijuridicidad, nos revelan la insuficiencia del sistema.

Dicho de otro modo, el problema ya no es solo determinar si hubo una conducta prohibida, sino comprender cómo nuevas formas de riesgo generan afectaciones a derechos fundamentales que no pueden quedar sin respuesta jurídica.

En este contexto, el concepto de daño injusto deviene en una alternativa superadora. En lugar de partir de la antijuridicidad, coloca el acento en la injusticia concreta del perjuicio sufrido. No se pregunta si el hecho encuadra o no en una prohibición normativa previa, sino si la afectación resulta incompatible con la dignidad humana y con el orden constitucional vigente.

Ello no es una nimiedad técnica, sino más bien una perspectiva ontológica que desplaza el centro de gravedad del análisis, en tanto que, ya no se trata de subsumir un caso en categorías rígidas, sino de evaluar si la situación concreta amerita tutela en clave constitucional.

Este cambio de perspectiva tiene profundas consecuencias. Supone reconocer que el derecho de daños no puede seguir siendo un mero sistema técnico, sino que debe concebirse como instrumento constitucional de protección de intereses jurídicamente relevantes.

Ahora bien, dicha perspectiva conlleva aceptar que el juez no es un mero aplicador de reglas, sino un intérprete que crea sentido, siendo el agente responsable de ampliar el horizonte del valor justicia dentro de todas las posibilidades del caso.

En este renovado rol judicial, será el protagonismo del juez quien se encargará de expandir la estructura del sistema para incorporar intereses emergentes, desde los derechos ambientales hasta los digitales, desde la protección del consumidor hasta las nuevas dimensiones que puedan surgir de los fenómenos sociales propios de las nuevas formas de ser y estar en el mundo.

Es por ello por lo que, repensar el derecho, conlleva desmontar las ficciones que lo mantienen atado a categorías obsoletas, y apostar por un horizonte más amplio, capaz de integrar la dogmática jurídica a los saberes históricos, sociológicos, filosóficos y políticos con directo interés en las necesidades de la realidad social.

Este nuevo escenario, implica abandonar la comodidad del formalismo, pero también constituye la única vía para evitar que el derecho de daños se convierta en un artefacto anacrónico, incapaz de ofrecer respuestas a los desafíos de nuestro tiempo.

El derecho frente a un mundo en mutación

Llegados a este punto, podemos sostener que, por primera vez en la historia de la humanidad, la transformación se erige como instancia superadora frente a aquello que permanece en la mera conservación. (Echeverría, 2022, p. 30)

En esta lógica, la disrupción y celeridad de los fenómenos tecnológicos, ambientales y sociales interpela al derecho hacia la búsqueda de nuevas respuestas, esto es, ser capaz de responder a realidades que se transforman antes de que la norma pueda consolidarse. La célebre metáfora de Bauman sobre la modernidad líquida encuentra aquí su máxima

expresión, esto es que el derecho ya no se enfrenta a estructuras estables, sino a un horizonte en permanente mutación. (Bauman, 2000, p. 14)

Asimismo, el siglo XXI nos coloca ante riesgos globales que erosionan los cimientos del paradigma jurídico clásico. En tal sentido, Ulrich Beck (1998) hablaba de la sociedad del riesgo, para describir un contexto en el cual los peligros no son ya accidentes aislados, sino consecuencias estructurales de la modernización. (p.40)

En tal sentido, los daños de alto impacto como las catástrofes ambientales o aquellos acontecidos a través del uso de las tecnologías dejan de ser meras anomalías, sino más bien, la manifestación más nítida de un sistema que produce sus propios riesgos.

Es en este contexto en que visibilizamos la insuficiencia de la dogmática jurídica tradicional que, forjada en un mundo pre-tecnologizado y pensado en clave individualista, resulta insuficiente para dar respuestas a los avances mencionados.

Así, el derecho de daños, diseñado para conflictos entre dos sujetos -el dañante y el damnificado- resulta insuficiente cuando los perjudicados son comunidades y la causalidad se dispersa en cadenas complejas, como pueden ser los derrames de petróleo en ecosistemas marinos, contaminación del aire que traspasa fronteras o sesgos algorítmicos en la adjudicación de créditos.

En este sentido, es dable advertir que la transformación no es solo ambiental o tecnológica. También asistimos a un cambio en las expectativas sociales. Los ciudadanos reclaman mayor tutela frente a riesgos colectivos, exigen que se reconozcan daños invisibles hasta hace poco -como el sufrimiento moral derivado de la manipulación digital (Yousif, 2025) (Menghini, 2025) que demandan que la justicia opere con criterios más amplios y menos formalistas.

De aquí se deriva lo impostergable, esto es que, el derecho de daños debe ser constitucionalizado de manera operativa. Esto significa que ya no puede limitarse a verificar si hubo antijuridicidad en un sentido legalista, sino que debe evaluar cada caso a la luz de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales comprometidos.

Por ende, los derechos de tercera y cuarta generación -ambiente, consumo, tecnologías- no pueden permanecer como declaraciones retóricas, dado que nos exigen mecanismos concretos de reparación y - dada su especial naturaleza- de prevención.

En suma, un mundo en mutación obliga a que el derecho se transforme en un sistema sensible a la complejidad. Se trata de superar la ilusión de certeza normativa, para dar lugar a un modelo dúctil, que a través de la argumentación se comprometa con la justicia de cada caso. Como enseña Atienza (2006), no se trata de aplicar reglas como autómatas, sino de construir argumentos que den sentido en contextos donde la norma escrita es insuficiente (p. 5).

Es por ello por lo que, en este escenario, el derecho adviene como una estructura viva que acompaña a la sociedad en sus cambios, garantizando que la justicia no permanezca anclada en los contornos rígidos de categorías atávicas.

El derecho como frontera: entre límite y apertura

Lo antedicho nos lleva a la necesidad de entender al derecho en clave territorial. Esto implica tomar conciencia de las fronteras mismas de la juridicidad. Desde su origen, el derecho ha sido un dispositivo de demarcación, un dispositivo que traza límites que separan lo permitido de lo prohibido, lo legítimo de lo ilegítimo, lo visible de lo invisible.

No obstante, concebir la frontera únicamente como un muro infranqueable supone desconocer su verdadera riqueza. La frontera no es solo el lugar del límite, sino también un campo de apertura es el espacio en el que lo establecido se encuentra con lo nuevo, donde lo propio se roza con lo ajeno, donde lo normado dialoga con lo que aún no se encuentra categorizado.

En este sentido, la noción de daño injusto se ofrece como un concepto funcional. Siendo un instrumento jurídico-político capaz de transformar la territorialidad clásica del derecho. Allí donde la antijuridicidad se limitaba a custodiar un perímetro predefinido y cerrado -defendiendo la tipicidad de lo ilícito-, el daño injusto abre la frontera hacia realidades no codificadas que tienen en miras la tutela de la dignidad humana y la convivencia social.

De esta manera, estamos ante una frontera viva, atravesada por tensiones, que ya no puede ignorar las dinámicas colectivas del ambiente, las transformaciones tecnológicas ni los riesgos de consumo masivo que marcan nuestra época. Lo que, a su vez, se denota con una particularidad adicional de nuestros tiempos: el incremento de la irreversibilidad de los daños.

Dicha imagen simbólica de lo fronterizo nos invita a repensar el papel del juez. En este escenario, el magistrado ya no puede ser concebido como un simple guardián del límite legal. Es decir, el judicante no puede verificar desde la distancia y la rigidez técnica, si un acto ha invadido el territorio prohibido.

En este sentido, cada sentencia no implica una mera aplicación normativa, sino más bien que traza elásticamente los límites del Derecho. Siempre en consonancia con la idea de que lo jurídico no se agota en lo legal, y que la nueva clave del sistema es la fuente principiológica. (Vigo, 2012, pp. 63 y 64)

En esta nueva matriz, el juez se convierte en un actor de frontera, llamado a discernir qué intereses emergentes merecen protección, aun cuando las normas vigentes no los hayan previsto a través de sus presupuestos de hecho.

En este nuevo constructo social y jurídico, la cuestión ambiental constituye un ejemplo paradigmático. Durante mucho tiempo, los daños ecológicos eran percibidos como externalidades sin traducción jurídica, situados fuera de los límites del derecho privado clásico. Hoy, en cambio, los tribunales reconocen que el deterioro de un río, la contaminación del aire o la pérdida de biodiversidad constituyen daños injustos, aunque ninguna cláusula legal los hubiera anticipado con precisión.

Así, la frontera se expande y el derecho se adentra en un territorio que antes le resultaba extraño. En consonancia con esta realidad, ya lo exponía hace algunos años atrás De Lorenzo cuando refería a los nuevos otros que el derecho de daños debía contemplar. (De Lorenzo, 2014, p. 1)

En el mismo sentido, el avance de la tecnología -que está modificando nuestros modos de ser y estar en el mundo-, nos desafía a que los agentes de la justicia encontremos respuestas creativas ante, por ejemplo, la vulneración de datos personales, los sesgos algorítmicos o de todas aquellas afectaciones derivadas de la inteligencia artificial que representan intereses que exigen tutela jurídica.

Es precisamente frente a esta exigencia de la realidad social que, el derecho de daños no puede permanecer resguardado en la seguridad de sus categorías tradicionales. Por el contrario, debe atravesar sus fronteras y reconocer que la justicia también se disputa en territorios aún inexplorados. Al mismo tiempo, ello exige una reinterpretación y resignificación del papel que desempeña lo indeterminado dentro de la territorialidad jurídica.

Lo mismo ocurre en el ámbito de las relaciones de consumo masivo, donde el desequilibrio estructural entre proveedores y usuarios obliga al juez a expandir los márgenes de lo tutelable, reconociendo como injustos perjuicios que antes eran descartados por carecer de una tipificación estricta.

Dicha perspectiva, se alinea con los avances de la ciencia del comportamiento y de las neurociencias, cuyo aporte resulta ineludible para comprender la vulnerabilidad del consumidor. Desatender tales desarrollos equivale, en definitiva, a desconocer la verdadera dimensión de la justicia. (Shina, 2020)

En este sentido, es dable comprender que la frontera jurídica deja de configurarse como un espacio de exclusión para convertirse en un ámbito de inclusión y reconocimiento, que demanda la consolidación de un verdadero derecho privado constitucionalizado. Esto es, un derecho capaz de dar respuesta a las exigencias de una sociedad que requiere un sistema normativo vivo, dinámico y adaptativo a sus necesidades.

De esta manera, constatamos en nuestro trabajo que la territorialidad del derecho ya no responde a una lógica cerrada, sino a una red que enlaza todas sus esferas; lo nacional con lo global, lo inmediato con lo futuro, lo individual con lo colectivo. En otras palabras, se trata de concebir un derecho que afirma su espíritu de justicia en el reconocimiento de su

carácter abierto y dúctil, incorporando en este entramado la relevancia de las interdisciplinas que contribuyen a la construcción de soluciones jurídicas más integrales.

En definitiva, pensar el derecho como frontera implica reconocer que la justicia no está contenida en un territorio fijo ni en categorías inmutables. El daño injusto, como eje rector, es la clave para atravesar los muros de la antijuridicidad y adentrarse en nuevas tierras donde la tutela jurídica debe desplegarse. El reto será que esa expansión no devenga en arbitrariedad, sino que se sostenga en principios constitucionales capaces de guiar la apertura hacia horizontes más amplios, en donde dignidad y responsabilidad se equilibren.

Las Dos Justicias: entre lo indecible y la decisión

Con antelación al desafío de repensar el derecho de daños, es menester detenerse en un problema más profundo: ¿qué entendemos por justicia? La respuesta no es unívoca ni puede considerarse apodíctica. Mas bien, se trata de una tensión constitutiva que atraviesa a todo el derecho y que marca, de manera especial, al juez cuando se enfrenta al daño y a la necesidad de reparar.

Dicho ello, distinguimos dos formas de justicia. La primera es la justicia propiamente dicha, aquella que permanece siempre más allá de cualquier institución, incalculable, inalcanzable, aporética. Es una justicia que funciona como promesa y horizonte. Es decir, nos aporta una orientación, una guía, siendo su conquista absoluta una imposibilidad congénita. Esta justicia infinita es, en rigor, lo que justifica la búsqueda del derecho, aun cuando nunca pueda agotarse en él.

Por otro lado, la segunda, es la justicia como derecho, que se erige como dispositivo de estabilización social. Aquí la justicia se vuelve calculable, reglada, procedimental, y adopta la forma de normas, principios y procedimientos que nos permiten convivir. Es la justicia positiva que dota de seguridad y previsibilidad, indispensable para el orden jurídico, aunque insuficiente si se la entiende como un fin en sí misma.

Ahora bien, entre ambas concepciones de justicia, se abre un espacio inevitable, en el que el juez -y con él, todo agente jurídico- atraviesa la experiencia de lo imposible (Derrida, 2018, p. 38). Sabe que lo justo absoluto se le escapa, y sin embargo debe decidir en lo concreto. Cada decisión judicial se mueve en esa tensión, oscilando entre la promesa infinita y la necesidad de reglas que estabilicen la decisión.

En este contexto de la justicia concebida como espacio de tensión y apertura, se erige para el operador jurídico contemporáneo el enorme desafío de no sucumbir ante la parálisis que genera tal aporía.

Antes bien, esa tensión debe ser asumida como un estímulo que lo convoque al compromiso y a la acción. Este imperativo exige concebir al derecho no como una maquinaria cerrada de normas, sino como un campo dinámico de sentido, donde las

categorías tradicionales pueden -y deben- ser deconstruidas en nombre de una justicia superior y siempre inacabada.

Desde aquí, la noción de daño injusto se alza como categoría que no se limita a reproducir el esquema del ilícito, sino que abre la posibilidad de articular ambas justicias: la infinita, que inspira como horizonte, y la reglada, que exige decisiones concretas.

Así, la estrategia epistemológica que proponemos no se desentiende de lo indecible, pero tampoco renuncia a la decisión. Más bien, busca que el Derecho de daños se transforme en un espacio intermedio entre la promesa y el cálculo, entre la utopía y las posibilidades del expediente, entre ese horizonte abstracto de justicia y la sentencia que materializa la reparación o la prevención.

El Derecho como práctica social discursiva

Llegado a este punto, se deja entrever que nuestra investigación no se inscribe en la ilusión del razonamiento jurídico aséptico. Pensar que el derecho puede operar como una ciencia pura, aislada de ideologías y ajena a las relaciones de poder, constituye –a nuestro juicio- una ficción tan persistente como insostenible.

En esta lógica, es dable resaltar que cada vez que un sistema de pensamiento intenta apropiarse de la justicia a través de una teoría, lo hace inevitablemente desde la ideología que lo sustenta, corriendo así el riesgo de borrar los matices y tensiones que conforman la experiencia misma de lo justo. Este peligro se acentúa cuando se pretende que sea el propio derecho el encargado de viabilizar u ordenar la complejidad de las sociedades plurales que caracterizan a los regímenes democráticos.

Desde esta perspectiva, nuestra tesis se aparta de la concepción del derecho como ciencia jurídica autónoma y cerrada, para pensarlo, en cambio, como práctica social discursiva. Es decir, como un campo atravesado por disputas simbólicas, herencias históricas, relaciones de poder y desafíos axiológicos que se despliegan tanto en el plano individual como en el colectivo, tanto en el presente como en las proyecciones futuras.

En este marco, la pregunta epistemológica se vuelve ineludible: ¿desde dónde conocemos el Derecho? La respuesta nunca es neutral, debido a que es al mismo tiempo, una pregunta sobre el poder, es decir sobre qué dispositivos son los que definen, interpretan, legitiman y establecen los mecanismos de autoridad para prevenir y reparar en el sistema de daños.

Y aquí radica lo más importante de este planteo, el entendimiento del derecho como lenguaje. Y al ser lenguaje, lo que no se nombra, no se reconoce, lo que no se reconoce, no se repara. Y, por ende, lo que no es reparable, mucho menos es prevenible.

Así, asumir al derecho como práctica social discursiva implica abrirlo al conflicto, a la pluralidad y a la creatividad, en lugar de reducirlo a un sistema clausurado de categorías abstractas. Solo desde esa apertura puede pensarse un derecho de daños que esté a la

altura de los riesgos colectivos globales y de las nuevas formas de vulnerabilidad que atraviesan nuestra sociedad contemporánea y aun mas las venideras.

El sujeto positivista: entre la norma y el silencio

El positivismo fue la gran insignia del hombre del siglo XX. Un hombre convencido de caminar hacia una meta definitiva, sin advertir que esa meta, además de inalcanzable, erradicaba los matices imprescindibles para la vida comunitaria.

Son justamente esos matices –relatividades- los que sostienen la justicia social y la convivencia democrática. Allí radica también la dimensión política y ética de nuestra investigación. Hannah Arendt (1974) lo advirtió con lucidez al demostrar en su extensa obra que todo sistema cerrado que pretende respuestas absolutas termina silenciando la diversidad, clausurando la libertad y anulando el juicio. (pp. 374-377).

En este análisis interdisciplinario, podemos afirmar que el derecho no escapó a esta trampa. Durante siglos cultivó la figura de un sujeto que cree que la ley lo abarca todo, que basta con buscar en la norma para hallar la respuesta, que lo jurídico y lo justo son, en definitiva, lo mismo. Ese es el sujeto positivista.

Desde otro punto de partida, nuestra tesis parte precisamente de una crítica a esa construcción. Superando la limitación del reconocimiento del sujeto abstracto al de la persona concreta. El primero incluía a todos, pero no reconocía a nadie, mientras que el segundo devuelve rostro, historia y dignidad al ser humano situado un contexto. (Bobbio, 1991, p. 15).

En tal sentido, estamos convencidos de que el derecho, criado a la sombra de las ciencias formales, sacrificó su complejidad innata en aras de un prestigio cientificista. En ese gesto expulsó a la moral y a la política de su campo de conocimiento y se erigió como un mecanismo técnico, neutral, aparentemente puro. Pero ese gesto, más que neutral, lo convirtió en un dispositivo peligroso, un artefacto que confunde técnica con justicia y ficción con realidad.

De allí, nuestra conclusión es que las ficciones del positivismo han devenido ilusiones técnicas. Como enseñaba De Lorenzo (2007), en el derecho conviven dos falsedades, la ilusión, que se toma por verdadera, y la ficción, que se asume como tal (p.27). Son esas ilusiones -y no solo las ficciones- las que aún estructuran nuestras prácticas jurídicas cotidianas, desde la redacción de una demanda hasta el dictado de una sentencia.

Y su peso no es menor, por el hecho de que todo lo que se normaliza en el campo jurídico tiene efectos políticos, efectos que se transmiten y perpetúan bajo teorías que no siempre reflejan el presente, pero sin duda condicionan el futuro.

Constitucionalización y daño injusto: más allá del límite legal

Hablar de constitucionalización en el derecho privado -y, en particular, en el derecho de daños- supone asumir que ya no es posible interpretar al derecho de daños únicamente desde las categorías tradicionales. El viejo edificio positivista se ha resquebrajado bajo la presión de los derechos fundamentales, los riesgos globales y las transformaciones tecnológicas.

En esta reconfiguración, identificamos como allí dónde la antijuridicidad -y todo el esquema del ilícito- funcionaba como eje estructural, hoy emerge el concepto de daño injusto como categoría central, no porque anule lo anterior, sino porque lo supera, lo reconfigura y lo enmarca en una dimensión más amplia y propicia para la justicia del caso.

De esta manera, la antijuridicidad, entendida como la infracción de una norma positiva, cumplió un papel clave en los siglos XIX y XX, otorgando previsibilidad y seguridad en un sistema legalista. Sin embargo, su lógica defensiva -basada en comprobar si una conducta se adecuaba o no a lo dispuesto por el legislador- resulta insuficiente para dar respuesta a los desafíos contemporáneos.

A través de nuestro trabajo, hemos comprobado que, pese a su evolución funcional, el instituto ha agotado su capacidad explicativa. En efecto, los ajustes sobre el esquema del ilícito no bastan. Más que reformarlo, corresponde replantearlo desde nuevas bases y fundamentos.

En tal sentido, pensemos en daños ambientales de gran escala, en violaciones de derechos vinculadas a la inteligencia artificial, en lesiones a la identidad digital o en el impacto de las plataformas globales sobre la vida cotidiana.

En todos estos supuestos, el problema no radica tanto en la infracción de una norma positiva cuanto en la afectación de intereses serios y dignos de tutela constitucional, que con frecuencia exigen del juez un ejercicio creativo orientado a su identificación y reconocimiento dentro del amplio horizonte constitucional. De allí que la constitucionalización del derecho de daños trascienda el plano teórico para erigirse en una verdadera exigencia práctica de justicia. Y es justamente esta exigencia la que nos desafía en nuestra labor dentro del ordenamiento jurídico privado constitucionalizado.

Reconocido el esquema jurídico de nuestros tiempos desde un incuestionable Estado de Derecho Constitucional, la Constitución Nacional deja de ser un texto formal ubicado en la cúspide jerárquica para convertirse en una fuente normativa operativa que irradia su fuerza transversalmente sobre todas las ramas del derecho. Es justamente dicha transversalidad la que dispone el mismo codificador en el Título Preliminar (Arts. 1 y 2 del CCCN).

Esta iluminación transversal, interpela al derecho de daños a rediseñar sus nuevas bases. Es decir, no basta con verificar si hubo antijuridicidad, es preciso evaluar si el daño resulta contrario a la dignidad humana. Para lo cual será necesario enfocarnos en el test de

razonabilidad y proporcionalidad (que no desarrollaremos por exceder los fines del presente trabajo).

Retomando las ideas expuestas, el juez deja de ser un mero aplicador de normas para transformarse en un actor constitucional. Su tarea no se agota en subsumir hechos a categorías jurídicas preexistentes, sino que exige un esfuerzo creativo de interpretación y ponderación, guiado por principios y valores.

Es en este punto que radica la fuerza disruptiva del concepto de daño injusto, el cual, habilita al juez a reconocer como reparables aquellas lesiones -o potencialidades dañosas- que, aunque no tipificadas expresamente en el CCCN, vulneran a la Constitución Nacional que se erige como sostén de la comunidad política.

En Argentina, la Corte Suprema fue consolidando este viraje de manera progresiva y sin una proclamación explícita. En *Mendoza* (2008), el daño ambiental fue concebido como una afectación estructural a derechos colectivos de jerarquía constitucional.

Posteriormente, en *Halabi* (2009), si bien la controversia giraba en torno a la intimidad y a la protección de los datos personales frente a la retención indiscriminada de comunicaciones, el Tribunal dio un paso decisivo al reconocer la legitimación para la defensa de derechos de incidencia colectiva, precisando la diferencia entre los que recaen sobre bienes colectivos en sentido estricto y aquellos relativos a intereses individuales homogéneos.

Con ello, dejó sentado que ciertos daños -aunque no tipificados expresamente por el legislador- resultan constitucionalmente injustificables.

La caída de la pirámide de Kelsen

En nuestro trabajo sostenemos que ha llegado el momento de superar el modelo jerárquico de la pirámide de Kelsen. No para erigir otra figura en su lugar, sino para abrir el espacio a un derecho más vivo, flexible y comprometido con sus propias complejidades.

En una época en la que el diálogo de fuentes se ha vuelto criterio hermenéutico indiscutible, carece de sentido seguir aferrados a un esquema de subordinaciones, dado que, actualmente, el derecho se revela más bien como un entramado de coordinación de fuentes.

En este punto, la crisis de la legalidad y el ascenso de los principios, son una realidad de nuestro tiempo jurídico. Se ha evidenciado en nuestra investigación que transitamos de un positivismo rígido hacia un neoconstitucionalismo que, en nuestro país, encuentra expresión en el CCCN.

En este nuevo esquema es que se verifica un desplazamiento del principio de legalidad al principio de razonabilidad, del pasaje de la obsesión por la seguridad jurídica, al

reconocimiento de las libertades, de la figura de un legislador omnipresente, al juez con sensibilidad constitucional.

Ahora bien, descripto este escenario, es dable resaltar que nos encontramos atravesando una transición epocal, que da paso desde el modelo jerárquico de la pirámide al modelo de coordinación de fuentes que inaugura el Título Preliminar del CCCN. Siendo justamente en este viraje ideológico, donde el juez deja de ser un mero aplicador automático para convertirse en intérprete contextual, constructor de sentido y garante de la amplificación del horizonte constitucional.

En consecuencia, con esta lógica, nuestro trabajo intenta ir más allá de la autosuficiencia del derecho, para comprender que la raíz de la problemática deviene en una cuestión de mayor complejidad a la que nuestra área de conocimiento nos ha acostumbrado en su arquitectura teórica. Identificando en nuestra investigación que dicha transformación no es simplemente técnica, sino cultural.

En tal sentido, la transformación que advertimos es la que derriba al paradigma kelseniano. Es necesario recordar que Kelsen pensó al derecho como un sistema cerrado, jerárquico y autosuficiente, en el que cada norma encontraba validez en otra de rango superior. Ese diseño resultó útil para estabilizar el derecho en el siglo XX, pero hoy se muestra incapaz de responder a los nuevos riesgos globales.

Así, el cambio climático, la biotecnología, la inteligencia artificial, los mercados financieros digitalizados, entre otros tantos fenómenos actuales, generan daños que no se dejan encerrar en una lógica de subsunción normativa. En efecto, se requiere una mirada más abierta, flexible y creativa, que parta de la Constitución como horizonte de sentido. Es este escenario es el daño injusto quien cumple dicha función.

En esta lógica, el daño injusto no deviene en una categoría meramente negativa -la violación de una norma-, sino positiva, es decir, lo injusto es todo aquello que no puede tolerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Este desplazamiento permite, por ejemplo, que la reparación civil reconozca daños colectivos, que la tutela alcance bienes inmateriales o que se protejan intereses difusos que antes quedaban en las sombras del derecho. Y, sobre todo, evita que la justicia quede presa de ficciones técnicas que ignoran la sustancia del problema.

En definitiva, la constitucionalización del derecho de daños nos invita a pensar el derecho no como un límite, sino como un horizonte. El límite legal sigue existiendo, pero ya no basta. Necesitamos un derecho de daños capaz de expandirse hacia lo no previsto, hacia lo emergente, hacia lo que todavía no tiene nombre, pero ya genera sufrimiento o desigualdad.

Allí es donde el juez, como creador de sentido, cumple un rol decisivo, ello es, no el de inventar arbitrariamente, sino el de proyectar el orden constitucional sobre los conflictos

concretos, asegurando que la justicia civil no se quede anclada en el siglo XIX, sino que dialogue con los desafíos del siglo XXI.

Crítica a la antijuridicidad: hacia la superación de una ficción obsoleta

A lo largo de esta investigación hemos sostenido que la antijuridicidad, como categoría técnica, ha perdido funcionalidad y claridad en el derecho de daños contemporáneo. Nacida en el trasplante del derecho penal hacia el civil, se convirtió en una ficción que oscurece más de lo que ilumina.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial incorpora esta orientación a través de los artículos 1717 y 1737, en armonía con la interpretación del Título Preliminar, que ya preanuncia un cambio de paradigma: el eje del sistema se desplaza de la conducta al daño y a su justificación, habilitando la tutela de intereses no previstos de manera expresa. Este desplazamiento traduce un auténtico giro epistemológico; del patrimonialismo al personalismo, del foco en la conducta del autor al reconocimiento del sufrimiento del damnificado.

En este recorrido, las sucesivas reconfiguraciones históricas -formales, materiales, subjetivas, objetivas- solo lograron prolongar una noción que no resistió la expansión de la responsabilidad objetiva ni la emergencia de los bienes colectivos y de los derechos de tercera y cuarta generación.

Así, la antijuridicidad se volvió tautológica. En la responsabilidad subjetiva se confunde con la culpa; en la objetiva, se responde por actos lícitos. Su función se diluye hasta disolverse en el propio concepto de daño. Nuestra hipótesis parte desde allí.

Debido a todas estas conclusiones, consideramos que el derecho argentino debe superar la antijuridicidad como presupuesto autónomo y reorganizarse en torno al concepto de daño injusto.

Ello conlleva asumir que no todo lo permitido es justo, ni todo lo lícito es inocuo. Siendo lo verdaderamente decisivo, no sancionar conductas prohibidas, sino proteger intereses lesionados en un derecho constitucionalizado, donde la prevención adquiere tanto valor como la reparación. Como expresó la jurista cordobesa ¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegar a serlo?” (Zavala de González, 2011, p. 1117).

En definitiva, lo problemático no obedece simplemente a una cuestión lógica, sino a un trasfondo cultural. Ya lo expresaba Alpa (2016) al señalar que “...desatar el nudo de la ilicitud es un problema lógico, pero al mismo tiempo, cultural, mas no textual”. (p. 150).

En consecuencia, persistimos en una categoría incapaz de nombrar lo injusto en una sociedad de riesgos. Como sostenemos: lo que no se nombra no se reconoce; lo que no se reconoce no se repara; y lo que no se repara, menos aún se previene.

La evolución del daño injusto en tres etapas: tradicional, innovadora y creativa

En virtud de lo antedicho, podemos afirmar que la categoría de daño injusto constituye un eje vertebral en la reconstrucción del derecho de daños. Ahora bien, su configuración no emerge *ex nihilo*, sino que, por el contrario, se inscribe en un devenir histórico en el que pueden distinguirse diversas fases o etapas.

A su vez, dichas etapas, revelan las mutaciones tanto en la concepción del derecho como en la comprensión de la función social de la responsabilidad civil, la cual, precisamente por dicha evolución, ha terminado por consolidarse en lo que hoy denominamos derecho de daños.

La evolución puede pensarse en tres etapas -tradicional, innovadora y creativa-, que más que momentos cronológicos absolutos son matrices interpretativas que conviven, se superponen y en ocasiones entran en tensión dentro del propio sistema jurídico.

a) La etapa tradicional

La etapa tradicional se encuentra signada por la impronta de la codificación decimonónica y por la herencia del Código Civil francés de 1804. Bajo este paradigma, la responsabilidad civil se estructuraba sobre la base de la antijuridicidad como presupuesto autónomo y determinante, lo que resumía en que solo aquello que era contrario a derecho podía generar el deber de reparar.

En este esquema, el daño quedaba subordinado a la infracción normativa, siendo visto más como un efecto secundario que como el núcleo de protección. Esta concepción reflejaba un positivismo legalista rígido, donde el juez era considerado un aplicador neutral de la norma, sin margen para ponderación alguna.

En esta fase, el resarcimiento buscaba reponer un equilibrio preexistente, pero lo hacía dentro de un marco cerrado, en el cual, solo las lesiones previstas explícitamente por la ley podían encontrar respuesta. En este estadio, el daño injusto se confundía con la mera infracción a la norma, quedando invisibilizados muchos intereses que no encuadraban en los moldes codificados.

b) La etapa innovadora

La segunda etapa, surge con el advenimiento del constitucionalismo social en el SXX, el cual trajo consigo un cambio de perspectiva.

A raíz de ello, se advierte que el derecho no puede reducir la tutela de bienes jurídicos a un catálogo de leyes estáticas, por lo que, la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a desplazar el centro de gravedad, entendiendo que el problema ya no era únicamente si el acto era ilícito, sino si el daño resultaba materialmente injusto.

Este giro permitió el reconocimiento de categorías novedosas como fueron los legitimados activos del daño moral y las afectaciones al derecho de la salud a través de interpretaciones constitucionales que realizó la doctrina y jurisprudencia italiana.

A partir de la jurisprudencia, comenzó a abrirse el camino al considerar que ciertos perjuicios -aunque no previstos de manera taxativa en la ley- merecían protección en virtud de principios generales y de valores constitucionales. Así, el juez empezó a adquirir un rol más interpretativo y activo, superando la función mecánica de aplicación normativa.

En la Argentina, por ejemplo, la ampliación de las categorías de daño reconocidas por la Corte Suprema y los tribunales inferiores permitió tutelar los derechos de incidencia colectiva, bienes ambientales y situaciones de consumidores como el reconocimiento de la legitimación activa del *bystander*. (Michi, 2024).

c) La etapa creativa

La etapa actual, a la que denominamos creativa, es la que plantea los mayores desafíos. Los riesgos derivados de la globalización, la inteligencia artificial, la biotecnología, la crisis climática y la economía digital desbordan las categorías tradicionales. En este periodo, el daño injusto se emancipa definitivamente de la antijuridicidad formal y se concibe como una noción constitucionalizada y dinámica, vinculada al reconocimiento de la dignidad humana, la sustentabilidad y los derechos de cuarta generación.

Aquí, el juez no solo interpreta ni aplica, sino que crea sentido jurídico en un contexto de transformaciones aceleradas. El derecho de daños deja de ser únicamente un mecanismo de equilibrio entre partes, para transformarse en un dispositivo de protección de bienes colectivos, de prevención de riesgos y de anticipación frente a escenarios inciertos.

Este reconocimiento, nos atrevemos a decir que es un primer paso en la historia del derecho hacia la comprensión que la juridicidad no se acaba en “lo sujeto” y que los problemas a los que se enfrenta poseen causas que exceden el entendimiento de sus múltiples y complejas causas. (Véase Morton, 2024)

Este es el terreno donde la categoría del daño injusto se revela más fecunda, pues obliga a repensar el derecho desde una ontología abierta, capaz de reconocer intereses emergentes que no encuentran resguardo en ficciones técnicas o dogmas del pasado.

De este modo, la evolución del daño injusto -de su confusión con la ilicitud en la etapa tradicional, a su reconocimiento autónomo en la etapa innovadora, y finalmente a su proyección constitucional y expansiva en la etapa creativa- expresa el tránsito de un derecho de daños centrado en la norma a un derecho de daños centrado en la justicia.

Asimismo, es dable considerar que recorrido por estas tres etapas no es un ejercicio meramente histórico o descriptivo. Por el contrario, permite advertir cómo la noción de

daño injusto se ha ido desplazando desde los márgenes de la antijuridicidad formal a antijuridicidad material, y desde allí, hacia el centro de un sistema constitucionalizado de justicia.

En este tránsito, como desarrollamos, la figura del juez deviene clave. Si en la etapa tradicional aparecía como un mero ejecutor de la ley, y en la innovadora comenzaba a expandir los márgenes interpretativos, en la etapa creativa se transforma en un verdadero actor constitucional, responsable de proyectar el horizonte de justicia en contextos complejos y cambiantes.

Es precisamente a este rol -el del juez como creador de sentido y garante de derechos- al que se dedica el siguiente apartado.

El juez como actor constitucional: creador de sentido

La evolución del derecho de daños hacia la categoría de daño injusto no puede comprenderse sin advertir el papel decisivo que ocupa la judicatura. En este escenario, como ya adelantamos, el juez deja de ser una figura pasiva -encorsetada en el formalismo positivista-, para convertirse en un intérprete activo y creador de sentido, un auténtico actor constitucional encargado de proyectar los valores superiores del orden jurídico sobre los casos concretos.

Dicho ello, es necesario recordar que el modelo clásico -heredero del positivismo- concebía al juez como una suerte de autómatas, un mero aplicador de normas que subsumía hechos en silogismos mecánicos. En ese esquema, la antijuridicidad resultaba suficiente, ya que bastaba constatar la infracción de una norma positiva para justificar la reparación.

Sin embargo, este paradigma reduccionista ha sido desbordado por la complejidad del mundo contemporáneo, en el que emergen nuevas formas de daño a las que hemos referido. Frente a estas realidades, limitarse a aplicar normas preexistentes se vuelve no solo insuficiente sino también pernicioso.

Es por ello por lo que el juez debe asumir una función distinta, esta es la de garante de los valores constitucionales -dignidad humana, igualdad, solidaridad, tutela ambiental, protección de usuarios y consumidores, derechos de las generaciones futuras- y adoptar un rol de mediador entre la norma y la justicia. Su tarea ya no se restringe a verificar la existencia de un ilícito tipificado, sino a evaluar si la lesión sufrida por una persona o una colectividad constituye un daño injusto que merece reparación, recomposición o prevención.

Este cambio no implica arbitrariedad ni subjetivismo, como sostienen los nostálgicos del positivismo, sino una interpretación más rigurosa y comprometida, porque exige fundamentar cada decisión en principios constitucionales y en el bloque de convencionalidad. La labor judicial, en consecuencia, no se agota en el pasado -reparando lo ya ocurrido- sino que también se proyecta hacia el futuro, anticipando riesgos y

configurando estándares preventivos que atiendan tanto bienes individuales como colectivos.

El juez creador de sentido no es un demiurgo solitario ni un legislador encubierto. Es, ante todo, un intérprete consciente, responsable y prudente, que asume la dimensión ética de su oficio y comprende que cada decisión proyecta consecuencias sobre el horizonte de justicia de la comunidad. Su labor exige no solo rigor técnico, sino también una disposición interior de escucha, diálogo y aprendizaje.

Al mismo tiempo, y sin desconocer en nuestra investigación la realidad de nuestra práctica tribunalicia, será necesario crear y fortalecer los mecanismos de control de los jueces que hemos desarrollado en nuestra investigación (Michi, 2024).

En esa línea, la nueva ética judicial -como lo expresa el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* (2014)- reclama apertura al diálogo con la sociedad y una reflexión comprometida sobre las fuentes del derecho, particularmente sobre la amplitud funcional de los principios constitucionales. Ello implica una actitud de permanente actualización, una búsqueda constante de equilibrio entre la letra de la norma y el espíritu que la anima.

En definitiva, el juez deja de ser un “boca de la ley” en el sentido montesquiano para transformarse en un verdadero agente de constitucionalización del derecho. La decisión judicial deja de ser un acto de mera subsunción para convertirse en un ejercicio de creatividad jurídica orientado a garantizar que la justicia no se reduzca a ficciones normativas, sino que se realice efectivamente en la vida de las personas.

Así entendido, el concepto de *daño injusto* se revela como una herramienta dinámica que permite al juez trascender la rigidez del ilícito y visibilizar nuevas formas de sufrimiento y afectación social. Allí donde antes bastaba constatar una infracción, hoy se impone una pregunta más profunda ¿Es este daño tolerable para el orden constitucional? Si la respuesta es negativa, corresponde reconocer su injusticia y abrir paso a la reparación.

En esta línea, la función jurisdiccional no consiste en repetir la letra de la ley, sino en proyectar los valores constitucionales hacia el porvenir, ampliando los márgenes de justicia en un mundo atravesado por riesgos inéditos y transformaciones tecnológicas aceleradas.

Solo desde esta comprensión, se podrá materializar la auténtica misión del juez, la cual consiste en crear sentido a partir del derecho vivo y resguardar, con prudencia y firmeza, el horizonte constitucional de justicia que da sentido a toda interpretación.

El horizonte de justicia en tiempos de riesgos colectivos y transformaciones tecnológicas

Como hemos adelantado, el siglo XXI ha inaugurado un nuevo escenario de conflictos que desafían los moldes tradicionales del derecho de daños. Los litigios ya no se limitan

a intereses individuales -como en la clásica relación de dos partes que se disputan una pretensión sobre sus intereses-, sino que involucran daños difusos, intereses colectivos y bienes comunes.

En efecto; la contaminación ambiental, las pandemias globales, los desastres tecnológicos y las vulneraciones masivas de datos personales son ejemplos claros de una realidad en la que el daño se expande más allá de los límites de la singularidad de la persona. De esta manera, comprometiendo estructuras sociales enteras.

En este escenario, el concepto de daño injusto se proyecta como categoría integradora, capaz posibilitar el reconocimiento de nuevas formas de vulnerabilidad. La justicia ya no puede concebirse únicamente como compensación patrimonial, sino que en su manda constitucionalizadora debe incluir también la reparación simbólica, la recomposición ambiental, las garantías de no repetición y, en muchos casos, las funciones preventivas y precautorias como funciones prioritarias y autónomas.

Así, se trata de avanzar hacia un derecho de daños con dimensión prospectiva, donde el horizonte no sea solamente reparar, sino evitar la concreción de riesgos que podrían afectar a generaciones presentes y futuras.

Un eje fundamental aquí es la tecnología. La inteligencia artificial, la robótica y la digitalización han multiplicado escenarios de daño que no encuentran respuestas claras en los sistemas normativos vigentes. Y de encontrarlas, su condición es inestable al enfrentarnos a cambios cada vez más dinámicos y disruptivos. Los cuales no solo desafían la dimensión espaciotemporal, sino también los intereses amenazados.

Desde los algoritmos que discriminan en procesos de selección laboral, hasta los sistemas autónomos que pueden ocasionar accidentes, el derecho se enfrenta a un tipo de riesgo que es, al mismo tiempo, difuso, inmaterial y global. Es por ello por lo que, pretender encorsetarlo en la lógica de la antijuridicidad resulta no solo insuficiente sino peligroso.

Es por ello por lo que, en atención a la profunda transformación de las formas de ser y estar en el mundo, y frente a los desafíos que plantea una nueva realidad social, el derecho debe asumir una perspectiva constitucionalizada que garantice la tutela efectiva de los derechos fundamentales, aun en aquellos supuestos en los que la norma positiva no provea soluciones acabadas.

De manera análoga, la crisis ambiental exige trascender la concepción tradicional del daño civil. La degradación de los ecosistemas, el calentamiento global y la pérdida de biodiversidad demuestran que los perjuicios ocasionados no resultan resarcibles mediante una mera indemnización pecuniaria. Y en tal sentido se ha manifestado el legislador del CCCN al darle un pórtico de entrada a través del ordenamiento privatístico. Véase en tal sentido (Sozzo, 2019, p. 20).

En este marco, la categoría de daño injusto se proyecta como una herramienta idónea para legitimar la intervención de actores colectivos, imponer obligaciones tanto a los Estados como al sector privado, y establecer medidas preventivas orientadas a la salvaguarda de los bienes comunes.

Así entendido, el concepto de daño injusto se convierte en una herramienta eficiente para la labor judicial en escenarios signados por la incertidumbre, la complejidad y la irreversibilidad.

En última instancia, sostenemos que el desafío, es construir un derecho de daños que dialogue con la realidad contemporánea, evitando la tentación de encerrar sus categorías en ficciones anacrónicas.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que el concepto de daño injusto ha desplazado a la antijuridicidad como categoría axial del derecho de daños, habilitando un horizonte proyectivo para la constitucionalización práctica del sistema. En paralelo, hemos advertido cómo dicho proceso se articula en distintas etapas históricas, reconfigurando de manera progresiva el rol del juez frente a los nuevos escenarios que plantea la realidad de nuestros tiempos.

El paso siguiente consiste en integrar estos elementos en una reflexión más amplia: ¿qué significa repensar el derecho de daños desde una nueva ontología jurídica? ¿Cómo evitar que las categorías técnicas se conviertan en ficciones que encubran la injusticia? Y, sobre todo, ¿qué horizonte de justicia se abre cuando se asume la constitucionalización no como un recurso retórico, sino como un principio operativo?

Estas preguntas marcan el ingreso al último eje de nuestro trabajo, esto es la reconfiguración ontológica del derecho de daños y las conclusiones provisionales que se desprenden de nuestra investigación.

Conclusiones para una reconfiguración ontológica del derecho de daños

Nuestra estrategia metodológica, basada en la deconstrucción de la antijuridicidad como pilar del sistema, no busca una mera sustitución conceptual, sino una transformación profunda en la forma misma de pensar el derecho de daños.

Así, postular al *daño injusto* como eje rector implica desplazar el foco desde la infracción normativa hacia la afectación concreta de derechos e intereses merecedores de tutela, donde lo decisivo ya no es la contravención de la norma, sino el reconocimiento de la injusticia como un fenómeno experiencial.

En esta perspectiva, el derecho deja de concebirse como un mecanismo formalista de control -función política- para devenir un espacio de reconocimiento de lo justo -función moral-, abierto a las mutaciones sociales, a los entramados políticos y a los desafíos que plantean el ambiente, la tecnología y las nuevas formas de vulnerabilidad.

Esta reconfiguración tiene un carácter ontológico, debido a que no se limita a ajustar categorías, sino que redefine el modo en que concebimos el derecho mismo. De esta manera, sostenemos que el derecho de daños ya no aparece como un subsistema cerrado, sino como un campo constitucionalizado, atravesado por principios, valores y derechos fundamentales que lo dotan de sentido y legitimidad.

Ello supone desplazar el eje desde la legalidad abstracta hacia la razonabilidad y proporcionalidad constitucional como criterio de justicia.

Así advertimos que, en este marco, el juez no es un mero aplicador de reglas, sino un actor constitucional llamado a crear sentido en cada decisión. Le corresponde detectar cuándo un daño es injusto, incluso si no se encuentra expresamente tipificado, y otorgar una respuesta ajustada a las amenazas o riesgos concretos que atenten contra los intereses que no poseen salvaguarda legal, pero sí jurídica. Así, prevenir nuevas lesiones a través de la fuerza de los valores constitucionales.

De nuestro recorrido investigativo, debemos considerar que las conclusiones a las que hemos arribado son necesariamente provisorias. No porque carezcan de fuerza, sino porque asumen la apertura de un derecho vivo que debe adaptarse a las dinámicas de un mundo en transformación. En este sentido, el daño injusto no es una categoría cerrada, sino una puerta de entrada a la ampliación del horizonte de justicia.

Dicho ello, el desafío que queda planteado es avanzar hacia un derecho de daños que supere las ficciones técnicas, que reconozca la centralidad de los derechos de tercera y cuarta generación, al mismo tiempo que integre la prevención de riesgos colectivos y tecnológicos como parte de su núcleo esencial. Solo así podremos afirmar que el derecho ha dejado de ser un simple límite legal para convertirse en un horizonte constitucional, abierto, dinámico y orientado a la dignidad humana y al verdadero reconocimiento de la naturaleza.

Palabras de cierre (con pretensión de apertura)

Es un signo de nuestra era que los riesgos no tengan culpables visibles -sin que por ello se disuelva la culpa-, pero sí damnificados reconocibles. Este debe ser el punto de partida que nos lleve a concretar la manda que ilustró el filósofo alemán al expresar que “No podemos eludir la decisión de lo que hemos de iniciar con lo que podemos hacer” (Safranski, 2017, p. 58).

Con estas palabras, concluimos con la certeza de haber cumplido satisfactoriamente con la hipótesis planteada. Por lo que concluimos expresando que la antijuridicidad ha dejado de ser el presupuesto excluyente del derecho de daños, dándole lugar al reforzamiento del daño injusto como clave de interpretación y de justicia en el derecho privado constitucionalizado.

Pero esta comprobación no se limita a un hallazgo doctrinario. Lo que aquí proponemos es un viraje más profundo, es decir, una reconfiguración ontológica del derecho. El recorrido nos ha llevado a demostrar que no basta con reformular conceptos, sino que es preciso repensar al derecho desde sus bases epistemológicas y metodológicas.

En tal sentido, desde la crítica neoconstitucionalista y la mirada interdisciplinaria, hemos desmontado categorías obsoletas y ficciones positivistas, abriendo paso a un enfoque deconstructivo que restituye al derecho su carácter de práctica social discursiva.

El aporte concreto en materia de daños se expresa en la actualización de la noción de daño injusto, proyectada al marco constitucional argentino y vinculada a los nuevos derechos de tercera y cuarta generación: ambiente, consumo y tecnologías. Con ello, se busca liberar al sistema del laberinto de la antijuridicidad y dotar de operatividad real a la constitucionalización, para que deje de ser un enunciado programático y se transforme en una herramienta práctica de tutela efectiva.

Asimismo, a lo largo de nuestra investigación hemos constatado que el derecho, si pretende continuar cumpliendo su misión de justicia, debe configurarse a sí mismo como un verdadero programa orientado a su realización.

De allí que la contribución esencial de esta investigación no resida únicamente en la verificación de una hipótesis, sino en la apertura de un horizonte. Un horizonte en el que el derecho de daños deje de ser un instrumento meramente conservador y se proyecte como un campo dinámico, capaz de responder a las heridas concretas de las personas y de los colectivos en el seno de una sociedad de riesgos. En efecto, como advirtió Camus (1966), “si se fracasa en conciliar la justicia y la libertad se fracasa en todo” (p.120).

He aquí, entonces, el verdadero desafío: repensar un derecho que, sin quedar prisionero de sus ficciones, se afirme como un instrumento vivo de justicia en constante devenir. Un derecho que mantenga abierta la tensión entre lo que es y lo que debe ser, que no renuncie a su vocación de acercarse -aun sin alcanzarla del todo- a esa justicia siempre anhelada, siempre distante, pero indispensable como horizonte de sentido.

Referencias bibliográficas

Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte general*. Ediciones Legales.

Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus.

Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Ariel.

Bauman, Z. (2000). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistemas.

Camus, A. (1966). *Carnet II*. Losada

Código Iberoamericano de Ética Judicial. (2014). *Código Iberoamericano de Ética Judicial*. Organización de los Estados Americanos (OEA).
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2009). *Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25.873 – dto. 1563/04 (amparo)*, Fallos, 332, 111.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2008, 8 de julio). *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza–Riachuelo)*, Fallos, 331, 1622.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2024). *Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros (Riachuelo)*. SAJJ. <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa24000155-2024-10-22/123456789-551-0004-2ots-eupmocsollaf>

De Lorenzo, M. (2007). Sobre ficciones y mitos en el derecho privado. *Revista La Ley*, 2007(A), 854–864.

De Lorenzo, M. (2014). El principio de no dañar al otro. En *Revista La Ley* 2014-E.

Derrida, J. (2018). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Tecnos.

Echeverría, R. (2022). *El giro de la mirada*. Granica.

Menghini, V. (2025, 27 de mayo). La justicia de EE.UU. da luz verde a una demanda por daños severos provocados por inteligencia artificial. *La Nación*.
<https://www.lanacion.com.ar/economia/IA/la-justicia-de-eeuu-da-luz-verde-una-demanda-por-danos-severos-provocados-por-inteligencia-nid27052025/>

Michi, F. (2024). *El daño injusto: del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido en el ordenamiento jurídico privado constitucionalizado argentino* (Tesis doctoral, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales). Repositorio Institucional UCES. <https://dspace.uces.edu.ar/jspui/handle/123456789/7094>

Morton, T. (2024). *Hiperobjetos. Filosofía y ecología después del fin del mundo*. Adriana Hidalgo.

Safranski, R. (2017). *Tiempo. La dimensión temporal y el arte de vivir*. Tusquets.

Shina, F. E. (2020). *El impacto de las neurociencias en el consumo masivo: el ocaso de la autonomía de la voluntad*. Thomson Reuters La Ley (Argentina). TR LALEY AR/DOC/1117/2020.

Sozzo, G. (2019). *Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado*.

Rubinzal-Culzoni.

Vigo, R. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución.

Dikaion, 21(26), 1–187.

Yousif, N. (2025, 30 de septiembre). Los padres de un adolescente que se quitó la vida

demandan a OpenAI, creadora de ChatGPT. *BBC Mundo*.

<https://www.bbc.com/mundo/articles/c30z5lyjzygo>

Zavala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. *Revista La Ley*, 2011(E),

1116–1137.