



UANL

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE
DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL HACIA UN SISTEMA
BIPOLAR**

**TESIS QUE EN OPCIÓN AL GRADO DE DOCTORA EN
DERECHO PRESENTA**

Doctorante: María Antonieta Pizza Bilbao

Director de Tesis: Dr. Germán Cisneros Farías

Cd. Universitaria, San Nicolás de los Garza, Nueva León, México, enero 2012

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE
DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL HACIA UN SISTEMA
BIPOLAR

ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO	I
AGRADECIMIENTO	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	17
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.	17
1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCEPTO. RESPONSABILIDAD MORAL, EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.	17
1.1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL.	17
1.1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD MORAL.	21
1.1.3 RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL.	23
1.1.4 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.	24
1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.	28
1.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA.	28
1.2.1.1 Tendencias Doctrinales.	32
1.2.1.2 Sistemas Legislativos y la Responsabilidad Extracontractual Objetiva.	36
1.2.1.3 Situación Actual.	38
1.2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.	39
1.2.2.1 El Ilícito Civil.	40
1.2.2.2 Autor del Ilícito	44
1.2.2.2.1 Acto por Comisión y por Omisión.	46
1.2.2.2.2 <i>Acto Ilícito Propiamente Dicho e Ilícito Potencial.</i>	48
1.2.2.2.3 <i>Acto Ilícito de Personas Jurídicas</i>	48
1.2.2.3 Lesión al Interés Protegido.	50
1.2.2.4 Daño.	53
1.2.2.4.1 <i>Posiciones Doctrinales Sobre el Daño.</i>	55
1.2.2.4.2 <i>Presupuestos de Certeza del Daño</i>	56
1.2.2.4.3 <i>Clases de Daño.</i>	59
1.2.2.5 Relación de Causalidad.	81
1.2.2.5.1 <i>Teorías Sobre la Relación de Causalidad.</i>	86
1.3 EXIMENTES E INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL	93
1.3.1 HECHO DE UN TERCERO EXTRAÑO	93
1.3.2 EL HECHO DEL DAMNIFICADO.	94
1.3.3 CASO FORTUITO	96
1.3.4 CASO FORTUITO Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN CULPA Y RIESGO.	98
1.4 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	100
1.4.1 LEGÍTIMA DEFENSA	100
1.4.2 ESTADO DE NECESIDAD	101
CAPÍTULO II	106
FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y FUNCIONES DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO.	106
2.1 FACTORES DE ATRIBUCIÓN E IMPUTACIÓN	106
2.1.1 CONCEPTO.	106
2.1.2 CLASES DE FACTORES DE IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN.	109
2.1.2.1 Factores Subjetivos de Atribución.	109
2.1.2.1.1 El Dolo.	110
2.1.2.1.2 Tendencia Actual.	112
2.1.2.1.3 La Culpa	113
2.1.2.2 Factores Objetivos de Atribución.	133
2.1.2.2.1 Teoría del Riesgo	133
2.1.2.2.2 Tendencias Actuales.	138
2.1.2.2.3 Responsabilidad por Hecho Ajeno.	140
2.1.2.2.4 Daño Cometido por un Incapaz	149

2.1.2.2.5 Responsabilidad de Tutores y Curadores	157
2.1.2.2.6 Responsabilidad por Animales.	160
2.1.2.2.7 Responsabilidad por Daños Causados por las Cosas Inanimadas.	163
2.1.2.2.8 Ruina de Edificio	165
2.1.2.2.9 Responsabilidad del Productor.	166
2.1.2.2.10 Responsabilidad Civil por Daño Ambiental	176
2.1.2.2.11 Residuos peligrosos.	184
2.1.2.2.12 Daño provocado por actividad nuclear	186
2.2 OTRAS ESPECIES DE RESPONSABILIDAD	190
2.2.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.	190
2.2.1.1 Tendencias Actuales	193
2.2.2 RESPONSABILIDAD DEL JUEZ.	197
2.2.3 RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL	201
2.2.4 RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD INFORMÁTICA	209
2.2.5 LA EQUIDAD	215
2.2.5.1 Naturaleza Jurídica.	216
2.5.2 ABUSO DEL DERECHO	217
2.2.5.1 Alcance de la doctrina del abuso del derecho	221
2.2.5.2 Naturaleza Jurídica.	222
2.3 FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	224
2.3.1 FUNCIONES TRADICIONALES.	224
2.3.2 SISTEMAS ALTERNOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	236
CAPÍTULO III	241
VISIÓN FILOSÓFICA. LA LEY. SILENCIO DEL LEGISLADOR. SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA. PRINCIPIOS MORALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	241
3.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	241
3.1.1 VISIÓN FILOSÓFICA.	241
3.1.2 ORÍGENES INTELECTUALES, BASE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	242
3.1.3 PRINCIPIOS DE LOS VALORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	256
3.1.4 POSTULADOS FILOSÓFICOS	264
3.1.5 VALORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	265
3.1.6 VALORES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	281
3.2 LA LEY. SUS CARACTERÍSTICAS. SILENCIO DEL LEGISLADOR.	292
3.3 SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA.	302
3.4 PRINCIPIOS MORALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL	307
CAPITULO IV	313
ANÁLISIS NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.	313
4.1 LEGISLACIÓN EXTRAJERA	313
4.1.1 LEY ANTIGUA	313
4.1.2 LA LEY ROMANA.	315
4.1.3 LEGISLACIÓN FRANCESA E ITALIANA.	316
4.1.3.1 Responsabilidad Extracontractual.	316
4.1.3.2 Excluyentes de Responsabilidad.	319
4.1.3.3 Imputabilidad del Acto Dañoso.	320
4.1.3.4 Responsabilidad por Hecho Ajeno.	321
4.1.3.5 Responsabilidad por Daño de Animal.	326
4.1.3.6 Responsabilidad por Custodia de Cosa.	327
4.1.3.7 Responsabilidad Por Ruina De Edificio	329
4.1.3.8 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.	331
4.1.3.9 Responsabilidad por Daño Moral.	332
4.1.3.10 Responsabilidad por Abuso del Derecho.	332
4.1.3.11 Responsabilidad del Estado	333
4.1.3.12 Responsabilidad del Médico.	335
4.1.3.13 Responsabilidad del Productor.	336
4.1.3.14 Responsabilidad por Daño Ambiental.	340

4.1.3.15 Responsabilidad por Actividad Nuclear.	341
4.1.4 LEGISLACIÓN AVANZADA SOBRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	341
4.1.5 LEGISLACIÓN DE PAÍSES SUDAMERICANOS Y MÉXICO.	349
4.1.5.1 La Responsabilidad Civil Extracontractual. Cláusula General.	349
4.1.5.2 Excluyentes de Responsabilidad	353
4.1.5.3 Imputabilidad del Acto Dañoso.	354
4.1.5.4 Responsabilidad por Hecho Ajeno	356
4.1.5.5 Responsabilidad de los Incapaces.	362
4.1.5.6 Responsabilidad por Daño de Animal.	367
4.1.5.7 Responsabilidad por la Custodia de Cosas	369
4.1.5.8 Responsabilidad por Ruina de Edificio y Daños de Vecindad.	372
4.1.5.9 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.	374
4.1.5.10 Daño Moral.	375
4.1.5.11 Responsabilidad por Abuso del Derecho	383
4.1.5.12 Responsabilidad del Estado.	385
4.1.5.13 Responsabilidad del Productor.	400
4.1.5.14 Responsabilidad Solidaria, Acción Popular y Derechos Difusos.	416
4.1.5.15 Responsabilidad por actividad nuclear.	427
4.2 MODELO BOLIVIANO.	432
4.2.1 SITUACIÓN ACTUAL.	432
4.2.1.1 Cláusula General.	432
4.2.1.2 Eximentes de Responsabilidad	435
4.2.1.3 Inimputabilidad	437
4.2.1.4 Responsabilidad Objetiva	439
4.2.1.4.1 Responsabilidad por Hechos de Otro.	439
4.2.1.4.2 Responsabilidad por Custodia de Cosas y Daño Provocado por Animales	443
4.2.1.4.3 Responsabilidad por Ruina de Edificio	443
4.2.1.4.4 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.	444
4.2.1.5 Daño Moral.	446
4.2.1.6 Responsabilidad del Estado.	446
4.2.1.7 Daño al Medio Ambiente.	449
4.2.1.8 Daño al Consumidor.	450
CAPITULO V	452
5.1 CONCLUSIONES	452
5.2 PROPUESTA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE LOS ILÍCITOS TÍTULO VII	466
5.2.1 ANTECEDENTES.	466
5.2.2 JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA	469
5.2.3 PROPÓSITO Y PRINCIPIOS DE LA REFORMA	472
5.3 NOMEN ACTUAL	474
5.3.1 NUEVO NOMEN. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	474
5.3.2 ARTÍCULO 984.- RESPONSABILIDAD.	474
5.3.3 ARTÍCULO 984.- RESARCIMIENTO POR HECHO ILÍCITO.	474
5.3.4 ARTÍCULO 984.- BIS. RESARCIMIENTO POR ACTO ILÍCITO.	474
5.3.5 EXCLUSIÓN DE LOS ARTÍCULOS 985, 986 Y 987, LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE LA NECESIDAD.	475
5.3.6 ARTÍCULO 986.- DAÑO FÍSICO PSÍQUICO A LA PERSONA.	476
5.3.7 ARTÍCULO 987.- DAÑO A LA PERSONALIDAD.	477
5.3.8 ARTÍCULO 988.- RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.	478
5.3.9 ARTÍCULO 989.- RESPONSABILIDAD POR COSA Y ACTIVIDAD	478
5.3.10 ARTÍCULO 990.- RUINA DE EDIFICIO Y DAÑOS DE VECINDAD.	479
5.3.11 ARTÍCULO 991.- RESPONSABILIDAD POR ABUSO DE DERECHO.	479
5.3.12 EXCLUIDO EL ARTÍCULO 988.- DAÑO CAUSADO POR PERSONA INIMPUTABLE.	480
5.3.13 ARTÍCULO 992.- DAÑO CAUSADO POR PERSONA INIMPUTABLE.	480
5.3.14 EXCLUIDO ARTÍCULO 989.- RESARCIMIENTO DEL DAÑO CAUSADO POR PERSONA INIMPUTABLE.	481

5.3.15 ARTÍCULO 993.- RESPONSABILIDAD DEL PADRE Y LA MADRE O DEL TUTOR.	481
5.3.16 ARTÍCULO 994.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS	481
5.3.17 ARTÍCULO 995.- RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL O COMITENTE.	482
5.3.18 ARTÍCULO 996. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.	483
6.3.19 ARTÍCULO 997. REPETICIÓN POR CULPA DEL AUTOR DEL DAÑO.	483
5.3.20 ARTÍCULO 998. DAÑO OCASIONADO POR ANIMALES.	484
5.3.21 ARTÍCULO 998 BIS. DAÑO AL CONSUMIDOR	484
5.3.22 ARTÍCULO 998 TER. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.	485
5.3.23 ARTÍCULO 999. VALORACIÓN DEL DAÑO	486
5.3.24 ARTÍCULO 999 BIS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.	489
5.3.25 ARTÍCULO 999 TER. ACCIONES COLECTIVAS.	489
BIBLIOGRAFÍA	491
REVISTAS	502
LEGISLACIÓN.	505
JURISPRUDENCIA	505
APÉNDICES	507
APÉNDICE 1	507
CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO. DE LOS HECHOS. PROMULGADO EL 6 DE AGOSTO DE 1975, VIGENTE DESDE EL 2 DE ABRIL DE 1976.	507
APÉNDICE 2	510
ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO. HECHOS ILÍCITOS.	510

AGRADECIMIENTO

Al iniciar un camino, siempre hay quien o quienes dieron la señal para avanzar y alcanzar las metas, nuestra esencia social hace que unos nos apoyemos en otros y así podamos lograr nuestros objetivos. Gracias a todos quienes han abierto el camino haciendo fácil el andar. En la investigación científica, las bases, los principios, las orientaciones se explican desde el punto de vista epistemológico del pensamiento de los filósofos antiguos y modernos, que ponen en evidencia los fines a los que tiende la ciencia y el ordenamiento jurídico y los cimientos sobre cuya base se organiza la responsabilidad civil; esta investigación surge de la convergencia de puntos neurálgicos enfocados por legisladores y juristas científicos del derecho.

Mi agradecimiento a los Maestros, que se adelantaron en la investigación sobre responsabilidad civil extracontractual y contribuyeron con sus ideas y postulados, permitiéndome profundizar el tema. La exploración permite percatarnos que de una u otra manera todo se ha dicho y no hay mucho que descubrir, pero también, pone en evidencia que el conocimiento permite disentir, proponer y generar nuevas tendencias.

En muchas oportunidades he acariciado la idea de optar el grado de doctora en derecho, resultaba un tanto difícil, por el desarrollo incipiente del postgrado en Bolivia. Gracias a la generosa propuesta del Dr. Juan Manuel Navarro Ameller y la aceptación y suscripción del convenio interinstitucional entre la Universidad Autónoma de Nueva León y la Universidad Autónoma de San Simón, se hizo realidad lo que parecía una ilusión.

Va mi agradecimiento a la Universidad Autónoma de Nueva León, por haber promovido el doctorado en Bolivia y a la Universidad Autónoma de San Simón, por haberla secundado, las bases para el desarrollo del doctorado en mi país se han facilitado, las semillas seguramente darán muchos frutos, en beneficio de la investigación.

Mi gratitud a todos y cada uno de los Maestros de la Universidad Autónoma de Nueva León de México, que vinieron a Bolivia para compartir sus doctos conocimientos. Particularmente a mi Maestro y Tutor Doctor Germán Cisneros Farías, quien con gran desprendimiento, generosidad y paciencia, contribuyó en el trabajo de investigación doctoral, guiándome en el desarrollo y conclusión de la tesis doctoral, instrumento que me permite alcanzar una meta importante en mi vida profesional.

También debo agradecer a mi compañera doctorante, la Maestra Aída Camacho Bermúdez, fue ella quien me conectó con el Doctor Juan Manuel Navarro para postularme al doctorado.

A mi querido esposo Dino D'Addario, por permitirme tomar el tiempo necesario para el estudio y la investigación, y haber postergado y renunciado a momentos de

compartir juntos. A mis queridos hijos Giovana y Marco Antonio Gutiérrez Pizza, por haberme incentivado en el camino del doctorado y haber contribuido con sus ideas en el desarrollo de la investigación.

MIL GRACIAS A TODOS.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad forma parte integral del derecho civil, se concentra en la teoría del acto ilícito y teoría del daño y como fuente de las obligaciones se sustenta en el daño ilícito e injusto, bajo la relación ilícito más daño igual reparación.

No obstante que desde épocas inmemorables la legislación positiva y los principios en los que se sustenta la responsabilidad civil, han caminado juntas; a mediados del siglo XIX se advierte un abandono del legislador en el tratamiento del tema. Las normas que regulan la responsabilidad civil son restrictivas, están sujetas a la cláusula general *no hay responsabilidad sin culpa* dejando fuera toda hipótesis de responsabilidad civil objetiva, bajo cuya circunstancia el juez se ve impelido a negar toda pretensión en la que no se demuestre la culpa del dañador, tarea difícil, sino imposible para el damnificado. Los cambios operados en el mundo cada vez más tecnificado hicieron que paulatinamente se introduzcan algunas hipótesis típicas de responsabilidad civil objetiva, que con frecuencia son interpretadas bajo el velo de la cláusula general. Pero, también, hubieron jueces que en vía de interpretación creativa, introdujeron en el derecho viviente nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva no reguladas por el legislador; solución justa pero polémica. En regímenes positivos no se tiene certeza jurídica que tal solución sea adoptada por el régimen judicial en general; por otra parte, hay interrogantes sobre la efectividad de la sentencia. La creación de una nueva obligación legal sin la intervención del único órgano competente para ello genera falta de seguridad jurídica y para los que desean usar el precedente ausencia de precedibilidad, penurias que afectan profundamente el derecho a la defensa como principio fundamental.

El régimen tuvo mayor desarrollo en el siglo XX época que trajo consigo un verdadero laboratorio privilegiado por fórmulas de las diferentes tendencias: realistas, formalistas, comparatistas *iusnaturalistas iuseconomistas*, edificándose elaboraciones de estatutos generales, considerados emblema de la vitalidad del derecho.

En la legislación boliviana bajo el título de hechos ilícitos, se establecen normas de responsabilidad en las que la culpa es el elemento general de imputación; incluso en los casos de representación (incapaces, interdictos, dependientes), la eximente -no poder impedir el hecho- es interpretada bajo el velo de la culpa *invigilando e ineligiendo*, tendencia que aún existe, no obstante la corriente cada vez mayoritaria en sentido contrario. Las normas de responsabilidad objetiva están reguladas de manera típica, vinculan la responsabilidad al hecho concreto (artículo 998 daño por actividad peligrosa, los artículos 990, 991, 992 responsabilidad por otro, artículo 995 daño ocasionado por cosa en custodia y artículo 996 daño ocasionado por animales), impidiendo su aplicación a otras hipótesis que son resueltas sobre la base de analogías *iuris* no sobre analogías *legis*, el silencio del

legislador contribuye a la discrecionalidad del Juez y resultados inciertos, en desmedro del derecho a la defensa. Las suposiciones glosadas claramente objetivas, lejos de superar el umbral de la culpa están sujetas a la cláusula general contenida en el Art. 984 del Código Civil y en este contexto son aplicadas por los jueces, aunque sobre el particular existen posiciones subjetivas y objetivas encontradas.

El silencio guardado por el legislador en la transferencia de responsabilidad de padres a maestros, da como resultado el no haberse pronunciado postura alguna al respecto. La responsabilidad por daño de cosas inanimadas, animales, ruina de edificio y actividad peligrosa, fue concebida por el legislador como responsabilidad objetiva; sin embargo, al no responder éstas hipótesis en forma coherente al postulado de la cláusula general subjetiva, fueron interpretadas a la luz de ésta. El daño moral es tratado en forma incidental, no se precisa su esencia ni su alcance, se omite el daño a la vida, a la integridad físico psíquica, a los derechos personalísimos del hombre, al derecho a la privacidad, al honor, al nombre. Se excluye al abuso del derecho como fuente creadora de responsabilidad. Se extraña la responsabilidad civil del Estado, que en el marco Constitucional (Art. 15) está sujeto a la vía civil. Se extraña la responsabilidad del productor y la responsabilidad civil del profesional liberal. Con respecto al derecho del consumidor se dictó el D.S. No 0063 de abril del 2009, muy exiguas, opino que se deben incluir normas generales y abstractas en el derecho civil.

Un moderno Estado de Derecho se proyecta y configura bajo una normativa estatal, presupone la protección de todos los derechos dignos de ser privilegiados, tales como la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio, aspectos que involucran el derecho a la reparación del daño: honor (daño moral), persona (daño físico psíquico), colectivo (daños difusos) y patrimonio (daño material). En nuestra legislación observamos normas insuficientes y vacíos legales; la atribución de culpa como causa de responsabilidad en casos que corresponde más bien una responsabilidad objetiva, lagunas sobre la regulación de la responsabilidad objetiva y diferentes hipótesis que incluye el derecho moderno de daños.

Ante la carencia normativa en Bolivia que reconozca y garantice los derechos de las personas que han sufrido menoscabo: en su persona (daño físico psíquico), en su honor (daño moral), su patrimonio (daño material) o sus derechos colectivos (daños difusos), por actos que no tengan como presupuesto la culpa, hace necesaria la rectificación, adecuación e implementación de normas que den respuesta a dicha demanda. La tarea de esta investigación va orientada a responder la siguiente pregunta teórica ¿En qué medida la existencia de normas positivas adecuadas sobre responsabilidad objetiva, en la legislación Boliviana, garantizará un justo resarcimiento y otorgará seguridad a las personas que hubiesen sufrido menoscabo en su honor, en su persona o en su patrimonio?

La reparación del daño constituye un principio fundamental, establece la necesidad de que los ciudadanos pongan el máximo cuidado para evitar la violación de derechos ajenos y salvaguardar, asimismo, las libertades y

propiedades ajenas. Una norma de esta naturaleza parece corresponder a una exigencia de equidad, que las consecuencias dañosas de errores personales no afecten a otros.

Este trabajo, inserto principios o mecanismos generales entendidos como calidades de conceptualización que operan sobre las distintas categorías de responsabilidad, de tal manera que todo menoscabo o detrimento que sufra una persona por la conducta de otra, sea reparado. Tengo fijado como objeto implementar un modelo jurídico que reconozca y proteja los Derechos de toda persona a la reparación, por actos u omisiones que provoque daño sin culpa, concretamente, me enfoco en proponer normas positivas que definan la naturaleza jurídica, las características, la esencia y alcance de la responsabilidad objetiva, en el derecho boliviano.

Las hipótesis de responsabilidad por otro, daño provocado por cosa inanimada, semoviente y actividad, considero que deben ser reguladas por normas generales de la misma categoría de la norma subjetiva, con lo que se evitará interpretaciones erradas. En el presente estudio asumo que el papel atributivo de la responsabilidad se desempeña por una serie de principios, que enlazan diferentes especies de daños, entre los que también, se encuentran los relacionados al status, tales como la responsabilidad del Estado y del profesional liberal; el abuso del derecho como fuente creadora de obligaciones en general, extendido al ejercicio de todos los derechos subjetivos, no sólo al de la propiedad.

Si parto del supuesto que los derechos del hombre tienen su máximo reconocimiento en las normas estatales, bajo la característica de jerarquía normativa, legitimidad y validez. La falta de regulación sobre el resarcimiento de daños cuyo elemento constitutivo no sea la culpa o el dolo, sino el hecho de haber provocado daño, hará viable la propuesta de introducir un nuevo modelo normativo en esta temática, que indudablemente viene a plasmar los principios que caracterizan las instituciones de todo Estado Democrático, Social de Derecho, consistente en ponderar los derechos humanos y proteger las garantías fundamentales tales como la vida, la integridad física, la moral, el patrimonio y la seguridad jurídica.

La adecuación teórica y empírica de la hipótesis planteada la pruebo doctrinal, normativa y jurisprudencialmente. Los problemas y soluciones propuestos doctrinalmente, la reaparición de la teoría objetiva que en su momento había sido desplazada por la subjetiva, rompen la unidad de la teoría de la responsabilidad civil que fue cimentada sobre ilícito (culpa) + daño = reparación; situación que da lugar a una etapa de incertidumbre sobre la subsistencia de la teoría subjetiva. La disparidad de criterios sin embargo, da paso a convergencias cada vez mayores hacia un sistema binario construido como plataforma de la responsabilidad civil. El desarrollo doctrinal de la responsabilidad civil en general, en este trabajo, se refleja en los capítulos I y II.

Bajo el subtítulo “Factores objetivos de atribución” y otras especies de

responsabilidad, puntos 2.1.2.2 y 2.2., en su orden, puntualizo las tendencias doctrinales sobre diferentes hipótesis de responsabilidad objetiva y los intereses dignos de ser protegidos. Reubico hipótesis de daño concebidos bajo el velo de la culpa a un sistema de atribución objetivo, tales como: la responsabilidad por otro, por cosa inanimada y semoviente. Rectificando la concepción de acto ilícito en sus dos perspectivas: subjetiva culpa y objetiva vulneración a derechos subjetivos (reglas técnicas, reglamentos o regímenes prescritos) en la que la valoración de la conducta es irrelevante, la sola vulneración de la norma genera daño. En concreto, esta investigación está centrada en una nueva jerarquía de valores de la sociedad, sobre la base de la protección del individuo como tal en su unidad físico psíquica, en consideración a su persona, a sus derechos a la: vida, salud, integridad biopsíquica, derechos personalísimos, identidad y privacidad, en protección a la demoledora información e informática; derechos difusos, medio ambiente saludable como derecho fundamental, derechos colectivos; autonomía de la reparación de los derechos morales con relación a los materiales, reconociendo una vida biológica sana.

El tercer capítulo de la tesis se ocupa de la visión filosófica y fundamentos. Replantear la responsabilidad civil significa penetrar en la trama del derecho escrito y en el derecho viviente, definir hasta qué punto se adoptaron los principios filosóficos más antiguos de Grecia, las fuentes romanas, el derecho antiguo; antecedentes que enuncio como entorno del presente trabajo, que si bien no tiene un enfoque histórico, resulta fundamental hacer referencia al desarrollo de la responsabilidad civil en el tiempo; qué nexo existe entre la noción de pena y sanción ligada con los hechos ilícitos, dolo, culpa o falta de cuidado; dónde termina el obrar humano y por lo tanto la violación del principio de auto responsabilidad y dónde se inicia el reino de la causalidad en la cual está ausente la voluntariedad; dónde el hecho humano, incluso el hecho involuntario concurre con el orden inescrutable de las cosas y con otros problemas más, bajo visiones positivistas, iusnaturalistas, realistas, pragmatistas y comunitaristas, con el viejo y actual debate, sobre la relación entre derecho positivo y moral, derecho positivo y derecho natural; sin ambición de efectuar un análisis acabado y definido, busco encontrar enlace del sistema de la responsabilidad actual, con las fuentes modernas que pueden haber influido en mayor medida en la mentalidad y cultura del legislador y en el juez que se aleja de los preceptos para responder a las necesidades de cambio aún no concretadas en normas positivas mediante la interpretación creativa.

El tema de responsabilidad civil, concebido por el derecho natural como base de la convivencia pacífica, de evitar confrontaciones, fue abordado desde épocas antiguas. La reparación era considerada en términos de castigo y pena, aplicada de manera igual para todos, conforme a reglas del derecho.

El fundamento filosófico del derecho de daños, en esta investigación, procede de la dirección dada por los griegos, equiparación de la justicia a la *armonía, virtud, -respeto mutuo-, -bien común- -armonía y paz social-, -relación armónica entre las*

varias partes de un todo-, correspondencia exacta de lo que debe hacer cada ciudadano, principio de igualdad base de la justicia distributiva y conmutativa, reguladora de las relaciones de cambio como punto intermedio o el *medio* entre el daño y la ganancia; el origen de las leyes y convenciones en interés de impedir que se hiciese ni recibiese daño alguno. La Justicia en el Estado. Santo Tomas, establece una relación estrecha entre el bien común y el primer principio del derecho de gentes - *respeto mutuo-*, -*No debe hacerse mal a nadie-* -*Se debe obrar según la razón-*; el primer y fundamental principio producto de la razón humana “*no dañar*”.

La concepción antigua de exigir a cada uno que respete su lugar y el de los demás, es seguido por la filosofía de la edad moderna, LOCKE: enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. KANT, con la célebre máxima *no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan*, propone su famoso enunciado –imperativo categórico- *Una conducta es lícita si la libertad de realizarla es compatible con la libertad de todas las demás personas de acuerdo con una regla general. Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad.* En parejo sentido ROSS, luego de un análisis del principio del derecho natural -*Dar a cada uno lo suyo-*, concluye: puede ser que *no debo interferir ilícitamente en los intereses de otro, o que no debo violar sus derechos*, y aquí también, el razonamiento es claramente circular. Para RAWLS las restricciones contenidas en el principio de la justicia, garantizan a todos una libertad igual y *aseguran que nuestros derechos no serán menospreciados ni conculcados* a cambio de una suma más elevada de beneficios, *ni siquiera para toda la sociedad.* Los principios de justicia, desarrollados, *garantizan una protección segura de libertades equitativas.* De tal manera, que cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatibles con un sistema similar de libertad para todos, *Regla de prioridad.*

Las leyes han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción, éstas reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo, pero la legitimidad, según HART, se la obtiene a través de -*la regla del reconocimiento-* El término de *reconocimiento*, implica obligatoriedad y es en ese sentido que HABERMAS, expresa que los derechos subjetivos son judicialmente exigibles, la exigibilidad constituye un elemento fundamental de la legitimidad de los derechos, sólo los derechos regulados por una norma pueden generar sanción por su incumplimiento o vulneración, justificación suficiente para asentar el principio de que los derechos humanos deben ser contenidos en normas coercitivas, elemento central del derecho de daños en sistemas positivos como el nuestro. AARNIO, acota: el nivel de certeza es uno de los elementos más importantes para medir la legitimidad, la protección jurídica es una virtud inviolable del Estado de Derecho y la certeza jurídica se garantiza por los principios formales del procedimiento, una de las vías puede ser la sistematización de las decisiones como parte de una larga historia ordenada en círculos concéntricos de interpretación creativa, en la forma

postulada por DWORKIN.

En el capítulo IV de la investigación, se examina y analiza la idea de responsabilidad en diferentes legislaciones sudamericanas en paralelo a la boliviana, partiendo de sus fuentes. Una exploración en forma retrospectiva se sustenta sobre: 1. Una simple idea de causalidad, quien provoca un daño debe repararlo. 2. Causalidad culpable, culpa + daño = reparación. 3. control de la causa determinante de la obligación de reparar daños y perjuicios sin consideración de la culpa, responsabilidad sin culpa. Los cambios doctrinales han propiciado cambios profundos de concepción, introducidos en la mayoría de las legislaciones como normas especiales, hipótesis en las que no es necesario demostrar la culpa del causante, la simple existencia del daño genera responsabilidad del agente, siendo uno de los factores preponderantes el riesgo (riesgo + daño = responsabilidad); bajo cuyo contexto surge la idea de que la responsabilidad debía imponerse o trasladarse al público en general; todos por solidaridad deberíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgo de vida en la sociedad civilizada, mediante una justa distribución de carga, (seguro), postura admitida en algunas legislaciones; en mi concepto salen del ámbito del derecho de daños e ingresan al sistema de seguros, tema desarrollado en el capítulo II punto 2.3.1.

Las tendencias doctrinales por medio de una legislación especial, definen distintos tipos de daño (daño por productos defectuosos, daño al medio ambiente, daño por el sistema informático, etc.), desarrollados en los puntos 2.1.2.2.9, 2.1.2.2.10. Y 2.2.4, respectivamente; se puntualizan los status a los que está ligada cada responsabilidad especial (responsabilidad del profesional liberal, responsabilidad del productor, del intermediario, del importador, del distribuidor, de la persona jurídica sea ésta privada o pública, del Estado). La ola del cambio se concentra en la pérdida de inmunidades y privilegios, se reubica la primigenia y genuina responsabilidad directa del Estado, punto 2.2.1.

La investigación se concentra en las normas positivas y la jurisprudencia desarrollada al amparo de las normas y en la vía de interpretación creativa del juez. Si bien las legislaciones objeto del análisis comparado se limitan a las normas fuentes del derecho boliviano y algunos países de Sudamérica, ello no quiere decir que no se hubiera abierto la investigación a otras corrientes doctrinales y legislativas. En la vía comparativa, en la parte doctrinal abordo corrientes y legislaciones modernas, que me ubican en el desarrollo de la responsabilidad civil objetiva y me permiten comprobar la hipótesis, esto es las deficiencias y vacíos legales en nuestra legislación, que hacen necesaria la rectificación, adecuación e implementación de normas generales de responsabilidad civil objetiva, sobre la base epistemológica de revalorizar al hombre en su unidad, de manera que cualquier vulneración a sus derechos sea reparado.

El análisis de las diferentes tendencias, teorías doctrinales y concepciones prácticas del derecho viviente, me permiten profundizar y generar conceptos

propios sobre las directrices y soluciones dadas a las diferentes hipótesis del daño.

Los métodos inductivo y deductivo, empleados en forma conjunta en esta investigación, se complementan mutuamente. El primero me permite ubicar de un contexto particular a uno general, y el segundo, de un contexto general a uno particular, cuya combinación consciente contribuye a desplazarme según la conveniencia del tema a tratar en uno u otro sentido, con el fin de alcanzar los objetivos trazados. Son formas de interferencia. El proceso de interferencia inductiva consiste en exhibir la manera como los hechos particulares (variables) están conectados con un sistema o un todo de leyes. La interferencia deductiva me ayuda a mostrar la forma como un principio general (ley), descansa en un grupo de hechos que son los que lo constituyen como un todo (variable); ambas formas de interferencia alcanzan el mismo propósito, aunque el punto de partida sea diferente.¹

El método comparado actúa gracias a la mediación de la doctrina y la jurisprudencia, ofrece indicadores claros y reglas precisas a las técnicas de elaboración, de interpretación, de aplicación y de adaptación de la normas del derecho.² El sistema comparado tiene una gran utilidad en el estudio del derecho, particularmente en esta investigación, me permite relacionar sistemas y avanzar en forma acorde al desarrollo de la ciencia y tecnología y dar respuestas a las nuevas necesidades de la sociedad. La legislación comparada de los países fuente del derecho boliviano y legislaciones Sudamericanas en contraste con la boliviana, es enriquecedor. El derecho comparado me ha permitido buscar la verdad jurídica fuente de la ley, reconstruir los principios del derecho natural con el fin no sólo de profundizar el estudio del derecho de daños, sino promover el cotejo de problemas comunes en los diferentes ordenamientos jurídicos y situar mejor la evolución de la responsabilidad civil objetiva, en cuyo estudio, las orientaciones dominantes de la jurisprudencia son fundamentales para confirmar la hipótesis planteada.

El cotejo de las soluciones jurídicas ofrecidas por el ordenamiento, sobre la base del “derecho en acción”, denominado derecho viviente, nos dicen PEGORARO-RINELLA, permite una comparación más profunda. Entran en juego significados que se asignan a las formulas normativas textuales, en el momento de la aplicación a casos concretos por parte de autoridades.³

El marco conceptual de la responsabilidad civil, presenta uniformidad léxica, en la regulación de las diferentes legislaciones, palabras claves como responsabilidad, daño y deuda, en italiano *responsabilità danno, debito* en francés *responsabilité, dommage, dette*, en inglés *tort liability*. Responsabilidad civil implica la producción

¹ ROSAS Lucía. *Aplicación al Método científico experimental*. 2da edición Ed. Trillas. México 1999 Pág. 41.

² PEGORARO Lucio- RINELLA Ángel. *Introducción al derecho público comparado*. Universidad Autónoma de México. 2006. Pág. 24.

³ PEGORARO Lucio-RINELLA Ángel. *Introducción al derecho público comparado*. Ob. Cit. Pág. 53.

de daños considerados jurídicamente relevantes, producto de actividades de los que se deriva el daño, unas veces del autor directo y material del daño y otras del sujeto predeterminado por el ordenamiento legal para asumir las consecuencias económicas del perjuicio provocado por otro.

Proviene del francés *responsable*, que significa responder de algo o de alguien y la palabra responder deriva del latín *respondeo*. Desde el punto de vista civil, se debe entender como un acto o una abstención que provoca daño o perjuicio privado, que no persigue el castigo del dañador sino la reparación del perjuicio.⁴

La responsabilidad se traduce en el deber de reparar o resarcir los perjuicios causados; pero esta reparación puede ser *in natura*, volviendo las cosas al estado anterior al evento dañoso o lo más parecido posible; de no ser factible ello, o así preferirlo el damnificado, mediante la indemnización sustitutiva.⁵

La responsabilidad civil tiene como fuente el daño provocado y en tal circunstancia genera un vínculo obligatorio que reata al responsable a la reparación, la que generalmente se traduce en una suma de dinero o la compensación con la transferencia de bienes. Ahora bien, la responsabilidad civil como fuente de obligaciones, de acuerdo a la nueva orientación doctrinal, responde a la no vulneración de derechos subjetivos del hombre concebido en su integridad físico psíquica, como respuesta a la creciente inseguridad de la vida moderna, sustentada sobre la base de factores objetivos: riesgo creado, abuso del derecho, garantía, equidad, etc. y subjetivo la culpa con su típica relación de causalidad e imputación.

En la responsabilidad civil subjetiva el vínculo obligatorio está atado a la culpa, la conducta del infractor adquiere un carácter decisivo para su existencia. La relación de causalidad entre ilícito (culpa) y daño, genera la reparación o indemnización, siendo el nexo *culpa* la fuente generadora de obligaciones. En tanto que en la responsabilidad civil objetiva, la relación de casualidad surge por el sólo hecho de haberse provocado daño sin considerar la conducta del dañador; los factores de atribución son: el riesgo creado, el abuso del derecho, la garantía, la equidad, etc. vincula el daño con la indemnización, independientemente de la valoración de la conducta del sujeto.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, cuando describen al daño, hacen referencia al detrimento, pérdida o menoscabo que pueda afectar a la persona, a su integridad físico psíquica o su patrimonio. La doctrina italiana puntualiza que daño injusto es toda lesión a un interés legítimo, la vulneración de un bien legalmente protegido; en este orden los derechos jurídicos protegidos son: la vida, la integridad físico psíquica, la moral, el patrimonio, los derechos personalísimos y

⁴ TRIGO REPRESAS Félix, LÓPEZ MESA Marcelo J. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ED. La Ley, 2004, Buenos Aires. Pág.11.

⁵ MOISSET DE ESPANÉS Luís Formas de Reparación (Estudio de derecho Comparado Argentino) en temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Morillo. EDT. Platense. La Plata. 1981 Pág. 127.

los derechos difusos.

Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.⁶

⁶ CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*. Ed. Helista. Buenos Aires 1979. Tomo II, Pág. 471

CAPITULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCEPTO. RESPONSABILIDAD MORAL, EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.

1.1.1 Responsabilidad Civil.

“No causar daño a los demás, constituye una regla básica de la convivencia social.” Para los griegos, la justicia estaba relacionada con la bondad y honestidad, no dañar a nadie, Sócrates decía *no debe devolverse injusticia por injusticia ni hacer daño a hombre alguno, ni aún en caso de que recibamos de ellos un mal.*⁷ Principios jurídicos sintetizados por los romanos en tres axiomas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere* (no dañar a otro).

Una mirada al inicio de la humanidad, nos hace ver que la primera forma de responsabilidad, fue la *venganza privada*. El instinto de venganza excitaba la reacción frente a los daños injustos, se procuraba devolver *mal por el mal sufrido*, castigando con ello al ofensor, generalmente a través de una pena corporal.⁸ El gran inconveniente de esta rudimentaria forma de punición era que la fuerza era el único límite de la determinación del ofendido de lavar la afrenta.⁹ En muchos casos por una modesta ofensa o daño físico menor, se terminaban causando daños irreparables a multitud de personas, arrasando en ocasiones a comunidades enteras por la inexistencia de proporcionalidad entre el daño y el castigo;¹⁰ provocando un círculo de violencia en algunos casos imparable.

La religión tuvo una influencia decisiva para el cambio,¹¹ primero con la implantación de la ley del Talión, *ojo por ojo y diente por diente*,¹² que significó una evolución significativa, éste concepto introdujo la idea de proporcionalidad y equivalencia entre el daño provocado y la venganza infringida, creando correspondencia. Luego la venganza privada fue superada por el perdón de la víctima quién recibía un bien patrimonial del dañador para resarcirse de sus

⁷ Diálogo de Sócrates con su entrañable amigo Criptón, antes de su ejecución, en el que va anulando uno a uno todos los razonamientos que tratan de moverlo a conservar su vida.

⁸ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de daños*. Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Tom. 4, Pág. 79 No 11.

⁹ PÉREZ de Real Roxana. *Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas*. ED. La Universidad. Buenos Aires 1995. Pág. 25.

¹⁰ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Tratado de la responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Tom. I. Pág. 20.

¹¹ Ver DEUTERONOMIO Antiguo Testamento. La Biblia. Capítulo 32.

¹² Ver LEVÍTICO, *Antiguo testamento*, Cap. 24 Ver.18-20. relata lo dispuesto por Jehová a Moisés: El que hiere un animal hade restituir animal por animal y el que causase lesión a su prójimo, según hizo así le sea hecho; rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, tal se le hará. En el mismo sentido Cfr. DEUTERONOMIO Cap. 19 Ver. 19-21.

perjuicios. Avance fundamental que despenaliza e introduce una compensación patrimonial, sentando las bases de la responsabilidad civil actual.

Esta evolución fue acompañada por la creciente intervención de la autoridad pública en el proceso de reparación del daño, intervención que perseguía evitar los desórdenes y luchas producidas por la venganza privada.¹³ En el derecho romano, la Ley de las XII Tablas constituyó un punto de transición en la fase de composición fijada por el pretor y renuncia a la venganza privada.¹⁴

En consecuencia el derecho civil deja gradualmente de contemplar fines represivos para perseguir fines reparatorios, la víctima de un acto ilícito podía obtener del dañador una reparación pecuniaria, por el sólo hecho de haber cometido un daño. Fue una época en la que la responsabilidad civil extracontractual era de naturaleza objetiva, relación de causalidad material entre daño y reparación.

El axioma *alterum non laedere*, regula la relación intersubjetiva entre dos sujetos, muy bien expresada por HABERMAS: “*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro*”, los derechos de un hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos; RAWLS, en la formulación de su primer principio de justicia, expone: “*Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás*”,¹⁵ y KANT: *el Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales al arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de todos los demás, según una ley universal de libertad*. Demarcando estos principios, ROSS expresa: *Lo mismo pasa con la exigencia de no dañar a otro. ¿Qué es “dañar”? explica No es posible que quiera decir actuar de tal manera que perjudique los intereses o frustre los deseos de otros. En este sentido, el acreedor “daña” al deudor al exigirle el pago de su crédito, un comerciante “daña” a otro cuando le hace competencia, y la comunidad “daña” al delincuente al castigarlo. No, el significado sólo puede ser que no debo interferir ilícitamente en los intereses de otro, o que no debo violar sus derechos, y aquí, también, el razonamiento es claramente circular. Concluye, una de las formulaciones más famosas del principio supremo del derecho es la de KANT: “un comportamiento es lícito si la libertad para realizarlo es compatible con la libertad de todas las otras personas bajo una regla general.”¹⁶ Principios filosóficos, que los asumo como pilares fundamentales de la responsabilidad civil extracontractual, a los que me remitiré a lo largo de esta investigación.*

Para algunos autores los axiomas expuestos corresponden a un derecho ideal. El

¹³ MAZEAUD Henri León. MAZEAUD Jean--CHABAS. *Derecho Civil Obligaciones* .Trad. Luís Andorno, Zavala. ED. Buenos Aires 1997. Pág. 21.

¹⁴ MAZEAUD-CHAVAS. *Derecho Civil obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 472.

¹⁵ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Trad. María Dolores Gonzales Fondo de Cultura Económica. México 1979 p. 67.

¹⁶ En ROSS Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. Universitaria de Buenos Aires 1963. Pág. 296.

problema sobre el ideal jurídico y el que versa sobre el derecho son distintos, relativamente independientes, así cuando se habla de justicia, pueden haber percepciones encontradas e incluso contrapuestas, ya que lo que para uno es justo, puede que para otro no lo sea; sin embargo, estoy convencida que existen aspectos básicos comunes a todos los hombres y uno de éstos, sin duda, es el principio *alterum non laedere* y el acuerdo de establecer el equilibrio y la igualdad como plataforma de supervivencia que unifica los heterogéneos postulados epistemológicos; ARISTÓTELES decía: *...cuando uno ha sido golpeado y el otro ha dado los golpes, cuando uno mata y el otro es matado, el daño experimentado de una parte y la acción producida de la otra están desigualmente repartidas; y el juez intenta con la pena que impone, igualar las cosas, quitando a una de las partes el provecho que ha sacado.* El restablecimiento de la situación al estado en el que se encontraba antes del daño o su compensación, mediante el pago de una indemnización, es el medio para mantener la paz social, así lo consideran entre otros autores los hermanos MAZEAUD: *La finalidad de la regla jurídica se agota con mantener la paz social y ésta sólo es afectada cuando su violación se traduce en perjuicio.*¹⁷

El término de responsabilidad, según el diccionario de la Real Academia tiene significados diferentes, sin embargo de su popularidad, la palabra responsabilidad, es de origen relativamente reciente, no figura en el derecho romano ni en las lenguas europeas sino a fines del siglo XVIII.¹⁸ Su expansión considerable en la época moderna se debe a que esta institución no ha dejado jamás de despertar interés, los *torts* o *tort* son objeto de extensos manuales y tratados en los países del *common law*, la materia incide en el panorama íntegro de los estudios y teoría general del derecho y a pesar de las repetidas crisis se ha mantenido gracias a la fundamentación y nuevas aplicaciones que encuentran los juristas.

Como dicen CAZEAUX, cuando de responsabilidad se habla, se hace referencia no a una idea autónoma primaria, sino a un término complementario de una noción previa más profunda de *deber u obligación*.¹⁹ La responsabilidad, tiene

¹⁷ Ver MAZEAUD Henri y León MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho civil. La Responsabilidad civil los cuasi contratos.* Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo. ED. Europa-América. Barcelona Buenos Aires 1960 Tom. I, vol. 1, p.4 No 7. Pág. 465, No 375.

¹⁸ VILLEY Michel. En torno al contrato, las propiedad y la obligación. Ghersi Editor. Buenos Aires 1980, Pág. 71. A juicio de PUGLIESE, Relazione finale, en la responsabilitá civile da atto illecito nella prospecttiva storica comparatistica. Actas del congreso celebradas en Madrid, del 7 al 10 de octubre de 1993, al cuidado de Vaca. Turín 1995, Pág. 356, nota (5), la expresión deriva el término procesal latino *respondere*, correspondiente a la carga / derecho del demandado de replicar a la demanda del actor. Sin embargo entre el acto de *respondere* (*responder*) y la circunstancia de estar sujeto a un deber resarcitorio – pues *respondere* significa esto hoy en día- la evolución no resulta clara. Este mismo autor redescubre en las fuentes (ULPIANO, D. 29, 2,40; d. 49, 17,7; y otras como PAULO, d. 23, 3,71 PR) pasajes en los cuales *respondere* indica la obligación impuesta a sujetos que –sin ser deudores, personalmente- están comprometidos frente a ciertos acreedores o legatarios.

¹⁹ Ver CAZEAUX- TRIGO Represas. *Derecho de las obligaciones.* Ed. Platense. La Plata. 1994 T. IV. Pág. 481.

como efecto la obligación de un sujeto frente a otro de reparar el perjuicio causado por su acción u omisión.

El concepto de *responsabilidad*, y más aún su realización cabal, íntegra, fundamental pieza en las relaciones humanas, para restablecer la estricta equidad en lo patrimonial y un discernimiento retributivo acorde con la conducta humana, especialmente en sus manifestaciones negativas. De borrar la *responsabilidad*, la convivencia humana retrocedería a las expresiones más crudas del salvajismo y representaría el impunitivo frente a las culpas más graves y a las mayores perfidias²⁰

Los individuos están sometidos a un orden jurídico preexistente, a cumplir las normas y atenerse a las consecuencias de su incumplimiento. El acomodamiento de la conducta a la norma implica el cumplimiento del deber, presupone la existencia de éste. En la responsabilidad extracontractual es también necesaria la violación de un deber jurídico preexistente, establecido por ley, que se reduce a la regla romana no dañar a otro (*alterum non laedere*), la responsabilidad nace del incumplimiento o de la violación de un deber jurídico que es en última instancia, la regla general que prescribe e impone a todo hombre a no cometer faltas.²¹

En consecuencia la responsabilidad es el resultado de la acción, por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber. Si el hombre actúa de acuerdo a los cánones, el hecho no le acarrea obligación alguna, traducido en sanción como sustituto de la obligación previa. La responsabilidad aparece en la fase de la violación de la norma y consiste en la obligación de soportar las consecuencias a las que se ve expuesto el trasgresor, traducidas en las medidas impuestas por la autoridad.²²

Lo glosado define en forma uniforme, que la responsabilidad resulta ser la consecuencia de la violación o trasgresión de una norma legal, aspecto que configura el acto ilícito objetivo, requisito fundamental para que el daño sea reparable; cabe anotar que dicha ilicitud es independiente de la valoración subjetiva de la conducta del dañador, se concreta tan sólo con la vulneración de la norma. En este contexto, se hace necesario destacar que la concepción moderna de la responsabilidad va más allá de la culpa, el sujeto es responsable por el perjuicio causado, en este sentido destaco la concepción de los MAZEAUD: *Una persona es responsable civilmente cuando queda obligado a reparar un daño*

²⁰ En CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Revisada, actualizada y ampliada por Luís Alcalá Zamora y Castillo. Heliasta. Buenos Aires 1979

²¹ RIPERT Georges-BOULANGER Jean. *Tratado de derecho civil*, Trad. Delia García Daireaux. ED. La Ley Buenos Aires 1965. Tom. V. Pág. 11 No 880.

²² PEIRANO Facio Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Temis. Bogotá 1979. Pág. 20 Nos 11. CAZEAUX Trigo Represas Ob. Cit. Pág. 841 No 2406. ALTERINI, A. *Responsabilidad civil, límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot 2da ED. Buenos Aires. 1974. Pág. 26 y ss. No 13. BOFIA Boggero Luís María. *Tratado de las Obligaciones*. Astrea. Buenos Aires. 1981. T.V Pág. 374. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso de derecho de las obligaciones*. Depalma. Buenos Aires. 2001. T III. Pág. 65.

*sufrido por otro. Ella responde de ese daño.*²³ Entonces la responsabilidad civil extracontractual, surge como consecuencia de la vulneración de un derecho ajeno, donde no hay vulneración de derecho subjetivo, no hay responsabilidad civil extracontractual; la vulneración o quebrantamiento del derecho ajeno se constituye en fuente generadora de la responsabilidad.

A fin de concretar la noción de responsabilidad civil extracontractual, considero necesario distinguirla de otras especies de responsabilidad: moral, penal y contractual, permitiéndome establecer elementos comunes, en algunos casos con su génesis, en otros con sus características o con su aplicación.

1.1.2 Responsabilidad Civil y Responsabilidad Moral.

El derecho de daños muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social como de ideales morales más amplios. *Estas influencias penetran en el derecho, ya abruptamente y en forma ostensible por la vía legislativa.* Los criterios últimos de validez jurídica incorporan -explícitamente- principios o valores morales sustantivos. Las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso, exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominante sobre responsabilidad moral. *Ningún positivista podría negar que estos sean hechos o que la estabilidad de los sistemas jurídicos dependa en parte de tales tipos de concordancia con la moral.*²⁴

La responsabilidad moral, afecta al fuero de la conciencia, cuando no está atrofiada, por haberse procedido mal y se manifiesta por la reacción individual del *arrepentimiento* (v.) como aflicción máxima,²⁵ producto de la conciencia innata del hombre dotado de discernimiento.

Si bien moral y derecho, tienen aspectos comunes hermanados, esto es, ambos se sustentan en una base de común rectitud, búsqueda del bien, de la equidad, de lo justo. Sin embargo, *diste mucho de ser cierto que todo derecho o todo precepto legal sean o puedan considerarse un principio moral declarado o aplicado.*²⁶ El derecho positivo y la moral son dos órdenes normativas diferentes. Lo que en moral constituye culpa puede o no tener el carácter de infracción tangible de la relación ideal entre los hombres y por tanto, puede ser ajeno a la regulación de las relaciones y ordenamientos de conducta.²⁷

La consideración de lo justo o injusto de un orden jurídico o norma se funda, no en

²³ Ver MAZEAUD Henri y León MAZEAUD Jean. *Responsabilidad civil los cuasicontratos*. Obra Cit. Pág. 7

²⁴ HART H.L. A. *El concepto de derecho*. Traduc. Genaro R. Carrio. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963. Pág. 251-251.

²⁵ CABANELLAS Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Ob. Cit. Vol. IV. Pág. 743.

²⁶ POUND Roscoe. *Justicia conforma a derecho*. Versión española de Martín Esteve. ED. Letras. México 1965. Pág. 6.

²⁷ POUND Roscoe. *Justicia conforme a derecho*. Ob. Cit. Pág. 6

una norma moral positiva puesta, sino en una supuesta; en consecuencia, su juicio de valor es de carácter subjetivo, en tanto que los órganos que verifican los juicios de valor de una norma jurídica tienen un carácter objetivo.²⁸

Para BOBBIO, la distinción entre mandatos y consejos, puede servir para distinguir el derecho de la moral. ... El derecho obliga y la moral se limita a aconsejar...deja al individuo libre (sólo él responde) de seguir o no seguirlas.²⁹

Autores como KELSEN, BOBBIO, LUHMAN, percibieron que buena parte de las normas de derecho tienen la forma de regulaciones prescriptivas, cuya validez surge por la circunstancia de provenir de autoridad competente para dictar las prescripciones de conducta.³⁰ Con lo que consideran resuelta la tradicional disputa en torno a la diferencia entre derecho y moral, estableciendo un sistema formal.

En contraposición hay autores que consideran que lo moral y lo jurídico van estrechamente unidos y frente a la inexistencia de elementos objetivos de la ley, en su interpretación se introducen principios de moral y justicia, o por lo menos cuidan de no alterar estos.³¹

La moral y el derecho, están estrechamente ligados con el principio *no dañar a otro*, con los derechos subjetivos del hombre, estos constituyen la esencia del derecho de daños; aunque será un punto que más adelante lo analizaré con mayor profundidad (Cap. III 3.4.), considero necesario precisar que el derecho de daños, se fundamenta en principios morales, en principios generales del derecho, los que además en caso de omisión de norma legal expresa son aplicados para resolver las cuestiones planteadas en los estrados judiciales. La responsabilidad civil se la sustenta y argumenta sobre la base de principios morales, ya que de éstos deriva el derecho a la reparación; principios que por otra parte, pertenecen al orden de los derechos fundamentales que establecen la necesidad de que los ciudadanos pongan el máximo cuidado para evitar la violación de derechos ajenos y que las consecuencias dañosas de sus errores personales no afecten a otros.

Los principios morales y la norma están entrecruzadas, éstas guardan estrecha dependencia con aquéllos, haciéndolas coercitivas. Así lo concebía KANT, la doctrina del derecho enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad. Para esta teoría el derecho de daño tiene como principio la máxima: *actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos, en consecuencia con la ley universal*. Doctrina que da sustento a que ciertas obligaciones morales sean también obligaciones legales cuyo cumplimiento

²⁸ KELSEN Hans. *Teoría Pura Del Derecho*, 2A. Ed. Trad. Vernengo, Roberto J. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982 Pág. 79.

²⁹ BOBBIO Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Eduardo Roza Acuña. ED. Debate. España. 1996. Pág. 74.

³⁰ KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Ob. Cit. Pág. 40. BOBBIO Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 106-108. LUHMANN Nikita GEIRGI Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Universidad de Guadalajara. 1993

³¹ HART H.L.A. *El concepto del derecho*. Ob.Cit. Pág. 252

pueda ser obtenido coercitivamente;³² posición con la que no solamente comparto, sino que la hago mía.

1.1.3 Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal.

Las categorías básicas de responsabilidad jurídica están integradas por la responsabilidad civil y responsabilidad penal. La primera escinde en responsabilidad contractual y extracontractual y la segunda es genuinamente criminal, conlleva consigo una pena o medida de seguridad, y la responsabilidad civil nacida del delito para la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del acto delictivo.³³

Tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal, requieren de una acción o una abstención y que esa acción o abstención haya causado un daño. Cuando el daño afecta a la sociedad, entonces, existe responsabilidad penal y cuando afecta a una persona determinada, entonces existe responsabilidad civil.³⁴

Todo problema de reparación de un daño causado a otro es un problema de responsabilidad civil. El ámbito de responsabilidad civil desborda así del derecho civil; depende a la vez del derecho público y del derecho privado.³⁵

Mientras la responsabilidad penal se funda en el principio de tipicidad (*nulla poena sine culpa*) y de culpa, la responsabilidad civil se basa en el principio de atipicidad del ilícito y puede prescindir de la culpa. Desde luego que no faltan hipótesis de responsabilidad penal objetiva, pero se trata de excepciones.³⁶

La responsabilidad penal se origina por la violación de valores considerados fundamentales para la sociedad, implica un acto penado por ley, cuyo resultado es la aplicación de una pena; constituye el máximo instrumento de control. Es delictual cuando el sujeto ha causado intencionalmente daño (delito) y *cuasi delictual* cuando el agente no ha querido el daño, sin embargo por un acto de negligencia, imprudencia o impericia lo ha provocado. En cambio la responsabilidad civil se origina por la vulneración de derechos subjetivos que pertenecen al ámbito privado, cuyas consecuencias no generan sanción (pena) sino resarcimiento, que resulta ser una de las características esenciales del derecho de daños.

En el ámbito penal, la sanción afecta la libertad de la persona y sólo alcanza a las personas naturales; en cambio la responsabilidad civil se resuelve con el resarcimiento por equivalencia y también, alcanza a personas jurídicas.

³² LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Lexis Nexos. Argentina 2006. Pág. 3-4.

³³ CABANELLAS Guillermo Diccionario enciclopédico de derecho usual. Ob. Cit. Pág. 736

³⁴ MAZEAUD Henri y León MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho civil. La responsabilidad civil los cuasicontratos*. Trad. Luís Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones jurídicas. Buenos Aires 1960. Vol. II Pág. 8

³⁵ MAZEAUD Henri y León – MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho civil. La responsabilidad civil los cuasicontratos*. Ob. Cit. Vol. I. Pág. 31

³⁶ Ver ALPA Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 159.

Existe afinidad entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, ambas tienen una común concepción analítica del ilícito. También tienen puntos de contacto, tal como la explicación del nexo causal y los bienes e intereses protegidos.³⁷

Todo hecho (acto) sea delito o cuasidelito, en nuestra legislación, genera dos tipos de responsabilidad, una penal y otra civil. De donde la responsabilidad por un hecho criminal resulta una fuente no voluntaria de obligaciones, convierte al agente en deudor sin éste haberlo querido, el legislador establece ciertos principios de cuya aplicación nace la obligación de reparar. La obligación se genera como consecuencia del daño provocado, el vínculo jurídico surge entre el responsable del daño y la víctima o sus herederos, sin intervención de la voluntad de aquel, en ningún momento quiso asumir obligación alguna, sin embargo, el daño dio origen al vínculo obligatorio, convirtiendo a una de las partes en deudora y a la otra en acreedora, de origen legal.

1.1.4 Responsabilidad Extracontractual y Responsabilidad Contractual.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, históricamente tiene su origen en el derecho romano que legisla la responsabilidad contractual en las XII Tablas y la extracontractual en la Ley Aquilia,³⁸ siguiendo este sistema el Código Napoleón establece reglas distintas para la responsabilidad derivada del delito o cuasidelito y para la responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones contractuales, normas que inspiraron a las diferentes legislaciones, entre las que se encuentra la nuestra.

Sin embargo, parecería que la distinción formal dada y aceptada por la doctrina tradicional fuera inexacta, debido a que la responsabilidad civil tiende a abarcar fenómenos contractuales, tales como la doble venta inmobiliaria o los casos llamados límite.

La responsabilidad civil contractual, surge por incumplimiento de las obligaciones convenidas entre las partes, en tanto que la extracontractual por la vulneración del deber general *alterum non laedere*, cuyo resultado implica en la primera hipótesis el cumplimiento de la obligación original pactada o en su defecto al pago de una indemnización y en la segunda la reparación o en su caso la indemnización por el daño infligido.

La unidad o dualidad de la responsabilidad, es una discusión de hace más de un siglo, un problema aún no resuelto por la doctrina, hay posiciones encontradas, en algunos casos contrapuestas e incluso eclécticas.

Pero si analizamos el origen de ambos institutos, acordaremos que la responsabilidad civil contractual se origina en la voluntad de los contratantes, las

³⁷ MANTOVANI. *Dititto penale*. 3ra Ed. Padua. 1992 Pág. 644 y ss. En cuanto a tañe a la responsabilidad penal

³⁸ ALTERINI Atilio Mariano. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987. Pág. 360.

partes en virtud de la autonomía de la voluntad, asumen ciertas obligaciones que luego las incumplen provocando perjuicio a su contraparte, situación que se caracteriza por una obligación preexistente que no varía con el incumplimiento y que debe cumplirse en forma directa o compensatoria; en tanto que en la responsabilidad extracontractual, la obligación de reparar el daño surge de la violación del deber general *alterum non laedere* (no dañar a otro), deber que se convierte en obligación de reparar el daño.

Al respecto, IZQUIERDO señala: en un caso el deber es específico, en el otro recae sobre la generalidad de individuos o, lo que es lo mismo, en la responsabilidad contractual las partes se conocen y lo prohibido es dañar a ese concreto acreedor, en la extracontractual las partes se conocen a través del hecho dañoso.³⁹

No obstante la distinción, tal cual expresamos anteriormente, los efectos del daño son idénticos, ambos buscan reparar el perjuicio causado y ambos se constituyen en fuente de las obligaciones, por lo tanto, de acuerdo a su naturaleza responderían a un sistema monista o unitario, ya que para esta posición lo que importa no es su origen sino sus efectos, en otras palabras, al acreedor o a la víctima no le interesa si fue un contrato o un delito lo que originó la obligación, sino que sea efectivamente satisfecho su derecho.

LÓPEZ, encuentra la unidad en el concepto moderno de la responsabilidad civil, centrado en el daño y en la víctima, no en la culpa ni en el victimario, (responsabilidad objetiva), de cuyo análisis concluye: *entonces si el centro de la responsabilidad civil va a ser el daño, la consecuencia lógica es sostener que la misma es una sola o, lo que es lo mismo, la unicidad del fenómeno resarcitorio.*⁴⁰

Contradiendo tal conclusión, yo diría que el moderno concepto de responsabilidad civil centrado en el daño y la víctima, más que ratificar la unicidad del sistema resarcitorio apunta a la responsabilidad civil *objetiva*, que plantea un nuevo problema también de preocupación de la doctrina, tema que lo trataré más adelante (Cap. II 2.1.2.2).

La discusión sobre la dualidad o unidad de la responsabilidad, pareciera desvanecerse con el debate abierto en Francia, sobre el concepto de culpa contractual, esta corriente sostiene que el incumplimiento de las obligaciones del contrato no se fundan en la culpa, sino en el contrato mismo; el acreedor no necesita demostrar la culpa del deudor ni un perjuicio distinto de la inejecución de la obligación contractual, es suficiente que demuestre el incumplimiento para que se le imponga la sanción, por lo que considera a la culpa un concepto inútil y superfluo en materia contractual,⁴¹ Efectivamente la responsabilidad contractual

³⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. Teoría general de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 78
YZQUERDO Mariano. Responsabilidad Civil contractual y extracontractual. Reus. Madrid. 1993.
Vol. I. Pág. 80-81

⁴⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 77

⁴¹ Ver VISINTINI Giovanna, *Incumplimiento y mora del deudor*. Código Civil comentado dirigido por

descansa sobre un sistema objetivo, el sólo incumplimiento del contrato hace responsable al incumplido, sin analizar ni valorar su conducta, así lo define la legislación boliviana. Pero la responsabilidad extracontractual, también es de carácter objetivo, la sólo vulneración del derecho subjetivo o la violación de una prohibición, genera la obligación de reparación, independientemente de la valoración de la conducta del dañador; en lo que si difiere es que la responsabilidad extracontractual los factores de atribución son dos uno subjetivo basado en la culpa y otro objetivos en el riesgo creado, bajo cuya óptica podría considerarse resuelto el problema de la dualidad.

Cabe destacar que el contrato es fuente de obligaciones, el incumplimiento no hace que nazca una nueva obligación que reemplace a la obligación original, esta última no se extingue por el incumplimiento. Cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños su acción va dirigida a la ejecución directa de la prestación original o su equivalencia y en su caso a los frutos que ésta pudo generar; en tanto que la responsabilidad extracontractual nace de la vulneración del derecho. Entonces los fines que cumplen son diferentes; diferencias que justifica que el derecho romano las hubiera tratado en dos regímenes diferentes; en definitiva, a pesar de que por su resultado ambas se constituyen en fuentes de las obligaciones, pertenecen a regímenes distintos, línea que seguirá mi propuesta.

Las diferencias puntualizadas y admitidas, hacen ostensible el problema de los casos límites, en los que hay duda sobre la aplicación del régimen contractual o Aquiliano, ello acontece con los deberes de protección o lealtad, deberes de custodia relacionados con contratos de depósito y transporte, servicios de asistencia personal o subordinada, mandatos, seguros, seguridad, información, relaciones de buena vecindad, daño por inmisiones, precontratos, contratos anulados; daño por comercialización de productos defectuosos, responsabilidad del fabricante, obras civiles defectuosas, etc.

Hay quienes propugnan, en sentido de que un comportamiento que infrinja deberes secundarios de buena fe, a pesar de poder presentar afinidad con los hechos ilícitos constituyen sin duda una fuente de responsabilidad contractual, porque el sentido de la cláusula general de buena fe contractual, no puede consistir sino en un papel complementario de la autonomía de la voluntad mediante la ampliación de las obligaciones *ex lege*;⁴² solución, con la que comparto. Todo acto, que surge como resultado o consecuencia del acuerdo de voluntades, debe ser resuelto en la vía contractual, por lo tanto, no tendría cabida la extracontractual, así en los contratos de depósito, obras civiles, precontratos, mandatos, seguros, nulidad de contrato, etc.. Definitivamente las eventualidades y contingencias de todo acto que surge del acuerdo de voluntades deben

SHLESINGER P. Milán 1987 y *Tratado breve de responsabilidad civil*. 2da. Ed. Padua. 1999. Pág. 73 y SS. y 79 y SS.

⁴² VISENTINI *Giovanna*. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Trad. Edición y notas Leysser L. León. Ed. Ara. Perú. 2002. Ob. Cit. Pág. 112 a 113.

mantenerse en el régimen contractual.

Con respecto a la distinción entre daño contractual y extracontractual y situaciones limítrofes, reitero, todo acto que surge del contrato, esto es, del concurso e integración de voluntades, si existe incumplimiento de una obligación preexistente la responsabilidad es contractual y ésta alcanza a todas las eventualidades del contrato. Dada la pluralidad de fuentes negociables y legales de la obligación, se advierte que el área de responsabilidad contractual se extiende más allá de las esferas del incumplimiento del contrato. Al respecto, VISENTINI dice,⁴³ son situaciones que tienen en común la calificación del comportamiento dañoso como infracción del principio de buena fe. La autora es muy clara al señalar, que se debe dejar de lado el vetusto problema de la naturaleza contractual o extracontractual, de la responsabilidad precontractual, que conforme a las normas impondría la aplicación de reglas sobre responsabilidad contractual, postura con la que comparto, el precontrato surge del acuerdo de partes, de la integración de voluntades, de la combinación de intereses opuestos, cuyo cumplimiento está sujeto por ley al principio de la buena fe, además, su incumplimiento genera efectos de naturales obligatoria estrechamente vinculados a lo convenido en el precontrato. En cuanto a la nulidad de los contratos, considero que la cláusula general de buena fe va más allá de la declaración de inexistencia jurídica del contrato, amparando a que las partes se restituyan lo recibido, volviendo las cosas al estado original de la celebración del contrato, habida cuenta que los efectos de nulidad imponen a las partes la obligación de restituirse lo ilegalmente recibido, aspecto que demás está vinculado a la ejecución coactiva de la sentencia. La doctrina italiana coincide con las teorías elaboradas en Alemania y Francia, sobre *shutzpflichten* y las *obligastions di sécurité*, que con mucho acierto los denomina deberes de protección.⁴⁴

Contra poniéndose a esta solución hay quienes como TUNC, propugnan la unificación de ambos regímenes.⁴⁵ Apoyando esta postura, ALPA comenta que algunos convenios internacionales han suprimido dicha distinción por simplificación conceptual y práctica. El Convenio de Varsovia 1929 y Convenio de Bruselas 1961, sobre el transporte de pasajeros, unifican las acciones de responsabilidad. La Directiva comunitaria en materia de productos defectuosos, hace prevalecer la tendencia favorable a una responsabilidad extracontractual, en cambio en Francia, se ha tratado de mantener los dos sistemas, Hay una nutrida legislación de los Estados que forman parte de la Unión soviética y Estados Africanos que tienen propensión por la unidad.⁴⁶

La simplicidad o practicidad, no pueden ser fundamento de la unicidad del sistema de responsabilidad, existen aspectos de fondo que deben ser analizados para tomar tal decisión, si bien en cuanto a la naturaleza no existe distinción, sin

⁴³ VISENTINI Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Ob. Cit. Pág. 110-111.

⁴⁴ VISINTINI Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Ob. Cit. Pág. 111.112.

⁴⁵ TUNC. *La responsabilité civile*. París. 1981. Pág. 43 y SS.

⁴⁶ Ver ALPA GUIDO. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 163-164.

embargo, lo hay en cuanto a su origen, a los regímenes (de la prueba y de la prescripción, la noción de caso fortuito), la distinción de las cuatro fuentes de las obligaciones (contrato, ley, hechos ilícitos y *cuasi* contratos), a los fines, a los presupuestos constitutivos, aspecto así expresado por los diferentes tratadistas,⁴⁷ doctrinalmente la diatriba continúa.

Mi posición, como lo expresé líneas arriba, va por mantener la dualidad de los dos sistemas de responsabilidad, plataforma sobre la que desarrollaré esta investigación, con el sintagma *responsabilidad civil extracontractual*, entendida de manera restrictiva, sin abarcar la responsabilidad contractual y enfocada a la responsabilidad objetiva, versus responsabilidad civil extracontractual bipolar, para lo que utilizaré la metodología comparativa y analítica del sistema de la responsabilidad civil, combinando los sistemas inductivo y deductivo.

1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

1.2.1 Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva y Objetiva.

Partiré expresando junto a varios tratadistas,⁴⁸ que la responsabilidad civil se encuentra en permanente evolución, los cambios de orientación de los tribunales, la intervención del legislador y la adecuación al campo de los seguros modifican el sistema legado por la tradición, aspectos que los analizaré a continuación.

Para los países antiguos, Babilonia, Israel, Egipto, China, Persia, India, incluso para el derecho romano arcaico, la responsabilidad era objetiva, resultaba de la simple circunstancia de haberse producido el daño, discriminándose a los factores que los hubieran generado.⁴⁹ La simple circunstancia de haberse producido el daño acarrea por sí sola la imposición de pena al autor del hecho, sobre la base de una relación de causalidad material entre el daño y reparación.

En la época clásica, los juristas introdujeron paulatinamente elementos de naturaleza subjetiva, referidos a la conducta del infractor, a la que se le otorgaría desde allí un carácter decisivo en relación con la posibilidad de que la conducta y no la mera materialización del daño hagan que nazca la obligación a cargo del dañador. El primer elemento subjetivo a considerarse fue el *dolus malus* (el dolo), luego la culpa o negligencia, que se constituyeron en criterios de imputación de la responsabilidad extracontractual por autonomía.⁵⁰ Aspectos que marcan un cambio profundo en la concepción de la responsabilidad civil. Esta transformación y

⁴⁷ TUNC. *La responsabilidad civil*. París 1981 Pág. 44. ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 163, quién expresa: los casos sudosos las zonas grises, no autorizan por si solas a tomar partido por la solución más drástica y simple, es decir por la equiparación o, peor aún, por la identificación entre los dos tipos de responsabilidad civil.

⁴⁸ ALPA GUIDO. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 47

⁴⁹ ALTERINI Atilio. *Límites de la responsabilidad civil*. Revista jurídica. 2da. Ed. Abeledo-Perrot Buenos Aires 1974 Pág. 26 y ss. No 13.

⁵⁰ PEÑA López Fernando. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Comares. Granada 2002. Pág. 12

sus postulados fueron muy bien recibidos en el mundo jurídico, especialmente en Francia, en las obras de DOMAT y POTHIER, y a través de ellos en el Código Civil francés en el que se introdujo en forma expresa el principio *no hay responsabilidad sin culpa*,⁵¹ imponiéndose la teoría de la responsabilidad subjetiva, como única forma de tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad subjetiva basada en la culpa, se traduce en la ecuación (ilícito+daño = reparación), con el nexo causal culpa=daño. Una interpretación cada vez más amplia de la Ley Aquilia, hace de la culpa un elemento fundamental del derecho a la reparación del daño, con lo que pareció consolidarse la responsabilidad subjetiva como modelo unificador de todos los sistemas modernos,⁵² postura con la que disiento, la Ley Aquilia tiende a un sistema abierto no sujeto a la culpa, aspecto que lo desarrollaré más adelante,

Dentro de la perspectiva clásica la noción de responsabilidad civil, constituía un corolario del principio de que los hombres siendo libres, deben responder por sus actos. Por tanto el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, según esta óptica, residía en la culpa que puede producirse a partir de un hecho intencional o por simple imprudencia o negligencia. El paso de la responsabilidad asentada en la causalidad material al estado siguiente, es decir, una responsabilidad basada en la culpa constituyó un enorme avance en la historia del derecho.⁵³

Disiento, con la posición de que el paso de la causalidad material a la causalidad subjetiva hubiera constituido un avance del derecho. Considero que fue un avance en favor del desarrollo económico, que además, favorecía a los más aventajados económicamente hablando, que en el fondo eran los que recibían el peso de las demandas y sentencias sancionatorias que les imponían pagar por los daños provocados, prueba de ello es que se hubieran dado movimientos doctrinales que ya propugnaron a partir del siglo XIX la responsabilidad objetiva, a fin de evitar injusticias de quienes al no poder demostrar la culpa se veían obligados a soportar daños considerables.

El desarrollo tecnológico del siglo XX, las nuevas formas de actuación humana multiplicaron el riesgo y los daños causados poniendo fin al dominio exclusivo de la culpa, aspecto mostrado por JOSSERAND, quién en el siglo XIX ya advierte de

⁵¹ MAZEAUD Henri León MAZEAUD Jean. *Lecciones de Derechos Civil*. Ob. Cit. Parte II, tomo II Pág. 15 SS. No 378. MAZEAUD Henri León TUNC André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. De la 5ta Ed. De Luís Alcalá Zamora y Castillo. Ejea. Buenos Aires. 1961. Tom. I. Vol. I. Pág. 51 SS.No 36. MOSSET Iturraspe. *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Ediar. Buenos Aires 1971. T. I. Pág. 41 No 3.

⁵² La responsabilidad fundada en la culpa directa se remonta a la Ley Aquilia, que fue dada a finales de la época arcaica del derecho romano. Faustino Gutiérrez Alviz y Armario la sitúa en el año 287 A.C (*Vide vox: Lex aquilia*). Para J. Ortolán, el año fue el 468 de Roma (Livre III, p. 430, N° 1746). referido por MOGUEL Caballero Manuel. *La ley aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición México 1983. Pág.15.

⁵³ DE CUPIS Adriano. *El daño. Elementos*. Trad. Ángel Martínez Carrión. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. Pág. 190.

las injusticias provocadas con la implantación del sistema subjetivista.⁵⁴ Con relación a los cambios tecnológicos y sus consecuencias, el profesor ANDORNO expone: *El portentoso desarrollo tecnológico..., especialmente en los ámbitos de la energía, de la producción de alimentos, de la medicina y la genética, está dotada de una enorme ambivalencia... suscita enormes expectativas de mejoramiento de calidad de vida ..., pero al mismo tiempo genera situaciones de riesgo inédito,... tienen por objeto dañar el medio ambiente planetario..., diversos desastres ecológicos..., contaminación del aire, de las aguas, daño a la capa de ozono, radioactividad de centros nucleares, transfusiones de sangre contaminadas, etc. el desarrollo de mayor actividad humana genera riesgos.*⁵⁵

La multiplicación del riesgo y los daños, ponen fin al dominio exclusivo de la culpa. Reaparece la responsabilidad por daños, como garantía resarcitoria sin indagar la actitud subjetiva del que causó el daño, los *factores de atribución son objetivos, riesgo creado, abuso del derecho, garantía, equidad, etc.*⁵⁶ La moderna concepción de la responsabilidad civil se centra en el daño y en la víctima, no en la culpa ni en el victimario, da un paso, de un sistema económico a uno humanista, realza la nueva jerarquía de valores de la sociedad: *la protección al individuo ya no se considera atendiendo la capacidad de producción del mismo, sino a su calidad de persona, a la cual debe reconocerse una vida biológica sana, una identidad y una privacidad, es decir un refugio frente a las técnicas intensivas de información e informática; un medio ambiente saludable en el cual vivir con serenidad, una serie de productos y servicios inocuos que le permitan satisfacer sus exigencias y comodidades.*⁵⁷

ZAVALA DE GONZALES, nos dice al respecto: antes la atención se centraba en la injusticia del acto dañoso, como ilícito y culpa. Hoy se valora especialmente la injusticia del daño mismo; o sea el juicio axiológico no versa sobre el hecho inicial sino sobre el resultado final.⁵⁸

Siguiendo la misma línea BUSTAMANTE, apunta: *sin duda el daño es el aspecto más relevante de la relación jurídica que se origina en el evento dañoso y por ello la cuestión de la reparación domina el panorama de la responsabilidad civil.*⁵⁹

El derecho como herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible, instaura controles que regulan la relación de los hombres en sociedad, la

⁵⁴ JOSSERAND Louis. *La responsabilité envers sois - même*, Dalloz Hebdomadaires, París. 1934, Derecho Civil Nos. 883 y 900.

⁵⁵ Ver ANDORNO Roberto. El principio de precaución. Un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica. La Ley 2002-D 1326. ALTERINI Atilio A. Contornos actuales de la responsabilidad civil, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1987. Pág. 15-16.

⁵⁶ TRIGO Represas Félix. López Mesa Marcelo. *Tratado de la responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 25.

⁵⁷ ALPA GUIDO. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 49

⁵⁸ ZABALA De Gonzales Matilde, *Resarcimiento de daños*. Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Tom. 4 Pág. 81.

⁵⁹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997. Pág. 16.

ruptura de esos controles impone al sujeto dañador el deber de responder a quien sufre un perjuicio inmerecido, privilegiando en este caso a la víctima.

Las tesis glosadas, para algunos autores, son extremas o demasiado generales, tendríamos que convenir con ellos, que el sistema de responsabilidad basado exclusivamente en el culpa, es también, demasiado restrictivo, deja fuera del derecho de reparación a quienes se ven imposibilitados de demostrar la culpa, generando una ola inmensa de injusticia. JOSSERAND a principios del siglo XIX, ya lo había advertido: *... la injusticia del sistema tradicional de responsabilidad se ve claramente. En la inmensa mayoría de los casos, las víctimas se encontraban con imposibilidad de reconstruir la génesis del accidente, de descubrir el por qué y demostrar la culpa del patrón...*⁶⁰

Las transformaciones del mundo, hacen ver y coincidir a la doctrina especializada, que la concepción de la culpa como único elemento de imputación en la responsabilidad civil requiere un cambio, el fundamento de este cambio está en la justicia conmutativa, que da derecho al individuo de que nadie interfiera en sus derechos, justificación que la considero válida y que además va aparejada a la necesidad social *de mantener la paz social, que podría verse seriamente afectada por las frecuentes injusticias y el rompimiento del equilibrio,*⁶¹ para una gran mayoría de las víctimas, el principio de justicia impone la necesidad de restablecer al estado anterior la lesión causada injustamente.

La aparición y desarrollo de la teoría del riesgo, da primacía al bien común de la colectividad por encima de los meros intereses individuales, atribuyendo riesgo a la actividad económica privada, a quién o quienes reciban provecho de ella.

El avance tecnológico impone un cambio de visión y concepción de la responsabilidad civil extracontractual. La incidencia de la nueva tecnología en el derecho de daños se ha advertido, entre otros en los temas: i) responsabilidad por producto elaborados; ii) daños nucleares, iii) daño ecológico, iv) responsabilidad civil emergente de la informática y v) daños derivados de la tecnología.⁶² Los daños nucleares tienen que ver en forma muy especial con el riesgo creado, como factor objetivo de atribución de la responsabilidad. Incidencia que también guarda relación con la informática; *e involucra la actividad profesional, que ha servido de auxilio o cooperación, referente a la aplicación de técnicas biogenéticas en medicina, el uso de aparatología moderna y de alto riesgo (rayos láser, bomba de cobalto, acelerador lineal), la responsabilidad profesional se basa en la causalidad,*

⁶⁰ Referida por TRIGO Represas Félix a. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Trato de la responsabilidad civil*. Ob.Cit. Pág. 24.

⁶¹ Coincidentemente MAZEAUD, señala: La finalidad de la regla jurídica se agota con mantener la paz social y esta sólo es afectada cuando su violación se traduce en perjuicio Mazeaud t. I, Vol. 1, p.4 No 7, Pág. 465, No 375

⁶² MESSINA de Estrella Gutiérrez Graciela. *La responsabilidad civil en la tecnología. Tendencias y perspectiva. En derecho de daños*. Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe. La Roca. Buenos Aires. 1989. Pág. 37.

*presumiéndose la adecuación del daño.*⁶³

El factor de atribución constituye uno de los elementos configurativos de la responsabilidad. El factor atributivo subjetivo, consiste en la imputación por culpa o dolo del agente del daño, en tanto, que en otros supuestos los factores atributivos de responsabilidad son objetivos.⁶⁴ Para algunos autores,⁶⁵ sólo existe un único factor objetivo, el riesgo creado, al que se adecuarían: i) El daño provocado por dependientes; ii) de menores o de dementes; y iii) el provocado por relaciones de vecindad.

Enumeración que resulta muy estrecha, omite aspectos legislados como el daño provocado por animales, daño de la cosa y de la actividad, bajo ciertas circunstancias o defecto o vicios de la cosa y daño por actividades peligrosas, que pertenecen a la categoría de responsabilidad objetiva. BUSTAMANTE,⁶⁶ agrega, el abuso del derecho. Vázquez Ferreira,⁶⁷ la solidaridad, la seguridad social, la igualdad ante las cargas públicas, el seguro y criterios económicos.

La relación de la responsabilidad civil, sus contingencias y eventualidades, las concepciones cambiantes y diversas, las transformaciones operadas, dan cuenta que la culpa como sistema de atribución del daño no ha desaparecido, ha permanecido no obstante de las tendencias doctrinales hacia un sistema exclusivamente objetivo, es más, los intentos de cambio legislativo no han prosperado, concretándose estos a casos especiales regulados por normas también de naturaleza especial, situación que por supuesto, no responde a las necesidades de la época en la que vivimos, la tecnología genera proliferación de daños que bajo un régimen típico quedarían fuera de regulación.

La propensión doctrinal mayoritaria, apunta a un cambio profundo de la estructura de la responsabilidad civil, la necesidad de establecer un sistema binario que sea integrado por factores objetivos y subjetivos de atribución de responsabilidad, y al mismo tiempo, que éstos se complementen con sistemas de seguros públicos.

1.2.1.1 Tendencias Doctrinales.

Los propugnadores de la culpa como eje del sistema de responsabilidad, niegan la necesidad de un cambio. Para ellos la culpa sigue siendo la expresión de un sentido jurídico depurado,⁶⁸ es más para algunos autores,⁶⁹ en el ordenamiento

⁶³ *Ibíd.* Ob. Cit. Pág. 18.

⁶⁴ TRIGO Represas Félix A. *Lineamientos actuales ...* Ob. Cit. Pág. 55

⁶⁵ PLANIOL-RIPERT-ESMEIN. *Tratado práctico de Derechos Civil francés*. Trad. Mario Díaz Cruz. La Habana. Cultural. 1946. Tom. IV. Pág. 874 No 641. BORDA Guillermo A. *El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual*. La Ley. 94-828 No II-5. SPOTA Alberto. *El daño causado por el dependiente*. JA. Buenos Aires. 1943 I-386. JOSSERAND Luis. *Derecho Civil*. Ob. Cit. Tom. II Vol. I Pág. 396. VÁZQUEZ Ferreyra. *Responsabilidad por daños. (Elementos)*. De Palma. Buenos Aires 1993. Pág. 207 SS.

⁶⁶ BUSTAMANTE Alcina. *Teoría General de la Responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 465 SS. No 1210.

⁶⁷ VÁZQUEZ Ferreyra. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. 207 SS.

⁶⁸ DE CUPIS El daño Teoría general de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 190

⁶⁹ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Marcelo J. *Tratado de responsabilidad...* Ob. Cit. Vol. I Pág.

legal vigente no hay forma de desplazar a la culpa como eje del sistema de responsabilidad civil, no hay cabida a la responsabilidad objetiva, posición con la que discrepo, no se puede afirmar que las normas actuales no admitan este tipo de responsabilidad, ésta está incluida en la cláusula abierta de la norma general, tal cual lo expresa ALPA.⁷⁰

En la vereda subjetivista, el profesor PANTALEÓN sostiene: *cuando... se contempla como un problema interindividual entre dañante y perjudicado, la primacía de la culpa como criterio de imputación subjetivo resulta algo evidente...; indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo..., hay que tener una buena razón para realizar ese cambio,... la mejor de tales razones es que la conducta del dañante sobrepasó los límites del riesgo que nos permitimos los unos a los otros...: que aquel incurrió en culpa.*⁷¹

Es evidente que en la mayoría de los casos no se borra el daño, pero la responsabilidad civil, busca en alguna medida restablecer el equilibrio mediante una justa compensación y ésta, generalmente, se traduce en una suma de dinero que efectivamente pasa del bolsillo del dañador al de la víctima, no hay nada de reprochable en esto, lo óptimo sería restablecer las cosas a la situación original, en defecto está la indemnización que cumple una función compensatoria.

El profesor PANTALEÓN, justifica el primado de la culpa, en el hecho de que el problema de la responsabilidad contempla un problema interindividual entre el dañante y el dañado, esto es evidente, pero esa relación no significa que todo daño sea resultado de una conducta culpable, el daño podría ser producto de un hecho lícito como la actividad minera que en la perforación del subsuelo daña las plantaciones del dueño del suelo, no obstante de que no existe culpa, el daño debe ser igualmente reparado. Podríamos preguntarnos, si el hecho ejecutado fue lícito, ¿cómo es que el minero debe indemnizar al dueño del suelo? la respuesta está en el principio legal: *no dañar a otro*. HABERMAS decía *la libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro*, la ilicitud surge de la interferencia en el derecho ajeno, entonces, no obstante de ser una actividad lícita, la vulneración al derecho ajeno (propietario), la hace ilícita sujeta a reparación. Desde esta perspectiva el minero ha incurrido en un acto ilícito, pero no culpable. No se debe confundir la ilicitud objetiva con los factores de atribución, son aspectos completamente diferentes; tema que lo profundizaré más adelante (1.2.2.1).

Considero que el sistema subjetivo que sólo mira a la culpa como factor de imputación de responsabilidad es tan injusto, como pretender un sistema exclusivamente objetivo. El equilibrio, no hay duda, lo da un sistema binario, que responda tanto a factores de atribución subjetivo (culpa), como a factores de

29.

⁷⁰ Ver ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág.

⁷¹ PANTALEÓN Fernando. *La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 2000. No 4. Pág. 175.

atribución objetivo.

Los cambios, dan cuenta que se ha operado una transformación de la concepción del derecho de daños; el primero preocupado por el responsable y el segundo por la víctima. Uno mira fundamentalmente si la conducta del primero lo hacía susceptible de sanción, el otro observa si es justo que el daño lo soporte quién lo ha sufrido.⁷²

Según los profesores TRIGO-LÓPEZ, el fenómeno de la responsabilidad objetiva decrece, dicen: se ha tratado de un proceso desprotegido por la falta de principios rectores consolidados e inciertos en su alcance, por la difícil interacción de las normas especiales con los principios generales de los códigos civiles clásicos.⁷³

Es lógico suponer que un cambio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de un sistema fundado exclusivamente en la culpa a otro de naturaleza objetivo, se hace difícil, no sólo por la constante contraposición de los detractores de la responsabilidad civil objetiva, sino por la necesidad de una construcción doctrinal sólida que la sustente; ya lo expresé coincidiendo con varios estudiosos del tema, la responsabilidad civil está en constante evolución; ello implica que cada vez aparezcan nuevas figuras que le dan diferentes matices, en respuesta a las necesidades y exigencias de una sociedad industrial o posindustrial como la europea, con pasos decisivos hacia cambios fundamentales en el sistema tradicional.

No comparto la idea de que la objetivación de la responsabilidad estuviera en decrecimiento, un cambio se opera tanto con avances como con retrocesos, ello no significa que existan elementos técnicos que lo invaliden. La sustentación y justificación de éste cambio está en el principio básico de la convivencia *no dañar*, en la justicia conmutativa y distributiva, que dan una sólida base a la obligación de indemnizar, sobre todo porque *en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de la demostración de culpa, también llamada objetiva;*⁷⁴ ya no se trata de *responsabilidad civil*, sino de *reparación del daño*. *El mismo sistema de culpa, netamente individualista, ha evolucionado hacia el sistema de la reparación del daño,*⁷⁵ en protección al ser humano como unidad biopsíquica, dándole preeminencia, con respeto a intereses económicos.

LLAMBÍAS, criticando al sistema objetivo, considera que el derecho se convierte en *mera física de las acciones humanas, justicia de un sólo ojo, que sólo mira a la víctima, olvidando que el autor del daño tiene derecho a un tratamiento justo.*⁷⁶

⁷² PARELLADA, Carlos Alberto. El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales. La Ley. 1987. D 978, No 1.

⁷³ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Mercero J. *Teoría de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 27

⁷⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 11.

⁷⁵ DE AGUILAR Días José. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. T. I. Pág. 26 No 6 y Pág. 29 y 31, N 8.

⁷⁶ LLAMBÍAS. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Ed. Perrot. Buenos Aires 1973. Vol. III Pág. 527 No 215. ALTERINI *Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 106.

Que se diría si la justicia sólo mira al dañador y no da ningún amparo a la víctima.

Entre posturas extremas, de quienes propugnan mantener un sistema de responsabilidad basado exclusivamente en la culpa o de quienes propugnan una responsabilidad sólo objetiva, aparecen otros que plantean mantener a la culpa, como factor de atribución principal y general, de la responsabilidad extracontractual y en forma excepcional, por norma especial, la objetiva.

Existe una tendencia, aún importante,⁷⁷ pese al cambio operado, de considerar que el principio general sigue siendo: *no hay responsabilidad sin culpa*. En consecuencia la responsabilidad por riesgo, no estaría consagrada en una norma general que contraste aquel principio, sino que aparecería en un sector particular previamente delimitado; en realidad se pretende mantener las cosas como están.

La culpa es el factor de imputación que ha dominado el sistema de responsabilidad civil, casi en forma exclusiva. Aún hoy constituye el fundamento general de la responsabilidad aunque, su campo de aplicación se vea cada vez más limitado por la existencia de otros factores de carácter objetivo. La aparición de los demás factores de tipo objetivo son de carácter excepcional y en virtud de ello es necesario que la ley expresamente los imponga en cada caso.⁷⁸

Si bien los detractores de la atribución objetiva, han terminado por aceptarla, la forma como lo hacen considero que no es la correcta, no responde a las necesidades de la sociedad, ni escucha tendencias mayoritarias de la doctrina, que tiende a un sistema mixto, en el que se establezcan dos factores de atribución uno subjetivo (culpa) y otro objetivo.

En este esquema, la “culpa” deja de ser soberana; el campo de la responsabilidad no le pertenecerá exclusivamente, sino que deberá compartirlo con el principio de “riesgo” que es una noción más amplia, más objetiva, más económica; no serán responsables únicamente los “culpables”, sino que lo serán también, y a menudo, los causantes o autores del daño.⁷⁹

Un nuevo factor de responsabilidad extracontractual ha surgido al lado del dolo y de la culpa; el riesgo o más exactamente el riesgo creado que en el dominio de la industria reviste particular importancia, el nombre de riesgo profesional.⁸⁰ El mismo sistema de la culpa netamente individualista ha evolucionado hacia el sistema de

⁷⁷ MOSSET Iturraspe. *La responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Vol. I Pág. 129 y SS. No 53. LLAMBIAS. *Tratado Obligaciones*. Ob. Cit. Vol. III. Pág. 546. No 2165. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso...* Ob. Cit. Tom. III. Pág. 79.

⁷⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El Perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Ob. Cit. Pág. 52.

⁷⁹ JOSSERAND Louis. *La responsabilité*. Ob. Cit. Pág. 74. DUGUIT León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*. 2da.Ed. Traducción Carlos Posada. Ed. Francisco Beltrán. Madrid. Pág. 157-159.

⁸⁰ JOSSERAND. *La responsabilité...* Ob. Cit. Pág. 292. ACUÑA Anzorena Arturo. *Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual*, en *estudios sobre responsabilidad civil*. Ed. Platense. La Plata. 1963. Pág. 27.

la reparación del daño.⁸¹ La teoría de la responsabilidad civil no debe ser constituida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la reparación de los daños.⁸² Posiciones que comparto plenamente, postulo un sistema binario de responsabilidad civil extracontractual.

La nueva tendencia de la responsabilidad civil acorde a los cambios operados en el mundo, conjuga dos factores de atribución: uno objetivo y otro subjetivo, que en mi criterio deben ser incluidos en el ordenamiento legal, como normas generales que conjuguen tanto factores subjetivos como objetivos; la norma no debe limitarse a casos concretos, sino que debe regular principios generales, de tal manera que ambos factores el objetivo y el subjetivo integren la teoría de la responsabilidad civil y constituyan su plataforma.

1.2.1.2 Sistemas Legislativos y la Responsabilidad Extracontractual Objetiva.

No hay duda que el avenimiento y consolidación del nuevo factor de atribución objetivo de la responsabilidad, es muy lento, difícil y requiere mucho tiempo. No obstante del convencimiento de que la implantación constituye una exigencia de la sociedad, observamos que en el ámbito legislativo se ha avanzado muy poco y en general se ha concretado en leyes *especiales cada vez más copiosas*.⁸³

En muchos países, la falta o insuficiencia de normas, ha generado el avance de la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, mediante interpretaciones creativas de la jurisprudencia, para algunos autores *deformante*, la jurisprudencia en algunos casos ha pasado de una tendencia de responsabilidad civil subjetiva a una objetiva, sin que su ordenamiento legal hubiera cambiado en absoluto.⁸⁴ Situación por cierto muy delicada, habida cuenta que en países positivistas podrían generar nulidades, ya que sólo el legislador tiene la facultad de establecer normas, en tanto que el Juez se limita a la interpretación de regulaciones preexistentes, éste no tiene atribuciones creativas, es más, las llamadas teorías de la predicción jurídica están íntimamente ligadas a la validez de la norma jurídica.⁸⁵

Coincido con la doctrina mayoritaria, en sentido de que el establecimiento de supuestos de responsabilidad objetiva, deben ser establecidos por el legislador, por ser el único órgano competente para dictar leyes, no pudiendo ser válidos los supuestos de interpretación creativa.⁸⁶ Cabe destacar que el establecimiento de

⁸¹ DE EGUIAR DÍAS. Ob. Cit. Tom. 1. Pág. 26 No 6 y Pág. 29 y 31 No 8.

⁸² LÓPEZ Olaciregui José María. *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*. Revista el derecho comercial y las obligaciones. Vol. 11. Depalma. Buenos Aires. 1978. Pág. 941 SS.

⁸³ TUNC André La irresponsabilité civile. 2da. Ed. París. 1989 Pág. 100. ALPA y BESSONE. I Fatti Illeciti. Trattato di diritto privato. 2da. Ed. Turín 1995. Pág. 26.

⁸⁴ YZQUIERDO Tolsada Mariano. La Responsabilidad Civil ante en nuevo milenio. Dykinson. Madrid. 2001. PÁG. 231. VILLACA Azevedo Álvaro. Teoría General de las obligaciones. Pág. 281.

⁸⁵ AARNIO Aulis. Derecho Racionalidad y comunicación social. Ed. Coyoacán. 1995. ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 50 SS.

⁸⁶ AARNIO Aulis. *Ensayos de filosofía del derecho*. Ed. Coyoacán. 1995. DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Trad. Claudia Ferrari. Gedisa. Barcelona. 1988. Pág. 198. HART H.L.A. *El concepto del derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1989. Pág. 252. ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Universitaria de Buenos Aires.

responsabilidad crea obligaciones extracontractuales, esto es, un vínculo jurídico obligatorio, que sólo puede originarse en el legislador, de lo contrario el obligado podría rehuir el pago de la indemnización y anular todo un proceso por falta de competencia del Juez, con consecuencias de imprevisibilidad y falta de seguridad jurídica.

AARNIO, al referirse a la protección jurídica, considera que la expectativa de certeza jurídica es una virtud inviolable del Estado de Derecho, concretado por una parte, por los procedimientos y por otra, la garantía en el tratamiento objetivo del caso, y finalmente las categorías básicas de normas consistentes en reglas, sean regulativas o constitutivas.⁸⁷ Centra su análisis en la llamada “respuesta correcta”, y señala: *no es posible identificar fácilmente los hechos sin referirnos a las normas jurídicas que califican el caso*. Hace referencia a un círculo hermético entre normas y hechos que están entrelazados. Su exigencia va dirigida a que el Juez dé solución con la máxima protección jurídica posible, expectativa ligada a la idea del derecho. OLAUS PETRIN lo denomina lineamientos del juez; en su interpretación más moderna, evitar la arbitrariedad, entendida como exigencia de predecibilidad, concluye: *sólo decisiones predecibles permiten una planificación social, sin este elemento la sociedad llegaría al caos total*. Pero un resultado predecible sólo puede alcanzarse si el procedimiento garantiza que la expectativa de protección jurídica puede realizarse, la exigencia de racionalidad puede también llamarse certeza jurídica, junto al requisito de evitar la arbitrariedad, el autor apunta, que la decisión, esto es, que el resultado sea razonable, traducido como aceptabilidad sustancial, en este caso se refiere a una solución acorde con la leyes, que no vaya contra la moral válida, ampliamente aceptada en la sociedad; en el derecho contemporáneo existe conexión entre el derecho y la moral, en consecuencia el resultado tiene que estar acorde con el derecho y la moral.⁸⁸

La interpretación deformante, rompe este esquema simétrico y hace prevalecer el detalle, el casuismo, por sobre la regla o el principio. Por otra parte, la interpretación creativa torna insegura la solución de los casos, que deben ser previsibles, es factible aclarar que una cosa es interpretar creativamente para conceder derechos, lo que puede ser aceptable, a mérito del principio de libertad y otra muy distinta es crear extensivamente obligaciones, lo que es inaceptable, al tutelar en la materia el principio de la restricción.⁸⁹ Tesis con la que comparto, la creación de obligaciones legales sólo pueden proceder del legislador y no así de la función interpretativa del Juez; cualquier vulneración a este principio da lugar a la nulidad, con la sola aplicación de normas generales de competencia.

En países positivistas, de acuerdo al marco constitucional, sólo el legislador tiene

1963. Pág. 106.

⁸⁷ AARNIO Aulis. *Ensayos de filosofía del derecho*. Ob.Cit. Pág. 38-39.

⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 36-37.

⁸⁹ YZQUERDO Tolsada Mariano. *Responsabilidad civil ante el nuevo milenio*. Ob. Cit. Pág. 231. Tribunal Supremo de España, sala 1ra. 06/06/2002.

competencia para crear normas, los jueces, tan sólo deben interpretar la ley preexistente; AARNIO al respecto dice: *El elemento de autoridad de la interpretación jurídica queda como el factor más significativo para hacer una distinción entre ambas. Los objetos de la interpretación jurídica son textos promulgados oficialmente.*⁹⁰

1.2.1.3 Situación Actual.

Un vistazo a la situación actual nos hace ver que no existe un mínimo de acuerdo doctrinal sobre diversos aspectos pertenecientes a lo que tradicionalmente se ha conocido como responsabilidad civil, se cuestiona la deformada idea de culpa por la extensión desmedida de sus contenidos. Esa extensión de los supuestos de culpa llevan a que se confundan dos términos distintos, culpa y error;⁹¹ Se ha quebrado la reparación plena, creándose topes o techos. La responsabilidad civil no parece muy nítida en este nuevo milenio como fuera en otrora.⁹²

El principio de la culpa ha sido objeto de una continúa y sistemática controversia en la doctrina italiana. En las doctrinas europeas y americana, se expresa un amplio movimiento de objetivación de la responsabilidad extracontractual, que ha proclamado el ocaso del principio de la culpa o su reducción a una marginal importancia.⁹³

La moderna concepción de responsabilidad por daños, pretende cumplir una función de garantía resarcitoria, sin indagar la actitud subjetiva del que causó el daño. En esta nueva etapa los factores de atribución que predominan son objetivos, riesgo creado, abuso del derecho, garantía, equidad, etc. La culpa es sustituida por conceptos tales como solidaridad, seguridad y riesgo.

La premisa va dirigida a que debe privilegiarse a quien sufrió un perjuicio inmerecido y quien lo causó debe responder por él, aunque sea por una equivocación, o por otro motivo inculpable, siempre que concurra en su contra algún factor objetivo de atribución.

El problema del daño no se limita al resarcimiento; sino a prevenir los perjuicios, siendo uno de los elementos impulsores el económico, para esta tendencia la contaminación es un problema económico.

Considero que frente a ésta disyuntiva, no cabe tomar partida por una u otra corriente, ya que fácilmente pueden conjugarse ambas, no hay motivo para hacer desaparecer la responsabilidad subjetiva, se la debe combinar con la objetiva, creando un sistema binario de responsabilidad civil, sin necesidad de cambiar el

⁹⁰ AARNIO. Ensayos de filosofía del derecho. Ob. Cit. Pág. 31.

⁹¹ LÓPEZ Mesa Marcelo. Algunos excesos en la responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la teoría del riesgo creado? Revista de Derecho Administrativo año 10 No 27/29 Pág. 145/164.

⁹² TRIGO-LÓPEZ. Tratado... Ob. Cit. Pág.67.

⁹³ BIANCA Cesare Massimo. *Supervivencia de la teoría de la culpa en Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* Bueres-Kemelmajer de Carlucci. directores Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997. Pág. 137.

nombre, ni tomar posiciones extremas, las necesidades actuales de la sociedad así lo exigen.

Buscando un punto de equilibrio, un justo medio al que se refería Aristóteles, la teoría de la responsabilidad civil, debe ser estructurada sobre dos factores de atribución, uno objetivo y otro subjetivo, que constituyendo una unidad otorguen la máxima protección a la víctima en los sucesos dañosos; sobre la base de criterios, entre otros de: daño reprochable, distribución de riesgo, equilibrio patrimonial y culpa, régimen sistémico y unitario, en el que el factor de atribución no sea exclusivamente la culpa, sino que se conjugue con el factor objetivo. La tendencia actual de la doctrina propende a que el sistema legislativo responda a los cambios, con lo que se evitará que éstos se den por la vía del derecho viviente, con las consecuencias de inseguridad y falta de previsibilidad ya anotadas, aplicado al derecho boliviano, se hace necesario un cambio normativo.

1.2.2 Elementos Constitutivos de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

La estructuración y descomposición de elementos, permite una mejor comprensión de la responsabilidad civil extracontractual, facilita la identificación de los elementos, características e importancia, su carácter de esencial o no y beneficia la seguridad jurídica.

La responsabilidad civil extracontractual nace del incumplimiento del deber genérico *alterum non laedere* (*no dañar a otro*), acto que implica la obligación de reparar y como tal incumbe cumplir ciertos presupuestos esenciales para adquirir la calidad de resarcible.

La doctrina no se pone de acuerdo sobre el número de elementos, ni sobre la denominación de éstos, algunos los denominan elementos, otros presupuestos, otros requisitos o condiciones de la responsabilidad o del acto ilícito; hay tendencias restrictivas y extensivas. Para las primeras los elementos se reducirían a dos,⁹⁴ hecho ilícito y culpa, en cuyo caso el daño no sería un elemento autónomo, sino que estaría dentro del hecho ilícito. Para otros son tres:⁹⁵ i) violación de un derecho ajeno, ii) responsabilidad subjetiva (culpa o dolo) y iii) daño. Para otros son cuatro i) violación de un derecho ajeno, ii) comportamiento positivo, iii) daño, iv) voluntariedad e imputabilidad.⁹⁶ Otros proponen: i) perjuicio o

⁹⁴ LAFAILLE *tratado de las obligaciones*. Ediar. Buenos Aires. 1950. Vol. II. Pág. 315. VON Tuhr Andreas. *Tratado de la Obligaciones*. Trad. W. Rocés. Ed. Reus. Madrid 1834. Trac. Vol. I Pág. 264 No 45. DE DIEGO Clemente. *Instituciones del Derecho Civil Español*. Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid. 1959. Vol. II Pág. 398. DE AGUIAR Días José. Ob. Cit. Vol. II. Pág. 41 No 20.

⁹⁵ MAZEAUD Henri León y Jean. *Lecciones de Derecho civil*. Ob. Cit. 2da. parte. Vol. II. Pág. 58 SS. No 406. MAZEAUD-TUNC. Ob. Cit. Tom. I Vol. I Pág. 293 No 208. SALVAR Acuña Anzorena. *Fuentes de las obligaciones*. Ob. Cit. VII IV. Pág. 43 No 2713. PUIG Peña Federico. *Tratado de Derechos Civil español. Madrid 1946 Ed. Rev. derecho privado Tom. IV Vol. II Pág. 571*. BORJA Soriano Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa. México 1962 Vol. I Pág. 410 No 691.

⁹⁶ VON Tuhr Andreas. *Tratados de las obligaciones*. Ob. Cit. Vol. I Pág. 264 No 45. LAFAILLE-*Tratado de obligaciones*. Ob. Cit. Vol. II Pág. 315.

daño; ii) imputabilidad y iii) nexo de causalidad.⁹⁷ Otros agregan a estos requisitos la ilicitud o antijuricidad.⁹⁸ Estructura que tiende a cambiar en el tiempo, dado que cada uno de los presupuestos de la hipótesis de responsabilidad ha sido y continúa siendo sometido a discusión.

En este trabajo, la estructura la desarrollaré sobre la base de: i) ilícito, i) daño, ii) nexo de causalidad y iii) factores de atribución; elección que me permitirá una construcción ordenada y ágil del tema.

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos, ya que los supuestos de responsabilidad no se limitan a elementos subjetivos fundados en la idea de la culpa, sino también en otros factores de naturaleza objetiva.

1.2.2.1 El Ilícito Civil.

La ilicitud es también denominada antijuricidad, estos términos para algunos autores son sinónimos y por lo tanto son utilizados indistintamente.⁹⁹ En cuanto a la denominación la legislación positiva está dividida, algunas como la nuestra se refieren al “hecho ilícito” y, otras como la alemana, al “acto ilícito”; esta distinción puede llevar a un análisis sobre la forma más técnica y adecuada de denominación, que para muchos es “acto”, posición con la comparto, en tanto que para otros es “hecho” concebido como omisión o hecho ajeno.¹⁰⁰ No me detendré en este tema, ya que la doctrina moderna ha convenido que hechos ilícitos y acto ilícito son fungibles y ambos se refieren a la contradicción entre la conducta de un sujeto y el ordenamiento jurídico, en tanto y cuanto, es imputable a un sujeto, o si deriva de animales o cosas que integran la actividad de éste.¹⁰¹ A partir de mi inclinación por la denominación de “acto”, en este trabajo me referiré al acto y no al hecho, claro está, con la distinción del acto propio atribuible a un sujeto, con el hecho del incapaz total de obrar, que no puede ser considerado acto, por ausencia de discernimiento.

WINDSCHEID, expone: “el comportamiento ilícito”, categoría a la cual, el autor, asimila la violación del derecho subjetivo condicionado a que sea contrario al derecho del que es titular otra persona. *El comportamiento está prohibido, se contradice con una prohibición especial, impuesta por la ley y puede comportar o no, la violación de un derecho subjetivo. En todos los casos estamos ante un acto ilícito o ante una omisión ilícita; el acto puede ser ilícito por sí mismo; o bien en unión con el reproche derivado de la culpa del agente.*¹⁰²

⁹⁷ MAZEAUD Henri y León MAZEAUD Jean. *Responsabilidad civil de los cuasicontratos*. Ob. Cit. Pág. 58. BONASI Benucci. Ob. Cit. Pág. 27. TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo. Ob. Cit. Pág. 388.

⁹⁸ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 91. BORJA Soriano Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. Prorrúa. Vol. I México. 1962 Pág. 410

⁹⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 92.

¹⁰⁰ Ver ALPA Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 150 a

¹⁰¹ ALPA Guido. *Nuevo Tratado...* Ob. Cit. Pág. 150.

¹⁰² WINDSCHEID. *Diritto de la pandente*. Trad. italiana de C. Fadda y P.E. Bensa, Turín 1904. Vol. II, parte II. Pág. 101, 405.

La concepción glosada, apunta a los elementos configurativos del ilícito, vulneración de una prohibición, violación de un derecho subjetivo, por un acto u omisión que tiene la característica de ser ilícito por sí mismo, independientemente del factor de atribución (culpa); con lo que en forma implícita configura el ilícito objetivo (vulneración de una prohibición impuesta por la norma, expresada por la lesión de un interés jurídicamente protegido) y por otra parte, el factor subjetivo, culpa, en el que sí será necesaria la valoración de la conducta.

En forma coincidente LÓPEZ,¹⁰³ expresa: la ilicitud es el primer requisito para que haya responsabilidad, por eso predicamos que ésta es objetiva, no involucra la valoración de la conducta de quién ha causado el hecho ni siquiera si hubo o no voluntad en el sujeto. De esta forma, la lesión causada por una persona sin discernimiento es antijurídica.

No existe unanimidad de criterios, no sólo sobre la concepción del ilícito, sino también sobre su existencia.

Algunos autores refiriéndose a la tesis de daño injusto, afirman que ésta fue asumida como proclama de la innecesaria ilicitud, que se presupone por la existencia de un daño, a menos que exista causa de justificación, tesis expuesta por ALTERINI: *la antijuricidad que supone una conducta que en sí misma es ilícita se desvanece como presupuesto de esa responsabilidad, no bien se acepte que es reparable el daño sufrido injustamente, sin que sea menester que se trate de un daño inferido ilícitamente.*¹⁰⁴

Siguiendo esta línea DE LORENZO, expone que la sola violación del *alterum non laedere*, obliga a indemnizar, porque se ha cometido un daño injusto, siendo innecesaria la remisión a otras normas, el daño por el sólo hecho de ser tal, es ilícito, el que debería ser conceptuado como el deber general de no inferir daño a otro sin causa de justificación idónea, aún en el supuesto de que el comportamiento lesivo no haya sido previsto por una específica norma prohibitiva.¹⁰⁵

Conviene destacar que si bien el daño es condición fundamental de la responsabilidad civil, en cambio no lo es del acto ilícito que lo genera; el resultado dañoso es en efecto sólo una consecuencia posible aunque no constante de la falta; puede perfectamente incurrirse en una figura delictiva sin perjudicar a nadie. Ej. las tentativas de uso de armas. En contrapartida, una acción humana inculpable, a título de riesgo genera derecho de resarcimiento, en diversas hipótesis los actos lícitos o permitidos por el derecho, obligan a los agentes a indemnizar los perjuicios que de ellos se puedan derivar a terceros, pese a no

¹⁰³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General* ... Ob. Cit. Pág. 92

¹⁰⁴ ALTERINI Atilio. Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto del código Civil. de 1998. LL 1999-C-860. Pág. 864.

¹⁰⁵ DE LORENZO Miguel Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1996. Pág. 79.

evidenciarse una falta que les sea imputable.¹⁰⁶

Las posiciones glosadas me llevan a formular la siguiente pregunta ¿será posible que exista daño sin ilícito o ilícito sin daño?

Se podría admitir la existencia de un daño sin ilícito, sí, si se acoge la tesis que sostiene que lo ilícito se configura sólo por el dolo o la culpa del agente, hipótesis de responsabilidad subjetiva; pero qué sucede en la hipótesis de responsabilidad sin culpa, podría admitirse un daño sin ilícito, por ejemplo en la obligación resarcitoria en la que el daño es imputado causalmente a un sujeto que tiene la obligación de resarcirlo. ¿Pero puede haber daño sin ilícitos en los casos de actos lícitos dañosos? Coincidiendo con el profesor ALPA,¹⁰⁷ la ambigüedad es doble, si se trata del ejercicio del derecho, esta categoría no es diferente de las demás se debe realizar una evaluación comparativa de los intereses en juego; por otra parte, de todas maneras existe un daño que debe ser resarcido, pero esto sólo será posible, si el daño es injusto, eso es, que se hubiera vulnerado un interés jurídicamente protegido, caso contrario no sería resarcible; lo que pone en evidencia que todo daño es injusto, por lo tanto ilícito y además, que dicha ilicitud es de naturaleza objetiva, independiente de la valoración subjetiva de la conducta del sujeto que provocó el daño.

Otros autores plantean la necesidad de la ilicitud, en el fondo, confunden la ilicitud objetiva con la culpa, tal cual veremos a continuación. El profesor LÓPEZ, define al daño como: *el menoscabo, la pérdida, el mal o el perjuicio que sufre una persona por la lesión en los bienes*; luego expresa, *el daño puede existir sin ninguna contravención jurídica*.¹⁰⁸ La definición dada por éste autor infiere que el daño resulta de la **lesión a un interés protegido**, entonces, no es posible concebir daño sin lesión, la lesión constituye la vulneración al derecho *alterum non laedere* (no dañar a otro), lo que evidencia la contravención jurídica, esto es, un acto ilícito objetivo.

Por su parte el Profesor PASCAL, afirma que el derecho de daños puede existir independientemente de un acto culposo o ilícito: la antijuricidad del comportamiento humano no es un requisito *sine qua non* para que a estos se les pueda vincular o relacionar con una eventualidad perjudicial relevante jurídicamente.¹⁰⁹ Comentando a DE CUPIS, para quién la ilicitud es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto. Dice: ello no es óbice para que el derecho pueda considerar a cierto interés digno de prevalecer; pero preocupándose, por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Concluye: lo que evidencia que la especie daño no se agota en el género de daño injusto, *ello sería tanto como renunciar a la categoría de los actos lícitos y que producen perjuicios*.

¹⁰⁶ TRIGO Represas Félix. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Tratado...* Ob. Cit. Pág. 395.

¹⁰⁷ ALPA Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad. Ob. Cit. Pág. 156 a 157.

¹⁰⁸ LÓPEZ Herrera Edgardo. Teoría General de la Responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 120.

¹⁰⁹ Ver PASCAL Estevill Luís. La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual. Bosch, Barcelona. Pág. 508.

Coincido con PASCAL en sentido, de que el daño puede existir independientemente de la culpa; sin embargo, disiento cuando afirma que la antijuricidad no es un requisito *sine qua non* para vincularlo con una eventualidad perjudicial; o cuando LÓPEZ sostiene que el daño puede existir sin ninguna contravención jurídica. Por el contrario, considero que la antijuricidad o ilicitud, es un requisito *sine qua non* de la responsabilidad civil extracontractual, ya que si no hubiera violación del derecho ajeno, no habría causa que justifique el resarcimiento y toda vulneración de un interés jurídico protegido es un acto ilícito y por lo tanto antijurídico, entonces el daño y la vulneración del derecho *alterum non laedere* permanecen entrecruzados y mantienen una relación de causalidad, si no hubiera vulneración de un interés digno de prevalecer no habría daño y si no hubiera daño no existiría causa para la obligación de reparar. Esta postura fue brillantemente expuesta por De CUPIS, quien apunta: *la ilicitud es la expresión de prevalencia concedida por el Derecho a un interés opuesto*, tesis con la que comparto.

El acto ilícito civil en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, está vinculado al quebrantamiento del derecho ajeno *alterum non laedere* (no dañar a otro), entonces, el sujeto que vulnera este principio incurre en una conducta ilícita o antijurídica, en cuyo caso estaríamos ante una culpa implícita de naturaleza objetiva, que se produce por la violación de la ley o reglamentos, y ésta es apreciada como tal, sin tener en cuenta la voluntad interna, las intenciones ni condiciones psicológicas del dañador. Otro tema muy diferente, son los factores de atribución que se constituyen en fuentes generadoras de daño susceptibles de reparación, estos factores son: subjetivo (culpa) y objetivo (Ej. riesgo creado), en el primer caso estaríamos frente a la culpa que vincula la voluntad interna del sujeto con la preponderancia de la intención, la impericia, negligencia o desatención, que se constituyen en elementos fundamentales del nexo causal para establecer el daño y la obligación de reparar.

En el segundo caso estamos frente a factores de atribución objetivo, tales como el riesgo creado, el abuso del derecho, el daño por terceros o bienes inanimados, en los que la intención del dañador es irrelevante para efectos del resarcimiento.

Ilícito sin daño, no puede haber hecho ilícito jurídicamente relevante, sin daño (injusto). El daño injusto es lo que legitima a la acción resarcitoria.¹¹⁰ El autor sustenta su hipótesis sobre la base de que el daño injusto implica lesión de un interés protegido, de manera que la simple lesión comporta resarcimiento, justificado por la relación entre injusticia y daño, aspecto que lo grafico con la ecuación: daño injusto más lesión del interés protegido = resarcimiento; efectivamente, todo acto que contravenga una norma legal, viole una prohibición o vulnere un derecho ajeno, genera un daño, incluso una tentativa, ej. tentativa de homicidio, esta generalmente conlleva un daño físico y si no un daño psíquico.

Hay tendencias que sostienen que para que exista un acto ilícito subjetivo, debe

¹¹⁰ ALPA Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 157.

haber una norma expresa que regule el ilícito vinculado a la culpa del sujeto. Esta posición es criticada porque confunde el ilícito objetivo con el factor de atrición subjetivo. La ilicitud objetiva surge por la sola violación de la norma legal y no tiene que ver con el factor de atribución subjetivo vinculado a la calificación de la conducta del sujeto. Al respecto el profesor LÓPEZ es sumamente claro, cuando dice: *La culpa a nuestro juicio no tiene mucho que ver con la antijuricidad sino que la existencia de culpa, hace a un problema de imputación o atribución, nociones que no deben confundirse. La exigencia de la culpa para la configuración del acto ilícito no da respuesta adecuada a la exigencia de factores objetivos de atribución, en los cuales la antijuricidad es evidente, pero no es necesaria la culpa;*¹¹¹ posición con la que comparto.

1.2.2.2 Autor del Ilícito

Cuando se está en presencia de un daño, la pregunta lógica es ¿existe un responsable? JOSSERAND propone la pregunta, ¿Quién es el responsable? ¿Un tercero o la propia víctima? Hay dos concepciones una sobre la base de la culpa. Si se parte del presupuesto que todo daño tiene un responsable, se desplaza a una simple cuestión de reparación en cuyo caso la culpa, deja de ser soberana, ésta deberá compartir con el concepto de “riesgo”, noción más amplia, más objetiva, más económica, no serán responsables sólo los culpables sino que lo serán también los causantes o autores del daño.¹¹²

Sólo el acto humano es susceptible de una ponderación valorativa, por lo tanto, la ilicitud está relacionada íntimamente con la actividad humana. La doctrina cuando se refiere a la responsabilidad directa expresa: el que obrando..., todo hecho cualquiera del hombre..., cada uno... que ha causado..., aquel que ha cometido el hecho..., exige como requisito indispensable la intervención personal del autor del daño, el verbo está precedido por el sujeto activo; la procedencia de la acción de reparación está sujeta a que el demandado haya intervenido en la producción del daño, la responsabilidad es de quién por su acto produjo el daño.¹¹³ MIGUEL concluye: *Comprobado así el nexo causal entre el autor y el daño, se deducía que aquél debía pagar la reparación.*¹¹⁴ En el mismo sentido los MAZEAUD enseñan: *Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro.*¹¹⁵

Según lo enuncia JUSTINIANO, la acción directa de la Ley Aquilia *no tiene lugar sino cuando alguno ha causado daño con su propio cuerpo*, ilustra con el ejemplo,

¹¹¹ Ver LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Ob. Cit, Pág. 98.

¹¹² JOSSERAND. *La responsabilité*. Ob. Cit. Pág. 74. DUGUIT León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*. 2da. edición. Trad. \Carlos G. Posada. Ed. Francisco Beltrán. Madrid. Pág. 157-159.

¹¹³ MOGUEL Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Ed. Tradición. México 1983. Pág. 19

¹¹⁴ Ibídem Pág. 20.

¹¹⁵ Ver MAZEAUD Henry y León y MAZEAUD Jean. *Lecciones... Responsabilidad civil...* Ob. Cit. Parte II Vol. II. Pág. 7

el acto de encerrar al esclavo o al ganado de manera que perezcan de hambre.¹¹⁶

PASCAL hace referencia a GIUSINA, que advierte que para que exista daño sancionable se necesita que pueda reconducirse directa o indirectamente a la acción del hombre, éste autor, sujeta el evento dañoso a causa humana; comenta PASCAL *es del comportamiento del hombre y sus efectos perjudiciales*,¹¹⁷ se trata del comportamiento humano como elemento común para cualquier supuesto de responsabilidad civil. Dicho comportamiento, como “elemento primordial” o imprescindible para que de una determinada situación pueda deducirse un supuesto de responsabilidad.¹¹⁸

Ahora bien, el acto para surtir efectos jurídicos debe tener el carácter de voluntario, es decir, debe concurrir el concurso de la voluntad del agente. Al respecto el maestro CISNEROS, expresa: *para hablar de voluntad estaremos inquiriendo cómo y en qué forma se manifestó la voluntad,.... Conviene subrayar que la manifestación de la voluntad es un elemento definitorio o esencial del acto jurídico*.¹¹⁹ Sin el concurso de la voluntad no hay acto ilícito, circunstancia por la que el inimputable no es responsable de sus actos dañosos, por falta de discernimiento.

Ahora bien, los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos, los lícitos son manifestaciones de la voluntad que tienden a crear obligaciones y derechos correlativos, los ilícitos son aquellos que contravienen una norma o vulneran prohibiciones expresamente determinadas por ley, a esta categoría pertenecen los delitos y los *cuasi* delitos (actos producto de imprudencia, descuido, negligencia o impericia).

Los actos involuntarios son clasificados en actos reflejos, instintivos y habituales. La doctrina en forma coincidente, otorga efectos jurídicos a los actos instintivos y habituales, pese a que éstos se desarrollan sin lucidez de conciencia debido a que derivan de un mecanismo volitivo que marca un valor subjetivo expreso y reflejo de la personalidad del autor. MOSSET al respecto nos dice: *los actos instintivos y los actos habituales, pese a desarrollarse fuera a la zona lúcida de la conciencia, tienen valor sintomático respecto a la personalidad humana ellos evidencian las tendencias congénitas y adquiridas del autor. A estos actos debemos agregar los llevados a cabo por el hombre en condiciones de morbosidad, patológicas o en estados asténicos del cuerpo humano, como son el sueño, sonambulismo e hipnosis y los estados provocados por el uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas, epilepsia, etc.*¹²⁰

En la materia especializada objeto de este estudio, por regla general, los actos

¹¹⁶ ORTALÁN M. Instituciones de Justiniano. Ob. Cit. Pág. 302.

¹¹⁷ PASCAL Estevill Luís. La responsabilidad extracontractual, Aquilia.... Ob.Cit. Pág. 509.

¹¹⁸ PASCAL... Ob. Cit. Pág. 514.

¹¹⁹ CISNEROS Fariás Germán. *La voluntad en el Negocio Jurídico*. Trillas. México, Argentina, España, Colombia Puerto Rico, Venezuela. 2001. Pág. 21-22.

¹²⁰ MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad por daños parte general*. Ediar. Buenos Aires. 1971. T I. Págs. 16-17.

involuntarios son excluidos de la responsabilidad; sólo bajo ciertas circunstancias y en aplicación del principio de equidad los jueces podrían disponer un resarcimiento en favor de la víctima del daño, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Sin embargo, existen actos que teniendo el carácter de involuntarios alcanzan relevancia jurídica, esto debido a que el legislador en consideración a ciertas circunstancias completa la voluntad del agente, haciendo que surja el vínculo obligatorio, tal es el caso del automovilista que debido a un obstáculo en la carretera provoca un choque, éste no quería el acto dañoso sin embargo, debe responder por los perjuicios ocasionados, en aplicación de la teoría de los riesgos.

O en el caso de los hechos delictivos o *cuasi* delitos, en los que surge la responsabilidad como consecuencia del daño provocado, ejemplo un ebrio comete una coalición, en el momento del acto no sólo estaba desprovisto de voluntad para provocarlo, sino que por efecto del alcohol no tenía discernimiento, sin embargo es responsable de su acto, en consecuencia le incumbe responder por los perjuicios provocados. El maestro CISNEROS, explica: *En la doctrina se discute la calificación que puede darse a cierta clase de hecho jurídico como la embriaguez, o estado anímico en que cae el sujeto y las consecuencias de los actos realizados en estado de ebriedad,*¹²¹ la legislación mexicana agrava el acto ilícito del ebrio voluntario, considerándolo doloso.

El acto humano puede ser un hacer (acto positivo) o un no hacer, omisión (acto negativo) en el ámbito de responsabilidad se habla también de acto ilícito propiamente dicho y acto ilícito potencial.

1.2.2.2.1 Acto por Comisión y por Omisión.

Los actos por comisión son aquellos en los que la violación de un derecho se lo ejecuta mediante un comportamiento positivo. El sujeto conculca una prohibición, la que puede ser expresa o tácita, esta categoría no genera mayor problema.

El acto por omisión se concreta con la violación de la norma, es producto de una abstención, un no hacer lo que la ley impone hacer. Omite hacer algo cuando debe hacerlo, es decir, permanece inerte frente a un hecho dañoso. Para los MAZZEAUD: *una abstención puede ser culpable cuando constituye el incumplimiento de una obligación de obrar,*¹²² con lo se inclinan a que la abstención surja como derecho positivo.

El incumplimiento de una obligación preestablecida presupone un comportamiento, activo o pasivo, por parte del obligado, que forzosamente ha de lesionar el interés activo de la relación obligacional y en sus consecuencias

¹²¹ Ver CISNEROS Farías Germán. *La voluntad en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 17. hace referencia a que en su país México, la jurisprudencia ha establecido sanción a título de dolo la conducta del individuo que delinque en estado de ebriedad voluntaria. Glosa un fallo titulado la embriaguez no releva de responsabilidad si no ha sido producto de un accidente o acto involuntario

¹²² MAZZEAUD Henri y León MAZZEAUD Jean. *Lecciones...* Ob. Cit. Pág. 149

desencadenar el instituto de la responsabilidad.¹²³

El problema surge cuando la ley no dice y la omisión causa perjuicio a otra regla general que impone el deber de actuar con prudencia y diligencia para no dañar a otro.

La tradición romana establece que la omisión sólo dará lugar a la responsabilidad, cuando la ley imponga la obligación de cumplir el hecho omitido; en tanto que la tendencia actual, es sustituir la omisión por una mera obligación jurídica de obrar, entendiéndose por tal, no sólo la que consagra la ley expresamente prevista, sino también la impuesta por la razón, por las costumbres y prácticas de los hombres probos.¹²⁴ Similar definición propone LLERENA, cuando expresa que no es necesario que el mandato de cumplir el hecho omitido estuviera impuesto de una manera expresa por ley, bastando que lo fuese de una manera implícita en la obligación general que se tiene de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas.

La doctrina francesa sigue la tendencia de que la culpa omisiva debe ser calificada tomando en cuenta el comportamiento de un individuo normal, es decir una apreciación in abstracto. La culpa dicen los hermanos MAZEAUD Y TUNC, integra un error de conducta que no habría cometido un individuo cuidadoso y preocupado por sus deberes sociales, colocado en iguales condiciones externas que el demandado.¹²⁵

Avanzando en el concepto de actos omisivos se ha afirmado que las abstenciones o las omisiones legítimas en sí mismas pueden ser culpables, si estuviesen rodeadas de circunstancias características de negligencias o imprudencia;¹²⁶ o en los casos en los que por omisión el sujeto crea un riesgo que luego desea neutralizarlo.¹²⁷

En resumen podemos decir, que mientras los actos positivos prohíben realizar los actos prohibidos por ley; los omisivos, en principio están condicionados a ilícitos omisivos, esto es, la existencia de una obligación legal de ejecutar el acto, posición que fue ampliada a la obligación de actuar cuando así lo exijan la buena fe, la moral o las buenas costumbres, o cuando el sujeto implícitamente estaba obligado a realizar un acto para evitar el daño que pueda sufrir una persona, como consecuencia de su abstención, hay obligación jurídica de obrar, siempre que la abstención implique un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo.¹²⁸

¹²³ PASCAL Estevill Luís. La responsabilidad extracontractual. Ob. Cit. Pág. 510.

¹²⁴ DEMOGUE v III Pág. 434. No. 258, referido por TRIGO Represas Feliz LÓPEZ Mesa Marcelo. *Tratado de Responsabilidad Civil* T. I Pág. 358-359.

¹²⁵ MAZEAUD-TUNC Ob. Cit. T. I. Vol. II Pág. 226 No 540

¹²⁶ SPOTA Alberto. *Responsabilidad de hecho ilícito negativo*. Pág. 70. en igual sentido BUSTAMANTE Alcina. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 113 y SS.

¹²⁷ ver BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 112.

¹²⁸ LLAMBIAS *Obligaciones*. VIII Pág. 628 629. No 221 y *La responsabilidad por abstención*. ED.

Las modificaciones introducidas por la doctrina en los actos omisivos deben ser considerados por el legislador, ya que un sistema cerrado puede generar actos indolentes como el caso citado por BUERES,¹²⁹ en Estados Unidos de Norteamérica, en el caso Osterlind v. Hill, se absolvió al actor, un consumado nadador se sentó a mirar cómo se ahogaba una persona a la que le había alquilado una canoa que se dio la vuelta. El caso dio lugar a que se dictara una ley obligando a auxiliar cuando no hubiera peligro para el rescatador.

1.2.2.2 Acto Ilícito Propiamente Dicho e Ilícito Potencial.

La doctrina hace distinción, entre el acto ilícito propiamente dicho, cuando el agente viola una norma preestablecida, y el acto ilícito potencial, cuando el daño proviene de actos de dependientes, empleados o funcionarios, estudiantes o hijos, hipótesis en los que el principal, el maestro o el padre están igualmente obligados a reparar, aún cuando no hubiesen participado en el acto dañoso.

Unos fundamentan en la culpa del comisionado, ya que ésta coincide con la culpa del comitente, la ley lo sustituye y esa es la fundamentación de la responsabilidad.¹³⁰ En cambio hay quienes consideran que en estos casos existe ilicitud directa por haberse vulnerado la responsabilidad *invigilando*, pero si la culpa fuera del principal, el maestro o de los padres, no debería hablarse de responsabilidad por los hechos ajenos, sino por propia culpa, lo que no es así. Su fundamento, en mi concepto, estaría en la titularidad, en su status jurídico, de tal manera que el propietario o la persona jurídica, sea ésta pública o privada, respondan por los actos de sus dependientes. En el caso de maestros, la responsabilidad surge del traspaso de responsabilidad efectuada por los padres al dejar a sus hijos bajo su cuidado y la de los padres en la patria potestad. Tema que lo analizaremos con mayor detenimiento y profundidad cuando tratemos la responsabilidad por los dependientes.

1.2.2.3 Acto Ilícito de Personas Jurídicas

La responsabilidad civil, pareciera que sólo involucra a la persona física y que sus características estuvieran dirigidas a la responsabilidad individual y personal, con la creencia que sólo éstas pudieran cometer actos ilícitos, concepción fundada en la máxima *las sociedades no pueden delinquir (societas delinquere non potest)* sin embargo, éste principio es de naturaleza penal que al presente está siendo contradicho por corrientes modernas objetivistas; en todo caso, no aplicables al ámbito del derecho civil, en el que las personas jurídicas de derecho público o privado están obligadas a reparar las consecuencias dañosas de sus actos.

Los supuestos de responsabilidad de los entes jurídicos establecidos en su marco legal e integrados a la teoría general de la responsabilidad civil, permiten resolver de modo adecuado y sistemático la problemática dañosa que da lugar a la

48, 667 SS.

¹²⁹ BUERES, Alberto comentario al artículo 1066, referido por el profesor LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General... Ob. Cit. Pág. 106.*

¹³⁰ MAZEAUD Henri León MAZEAUD Jean. *la responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 176-180.

actuación injusta de la persona jurídica. En cuyo estudio resulta de interés, distinguir los supuestos de cada sujeto en su actuación. Admitir como base y guía de conducta *el buen hombre de negocios*; sería inscribir la responsabilidad de la persona jurídica a un sistema subjetivista, que no es precisamente el adecuado ni el correcto. El desarrollo doctrinal de la responsabilidad del principal por los actos dañosos de sus dependientes, funcionarios o representantes legales, atribuye una responsabilidad objetiva, esto es, la persona jurídica, debe responder siempre por los actos dañosos de sus dependientes e independientemente de la valoración subjetiva o culpa de éstos, imputación que sólo tiene relevancia jurídica para efecto de la acción de repetición, en cuyo caso, definitivamente, el factor es subjetivo.

La responsabilidad objetiva de las personas jurídicas, se sustenta en la presunción legal de responsabilidad del principal, del patrón, en consideración a su status. No hay razón para distinguir entre la persona moral y sus agentes. Persona moral y agentes son un mismo ente, de forma tal que la actuación de los agentes es la misma actuación de la persona jurídica, de ahí que la activación pasiva por acto dañoso injusto, recaiga en el ente jurídico sea éste público o privado.

En consecuencia, por todo acto dañoso provocado por los ejecutivos, representantes, administradores, integrantes, funcionarios, dependientes, órganos de control y ejecución, de las personas jurídicas, el ente jurídico es el sujeto pasivo que debe reparar el daño.

Siguiendo esta línea, el concepto de daño antijurídico se erige como fundamento o pilar de toda responsabilidad de la administración pública, apartándola del elemento subjetivo (culpa o dolo), y centrándola en el daño y la víctima. Al respecto es interesante la doctrina española que sostiene la teoría de la objetivación de la responsabilidad Estatal, el fundamento de la responsabilidad lo encuentra en el concepto de lesión o perjuicio antijurídico objetivo, no hace un juicio de valor sobre la conducta del agente productor del daño, se refiere o mira únicamente al daño antijurídico sin importar si la conducta de la administración fuera culposa o no, “la nota de antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”.¹³¹

Para HENAO,¹³² el daño antijurídico se convierte, en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género y sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato” Para el autor, la inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivación de la

¹³¹ Ver GARCÍA de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Ed. Civitas Reedición, Madrid.1984. Pág. 176

¹³² HENAO Pérez, Juan Carlos. *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1964-1990*. Ed. Universidad externa de Colombia. Colombia. 1991. Tom 3 Pág. 801.

responsabilidad; para él siguen presentándose los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta), sólo que el fundamento en todos los casos será el daño antijurídico, pero según cada caso éste puede revelarse como falla del servicio, (presunta o probada), o como daño especial, o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio.

El Estado, como persona jurídica de derecho público, también debe responder por los actos dañosos de sus funcionarios, dicha responsabilidad está vinculada al Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es la de proteger a los gobernados en sus derechos. El Estado como Legislador, Juzgador y Administrador, es responsable y esa responsabilidad constituye un principio rector y por lo tanto, parte integrante del sistema de garantías sociales, en cuyo ámbito cada uno de los poderes del Estado deben cumplir con sus funciones reguladas por la Constitución y las Leyes y otorgar un servicio público eficiente, oportuno y adecuado al ciudadano. Para la doctrina la –responsabilidad– es, innegablemente el concepto correlativo a todo Estado de Derecho e impone la obligación de asumir las consecuencias de un hecho que lesiona un interés o derecho protegido.

El Estado no sólo responde por los actos ilícitos sino, también, por los actos lícitos que provocan daño por el desequilibrio patrimonial originado por actos especiales y anormales que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, verbigracia la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra. Son actos lícitos que al romper el principio de igualdad y equilibrio patrimonial se tornan en actos ilícitos que deben ser reparados.

1.2.2.3 Lesión al Interés Protegido.

La concepción del acto ilícito, como vulneración *del bien jurídico protegido*, es uno de los elementos fundamentales que configura la acción resarcitoria. Ya que un acto ilícito que no cumpla con este presupuesto no será elemento generador de responsabilidad. La postura clásica es *que sólo puede reclamarse el daño de un interés legítimo, entendido éste, como aquel interés protegido o tutelado por la ley.*¹³³“Donde no hay interés, no hay acción”.¹³⁴

Esta premisa coincidente de la doctrina especializada, nos lleva a interrogarnos ¿Cuál es el interés protegido?

La respuesta dada no es uniforme, existen posiciones encontradas con relación al tipo de interés simple y el interés merecedor de tutela jurídica, ya que no todos los intereses son protegidos de igual manera.

El problema de la definición del interés protegido, esto es, la injusticia del daño, conduce a una radical diferenciación entre los ordenamientos basados en cláusulas generales denominadas *atípicas* y los que tienen regulaciones específicas denominadas *típicas*, o sistemas mixtos; sin embargo las diferencias

¹³³ BUSTAMANTE Alcina. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 171.

¹³⁴ MAZEAUD Henri León MAZEAUD Jean. *La responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 59.

suelen ser relativas; así el *common law*, actualmente tiende a un sistema parcialmente abierto “atípico”, con la creación de la norma general y única de los *Torts* (agravios); igual acontece en el sistema alemán, si bien define los bienes sobre los que debe recaer la obligación de reparar: la vida, la salud, la libertad, la propiedad, se abre al incluir *u otros derechos que reparar*. Las investigaciones realizadas dan cuenta que los sistemas del *common law* y alemán tuvieron un sistema cerrado típico, pero ahora van encaminados a una apertura para estar a tono con las exigencias de la modernidad.

El sistema francés sólo establece el principio o norma general, *basta la culpa y el daño*; legislación que incluye *la culpa* como elemento fundamental de la generación del daño, *no hay daño sin culpa*, algunos aclaran, en sentido de que en la culpa es siempre necesario establecer el desconocimiento de un deber o de una obligación impuesta por el orden jurídico. La italiana utiliza la *injusticia* como criterio discrecional de la responsabilidad, característica que lo hace atípico.

La tipicidad del acto ilícito impondría que cada acto ilícito civil esté calificado en forma expresa por la norma legal, en forma similar a lo que acontece en materia penal, de tal manera que sólo podría ser susceptible de responsabilidad el acto enunciado por el legislador, la exigencia de estar a tono con las transformaciones producidas por la alta tecnología impone rápidas transformaciones del derecho, producto de un mundo en el que el desarrollo tecnológico es imprevisible y por lo tanto, encasillar los actos ilícitos civiles implicaría constantes adecuaciones legislativas y al ser estas sumamente lentas, muchas víctimas del daño estarían desprotegidas, razón por la cual, hablar de un sistema típico no sería adecuado menos real, esta mi posición ya fue reconocida por la doctrina argentina.¹³⁵

Los autores argentinos ORGAS, BUERES, LÓPEZ apuntan a una laxitud de la tipicidad, bajo los parámetros de: suave, amplia, permisiva, no en la que se juzgue la ilicitud sólo por violación de la norma expresa, sino también por falta de buena fe o abuso del derecho;¹³⁶ posición que encuentra apoyo en la doctrina que habla de un sistema mixto que combina el sistema típico con el atípico. Una tipificación laxa y permisiva es como tener la puerta semiabierta, considero que el sólo hecho de abrirse la sitúa en un sistema atípico, eso es lo que aconteció con las diferentes legislaciones, que en respuesta a las necesidades actuales dieron un salto de un sistema típico a otro atípico, como sucede con el *common law* y derecho alemán, referidos líneas arriba. Considero que la apertura convierte al sistema en atípico, por ejemplo el sistema alemán, no obstante definir algunos bienes sobre los que debe recaer la obligación de reparar (la vida, la salud, la libertad, la propiedad), se torna atípica, cuando abre la posibilidad a *otros derechos que reparar*. La

¹³⁵ SALVAT Raimundo. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. 2da. Ed. actualizada por Acuña Anzorena. Tea. Buenos Aires 1958. Pág. 18. SEGOVIA Lisandro. *Código Civil de la República Argentina*. Imp. San Pablo Goñi Buenos Aires 1881. Tom. 1Pág. 291-292. BUERES Alberto. *La ilicitud extracontractual*. Ob. Cit. Pág. 37.

¹³⁶ BUERES Alberto. *Comentario del Art. 1066*. Pág. 44. referido por LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 100.

investigación efectuada me permite afirmar que la tendencia de la doctrina moderna va hacia la atipicidad y en mi concepto, repito, cualquier acto de apertura hace que el sistema típico se convierta en atípico.

Para discutir acerca de la tipicidad o atipicidad, ALPA propone la necesidad de efectuar por lo menos tres operaciones, predisponer el reconocimiento de los intereses protegidos por la cláusula normativa general, identificar las técnicas de protección de tales intereses y examinar cuál de estas técnicas se adapta mejor a la naturaleza de nuestro ordenamiento y a la existencia de la praxis.¹³⁷

La primera presupone la multiplicidad de intereses, que permita catalogarlos y cambiarlos de acuerdo a las variaciones de las exigencias y que sean suficientemente flexibles para prevenir una excesiva proliferación de daños resarcibles; pero a la vez capaz de dar ingreso a nuevas situaciones de tutela. Antes de hacer la selección en el campo basado en datos técnicos elaborados es necesario examinar con detalle, el tipo de intereses involucrados y reconstruir una suerte de muestrario a partir de los supuestos que han sido objeto de decisión de los tribunales, en dicho muestreo se rendirá cuenta de nuevos intereses protegidos y de los nuevos supuestos, porque los intereses tradicionales no han sufrido ninguna variación. ALPA, concluye, con este proceder el campo de la responsabilidad civil se vuelve una especie de espejo de la sociedad, son sus tradiciones más antiguas, sus retrasos, sus regresos al pasado y sus fugas hacia el porvenir. La técnica propuesta me parece adecuada para definir la forma de establecer los intereses protegidos, pero en un sistema abierto.

La legislación europea al definir los intereses dignos de protección jurídica, puede seguir algunos caminos:

Es más sencillo para el jurista de Europa continental familiarizarse con las situaciones subjetivas, con una calificación formal de los intereses protegidos. Esta posición es criticada, ya que no todos los supuestos de responsabilidad se presentan en categorías subjetivas y además éstas no se adecuan a experiencias como el *common law* inglés, que no conoce la clasificación continental señalada.

En la práctica se siguen otros criterios, que a decir verdad no pueden encuadrarse en una línea unívoca, ni en modelos conceptuales bien definidos. A veces se hace referencia a la calificación de la víctima (daño al consumidor, al medio ambiente, etc.) otras veces a la profesión del dañador, otras al medio en el cual se provoca el daño (daño por computadoras, daño por información, etc.).

También se puede seguir un criterio de naturaleza sustancial, señalar no tanto el derecho lesionado, sino al bien lesionado objeto del derecho: por ejemplo: lesión a la propiedad, al patrimonio, a la persona, al honor, a la privacidad, al crédito. Recientemente se hace referencia a criterios mixtos.

ALPA expresa: desde la perspectiva de la comparación jurídica, y a fin de identificar áreas comunes de armonización, si no de unificación, es aconsejable

¹³⁷ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 458

utilizar el criterio sustancial, porque la identificación de daños supuestos a través del interés afectado permite no sólo confrontar las teorías, sino también las sentencias, por lo tanto, es más aprovechable en la práctica y menos etéreo en la elaboración conceptual. Conviene, empero, que en el empleo de nuevos criterios ordenadores se proceda con cautela. Por ejemplo, si se introducen los intereses económicos, que tienen interferencia con los casos seleccionados por la doctrina o jurisprudencia, conviene prevenir que se trata de una categoría heterogénea, los intereses económicos están ligados con la propiedad, con los derechos de la personalidad, también contra la integridad física, cuando repercuten en la salud o en la actividad laboral de la víctima. Lo más conveniente es aislarlos o referirse a interferencias con relaciones económicas.

Con este paraguas es posible elaborar un elenco abierto de intereses protegidos en grandes áreas, incluyéndose categorías homogéneas, como las aisladas, sobre la base de cualificación formal de intereses (intereses legítimos, intereses difusos).

La doctrina de la unión europea, apunta a los derechos de la persona, denominados también derechos fundamentales o derechos del hombre, distinguidos por la calificación de inviolables, descritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949, en la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1950, en la Convención de Roma. Propugna la inclusión entre las acciones tutelares el resarcimiento del daño civil extracontractual.

En tanto que otras legislaciones hablan de la regla general de no dañar a otro, se refieren a un derecho subjetivo tutelado por la norma o bien por principios generales del derecho, implícitamente subsumidos en el Ordenamiento Jurídico.¹³⁸ Postura por la que me inclino, acorde a un sistema atípico.

1.2.2.4 Daño.

El elemento fundamental de la responsabilidad civil es el daño, sin este presupuesto no se puede hablar de responsabilidad; la reparación debe ser fundada en el daño o perjuicio provocado por un acto ilícito, de lo contrario no tiene causa ni razón de ser. Teniendo en cuenta la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente, comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado.¹³⁹

La responsabilidad civil extracontractual no es abstracta, tiene por causa al daño si este no existe, entonces, tampoco existe aquella. *Sin daño no hay responsabilidad;*¹⁴⁰ *el daño es el centro de gravedad y el primer elemento de la*

¹³⁸ PASCAL Etevíll Luís. La responsabilidad extracontractual, aquilina o delictual. Ob. Cit. Pág. 525.

¹³⁹ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derechos de las obligaciones*. Ob. Cit. T. IV Pág. 621 No 2461.

¹⁴⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 118. ORGAZ Alfredo *El Daño resarcible*. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1952. Pág. 17.

responsabilidad civil.¹⁴¹ El daño es la lesión al interés protegido, mediante un acto ilícito y éste necesita para configurarse como tal, la presencia del daño, la sola lesión importa resarcimiento.

Efectivamente, el daño o perjuicio utilizado de forma y modo alternativos, tanto en la civilística como en el Código, es sin duda, un presupuesto indeclinable en el ámbito *obligacional* y *extracontractual*. No se concibe que pueda haber una *acción* u omisión culpable o un comportamiento generador de riesgo, como actos humanos atribuibles a un sujeto, si como consecuencia no se ha producido una *minoración* patrimonial o extramatrimonial en la esfera del interés de uno de los *contratantes* o bien *en la de un tercero* con el que no se había sostenido ningún contacto social anterior a la causación lesiva.¹⁴²

*Quien pretende de otro una reparación por los daños que éste le haya causado, debe fundamentar su pretensión en una razón suficiente que lo legitime para ello, de otra manera, su reclamación sería arbitraria y resultaría indigna de protección jurídica.*¹⁴³

Según el diccionario de la Real Academia, daño (*late. damnum*), implica valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados. Dañar (*del lat. damnare*, condenar) causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; conceptos que involucran tanto a daños materiales como a daños morales (psicológicos), sobre cuya base, LÓPEZ precisa el siguiente concepto: *daño es el menoscabo, la pérdida, el mal o el perjuicio que sufre una persona por la lesión en los bienes que componen su patrimonio (materiales o inmateriales) y también la molestia, el dolor o la lesión o mal a los sentimientos y afecciones legítimas.*¹⁴⁴ ORGAS apunta, el daño en sentido jurídico estricto es: *el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material Art. 1068) o bien en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.*¹⁴⁵

La doctrina es coincidente en admitir y sostener que el daño es uno de los requisitos o presupuestos fundamentales para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual, sin este requisito, no tiene razón de ser la reparación o el resarcimiento.

Sin embargo, también, advertimos que estas concepciones confunden el acto humano de menoscabar, provocar pérdida, dolor, malestar, con la conducta vinculada íntimamente al comportamiento o con el ejercicio de una actividad (acto ilícito), con el interés lesionado (daño); en cuyo contexto la noción de daño es considerado como un simple apéndice del comportamiento, sin confrontarla con el interés lesionado, ni con la lesión en sí misma. Siguiendo la concepción analítica

¹⁴¹ ZABALA de Gonzales Matilde. *Análisis doctrinario y jurisprudencial* T 3-A Hammurabi Buenos Aires. 1999. Pág. 96.

¹⁴² PASCAL Estevill Luís. La responsabilidad ... Ob. Cit. Pág. 517-518

¹⁴³ REGLERO CAMPOS, F., Tratado de Responsabilidad Civil Pág. 46 No 4

¹⁴⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General*... Ob. Cit. 119-120

¹⁴⁵ ORGAZ Alfredo el daño resarcible. Ob. Cit. Pág. 39.

del ilícito, el daño es un factor o elemento totalmente distinto, de la lesión del interés, de la culpa o del dolo. Ello explica porque es posible entenderlo como una consecuencia, un efecto y construir y utilizar una noción unitaria del daño. En esta línea el profesor ALPA expresa: según las contribuciones más recientes, *iniuria* indica lo que no es “conforme”, es decir aquello que no es justificado por el derecho y lo que no es conforme es el comportamiento, no su efecto, se trata del “acto” y no del daño.¹⁴⁶

¿Pero qué se entiende por daño? existe polémica sobre su concepción ontológica y jurídica, sobre su ubicación como elemento de la responsabilidad o estructura del ilícito, sobre su relación de causalidad, etc.

Para DE CUPIS el daño no significa más que el acto nocivo o perjudicial, es decir, la minoración o alteración de una situación favorable.¹⁴⁷

VÁZQUEZ acota, el daño es la lesión a un interés jurídico y el interés es el núcleo de la tutela, porque los derechos y los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de los intereses de la persona.¹⁴⁸ En similar sentido ALPA define: daño es la lesión de un interés protegido y se agota en eso.¹⁴⁹ Las definiciones glosadas las hago más, el *daño es la lesión a un interés protegido o tutelado por ley*. La concepción moderna del daño no está ya vinculada al detrimento patrimonial de la víctima, del modo como lo plantea la Ley Aquilia, que surge como protección a la propiedad, sino del interés protegido que puede ser muy diverso, es lógico suponer que dependiendo del bien protegido existan consecuencias de naturaleza económica, así la salud y el honor, no comportan menoscabo patrimonial y sin embargo, son fuente del daño. La cláusula general *daño injusto*, que regula la responsabilidad civil en el derecho boliviano siguiendo a su fuente italiana, involucra los intereses protegidos y por lo tanto, es unívoco el concepto ontológico y jurídico de daño, esto es, *lesión del interés protegido*.

El daño suele recibir diferentes denominaciones, tales como: perjuicios, pérdidas, intereses, agravio, daño moral, etc. todos implican la consecuencia de la alteración de un derecho ajeno digno de interés protegido, cuya vulneración (daño) pone en movimiento la locomotora de la reparación.

1.2.2.4.1 Posiciones Doctrinales Sobre el Daño.

Las características de la noción de daño en la práctica de la comunidad europea, presuponen nociones y detalles a la categoría de daños que hunden sus raíces en la experiencia del *common law*. Es en este punto donde se abre la discusión sobre la naturaleza del daño. La premisa básica es que no existe responsabilidad en sí, sino una responsabilidad por algo, es decir por el daño, en consecuencia la responsabilidad depende del tipo de daño causado. El *common law*, opina de

¹⁴⁶ ALPA Guido. Nuevo Tratado de la Responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 69

¹⁴⁷ DE CUPIS Adriano. *El daño...* Ob.Cit. Pág. 81.

¹⁴⁸ VÁZQUEZ Ferreyra Roberto. *Responsabilidad por daño. Elementos*. Desalma. Buenos Aires. 1993. Pág. 174,

¹⁴⁹ ALPA Guido. *Nuevo Tratado de la...* Ob. Cit. Pág. 773

diferente manera, involucra valoraciones de hecho y no de derecho, las funciones del daño están relacionadas a los *torts*, y por lo tanto la violación de un interés protegido y sancionable, incluso si no existiera daño puede existir un *torts* accionable por sí mismo.¹⁵⁰

En el mismo camino, la legislación europea ha acentuado cada vez más la tendencia de la responsabilidad por la sola lesión del interés, sin que sea necesaria la demostración del daño efectivo, esto no en todos los casos sino en el llamado daño biológico, daño a la salud y lesión de los derechos de la personalidad. Pero en el sistema del *common law* la lesión en sí da lugar al resarcimiento nominal, porque el daño que provoca es nominal; en este sistema hay una variada categorización de daño: general, especial, punible (utilizado como represión penal), se habla de retributivo, indicativo y ejemplar daño. Existe discusión y oposición para mantener ésta última categoría.

La concepción europea de rescatar y dar realce al daño biológico, debería ser adoptada por las diferentes legislaciones, ya que la salud, la vida, la integridad física, moral y psicológica del ser humano, constituyen el valor mayor que tiene el hombre y como tal, la imposición de perjuicios por su sola vulneración humaniza el derecho.

1.2.2.4.2 Presupuestos de Certeza del Daño

La doctrina especializada ha establecido como principio general, que el daño por sí mismo no genera derecho al resarcimiento, sino que éste debe cumplir ciertos presupuestos, tales como la certeza. La doctrina y la jurisprudencia han declarado en forma uniforme que para que el daño sea resarcible *debe ser cierto*.¹⁵¹

El daño debe ser cierto, antítesis de lo puramente hipotético, eventual o conjetural, debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma cuando se trata de daño actual; o suficiente probabilidad de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio, ya en alguna medida existente, esto en la hipótesis del daño futuro.¹⁵²

En el mismo sentido; *daño cierto equivale a daño existente, a daño no imaginario y*

¹⁵⁰ DÍAS y MARKSINIS. *tort law*. Referido por ALPA Ob. Cit. Pág. 776. CONCEPCIÓN Rodríguez José. *Derecho de Daños*. Bosch. Barcelona 1999. Pág. 73. SANTOS Briz Jaime. *La responsabilidad civil*. 7ma. Ed. Montecorvo. Madrid. 1993. Pág. 152. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso del derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 118.

¹⁵¹ DE CUPIS Adriano. *El daño...* Ob. Cit. Pág. 254 y ss. SALVAT. *Tratados fuentes de las obligaciones*. Ob. Cit. t. IV Pág. 77 No 2729. LÓPEZ Curso de derechos de las obligaciones. Ob. Cit. T I Pág. 188. VICENTE Domingo Elena el daño en lecciones de responsabilidad civil. Pág. 72. CONCEPCIÓN Rodríguez José. *derecho de daños*. Bosch. Barcelona 1999. Pág. 73.

¹⁵² JOSSERAND. Ob. Cit. Tom. II. Vol. I. Pág. 327 SS. MAZEAUD-TUC. Ob. Cit. Tom. I. Vol. I Pág. 301 No 216. ALTERINI Amelia. LÓPEZ Cabana. Ob. Cit. Vol. I Pág. 226 No 487 y Pág. 269 No 594. BUSTAMANTE Alcina Ob. Cit. Pág. 125 No 324. MOSSET Iturraspe. Ob. Ci. v. I Pág. 147. DE CUPIS Adriano Ob. Cit. v. I. Pág. 265 No 39.

*que tiene consistencia. En definitiva, a daño que se puede probar.*¹⁵³

El daño futuro o meramente eventual no es resarcible. Pero el confín entre el daño virtual (resarcible) y el daño eventual (no resarcible) es extremadamente débil, se refiere más al grado que a la naturaleza del daño.¹⁵⁴

El daño no puede ser una hipótesis, una conjetura o una fantasía de la víctima, debe surgir previsiblemente de la actuación dañosa o lo que es lo mismo, debe guardar relación de causalidad.

El problema surge en cuanto a los daños que aún no se han manifestado pero que se sabe que ocurrirán, tal el caso de una persona que debe someterse a un tratamiento o una intervención quirúrgica para curar una lesión provocada; si bien no se conoce la magnitud del daño sin embargo, se tiene certeza sobre la existencia de éste. En algunos casos habrá certeza absoluta, como el caso de la víctima que tiene las facturas de lo pagado por la reparación del daño. En otros habrá certeza relativa, pero suficiente, como cuando se estiman los que normalmente acostumbran suceder. Finalmente, también es daño cierto la pérdida de una oportunidad o chance.¹⁵⁵

La certidumbre debe darse por la existencia misma del daño, puede ser presente o futuro, es decir, el daño existe, de lo que no se tiene precisión es del valor. El monto del perjuicio si no es posible determinarlo en sentencia, se lo puede hacer con posterioridad a ésta. La certeza del daño debe ser probada para ordenarse su resarcimiento, pudiendo deferirse para más adelante la determinación de la cuantía.

Otro presupuesto señalado por la doctrina, es la subsistencia del daño, debe subsistir al momento de su reparación; *no debe haber desaparecido en el momento en el que debe ser resarcido.*¹⁵⁶

Esta aseveración, un tanto confusa, ha generado diferentes criterios no siempre precisos y claros; podría llevar a interpretaciones erróneas, como pretender que el bien dañado permanezca en esa situación hasta su reparación,¹⁵⁷ lo que no es lógico, ni económicamente práctico.

Pero qué sucedería si el propio damnificado reparara el daño, o si ésta reparación lo hiciera un tercero por él; incluso en estos casos el daño persiste, en el primer caso el damnificado ya no solicitará que el vehículo dañado sea reparado sino, que el pago del importe que significó su reparación le sea devuelto. En caso de que hubiera sido un tercero el que reparó el daño, éste por efecto de la

¹⁵³ VICENTE Domingo Elena. El daño. Lecciones de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 72.

¹⁵⁴ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 779. Cfr. LE TORNEAU J.C.P. 1970. 16. Pág. 456.

¹⁵⁵ LÓPEZ Herrera Edgardo. Teoría General... Ob. Cit. Pág. 127.LLAMBIAS. Ob. Cit. Vol. I. Pág. 277 No 247 b.

¹⁵⁶ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Teoría... Ob.Cit. Pág. 147. No. 328.

¹⁵⁷ MAZEAUD-TUNC Ob.Cit. Tom. I Vol. I Pág. 327 No. 232. MAZEAUD Henri León. *Lecciones De derecho Civil*. Trad. Luís Alcalá Zamora Castillo. EJEA. Buenos Aires. Parte II Vol. II Pág. 62 No 413.ALTERINI AMEAL-LÓPEZ-CABANA. *Curso...* Ob. Cit. Pág. 270 No 596.

subrogación adquiere todos los derechos del damnificado para demandar el pago del dinero que costó la reparación, tal como sucede con los seguros que se subrogan los derechos de sus asegurados para exigir la repetición.

Parece obvio y así lo considero, que el daño sólo podría desaparecer por la reparación o resarcimiento por parte del dañador, sea restituyendo el bien dañado a su estado original o pagando una indemnización, en cuyo caso el damnificado no tiene acción, y se puede hablar de la no subsistencia del daño, caso contrario no.

Sin embargo, han habido posturas que no obstante de compartir la posición referida, no son claras, así LLAMBÍAS afirma: *que un daño que ha desaparecido o ha sido compensado, ya no existe como actual;*¹⁵⁸ podría considerarse, por tanto que no se indemniza, lo que no sería justo, ya que si el propietario usa su propio dinero para reparar el daño provocado por el dañador, el daño a su patrimonio subsiste y éste debe ser reparado, esta vez, ya no restituyendo el bien a su estado original, sino tomando en cuenta el monto de su reparación. En este punto, considero que se deben tener en cuenta dos aspectos: primero que la restitución del importe pagado por la reparación tenga el mismo valor adquisitivo del momento del pago, mediante una operación de indexación y segundo, deben incluirse los intereses que hubiese ganado dicho dinero de permanecer en la cuenta de ahorro del damnificado; posiciones contrarias estarían dañando un principio básico de la responsabilidad civil, esto es, poner el patrimonio del damnificado en el mismo estado en el que se habría encontrado si no hubiese mediado el evento lesivo.

En el caso de reparación por la víctima, el pago de intereses lo considero legítimo, justo y justificado, no sólo por el hecho, de que el dinero usado para reparar el daño le impida a la víctima, sin justificación alguna, percibir intereses que lo recibiría de permanecer dicho dinero en su cuenta de ahorro; sino por el hecho de que la reparación disminuye considerablemente el lucro cesante, aspecto que sin duda favorece al dañador, toda vez que al haber sido reparado el bien éste tan sólo pagará una suma mínima, que es la que recibiría la víctima, de estar su dinero en una cuenta de ahorro. Así si se tratara de un taxi, su inmovilización como consecuencia del daño generaría lucro cesante, y éste, seguramente sería mucho mayor que los intereses de la cuenta de ahorro; de igual manera, si se tratara de un daño físico, y como consecuencia de éste la víctima estaría impedida de trabajar, y así cualquiera sea el daño, ya que todo bien cumple una función de utilidad para su titular y el impedimento como consecuencia del daño, debe ser reparado. ORGAS, rectificando su posición contraria, admite esta tesis.¹⁵⁹

Algunos autores, incluyen como presupuesto del daño la legitimidad, propugnan que el derecho lesionado debe ser legítimo, jurídicamente protegido y no cualquier

¹⁵⁸ LLAMBÍAS. *Obligaciones* Ob. Cit. Vol. I Pág. 277 No 247-b.

¹⁵⁹ ORGAZ Alfredo. *Los intereses en los daños y perjuicios*, En nuevos estudios de derecho civil. Ameba. Buenos Aires 1954 Pág. 421 No 18

interés de hecho, si bien sobre el interés protegido me he referido en forma amplia, será importante responder a la pregunta ¿qué es un interés legítimo?

Se distinguen dos tipos de interés, uno económico, patrimonial y otro moral.

En ausencia de reglas positivas precisas la jurisprudencia francesa, ha construido un haz de criterios de referencia. Todo perjuicio descrito en término de lucro cesante o daño emergente que lesione el patrimonio es considerado resarcible, tal es el caso de la pérdida o deterioro del bien. Esta legislación establece que el daño aparte de ser personal, también puede ser colectivo, se trata de una reciente evolución de la materia que encuentra su homólogo en Italia, sobre la naturaleza resarcible del daño por lesión a intereses difusos o en la naturaleza del daño social que afecta a la sociedad. Así se conoce el daño sufrido por una comunidad de vecinos de trabajadores, de copropietarios de inmuebles, de miembros de una categoría profesional, de un grupo de asociados o ciudadanos.¹⁶⁰

La experiencia alemana si bien sigue a la legislación francesa, su régimen es muy preciso y enuncia el criterio general y abstracto que *el daño tiene que ser resarcido*, resarcimiento que involucra a todos los derechos subjetivos dentro de cuya categoría, también está los derechos colectivos.

1.2.2.4.3 Clases de Daño.

La materia especializada ha efectuado una primera y general distinción entre daño patrimonial o material y daño extrapatrimonial, denominado también moral, a partir de ésta distinción surgen otros tipos o clases de daño que pueden ubicarse en una u otra categoría general.

El daño en sentido amplio es la lesión a intereses amparados por Ley, cuyo efecto se expresa en el detrimento económico, denominado daño patrimonial o en la lesión a afecciones legítimas de los derechos inherentes a la personalidad, tales como el honor, la intimidad, el nombre, la vida de relación, ubicado dentro del daño moral o extrapatrimonial.

1.2.2.4.3.1 Daño Patrimonial

El daño patrimonial, es el que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial; son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado, cuando el daño se ha causado.¹⁶¹ El término patrimonial vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio.¹⁶²

Para VICENTE,¹⁶³ el daño patrimonial debe reunir los siguientes presupuestos:

- Un sujeto titular de un patrimonio. – posibilidad de traducir el daño en dinero.

¹⁶⁰ VINEY. Ob. Cit. Pág. 360

¹⁶¹ VICENTE Domingo Elena. *El daño en el tratado de responsabilidad civil*. Dirigido por Fernando REGLERO Campos. Aranzadi, Navarra. 2002 Pág. 217.

¹⁶² ZANNONI E. *El daño en la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 59 No 20.

¹⁶³ VICENTE Domingo Elena. *El daño ...* Ob. Cit. Pág. 74

- que exista nexo causal. Sólo al titular de un patrimonio, se le puede infligir un daño material y en consecuencia sólo el titular del derecho puede demandar el resarcimiento.

Cuando se trata de bienes que están en el mercado, esto es, que tienen un valor económico, es fácil definir el resarcimiento pecuniario, frente a la imposibilidad de restituir el bien a su estado original, la indemnización resarcitoria cumple una función reparadora.

Finalmente, debe haber una relación exacta del nexo causal entre el acto ilícito y los daños y perjuicios. La Ley 21.3 del título 1º del libro 19 del Digesto, parece excluir que la relevancia jurídica se pueda extender al daño mediato o indirecto. Es cierto que el nexo de causalidad no puede ni debe confundirse con una relación secuencial cualquiera, ello propiciaría aquella simplísima conclusión, que sostenía que el que es causa de la causa lo es del mal causado.¹⁶⁴ DE CUPIS, advierte que junto al texto citado (D. 19.1.21.3) en el que se presume la limitación constituida por el criterio de la regularidad causal, se han aducido otros para demostrar la relevancia de los daños mediatos e indirectos además de los inmediatos y directos, Digesto 9, 2,22. Pr.;9,2,23, Pr.;9,2,30,3; 19,1,13, Pr.; y 19,2,1.¹⁶⁵

Siguiendo el análisis precedente, coincido con DE CUPIS, en la aplicabilidad de la teoría de la equivalencia de las causas en toda su rigidez, en los daños directos e inmediatos y en la responsabilidad de aquellos otros daños que en rigor, sólo son la consecuencia mediata e indirecta; de manera que la pretensión se extienda hasta los últimos efectos y no se salga de la serie normal o regular, o en otra forma ordinaria de consecuencialidad del que ha dado inicio al primer evento.¹⁶⁶ Algunas legislaciones antes que al nexo causal se refieren a la previsibilidad.

La doctrina especializada, ha establecido que el daño patrimonial es directo, cuando afecta cosas del patrimonio de la víctima y es indirecto cuando afecta a la integridad de la persona, ya que la integridad de la persona no es patrimonial en cuanto tal, sin embargo, el daño a la persona puede significar una pérdida patrimonial indirecta, por ejemplo el impedimento en su actividad laboral (lucro cesante), gastos de curación, hospitalización, medicinas, radiografías, honorarios médicos, etc. (daño emergente). De donde se tiene dos especies de perjuicios patrimoniales, el daño emergente y el lucro cesante. En los diferentes ordenamientos legales se lee: *la indemnización de los daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que el acreedor haya sufrido, sino también la ganancia que haya dejado de obtener*; principio que busca el equilibrio patrimonial, que la víctima quede indemne de los efectos dañosos.

En el daño emergente hay un empobrecimiento y en el lucro cesante existe la

¹⁶⁴ PASCAL Estevill Luís. *La responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. 533

¹⁶⁵ DE CUPIS Adriano. *El daño. Teoría...* Ob. Cit. Pág. 251 a 252. El citado autor que lar eferencia de estos textos lo hace Windscheid, en Pandectas. Trad. italiana Vol. II. Parte I Pág. 42 No 12.

¹⁶⁶ BARBERO Domenico. *Sistemas de derecho privado*. Trad. española de Sentis Melendro. Buenos Aires. 1967 Pág. 535-536.

frustración de un enriquecimiento legítimo.¹⁶⁷ *Si dicho suceso sustrae de la esfera del perjudicado los bienes o derechos que éste poseía se habrá producido un caso de daño emergente. En cuanto aquél impida que nuevos elementos o nuevas utilidades se adquieran y disfruten por el perjudicado se estará ante una situación de lucro cesante.*¹⁶⁸

Entonces, como *daño emergente* se debe entender en forma general el empobrecimiento del patrimonio, la disminución de valores económicos debido a gastos imprevistos que deben efectuarse como consecuencia del daño recibido, aspecto cuantificable, se trate de un detrimento o desembolso efectivo.

El daño emergente, refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y los gastos en los que se hubiera incurrido con ocasión del perjuicio. Son los gastos producidos o que se hayan causado como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado o -un tercero- tienen que asumir. Al tratarse de desembolsos efectivamente realizados es el rubro que en mayor medida cumple con el requisito de certeza del daño resarcible.¹⁶⁹

Al referirse al límite de su reparación, VICENTE señala: *no basta que estos daños se prueben, sino además, han de quedar justificados en el contexto en el que el daño se ha producido, no pudiendo el perjudicado aprovechar la situación para incurrir en mejoras o gastos excesivos.*¹⁷⁰ El autor, refiere la estricta equivalencia que debe existir entre el daño infligido y la reparación.

La responsabilidad civil busca restablecer el equilibrio patrimonial en forma equitativa, con una relación estrecha de dependencia, entre los daños o perjuicios causados con la indemnización. Considero que el *daño emergente*, guarda una relación matemática, indemnización = gastos provocados por el daño, relación exacta y lógica entre el acto dañoso y el importe de la indemnización, el que sólo podría variar por la aplicación de la indexación, que también es matemática, pero manteniendo siempre el valor equitativo.

El *lucro cesante*, es la pérdida de enriquecimiento patrimonial previsto, si un sujeto como efecto del daño se ve privado de realizar su actividad económica, en forma indirecta se le está impidiendo percibir ingresos, que de estar en una situación normal los tendría, lo que conlleva el empobrecimiento injustificado provocado por el daño infligido a su persona. Así el daño a un taxi, impide al taxista ejercer su actividad económica. En este caso el daño directo es el provocado en el taxi, que como efecto del impacto quedó fuera de circulación, cuya reparación debe ser pagada por el dañador y daño indirecto, la imposibilidad de usar el vehículo, impedir que la víctima pueda realizar su actividad económica y con ella recibir un ingreso, a esta se la denomina lucro cesante.

El lucro cesante se configura como la ganancia dejada de obtener, o la pérdida de

¹⁶⁷ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 45.

¹⁶⁸ PASCAL Estevill Luís. *La responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. ⁵²³

¹⁶⁹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 220. No 60.

¹⁷⁰ *Ibidem.* Ob. Cit. Pág. 221. No 64.

ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo.¹⁷¹

Se trata, en consecuencia, de las ganancias concretas de las que se vio privado el damnificado como consecuencia del daño, delimitado por un juicio de probabilidades objetivas que emanen del curso normal de las cosas, en el ejemplo del taxista, el lucro cesante será determinado del análisis de probabilidades de ingresos diarios que podría ser in concreto sobre la base de depósitos bancarios diarios efectuados con el producto de dicha actividad o in abstracto considerando el ingreso diario de cualquier taxista. En todo caso el lucro cesante debe ser cierto no puede ser hipotético o eventual y además debe ser demostrable.

De lo que se trata, es que las ganancias que se invocan como pérdidas por causa de tal o cual comportamiento humano, productor del daño, sean razonablemente posibles, que no se cimienten en ilusorias esperanzas, es necesario atender a la génesis del perjuicio ulterior al daño emergente que pueda darse, incluso, con independencia del *id quod interest*. Y es por ello que el llamado *lucro cesante*, que se dice frustrado, resulta de más difícil comprensión cuando éste no presenta las características de *verosimilitud*.¹⁷²

El *lucrum cesans* a diferencia del *damnum emergens*, participa de todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios, lo que hace que para su apreciación reclame de una prueba razonable, acerca de lo que hubiera podido ser el verdadero *lucro* dejado de percibir, por causa de la eventualidad perjudicial.¹⁷³

En el *lucro cesante* está comprendida la incapacidad que puede sufrir una persona como consecuencia de un accidente. El resarcimiento por incapacidad temporal o permanente absorbe el lucro cesante. Al ponderar la incapacidad se computan los posibles ingresos frustrados. En mi concepto la incapacidad es un rubro indemnizable por sí mismo dentro del daño emergente. La incapacidad permanente (sea para las actividades laborales o para la vida de relación) debe ser resarcida, aunque la víctima no haya dejado de ganar, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable en correlación con el chance frustrado. La jurisprudencia argentina, apunta este aspecto: *La disminución en las aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, deben ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física, tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico cultural y social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.*¹⁷⁴ Concepto, íntimamente relacionado con la autonomía del daño biológico.

DE CUPIS relaciona el *damnum emergens* y *lucrum cesans*, con los daños

¹⁷¹ Ibídem. Ob. Cit. Pág. 222.

¹⁷² PASCAL Etevíll Luís. *La responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. 523.

¹⁷³ Ibídem. Pág. 523.

¹⁷⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cot. Pág. 129

presentes y futuros, afirma el *lucrum cesans* puede ser presente o futuro, por lo general tal daño es presente actual, respecto al momento en el que se aprecia, pero puede suceder que el interés objeto del daño integre una expectativa jurídica de atribución, de una persona en el momento en el que se causa el daño sin que tal daño tenga lugar ni en el instante en el que se produjo, ni en el del juicio, por lo que se tendrá un *daño emergente futuro*, lo ejemplifica con una epidemia de un rebaño atribuible a un sujeto, puede ocurrir que el daño exista en el momento del juicio o que tal epidemia esté en incubación o no se sepa con certeza de los animales que han sido afectados, por lo que se tenga que considerar el daño en todo o en parte futuro.¹⁷⁵

Los daños a la persona, considero que tienen identidad propia, son autónomos, la legislación italiana los denomina daño biológico, sólo que dentro de este concepto yo incluiría al daño físico, daño psicológico, daño estético y daño contra la personalidad (difamación, injurias, daño a la intimidad, al nombre, etc.), ya que la persona integra una unidad; aspectos a los que me referiré y fundamentaré cuando trate el daño a la persona y daño biológico (punto 1.2.5.4.3.3).

1.2.2.4.3.2 Pérdida de Chance.

La pérdida de chance u oportunidad de ganancia, consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien material o inmaterial. Se trata de la llamada *perte d'un chance*, definida por la doctrina francesa como la *desaparición de la posibilidad de un suceso favorable* o pérdida de oportunidad de obtener una ganancia, la que tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido.¹⁷⁶

Todo chance es un interés legítimo, es decir protegido por ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que como tal tiene certeza, y si aquella expectativa se realiza se obtiene la ganancia esperada. En cambio si la posibilidad se frustra, existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa y que constituiría un derecho subjetivo potencial, el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico que de aquella esperaba.¹⁷⁷

Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de un chance, en una probabilidad, existen a la vez -es decir coexisten- un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza que de no mediar el evento dañoso -trátese de un hecho o acto jurídico o de un incumplimiento contractual- el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; pero a la par, incertidumbre, ya que de mantenerse la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la

¹⁷⁵ DE CUPIS. *El daño...* Ob. Cit. Pág. 321 – 322.

¹⁷⁶ VICENTE Domingo Elena. *El daño...* Ob. Cit. Pág. 78.

¹⁷⁷ BUSTAMANTE Alcina Jorge. La indemnización por pérdida de chance y el resarcimiento del daño por moral e incumplimiento contractual. La Ley. Argentiniana 1989-D-291.

chance, la ganancia en realidad se habría obtenido o la pérdida se la habría evitado.¹⁷⁸

Haciendo una relación entre daño emergente, lucro cesante y chance, observamos que el daño emergente tiene certeza absoluta, se trata de un menoscabo tangible que guarda relación aritmética. El lucro cesante, si bien tiene certeza que el daño se producirá, sin embargo, se funda en un juicio de probabilidades, por lo que la certeza está en un grado inferior al del daño emergente. En cuanto a la pérdida de chance, se basa también, en un juicio de probabilidades, pero mucho más flexible que el lucro cesante, pese a existir incertidumbre sobre si ocurrirá es un daño cierto,¹⁷⁹ claro está que requiere un seguro grado de certeza, ya que el chance como mera expectativa no es indemnizable, debe tener un grado de certeza, que conforme al orden natural, al curso ordinario de las cosas, tenga posibilidades serias de concretarse.

La pérdida de chance tiene origen en el derecho francés. En la legislación italiana, tuvo influencia decidida la opinión de que el chance no tenía valor de mercado y que el área del daño resarcible no puede ser excesivamente amplio, sin embargo, otro sector de la doctrina ha mostrado cierta apertura con relación a la posición clásica, asocia esta problemática con la causalidad jurídica utilizada en la responsabilidad profesional. Pero principalmente en la contratación de personal, verbigracia, una vez vencido el examen escrito, no se le toma el oral, con lo que no sólo éste perdió un resultado sino la posibilidad de conseguir el trabajo y dicha posibilidad ya había ingresado a su patrimonio, de tal manera que el resultado incierto queda transformado en perjuicio cierto, desvinculado del criterio probabilístico, porque el chance deviene de un elemento del patrimonio. En el *common law* también es conocido y tiene un uso muy variado.¹⁸⁰

En la mayoría de los países no se encuentra legislado, sin embargo, fue admitido, sobre la base doctrinal y jurisprudencial siguiendo la influencia francesa.

Opino, que esta figura debe ser considerada e incluida dentro del ordenamiento legal, ya que constituye una de las clases de daño patrimonial, claro está condicionado a que sea suficientemente previsible y que concurren elementos que permitan conducir a una lógica y natural conclusión de que en situaciones normales se habría tenido la posibilidad cierta de obtener una ganancia, mejorar el patrimonio o impedir la pérdida patrimonial.

1.2.2.4.3.3 Daño Moral

Como diagnóstico preliminar, me corresponde apuntar que éste es uno de los temas más controvertidos, existen posiciones encontradas sobre si los daños morales deben ser resarcidos o no y sobre sus diversas figuras. En unos sistemas

¹⁷⁸ ZANNONI. *El daño en la responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. 76 No 24

¹⁷⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 138. PIZARRO Ramón D.- VALLESPINOS Carlos G. *Obligaciones*. Hammurabi Buenos Aires. 1999. Ton. II Pág. 653 No 539.

¹⁸⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 138

la incluyen en el daño patrimonial; en tanto que en otros en el daño no patrimonial; la incertidumbre se multiplica porque la valoración del daño es altamente discrecional.

SAVIGNY, consideraba la no reparabilidad del daño moral, decía al respecto: *los bienes ideales están fuera del comercio, son inajenables e inembargables, y no pueden ser objeto de obligaciones. Nadie negocia sobre su honor, su salud, comodidad, afectos, etcétera; y si se pacta algo sobre ellos, podría incumplirse impunemente, puesto que el titular del derecho no podría obtener por vía compulsiva el cumplimiento de algo puramente moral o intelectual.*¹⁸¹

Contra poniéndose a esta postura, otro gran maestro del derecho IHERING, se pronunció afirmativamente; cualquier interés así sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; no hay razón para dejar sin reparar al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El peculio no siempre cumple una función de equivalencia, esta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos, cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras, que la distraigan y le hagan olvidar o mitigar los padecimientos sufridos.

En el mismo sentido, DE CUPIS Adriano,¹⁸² expresa a una sociedad mercantil o institución benéfica puede alcanzar un perjuicio no patrimonial, verbigracia por una campaña difamatoria convenientemente organizada. Y siempre que el daño moral comprenda no sólo los dolores físicos y padecimientos anímicos o psicológicos, sino también las ofensas al buen nombre y reputación.

Los argumentos que se oponen al resarcimiento del daño moral están sustentados en dos postulados, por una parte en la dificultad práctica para estimar el daño moral, porque sería imposible medir y cuantificarlo y en la calificación de inmoral, sería inmoral pensar en el dolor sufrido con el valor del dolor en dinero.¹⁸³

La fundamentación de la reparación del daño moral fue evolucionando desde una concepción punitiva,¹⁸⁴ sanción ejemplar, a una función satisfactoria y reparatoria, eminentemente resarcitoria.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia moderna, considera que el dolor experimentado por la víctima debe ser compensado en dinero; la indemnización asignada por concepto de daño moral a la víctima directa o indirecta, no tiene carácter de sanción -en el sentido de pena privada- sino un carácter satisfactorio o

¹⁸¹ SAVIGNY Federico Carlos de. *Le droit des obligations*. Ed. A. Durand- P. Lauriel. Paris 1873. Tom. I. Pág. 21 SS.

¹⁸² DE CUPIS, Adriano. *El Daño, Teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana por Ángel Martínez Carrión. Bosch. Barcelona. 1975. Pág. 578.

¹⁸³ ALTERINI Atilio. ÁMELA Oscar, LÓPEZ Cabaña Roberto M. *Derecho de obligaciones*. Ob.Cit. Pág. 301. No. 660.

¹⁸⁴ LLAMBIAS. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 335

resarcitorio.¹⁸⁵

Otra tendencia doctrinal propone una vía intermedia. El criterio para establecer el daño moral, tiene un doble carácter, es decir, el resarcimiento cumple una función ejemplar y se impone al responsable a título punitivo, como también tiene un carácter resarcitorio y con ello se trata de proporcionar a la víctima una compensación por haber sido injustamente herida en sus íntimas afecciones.¹⁸⁶ Puesto en crisis los fundamentos de la tesis punitiva, el criterio resarcitorio centra la cuestión -como corresponde- en el menoscabo experimentado por la víctima, es el que prima absolutamente en la actualidad.¹⁸⁷

Se debe destacar que la evolución del concepto de reparación del daño, bajo un concepto resarcitorio conduce a una concepción más integradora de la persona y apoya la tesis en sentido de que el daño a la persona en todas sus dimensiones (física, psíquica, personalidad, estética, etc.) debe ser tratado en forma integral y bajo el concepto de daño biológico.

1.2.2.4.3.3.1 Concepto de Daño Moral

La doctrina especializada considera que el daño moral, en general, es entendido como el agravio producido por la violación de derechos subjetivos que protegen a la persona en su vida, integridad física y psíquica, salud, libertad, privacidad, nombre, honor, etc.

Existen diferentes criterios para explicar el daño moral y diferenciarlo del patrimonial, para algunos sectores, se expresa en el derecho lesionado, sustentan que el daño moral es aquel que tiene en cuenta la naturaleza *del derecho lesionado*;¹⁸⁸ de tal manera que la calificación de extrapatrimonial guarda relación con el tipo de derecho lesionado. Esta tesis si bien en principio, puede servir para distinguirla del patrimonial, sin embargo, no explica por qué en alguna circunstancia un derecho extrapatrimonial puede generar daños económicos. Por ejemplo las injurias pertenecen al daño extrapatrimonial, después de acaecido el hecho la víctima no ha tenido ningún detrimento en su patrimonio; sin embargo, el disgusto pudo haberle provocado un infarto que conlleva gastos de atención médica, internación, terapia intensiva, medicación, honorarios médicos, etc. que importan un daño emergente y por lo tanto un daño económico.

Para otra de las tesis propuestas es el interés lesionado, sector para el que el daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien que irroga una lesión a un

¹⁸⁵ BORDA *Tratado de obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 158 SS. BREBBIA. *El daño moral*. Ob. Cit. Pág. 79 ss. No 27 y Pág. 201 No 93. MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Tom. I. Pág. 263. No 103 y Tom. IV Pág. 177 No 63. ORGAZ Ob. Cit. Pág. 227 No 56. MAZEAUD TUNC. Ob. Cit. Tom. I Vol. I Pág. 438 No 313. PLANIOL RIPERT ESMEIN. Ob. Cit. Tom. VI Pág. 757 SS. No 546. FISCHER *Los daños civiles*. Ob. Cit. Pág. 27 No 22. ANDORNO Luís. *Legitimación*. La Ley. Argentina 1998. Pág. 193.

¹⁸⁶ SANTOS Briz. *Derecho de daños*. Ob. Cit. Pág. 147 SS. ZANNONI. Ob. Cit. Pág. 325 SS.

¹⁸⁷ BORDA. *Tratado de derecho civil obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I No 172. BREBBIA. *El daño moral*. 2da Edición. Rosario. No 48.

¹⁸⁸ LAZARTE Álvarez Carlos. *Principios de derecho civil*. Trivium. Ton. 2. Madrid. 1998. Pág. 333.

interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial.¹⁸⁹ Teoría criticada por PIZARRO, por la discrepancia en torno a qué es interés.

En igual sentido, con una posición positivista y típica, ZANNONI, opina que el derecho no resarce cualquier dolor, humillación o padecimiento, sino aquellos que provengan o deriven de la privación de un bien jurídico, sobre el que el padecimiento o aflicción tenía un interés reconocido jurídicamente. Lo que define el daño moral no es el dolor o padecimiento, pues éstos serán resarcibles sólo a condición de que resulten de la lesión de la facultad de actuar que impida o frustre la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima por el ordenamiento jurídico.¹⁹⁰

DE ÁNGEL demarca, daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma a los que suelen llamarse derechos de la personalidad o extra patrimoniales.¹⁹¹

La crítica a las concepciones glosadas, giran en torno a que no todo daño a la personalidad es de naturaleza extramatrimonial, puede que sea más bien patrimonial.

Por último se trata de explicar el daño moral con la tesis del resultado o repercusión de la lesión, quienes la sustentan expresan: Ya no se identifica con la sola lesión de un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial o de un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la *consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión*. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es éste último.¹⁹²

En similar sentido ORGAZ, considera que para definir el daño moral no debe atenerse a la índole de los derechos afectados por el ilícito, sino a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica. Si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño patrimonial o material, cualquiera sea la naturaleza patrimonial o no del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial.¹⁹³ Persisten con la diferenciación de patrimonial o no patrimonial.

Otra corriente doctrinal, con una visión más amplia y sin catalogarla como patrimonial o no,¹⁹⁴ considera que el daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos *personalísimos* o de la *personalidad*, que protegen como

¹⁸⁹ BUERES Alberto. *Derecho civil*. conferencia en las II jornadas Sanjuaninas. 1984.

¹⁹⁰ ZANNONI Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires. 1982. Pág. 234.

¹⁹¹ DE ÁNGEL Yagüez Ricardo. *La responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 224.

¹⁹² PIZARRO Ramón D. *Daño moral*. Ob. Cit. Pág. 46.

¹⁹³ ORGAS Alfredo. *El daño resarcible*. Ob. Cit. Pág. 222-224, especialmente punto 223 puntos b).

¹⁹⁴ ADORNO Luís. *Legitimación activa, daño moral indirecto*. La Ley 1998. Pág. 194. BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 167. . No 319. VÁSQUEZ Ferreyra Roberto. *Responsabilidad por daños...* Ob. Cit. Pág. 182 No 6-B. SANTOS Briz Jaime. *Derecho de daños*. Ed. Revista de derecho privado. Madrid 1963. Pág. 122. No 2-A. MESSINEO Francesco. *Manual*. Ob. Cit. Tom. VI Pág. 566 y ss No 57.

bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal, por una parte la paz, la privacidad, la libertad individual y sobre todo la salud y la integridad psicológica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de *seguridad personal* y por otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, etc., o sea todo lo que se conoce como afección legítima.

La concepción actual del daño moral está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona puedan producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afectara al acervo extrapatrimonial de la personalidad (ofensa a la fama, al honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.).¹⁹⁵

Las concepciones dadas sobre el derecho moral nos ubican en la violación de derechos subjetivos de los que es titular el sujeto, protegidos por el ordenamiento legal, posición positivista que da relevancia jurídica a partir de que el bien jurídico esté reconocido por ley y que esos derechos subjetivos pertenezcan al acervo extrapatrimonial de la personalidad. Vinculan la diferencia entre daño patrimonial y extrapatrimonial, con el interés lesionado, que resulta consecuencia del derecho protegido por la ley y no así por el resultado, ya que éste según las circunstancias puede generar un perjuicio patrimonial.

En mi concepto, se trata de la violación del daño a la persona, a sus derechos subjetivos personalísimos, que corresponden a los atributos de la personalidad del hombre como tal: la vida, la salud, la integridad psicológica, la paz, la tranquilidad, la privacidad, la libertad individual, el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, etc., todo lo relacionado al hombre en su integridad psíquico biológica, que conforma una unidad, cuyo daño podría generar perjuicios patrimoniales o no, por lo que la denominación que se le ha dado, por el resultado, no es la que define su esencia ni su naturaleza, ya que un daño a la intimidad no obstante de que, inicialmente, no sea matemáticamente calificado puede y en efecto, genera efectos patrimoniales en el momento de la indemnización.

Si bien los derechos subjetivos de los que es titular el sujeto, se encuentran protegidos por la Constitución Política del Estado y el ordenamiento legal ordinario (derecho civil y penal), esto no implica que sólo esos derechos merezcan la tutela jurídica, toda vez que los derechos fundamentales definidos en la constitución, no limitan otros derechos no enunciados.

La corriente italiana razona en sentido que no hay motivo para que no se incluyan tablas predispuestas y fijación legislativa de criterios, para el daño moral; ésta legislación propone tablas uniformes, configuradas según las circunstancias frecuentes, aunque la última propuesta propende a un sistema mixto.

¹⁹⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala 1ra. sentencia 25/6/84, ponente Dr. Fernández Martín Granizo, en RAJ. 1986. Pág. 1145.

En España se determina que el daño moral sea resarcido de modo igual para todas las víctimas y en la experiencia inglesa el daño por *loss of expectation of life* ha sido sustituido por los *damages for bereavement*, por la *justice Act de 1982*, en la cual se fija un monto único de siete mil libras esterlinas (según un aumento posterior establecido).

La solución española y la inglesa traen a colación dos problemas: si es conveniente establecer límites por conducto legislativo, en lugar de dejar al juez que estime equitativamente el daño. Si es conveniente fijar tablas en lugar de proceder caso por caso, al respecto se debe establecer si es mejor una valoración según las circunstancias no homogéneas o una valoración abstracta pero homogénea; yo me inclinaría por una posición ecléctica, esto es, combinando tablas configuradas según las circunstancias más frecuentes y una estimación equitativa para las situaciones no comunes.

En el *common law* inglés la víctima debe ser puesta en la misma condición en la que se encontraba antes del evento. Sólo es resarcible el daño razonablemente previsible y cuando guarda conexión con un daño a la persona o a la propiedad; autónomamente no obtiene protección sino en casos excepcionales. El resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva ni generar una ventaja para el damnificado. En el *common law* las acciones de restitución y de compensación son alternativas, no acumulables.¹⁹⁶ Es principio constante que obliga a los tribunales a liquidar nada más que el valor correspondiente a la pérdida sufrida (sin perjuicio de los ajustes de los *punitive* y de los *exemplary damages*). Estos principios son comunes en la doctrina especializada, sin embargo como veremos más adelante, existen posiciones como las del *Common law*, que según circunstancias especiales se debe imponer a parte de la indemnización, el daño punitivo.

En la legislación francesa el interés es *proteger*, aunque no esté contenido bajo las formas del derecho subjetivo. Se distinguen los tipos de daño y las técnicas con las cuales se procede. El método se inspira en principios prácticos. En los casos definidos por la legislación italiana como precontractual o inexistencia de vínculo jurídico como efecto de la nulidad; la Corte de Casación francesa, se inclina a conceder la reparación integral como si la relación contractual se hubiera perfeccionado,¹⁹⁷ posición lógica, en aplicación del principio de buena fe que regenta la contratación, todas las emergencias o eventualidades generadas como efecto del contrato deben ser resueltas de conformidad a la voluntad declarada por las partes.

1.2.2.4.4.1 Daño a la Persona. Daño Biológico.

Algunos autores,¹⁹⁸ han distinguido dos aspectos de la persona, uno subjetivo

¹⁹⁶ ALPA Guido. Ob.Cit. Pág. 797. BURROWS Ob.Cit. Pág. 254.

¹⁹⁷ Ibídem Ob. Cit. Pág. 232.

¹⁹⁸ BREBBIA. *El Daño moral*. Ob. Cit. Pág. 228 SS. No 105. MAZEAUD-TUNC. Ob. Cit. Tom. 1 Vol. 1. Pág. 295. ZANNONI. Ob. Cit. Pág. 296 SS. NO 88. AGUIAR. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 297 SS.

formado por aquellos bienes que los individuos poseen en razón de sus características biológicas y psíquicas comunes al ser humano, que generalizan las sensaciones que cada uno pudo haber sufrido en casos análogos, se trata de las afecciones legítimas la integridad física, la intimidad, la afección a ciertos bienes que tienen un valor patrimonial. Y otro objetivo, lo integrarían bienes que hacen más a la vida de relación y por ello no implicarían un valor puramente individual lo que posibilita una apreciación algo más directa del daño que pueda provocar su infracción, se trata del honor, la honestidad, el pudor sexual, el nombre, la libertad de acción, la autoridad paterna y fidelidad conyugal. Todo lo que el hombre es y tiene se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. La tutela de la persona humana, comienza desde la misma concepción en el seno materno y se extiende hasta la muerte, incluso más allá en la disposición de sus órganos.

En ese orden BUSTAMANTE nos dice: *la vida del hombre es un derecho de la personalidad que el orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor, la imagen, y el secreto de la vida privada ...la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero y por ello, el principal...; agrega, ... la violación de la integridad corporal y cualquier perjuicio a la salud, constituye un menoscabo a la plenitud de la existencia misma.... El cuerpo humano es el sustractum de la personalidad... compromete el aspecto biológico de la existencia que es en relación al hombre un valor absoluto.*¹⁹⁹

El derecho a la vida está protegido por la Constitución de los diferentes países, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Hombre. El derecho a la integridad corporal comprende la integridad física, psíquica y moral, cuya vulneración debe ser reparada.

Ahora bien, existen tendencias de mantener la línea tradicional del resarcimiento, que estima el daño según el sexo, la edad y los ingresos de la víctima, posición contradicha por un nuevo método de valoración que se centra en el daño de la persona, denominado daño biológico; tendencia que parece adquirir cada vez más fuerza.

El debate está vigente en Italia, justamente en relación al derecho a la salud, debe definir si ésta es relevante por sí (y merece una consideración autónoma respecto de la relación de la integridad física psíquica), a la lesión debe subseguir necesariamente un daño, para que la víctima pueda obtener resarcimiento. La ausencia de la definición de daño biológico conduce a oscilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, simultáneamente. Si la sola lesión a la salud pudiera considerarse de suyo jurídicamente relevante y si diera lugar, por lo tanto, a una figura autónoma de resarcimiento, se estaría dando realce al valor de la persona, al valor de la salud, el resarcimiento no estaría ligado sólo a la capacidad de producir ingresos y por lo tanto, la persona y la salud serían apreciadas como un *bien* considerado en cuanto tal.

¹⁹⁹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. La voluntad de cada uno es el sólido arbitrio para decidir intervención en su propio cuerpo. nota fallo. La Ley. 1991 B-364.

ALPA,²⁰⁰ relata un cambio importante en la valoración del daño a la persona, a partir de 1974 se sucedieron modelos de sentencia, elaboraciones doctrinales, premisas y desmentidos, que con su combinación hicieron que el área de la responsabilidad civil se volviera singular y que la interpretación de las normas resultara flexible. Ello fue posible por la presencia de algunas cláusulas normativas generales, que permiten al juez adaptar el dictado legislativo a las cambiantes circunstancias de los casos y las exigencias de la sociedad del momento. Apunta, que la doctrina se ha centrado en torno a la valorización del daño a la persona especialmente en la perspectiva del análisis económico del derecho. Continua, desde esta óptica, se puede subrayar que la persona es frecuentemente objeto de valorizaciones, en la experiencia estadounidense no es considerado repudiable *dar un valor económico a la persona.*²⁰¹

El autor refiere el método de la liquidación, el médico legal debe determinar: a) el tipo de lesiones sufridas, b) la duración de la invalidez temporal (imposibilidad de cumplir con las ocupaciones ordinarias), c) la dimensión de la invalidez permanente (menoscabos que hayan determinado un efectivo daño funcional, una reducción de la eficacia psicofísica), d) si tal invalidez ha influido o puede influir en la actividad laboral desarrollada por el damnificado siempre que fuera rigurosamente probado, la efectiva ganancia no realizada como consecuencia de la lesión. Los días de invalidez temporal son liquidados sobre la base del triple de la pensión de jubilación, dividida en 365 días. Para la invalidez permanente se procede a calcular el porcentaje del valor de la validez correspondiente a la edad del damnificado. Si el damnificado demuestra con pruebas que ha sufrido un decrecimiento en sus ingresos también son liquidados.

La tendencia es de naturaleza económica, las primeras sentencias emitidas por el Tribunal de Génova, califican al daño biológico como *tertium genus* (entre daño patrimonial y daño moral), concepto modificado; sólo que la llegada de una nueva técnica porta un vicio de fondo, enlaza el método con la aplicación relativa al resarcimiento del daño extrapatrimonial, de ahí las incomprensiones, los equívocos y perplejidades que las sentencias iban generando; la noción de daño moral oscuro conduce a conclusiones a menudo incongruentes, en particular la idea de que sólo podía resarcirse el daño biológico en los ilícitos derivados del delito.

Las divergencias suscitadas, luego fueron rectificadas y aclaradas por la sentencia dictada en Génova,²⁰² que es una suerte de “manifiesto” en relación a las técnicas de valoración del daño biológico; brindan una definición del daño biológico y se

²⁰⁰ Ibídem. Ob. Cit Pág. 800-801.

²⁰¹ Esta visión viene de la doctrina estadounidense, que examina las cuestiones desde la perspectiva económica del derecho. El valor económico a la persona se obtiene tomando en cuenta diversos índices y datos estadísticos, los que científicamente verificables, resultan en gran medida atendibles. Su objetivo es aportar criterios de valoración del daño a la persona más eficientes (en sentido económico de aquellos ofrecidos por la praxis y más concordantes con la conciencia social.

²⁰² Sentencia de 9 de marzo de 1989, en Nueva. giur. com 1989.

discuten criterios de cuantificación en especial del método (pisano) de *calcul au point*, al método (genovés) de la liquidación automática, idéntica para todas las lesiones de la salud, criterios equitativos. Dicho fallo considera homólogos los términos: *lesión a la salud, daño a la salud y daño biológico*. Propone agotar la discusión sobre la naturaleza jurídica del daño biológico, se trata de una voz autónoma de daño de carácter patrimonial, que no puede confundirse con el daño físico psíquico y daño moral. Dicha figura tenía que considerarse idéntica para todos los sujetos sin importar su edad o sexo. Reconoce como debido junto al daño patrimonial y no patrimonial el resarcimiento de la integridad en cuanto tal y afirma que lo último no constituye *una duplicación de resarcimiento*. Critica el método y para la determinación del monto remite a los principios de equidad.

Los planteamientos en el estudio comparado contribuyen al cambio de visión sobre los daños a la persona, otorgándole un carácter autónomo y al mismo tiempo integrador de todos aquellos daños, sean estos físicos o psicológicos, porque todos se refieren a la persona que conforma una unidad que no debe ser dislocada.

Siendo valores fundamentales el derecho a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, la intimidad, la imagen, la identidad personal, etc. La propuesta de una concepción autónoma del resarcimiento del daño a la persona, bajo la dicción de daño biológico y entendido éste, como daño físico psíquico resulta ser una propuesta acorde a la era de los derechos humanos, con lo que se da un valor relevante a los derechos subjetivos de la persona. Desde esta visión, coincido con los análisis de la legislación italiana en que la sola lesión a estos derechos debería considerarse relevante, para efectos del resarcimiento de los daños provocados, pero bajo una concepción integral del hombre.

El uso de las normas de seguridad social sobre invalidez, contribuyen eficazmente en determinar el daño y limitar la discrecionalidad del Juez.

1.2.2.4.4.2 Daño a la Integridad Psíquica

Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros no es indiferente al derecho; supuesto que de no tenerse en cuenta parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico.²⁰³

Por ello, hoy en día también cabe incluir dentro de los perjuicios indemnizables, las secuelas neurológicas provocadas por un evento dañoso, *las perturbaciones patológicas de la personalidad de la víctima, que alteran su equilibrio precedente*.²⁰⁴

El diagnóstico efectuado por la doctrina, sobre el daño a la integridad psíquica, da cuenta de sentencias confusas, contradictorias, dispares en su tratamiento y con premisas peligrosas, el velo de la valoración equitativa permite al Juez,

²⁰³ MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Tom. IV. Pág. 36.No 16.

²⁰⁴ ZABALA de Gonzales Matilde. *Daños a la persona*. Ob. Cit. Tom. 2-A Pág. 36 No 16.

inevitablemente la adopción de decisiones arbitrarias.²⁰⁵ Los fallos judiciales se caracterizan por su subjetividad y arbitrariedad, hay diversidad de tratamiento no sólo en la valoración del daño, sino en el monto calificado y en su admisibilidad; los fallos son diversos incluso en asuntos similares, con grave incidencia en la certeza y seguridad jurídica. TUNC y DE ÁNGEL, refiriéndose a la arbitrariedad de la definición decían: *en todas partes se han efectuado rechazos contra la causalidad y la incertidumbre que campea en la determinación del daño. En todas partes se presentan críticas y presiones negativas.*²⁰⁶

La situación referida, impone que para determinar el daño psíquico sea importante definir si éste es temporal o definitivo; en qué consisten esas alteraciones y si efectivamente, se han derivado del daño y cuáles son las figuras que se toman en consideración para poder cuantificar el daño psíquico.

Hay opiniones en sentido de que al momento de la liquidación, deben tomarse en consideración a las incidencias en el patrimonio y en las actividades económicas del sujeto (daño patrimonial); la incidencia en su modo de vivir, la alteración temporal o permanentemente, la privación de todas las oportunidades de experimentar y expresar alegría, la participación en la vida social (daño extrapatrimonial). Desde el punto de vista estrictamente patrimonial se toman en cuenta los gastos de tratamiento sanitario, la disminución de capacidad de trabajo y las demás figuras que coinciden con el daño físico.

Cuando se trata de daño psicológico, resulta fundamental considerar el grado de incapacidad de la víctima, con las connotaciones de interdicción, tutela y curatela. La incapacidad genera dos cuestiones adicionales, una relativa a la satisfacción de las necesidades de la víctima, y otra, con relación a la administración de su patrimonio o ingresos, que podrían dar lugar a abusos. Ejemplo, una persona con un problema mental agudo, no tiene el discernimiento para el manejo de su patrimonio, ni para proveerse de sus propias necesidades, en cuya circunstancia podría ser que la reparación del daño no le beneficie a la víctima, sino a sus parientes. En general, en la investigación realizada, se observa un vacío normativo al respecto.

La doctrina especializada para la liquidación sugiere un análisis sobre la falta de creatividad, la pérdida de la autonomía negocial y económica, el estado de dependencia en el que se encuentra el enfermo mental, el estar marginado del aprovechamiento de los bienes y servicios de los cuales está conformada la vida normal; la incapacidad de defenderse, la incidencia en sus relaciones sociales y afectivas, en sus relaciones personales con su cónyuge, la gravedad de la víctima, su condición económica y la gravedad del ilícito que se traduce en un daño más o menos grave según la incidencia que tal daño tenga en la estructura psíquica del enfermo. En cuanto a la indemnización del daño sugiere no entregar la suma de

²⁰⁵ ALPA Guido. Ob. Cit. Pág. 806.

²⁰⁶ TUNC. *Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 1. DE ÁNGEL Yagüez. Ob. Cit. Pág. 727. ALPA Guido Ob. Cit. Pág. 806. DIEZ Picazo. *Derechos de daños*. Madrid 200. Pág. 324.

dinero a la víctima, sino establecer la obligación de una renta que sea aprovechada por el enfermo y no por su contorno.²⁰⁷

Considero que el daño psicológico que incapacita a la víctima en forma temporal o permanente, debe formar parte del daño biológico a la persona, de la forma como es concebido en la legislación italiana, esto es, a partir de una visión de daño biológico autónomo. El fundamento de la autonomía del daño está en que el derecho a la salud entendida como integridad físico psíquica, constituye un derecho fundamental de todo individuo y se encuentra garantizada por la propia constitución,²⁰⁸ y por lo tanto, la vulneración de un tercero a derechos de naturaleza fundamentales, deben ser por sí mismos considerados un daño a la persona y tener relevancia jurídica para efectos del resarcimiento, independientemente de la calificación patrimonial o extrapatrimonial.

1.2.2.4.4.3 Daño a la Estética.

El daño o perjuicio estético se traduce en una alteración o detrimento experimentado por la persona en su armonía física que afecta a su fisonomía o configuración, su belleza o grata presencia. Con frecuencia viene constituido por cicatrices o alteraciones morfológicas agudas como consecuencia de pérdida de miembros o de elementos fisiológicos o exteriorización de sentidos (ojos, pabellón auditivo, nariz, etc.). La irregularidad física permanente imprime una fealdad configurativa -no necesariamente en el rostro- sino al conjunto de la persona, supone deformidad con el que se señala, ordinariamente, el perjuicio estético. La nota de visibilidad ha de entenderse como facilidad de apreciación a simple vista, sin perjuicio de su posible ocultación o disimulo.²⁰⁹

La jurisprudencia argentina al daño estético, lo considera un daño moral, esto por la inseguridad que genera a la víctima en su vida social; considera también que constituye un verdadero daño patrimonial cuando incide en las posibilidades económicas del lesionado, o cuando fuese factible la supresión de la deformidad por vía quirúrgica o migración de la deformidad que implica un costo, la operación revelaría un daño cierto. Agregando, además, que sólo procede la indemnización cuando el daño redunde en desmedro patrimonial en razón de la profesión o actividad de la víctima, de lo contrario, debería ser ponderado junto al daño moral. En esta línea, se establece que sólo en forma excepcional puede el daño estético constituir rubro autónomo. El comentario y posición de TRIGO-LÓPEZ, van por no

²⁰⁷ ALPA Guido. Ob. Cit. Pág. 806-807.

²⁰⁸ El análisis comparativo de las constituciones de los diferentes países, nos hacen concluir que la gran parte de los países se proclama la intangibilidad de la dignidad humana, derecho a la vida y incolumidad física (Bonn); los derechos naturales de la persona y de la familia (griega), la inviolabilidad de la persona (Holanda) los derechos y libertades fundamentales, así como el bienestar y calida de vida (Portugal); el ejercicio de los derechos humanos, el derecho a la vida e integridad física (española); La (argentina); (chilena); (mexicana); (venezolana); (brasileña); Boliviana).

²⁰⁹ SOTO Nieto Francisco. *Valoración del perjuicio estético*. Revista La Ley. Española 2002-3. Pág. 1821.

concebir al daño estético y daño psíquico como categorías resarcibles diferentes del daño moral o del daño patrimonial, dicen: *se trata de particulares o facetas de estos,... pero nunca una reparación distinta, autónoma o separada, del daño patrimonial o moral.*²¹⁰

Contra poniéndose a esta concepción cerrada sobre el daño estético, en Argentina, existen precedentes, en los que se califica, al daño estético como daño autónomo.²¹¹

La doctrina francesa en el daño moral incluye el daño estético; en cambio la doctrina italiana trata el daño estético como figura autónoma del daño biológico.²¹²

LÓPEZ,²¹³ relaciona el daño estético con el lucro cesante, da el ejemplo de una modelo que debe cancelar los desfiles contratados, hasta que se le efectúe la cirugía que le devuelva la belleza. Y al daño emergente, sería el costo de la cirugía o si la lesión fuera permanente, la incapacidad de no poder trabajar en su profesión.

Considero que el daño estético involucra un daño patrimonial y por lo tanto genera un daño emergente, los gastos hospitalarios, cirugías, medicamentos, honorarios médicos, etc. podría también según la actividad o profesión de la víctima, dar lugar al lucro cesante, sí por el impedimento temporal o permanente la víctima se ve imposibilitada de realizar su actividad o profesión. Pero allí no concluye la cuestión, ya que todo daño estético afecta anímicamente, provoca un menoscabo espiritual, inseguridad, temor, angustia, depresión, etc. es decir un daño moral, que debe ser calificado independientemente del daño patrimonial, aspecto que además podría generar un daño a la vida de relación, con las consiguientes consecuencias resarcitorias.

Según los tribunales de Massa, la prioridad entre las figuras relativas a la liquidación del daño debería atribuirse, sin duda, al daño a la salud, *“el cual no puede dejar de comprender todas las características consiguientes del daño a la integridad psicofísica de la persona, es decir los llamados daños a la vida de relación y a la capacidad de trabajo genérica, el daño estético y en definitiva todas las figuras análogas.”*²¹⁴

En cuanto a la discusión y crítica sobre la concepción de autonomía del daño estético, en primer lugar, al daño estético lo ubicaría dentro del daño biológico y le atribuiría autonomía, daño, que además, según lo expuesto, precedentemente, resultaría ser, al mismo tiempo, un daño patrimonial (daño emergente), de acuerdo a las circunstancias (lucro cesante) y daño moral, daño a la vida de relación, aspectos que deben ser calificados para efectos del resarcimiento.

²¹⁰ TRIGO Represas Félix-LÓPEZ Mesa Marcelo. *Tratado de Responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. 503.

²¹¹ C.NAC.COM.FED; SALA E 20/4/1999, Medrano vs. Asociación filantrópica Argentina y de beneficencia

²¹² ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 822.

²¹³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 131.

²¹⁴ Tribunal de MASSA, sentencia del 30 de mayo e 1983, en Giur.it. 1984, I, 2 Pág. 3.

1.2.2.4.4 Tendencias Actuales Sobre el Daño a la Persona.

La preocupación doctrinal ha generado debates de los sectores involucrados, abogados, magistrados, legisladores, en algunos países se han formulado reformas que en alguna medida han sido introducidas en su ordenamiento legal, en otros se han quedado como proyectos y en otros permanecen en vigencia los sistemas antiguos. En el sistema francés se crearon los fondos públicos para la reparación de siniestros, en forma tarifada, (accidentes de tránsito, SIDA).²¹⁵ En España se ha introducido la ley sobre responsabilidad civil, seguros en la circulación de vehículos a motores y ataques terroristas).²¹⁶ En la experiencia italiana la situación comprende el daño biológico, el resarcimiento derivado de accidentes de trabajo y sobre todo las tablas relativas a las distintas figuras del daño.²¹⁷ Se ha sugerido un proyecto de ley que fije en forma uniforme las tablas sobre daños, las tablas propuestas involucran el daño biológico y moral, el proyecto más completo fue elaborado por la fundación CESAR de Roma. La investigación expresa que la preocupación mayor se centra en la circulación vehicular, se advierte la necesidad de que la reforma pase por una reforma del código civil a fin de establecer reglas uniformes para todos los tipos de daño a la persona.²¹⁸

La impresión común es que la valoración del daño, ya no puede confiarse a una serie innumerable de soluciones judiciales de los particulares casos; soluciones que no están armonizadas entre sí. Debe modificarse la situación sea a través de la coordinación de modelos judiciales o a través de la fijación de reglas y criterio detallados por el legislador.

El análisis comparativo es interesante, permite obtener sugerencias preciosas. Pero la cuestión no debe aislarse al país; los valores de la persona superan los confines y escapan a reglas vetustas. La circulación de personas y bienes no se circunscribe a los límites nacionales, impone considerar este problema a nivel de la Comunidad Andina y MERCOSUR.

ALPA, nos ofrece un detalle de los sistemas de Francia, Italia, España, Alemania e Inglaterra, revela que, en gran parte de los sistemas el resarcimiento de daño a la persona sigue líneas similares, tienen un mínimo común denominador que lo grafica sintéticamente: i) ausencia de un marco orgánico unitario de resarcimiento del daño a la persona. ii) Las modalidades de determinación de la responsabilidad civil y las reglas de la relevancia del daño a la persona varía de sector a sector. iii) Los sectores predominantes y las más veces provistos de reglas son los daños a la: - circulación de vehículos. – accidentes de trabajo. – circulación de productos

²¹⁵ TUNC André. *La responsabilité civile*. París, 1981. Ed. económica. Pág. 83 y 174.

²¹⁶ LAMBERT-FAIVRE Ivonne. La evolución de la responsabilidad civil, de una deuda responsabilidad hacia un crédito de indemnización, ALTERINI-LÓPEZ CABANA. Derecho de daños. Ob. Cit. Pág. XXXII.

²¹⁷ Véase por ejemplo COMANDÉ Le tabelle milanesi per la liquidazione del danno alla persona. en Danno e resp., 1996. Pág. 40 SS.

²¹⁸ ALPA Guido. Ob.Cit. Pág. 811 y SS.

defectuosos. – ejercicio de actividades contaminantes del medio ambiente. – ejercicio de actividades nucleares. – manipulación de datos personales. – provisión de servicios. Sin embargo, en tales sectores varían las reglas de imputación de la responsabilidad, las reglas de la causalidad, las del daño resarcible y las de cuantificación del daño.

En todos los sistemas se detecta ausencia de regulación orgánica de la cuantificación del daño, la mayoría queda confiada a la valoración del juez fundada en la equidad, lo que provoca: - incertidumbre en el daño y sobre el *quantum* del resarcimiento. – discriminación de las víctimas, según las modalidades de verificación del daño. – incertidumbre en el cálculo de la oportunidad de cobertura del seguro e incertidumbre en la determinación del riesgo asegurado; con falta de certidumbre de los costos derivados de los daños provocados a las víctimas. – en la adopción de medidas de prevención de los daños.

Tales irregularidades generan: -incertidumbre sobre el riesgo a calcular. - incertidumbre sobre las tarifas a aplicar a costos inherentes a indemnizaciones fluctuantes. Las víctimas de un mismo daño son resarcidas de manera irregular y diversificada.

El autor, al proponer la necesidad de la intervención del legislador comunitario en materia de régimen uniforme de los criterios de valoración del daño a la persona, lo hace bajo la consideración de dos perspectivas distintas: la perspectiva de la protección a la persona, en particular del daño a la salud y la coordinación de los criterios de valoración del daño y la coordinación de la regulación de los servicios de seguros y la tradicional distribución de los costos asumidos por las compañías de seguros, relativos a los riesgos de daños a la persona. Ambas perspectivas, según ALPA, justifican la intervención del legislador comunitario, la primera se refiere a valorar a la persona y la segunda a la libertad del ejercicio de actividades económicas y costos del servicio de seguros.

La primera perspectiva la esquematiza en dos momentos: 1. la identificación de un derecho fundamental (derecho a la vida, a la salud) cuya violación comporta el resarcimiento del daño. 2. La armonización de los criterios de valoración. ALPA considera a la primera perspectiva inexorable en la cultura jurídica italiana y constituye uno de los aspectos más originales, dice: *ella se inspira en razones humanitarias, de solidaridad y de igualdad (formal y sustancial)...; la identificación de un daño a la salud implica en efecto, la especificación de una figura autónoma de daño, respecto del daño de naturaleza económico-residual y del daño no patrimonial (o moral), que ubica a todos los sujetos, cualquiera que sea la causa del daño, en un mismo plano.* La segunda perspectiva apunta a volver más uniformes las técnicas de valoración del daño, cualquiera sea el lugar donde éste haya tenido lugar, y cualquiera que sea la nacionalidad de la víctima. Posición con la que no sólo comparto, sino que la hago mía

Un vistazo a la legislación de algunos países europeos sobre temas de salud dan

cuenta, que sobre gastos médicos, hospitalarios, de rehabilitación y cuidados, el derecho francés no tiene mayores inconvenientes, sólo discute sobre su admisibilidad cuando ha transcurrido mucho tiempo después del evento dañoso, aspecto que se resuelve mediante el uso del nexo causal y la prueba que debe ser aportada por la víctima.²¹⁹ Problemas análogos se observa en España,²²⁰ y en Inglaterra, donde se habla de *medical expenses*.

Sobre incapacidad, invalidez temporal. En Francia se prefiere hablar de *incapacité*; en España se habla de incapacidad temporal y de lesión permanente; el sistema italiano habla de la incapacidad laboral. La incapacidad temporal da lugar a algunos problemas, tales como la acumulación del resarcimiento del daño por pérdida de ocasiones de trabajo, por reducción de ingresos y por pretensiones vinculadas con el sistema de seguridad social. En los distintos países de la unión europea se tiende a no permitir tal acumulación o a reducir su incidencia.

Sobre la incapacidad o invalidez permanente, en todos los sistemas el problema que se plantea es del cálculo de la validez permanente, la distinción entre micro lesiones y macro lesiones. En Francia se usa el *calcul au pont*, se multiplica la tasa de incapacidad por un valor nominado punto de incapacidad, el cual se determinada con relación a casos similares.²²¹

En la legislación italiana y francesa, en el daño a la persona se incluye: el daño a la vida de relación,²²² daño estético y el daño a la seguridad familiar, estos daños en Francia están incluidos en la esfera del daño moral, en tanto que la legislación italiana los trata como figuras autónomas, a veces de naturaleza patrimonial y a veces moral, bajo la dicción de daño biológico comprenden todos los tipos de daño. En España se hace referencia a tablas, que son impuestas por la vía legislativa.

El caos de la valoración, ha llevado al convencimiento, en Francia y España, de la conveniencia de recurrir a tablas uniformes. En Gran Bretaña el debate está en curso. En el sistema italiano la fundación Cesar ha propuesto un sistema mixto, junto con las tablas se mantiene abierto un espacio, para la apreciación de las especiales circunstancias de la situación, apreciación siempre realizada por el juez sobre la base de la equidad, aún no se ha determinado quién debe elaborar las tablas pueden ser los propios tribunales, que preparen modelos uniformes, el Ministro de Gracia y Justicia, o el Consejo de Ministros, tema aún no resuelto.²²³

Los avances doctrinales en Europa, sobre el daño a la persona, la visión planteada por Italia de una concepción unitaria y autónoma bajo la dicción de daño biológico, que integra todos los daños: a la vida, a la salud física y psíquica, a la

²¹⁹ VINEY Ob. Cit. Pág. 153.

²²⁰ Ibídem. Pág. 153.

²²¹ Ibídem. Ob.Cit. Pág. 179

²²² En el concepto de daño a la vida re relación, no implican un valor puramente individual, posibilita una apreciación algo más directa del daño que puede provocar su infracción, se trata del honor, la honestidad y el pudor sexual, el nombre la libertad..

²²³ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 823.

estética, a los derechos personalísimos, sean éstos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, que imponen un resarcimiento en la integridad en cuanto tal, la considero una propuesta doctrinal de avanza que rompe el sistema antiguo (estima el daño según: el sexo, la edad e ingresos de la víctima), su atención se centra en torno a la valoración del daño a la persona en lo que es y tiene, la propuesta de la elaboración de tablas de valoración; como lo expresé anteriormente, me parecen necesarias sobre la base de criterios predeterminados para los casos más comunes, y al mismo tiempo, un sistema abierto a otros casos determinados en las sentencias sobre daños.

La noción del daño biológico que integra todos los daños de la persona, encuentran su justificación en la defensa de los derechos fundamentales proclamados en las diferentes constituciones, en la Convención Americana de Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos del Hombre; El Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; es un sistema que enaltece al hombre y sus derechos, dándoles relevancia, es una corriente de revalorización del ser humano concebido como una unidad.

1.2.2.4.4.5 Daños Punitivos.

Los daños punitivos son de origen británico, *common law*, al presente es un arquetipo norteamericano. En determinados casos y bajo ciertas condiciones, puede imponerse al dañante un coste añadido a modo de reparación civil extraordinaria no fraccionable ni repercutible, consistente en una entidad suplementaria a la exclusivamente reparatoria o compensatoria. Es decir se trataría de una obligación de indemnizar no concebible como excedente de la cuantía en que fueron valorados los daños sino *–prima facie–* como expansión de la imputación causal o como extensión del daño moral.²²⁴

DÍEZ-PICAZO, señala que los tribunales norteamericanos admiten, los llamados daños punibles en tres casos: 1. Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjuicio sea inferior a las ganancias obtenidas por él, (fabricante que prefiere pagar los perjuicios en lugar de reparar el producto defectuoso, para no cesar en la fabricación). 2. Cuando la conducta sancionada de acuerdo al cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, porque la antijuricidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación con el costo del eventual proceso o porque el autor del ilícito tiene posesión dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento. 3. Cuando el sujeto actúa con la intención de causar daño.²²⁵

Esta indemnización no es común, está limitada por la ley sólo en los Estados en los que expresamente se encuentra determinado por ley. Son admitidos por (16) Estados, no pueden superar el triple de la indemnización compensatoria o los

²²⁴ REGLERO Campos Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 62 No 37.

²²⁵ DÍEZ-PICAZO. *Derecho de daños*. Ob. Cit. Pág. 44 No IV,

ingresos anuales brutos del demandante (5.000.000 \$us) o mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria (Minnesota). En (13) Estados atribuyen a un fondo Estatal el 50 o 75%, excluidas las costas judiciales, extra judiciales y honorarios de abogado.

Por otra parte se han establecido tres criterios, para valorar la constitucionalidad de un veredicto de *punitive damages*: - grado de reprobabilidad de la conducta del demandado. – racionalidad de la relación entre importe de la *punitive damages* y los *compensation damages*. – alcance de las sanciones penales.²²⁶

TRIGO LÓPEZ, comentan, dos casos famosos de daños punitivos estadounidenses, que tienen notorios puntos de contacto, en ambos casos las demandas son de empresas fabricantes de automóviles por incendios provocados en los vehículos por defectos de construcción, que habían sido advertidos con anterioridad al evento, en ambos casos se trató de veredictos multimillonarios de daños punitivos, las compañías acusadas de análisis cínico de costos y beneficios, prescindiendo del más elemental sentido de justicia. Los casos son Grimshaw vs. Ford Motors Co. (1981) y Anderson Vs. General Motors (1999).²²⁷

En oposición a los daños punitivos es planteada la culpa lucrativa del derecho francés. Esta corriente la sustentan los hermanos MAZEAUD, el dañador no debe más que el daño causado, poco importa que en definitiva conserve algún provecho. La víctima queda íntegramente indemnizada: no tiene derecho a ningún suplemento.²²⁸ Esta posición fue rebatida por el maestro STARCK, junto a sus discípulos, de lo que se trata en rigor de verdad, no es de un feliz cúmulo de circunstancias, sino de dolo y de culpa grave de quien no vaciló en actuar como lo hizo con menosprecio de los derechos de otros.²²⁹

REGLERO, admite la indemnización punitiva cuando la conducta del dañante fuera particularmente intolerable, fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias temeraria, sea activa u omisiva o con manifiesto desprecio a los bienes ajenos, también por falta de adopción de medidas elementales de seguridad.²³⁰ No constituye un resarcimiento si no una pena civil, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor.²³¹

Coincidiendo con DE CUPIS y apoyada en la doctrina mayoritaria sobre la materia, considero adecuado mantener firme uno de los principio de la responsabilidad, esto es, la estricta correspondencia entre el daño infligido y la reparación, la

²²⁶ TRIGO Represa Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 559-560.

²²⁷ *Ibidem* Pág. 560-561.

²²⁸ MAZEAUD TUNC. *Tratado teórico y práctico...* Ob. Cit. Tom III Vol. I Pág. 199 No 2401.

²²⁹ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 566. STARCK Boris Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa dôle fonction de garantie et de peine privée. Rodstein. París. 1947. Cap. II.& 2.

²³⁰ REGLERO Campos F. *Lecciones de responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. 37 No 3.3

²³¹ LLAMBIAS Jorge J. *Tratado...* Ob. Cit. Pág. 334. Bajo la denominación de sanción ejemplar propone la misma tesis del daño punitivo.

víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, es decir, el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para la víctima, ésta debe obtener el resarcimiento integral del daño causado y nada más.²³² Sin embargo, en forma excepcional y sólo con el fin de establecer un equilibrio patrimonial, considero justo que el beneficio económico obtenido por el dañador,²³³ producto de su conducta dolosa o culpa grave,²³⁴ vaya en beneficio equitativo de la víctima, ya que no sería justo que el primero se beneficie ilícitamente e incremente su patrimonio en desmedro de los derechos de otro; que ejecute el daño a sabiendas que la reparación no causará mella en su patrimonio. La equivalencia de la indemnización con el beneficio injusto obtenido por el dañador, tiene que ver con el principio de igualdad y la equivalencia proclamada por la justicia sinalagmática o rectificadora, que impone la interacción entre individuos, si un sujeto realiza actos incompatibles con el principio de igualdad y libertad, debe reparar o compensar el daño provocado, restableciendo el equilibrio o compensando el daño emocional; habida cuenta, que la temeridad del acto a sabiendas y voluntariamente es perpetrado, puede tener un doble efecto en la víctima, uno material y otro psicológico, que requiere su ponderación al momento del resarcimiento; bajo cuyo análisis se justifica la función del daño punitivo: - Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.²³⁵ - Sancionar al causante del daño intolerable.²³⁶

Varias legislaciones han considerado conveniente incluir el daño punitivo, debería, también, ser incluido en nuestra legislación, bajo las circunstancias anotada en el acápite anterior, definiendo muy bien su naturaleza jurídica y alcance, para evitar injusticias, arbitrariedades y enriquecimiento ilegítimo.

1.2.2.5 Relación de Causalidad.

La doctrina moderna ha reconocido la importancia fundamental de la relación de causalidad en la concepción de la responsabilidad civil, elaborando teorías científicas que desplazan al empirismo y que le dan la categoría de presupuesto

²³² DE CUPIS Adriano. *El daño...* Ob. Cit. Pág. 328 SS. LEHMANN Heunrich. *Derecho de las obligaciones*. Trad. De Bias Pérez Gonzales y José Alguien. Bosch. Barcelona. 1947. Pág. 88 SS. FISCHER Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. MAZEAUD TUNC. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III Vol. I Pág. 599 SS No 2401. SANTOS Briz Jaime. *Derechos de daños*. Revista de derecho privado. Madrid. 1963. Pág. 227 SS.

²³³ DE CUPIS. Ob. Cit. Pág. 754. No 145.

²³⁴ PIZARRO Ramón Daniel. *Daño moral*. Hammurabi. Buenos Aires. 1996. Pág.484.

²³⁵ ZABALA de Gonzales Matilde y GONZÁLES Zabala R. *Indemnización punitiva. En responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini. Ob. Cit. Pág. 189. Explican que en los daños punibles a diferencia de otras condenaciones, reside en que el mal es equivalente o aproximado a la mejora indeseablemente lograda por el responsable. Se procede de manera que se retrotrae la situación fáctica del responsable quitándole el beneficio que hubiera adquirido injustamente.

²³⁶ *Ibidem*. Pág. 189. Justifica la sanción por la lesión al interés comunitario por la conducta intolerable nociva, en la que el derecho debe expresar una desaprobación contundente. Si al dañador le quedaran beneficios del ilícito, el hecho ilícito continuaría produciendo efectos. La indemnización opera como una penal civil cuyo importe debe destinarse a la víctima.

autónomo de la responsabilidad. Sin embargo del avance, es un tema difícil que trae innumerables problemas que deben aún ser dilucidados, ya que *la relación de causalidad es un concepto tomado de las ciencias naturales aunque tienen raíces filosóficas. Con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto),*²³⁷ por lo que su aplicación al ámbito jurídico resulta compleja. *Los operadores jurídicos no son “productores” sino consumidores de las leyes causales.*²³⁸

En el ámbito filosófico, Aristóteles, distinguía cuatro tipos de causa: formal (¿cómo?), material (¿de qué?), eficiente (¿quién?) y final (¿para qué?). Por su parte John Stuart Mill, matemático y filósofo del siglo XIX, definió: *la causa filosóficamente hablando, es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza, que siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente, de toda necesidad.*²³⁹

La relación de causalidad en lo jurídico ha transitado de un concepto de imputación basado estrictamente en criterios empíricos (teoría causal de la acción) hasta llegar a un concepto fundamentado normativamente (teoría de la imputación objetiva), esto en materia penal, la causalidad fue inicialmente desarrollada por el derecho penal, cuyas bases fueron recogidas por la responsabilidad civil. La imputación se redujo a la determinación de la relación de causalidad y la teoría que inicialmente sirvió para la explicación de este elemento fue la equivalencia, según la cual, un resultado es la consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción.

Refiriéndose al tema PIZARRO, nos dice: *el papel protagónico de la relación de causalidad en el derecho de los daños se ha agigantado en las últimas décadas, luego de haber permanecido ignorado o relegado a un plano secundario por la doctrina civilista... las dudas acerca del alcance del nexo causatorio acudiendo en situaciones concretas a pautas empíricas.*²⁴⁰ Continúa precisando, *luego de un empirismo de siglos hace apenas ciento cuarenta años, aproximadamente, que la doctrina jurídica formula una teoría científica sobre la relación de causalidad como presupuesto de la obligación de resarcir.*²⁴¹

La elaboración y desarrollo de la causalidad, alrededor de la imputación subjetiva, en el derecho penal, ha tenido gran importancia en la causalidad civil. Puede decirse que se trata de un tema de fines del siglo XIX y todo el siglo XX, que ha sido trabajado con gran profundidad por la doctrina penalista, hasta que en los

²³⁷ LÓPEZ Díaz Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad externa de Colombia. 1996. Pág. 25.

²³⁸ PANTALEÓN Prieto Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. El centro del Código Civil. Ramón Areces. Madrid 1990. Tom. II. Pág. 1562.

²³⁹ MILL John Stuart. *Sistemas de lógica inductiva*. Ed. Daniel Jorro. Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Madrid 1917. Lib. III Cap. V Pág. 332.

²⁴⁰ PIZARRO Ramón D. *Causalidad adecuada y factores extraños*. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, 1ra. parte Ed. Rocca. Buenos Aires. 2000. Pág. 254.

²⁴¹ *Ibidem*. Pág. 254.

últimos tiempos ha sido sustituida en el ámbito criminal, por la teoría de la imputación objetiva.²⁴²

La relación de causalidad o nexo causal o etiológico es un elemento que vincula al daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva y atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.²⁴³

La doctrina especializada sobre la materia,²⁴⁴ establece que para que pueda responderse por un daño, es necesario que éste haya sido causado mediante una acción u omisión por su autor. *Aquella relación de causa a efecto que existe entre un determinado hecho, negativo o positivo, contractual o extracontractual y un perjuicio. Esa relación de producción es la que permite afirmar, por un lado, que una persona es autora de una conducta dañosa y además de que daños es causante.*²⁴⁵ De acuerdo a lo desarrollado la relación causal en materia de responsabilidad sería doble.

CONCEPCIÓN Y DIEZ, señalan: en el campo de la responsabilidad la relación de causalidad cumple una doble función: a) permite determinar con rigor científico a quién atribuírsele un resultado dañoso y b) brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.²⁴⁶

Los aspectos esbozados y glosados líneas arriba, me conducen a una primera conclusión en sentido de que la relación de causalidad, es un elemento fundamental y técnico de la responsabilidad civil, constituye un filtro para determinar aspectos relevantes de la responsabilidad, será necesario identificar un triple nexo de causalidad, entre acto y evento, entre evento y daño y entre daño y reparación o indemnización. La primera hipótesis va dirigida a establecer

²⁴² TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de...* Ob. Cit. Ton. I. Pág. 581. La teoría de imputación objetiva fue desarrollado por la doctrina alemana, postula: un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y se ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado. *HANS-JOACHIM RUDOLPHI. Causalidad e imputación.* Trad. Claudia López Días. Ed. Universidad externado de Colombia. Bogotá 1998. Pág. 31.

²⁴³ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad. La Ley 1991-E 1379/1380.

²⁴⁴ MOSSET Iturraspe. *Responsabilidad por daños.* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 189. No 76. VÁZQUEZ Ferreyra. *Responsabilidad por daños.* Ob. Cit. Pág. 220 No 3. BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 361 No 580. ALTERINI- ÁMELA-LÓPEZ CABANA, Ob. Cit. Tom. I Pág. 245, No 496. BOFIA Boggero. *Tratado de obligaciones.* Ob. Cit. Tom. 2. Pág. 312 No 532. BREBBIA Roberto. *La relación de causalidad en el derecho civil.* Juris. Rosario 1975 Pág. 16 No 4.

²⁴⁵ LÓPEZ Herrera Edgardo. Ob. Cit. Pág. 199.

²⁴⁶ CONCEPCIÓN Rodríguez José Luís. *Derecho de daños.* 2da. Edición. Ed. Bosch. Barcelona 1999. Pág., 80. DIEZ de Picazo Luís. *Derecho de daños.* Ob. Cit. Pág. 332. No 1. PIZARRO Ramón *Causalidad adecuada y factores extraños.* Ob. Cit. Pág. 253-254.

objetivamente quién provocó el evento, mediante el nexo causal entre comportamiento y evento, esto es, la imputación de un determinado acto a un determinado sujeto haciéndolo responsable, la pregunta será ¿quién provocó el daño?. La segunda hipótesis definir el daño provocado, nexo causal entre evento y daño; uno de naturaleza interna, establecer que el evento provocó un daño a un interés legítimamente protegido y otro externo que permita delimitar el área del daño resarcible, esto es, la naturaleza del daño (daño patrimonial, moral, físico, psicológico, etc.), la pregunta será ¿qué clase de daño ha provocado? Entre daño y reparación, permite calibrar el alcance del daño, establecer las consecuencias económicas del evento, ¿cuál es la reparación o cuánto la indemnización que el daño ha provocado?

La causalidad es un proceso único, pero se divide en fases. En algunos supuestos se detiene en la primera fase, con la identificación del responsable se sabe si responderá o no cierto tipo de daño, por ejemplo en la circulación de productos defectuosos la identificación del fabricante y los importadores, es fundamental; en otros supuestos no es necesario el filtro causal para identificar al responsable ya que la norma lo establece, por ejemplo en la caída de un edificio responde el propietario, en este caso el problema es establecer el monto del daño y el nexo causal servirá para definir el quantum de la indemnización.

Pero existen casos en los que no será posible responder a la pregunta, quién provocó el daño, hay sectores que hacen referencia al supuesto de responsabilidad colectiva, se sabe y se tiene acreditado que el daño ha sido provocado por alguno de los integrantes de cierto grupo, pero no se sabe con certeza por quien en concreto, por ejemplo en las marchas callejeras resulta una persona muerta por un impacto de bala que no se sabe de dónde provino, con la consiguiente imposibilidad de establecer la relación directa entre daño y autor.

REGLERO, considera que también en estos casos es imprescindible la imputación causal, la causalidad no está dada por la relación directa entre la conducta y el daño sino entre la participación en una actividad riesgosa y el daño.²⁴⁷

Sin embargo, incluso en los casos en los que es difícil establecer la relación de causalidad entre el autor del hecho dañoso y el daño esta relación existe entre hecho dañoso y riesgo, previa imputación objetiva del ilícito (vulneración de norma jurídica).

Entonces coincidiendo con los diferentes doctrinarios,²⁴⁸ concluyo que en todos los casos de responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, la causalidad existe, lo que significa que a tiempo de emitir sentencia el juez, debe establecer según las hipótesis, el nexo causal entre autor y el evento, esto es, definir la imputación del

²⁴⁷ REGLERO Campos Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 317-318.

²⁴⁸ MOSSET Iturraspe J. *Daño causado por un miembro no identificado de un grupo determinado*. JA doctrina. 1973-1. DIEZ De Picazo Luís. *Derecho de los daños*. Ob. Cit. Pág. 238 No IV. TRIGO Represas Félix A. y LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado...* Ob. Cit. Pág. 591.

sujeto que provocó el daño o el nexo causal entre el riesgo creado y el daño, además, el nexo entre evento y daño, en las hipótesis que no sea evidente el tipo de daño o en las que, además de un daño físico, se hubiera provocado un daño psicológico o moral y finalmente el nexo entre daño y reparación, debe guardar estrecha relación y la magnitud o alcance del daño, con la calificación de la reparación o resarcimiento.

Las constantes confusiones entre nexo causal o etiológico y factores de imputación, me impone la necesidad de puntualizar las distinciones entre relación de causalidad y los factores de atribución a la luz de doctrinarios destacados. Si bien la causalidad y la culpabilidad se asientan sobre el concepto común de previsibilidad;²⁴⁹ existe una diferencia de fondo, su apreciación es de manera distinta. En la causalidad la previsibilidad se la aprecia in abstracto, según la normalidad de las consecuencias; mientras que en la culpabilidad la apreciación es in concreto, de acuerdo a la situación propia del autor frente al acto.²⁵⁰ La previsibilidad de las consecuencias dañosas que requiere la causalidad se juzga con prescindencia del autor, importa la adecuación objetiva entre el hecho y el evento dañoso, según las reglas de experiencia y cálculo de probabilidades.²⁵¹

La causalidad constituye un elemento puramente objetivo, por tanto, ajeno a toda valoración sobre la re probabilidad de la causación del daño.²⁵² Para poder decir que un daño se produjo por un hecho humano, no se requiere en modo alguno que aparezca calificado por la culpa, ya que la presencia de la culpa añade a la relación de causalidad un elemento que no puede confundirse con él.²⁵³

Un cuadro comparativo facilitará establecer, las diferencias entre relación de causalidad y factores de atribución.

²⁴⁹ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA. *Derecho de obligaciones*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1996. Pág. 226 No 4 No 510.

²⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 226 & 4 No 510.

²⁵¹ MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 205. No 82

²⁵² LÓPEZ Mesa. *Curso...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 205.

²⁵³ DE CUPIS Adriano. *El daño*. Ob. Cit. Pág. 146-247.

Relación de causalidad	Culpabilidad	Riesgo creado
Adecuación objetiva, relación material entre acto y evento dañoso.	Adecuación subjetiva, valoración de la conducta del sujeto	Adecuación entre riesgo y daño.
Previsibilidad abstracta, objetiva entre hecho y evento dañoso, cálculo normal de probabilidades.	Previsibilidad concreta, examen de la conducta del autor.	Previsibilidad abstracta entre riesgo creado y daño.
Definición causal previa a los factores de atribución.	Análisis de la culpa, posterior a la causalidad	Análisis del riesgo creado posterior a la causalidad
Al ser un elemento objetivo, es ajeno a toda valoración	Se analiza las causas de justificación	Se basa sobre aspectos objetivos

1.2.2.5.1 Teorías Sobre la Relación de Causalidad.

La relación de causalidad fue uno de los temas que mayor discusión y polémica generó en el ámbito jurídico, prueba de ello son las diferentes teorías doctrinales que se dieron en material penal y luego civil. En este trabajo me referiré a las más importantes, en relación al tema de estudio.

1.2.2.5.1.1 Teoría de la Equivalencia de las Condiciones. Condición Sine Qua Non.

De acuerdo con la jurisprudencia y doctrina dominantes, se debe considerar en la *teoría de la condición o equivalencia*, todas las condiciones de un resultado como recíprocamente de igual valor (equivalentes). Causantes de un determinado resultado es por tanto, toda acción que no puede dejar de considerarse sin que el resultado se produzca en forma concreta.²⁵⁴ A partir de esta teoría, en un caso particular, el Juez debe formular la pregunta, con la ayuda de la fórmula *conditio sine qua non*, ¿será que el resultado concreto se habría producido sin la acción del autor? la respuesta permite establecer la responsabilidad del sujeto y la relación del acto con el resultado, de tal manera, que si no fuera por la conducta del sujeto, el daño no habría sucedido.

La teoría de la equivalencia de la condición, también es denominada teoría de la condición *sine qua non*, para la cual, la causa es aquella conducta que suprimida mentalmente lleva a que el resultado en su configuración concreta no se hubiera producido jamás. Esta teoría es muy utilizada en el *common law* y es conocida

²⁵⁴ RUDOLPHI Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Universidad Externa de Colombia. 1998. Pág. 14.

como el *but for test of causation* (test de causalidad de si no fuera por).²⁵⁵

Esta teoría no diferencia entre causa y condición, toda condición es causa.²⁵⁶ Ello, porque cada condición es causa de todas las subsiguientes y se apoya en todas las anteriores, toda la actividad genera todas las consecuencias, siendo suficiente que una condición haya integrado la serie de causas desencadenantes del daño para que pueda suponerse que lo causó, dado que si hipotéticamente se la eliminase no habría extinguido el efecto dañoso.²⁵⁷

Las objeciones a esta doctrina giran en torno a los siguientes aspectos:

No resuelve el problema de la causalidad doble., cuando dos causas de diferente origen, concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso y cualquiera de las dos hubiese bastado para producir el daño.²⁵⁸ Ejemplo, dos personas concurren en el homicidio de un sujeto, de manera que la intervención de cualquiera de ellas hubiera origina el mismo resultado, cada una de ellas puede eximirse, con el argumento que sin su intervención igual se hubiera producido el hecho dañoso, cuando en realidad, ambas, son autoras del homicidio.

Falla en los casos de causa alternativa e hipotética, el ejemplo puesto por LÓPEZ, un militar es acusado por un fusilamiento ilegal, en su defensa argumenta, que si él no lo hubiera realizado otro lo habría ejecutado, podría supuestamente excluir su acción sin que el resultado desaparezca; sin embargo no desaparece la causalidad en su conducta. No se puede discutir la causalidad porque el mismo resultado hubiera sido causado por otro.²⁵⁹

De acuerdo a esta teoría son causales todas las condiciones que están en relación causal con el resultado, se llega así teóricamente al infinito.

Confunde causalidad con culpabilidad.²⁶⁰

Las críticas sobre la teoría de la condición *sine qua non*,²⁶¹ aparentemente la descalificarían en su aplicación en la responsabilidad civil. Al no fijar el límite de extensión de la responsabilidad, ésta teoría contribuye a la discrecionalidad del Juez, quién según su criterio puede determinar el alcance (amplio o restrictivo) de la relación causal y el resarcimiento con consiguiente falta de seguridad jurídica y predecibilidad. Sin embargo este defecto es templado con el establecimiento de la

²⁵⁵ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 201.

²⁵⁶ LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso...* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 206.

²⁵⁷ BOFFI Boggero Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Ob. Cit. Ton. 2 Pág. 317 No 537

²⁵⁸ LÓPEZ Herrera Edgardo. Ob. Cit. Pág. 201.

²⁵⁹ LÓPEZ Díaz Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad externado de Colombia 1996. Pág. 36.

²⁶⁰ SOLER Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires Ton. 1. Pág. 260.

²⁶¹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad. La Ley 1991-E- 1378. YZQUERDO Tostado. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Ob. Cit. Pág. 234. ALTERINI Atilio. *Límites de la responsabilidad civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1979. Pág. 144 Nos 179. BUSTAMANTE Alcina Jorge. *La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual*. La Ley 1996-D-23. LLAMBIAS. *Tratado de obligaciones*. Ob. Cit. Vol. I. Pág. 339. No 284.

causalidad adecuada para producir el daño, variación, que le da una amplia aplicación al derecho de daños.

1.2.2.5.1.2 Teoría de la Adecuación.

RUDOLPHI, al exponer la teoría de la adecuación señala que ésta limita el desmesurado alcance de la teoría de la condición jurídica; para esta nueva teoría no deben tomarse en cuenta todas aquellas condiciones que desde un principio no forman una base apropiada para la imputación del resultado y de acuerdo con la experiencia no son aptas para producir tal resultado, dice: *causa y con ello base apropiada de responsabilidad, no es toda condición, sino sólo aquella que de acuerdo con la experiencia es apta para producir un resultado semejante; es decir, la condición adecuada para el resultado... La relación de adecuación entre acción y resultado representa por tanto una relación de probabilidad.*²⁶² Continúa en su análisis, *El Juez debe establecer un pronóstico retrospectivo de probabilidades...preguntándose si la acción que se juzga era por sí sola apta para provocar normalmente esa consecuencia.*²⁶³

A diferencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se considera aquí que no todas las condiciones concurrentes se pueden equiparar, debiendo distinguirse entre la *causa* y la *mera condición*.²⁶⁴ Podría sintetizarse, diciendo que no basta que un hecho haya sido en el caso concreto condición *sine qua non* del daño, sino que se requerirá además que en virtud de un juicio de probabilidades resulte la causa adecuada de ese daño.²⁶⁵

El mayor mérito de esta posición estriba en que brinda sólo una pauta general, a la que debe ajustar su labor el juez, atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso, pues en definitiva son los jueces los que habrán de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal, guiándose más que por teorías abstractas por el criterio que cada caso concreto pueda conducir a la solución más justa.²⁶⁶

La adecuación de la relación de causalidad material a una causa jurídica, ha sido expuesta por la jurisprudencia y doctrina. LLANBÍAS, nos dice: *...según la índole del hecho originario del daño,... conforme al reproche o censura que merezca la conducta en cuestión será menester dilatar o restringir aquella relación de causalidad material, para que resulten o no comprendidas en ellas a tales o cuales consecuencias del hecho originario. De ese ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia del nexo de causalidad material, surge la causalidad jurídica, es decir la que el derecho computa para fines pertinentes de la responsabilidad. Es esa causalidad jurídica la que definirá la extensión del resarcimiento a cargo del*

²⁶² Ibídem. Pág. 27.

²⁶³ YZQUERDO Tolsada Mariano. *Responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 273.

²⁶⁴ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 426-427.

²⁶⁵ Díez Picasso Luis. *Derecho de daños...* Ob. Cit. Pág. 338. No IV.

²⁶⁶ PUIG Brutau José. *Fundamentos de derecho civil*. Bosch Barcelona. 1956. Ton. II. Pág. 684. VON Tuhr. *Tratado de las obligaciones...* Ob. Cit. Vol. I. Pág. 71 No 12. COLOMBO. *Culpa aquiliana*. Ob. Cit. Pág. 162 No 59.

responsable.

Se efectúan varias críticas a esta teoría:

1ro. Mide la peligrosidad de una conducta sólo de acuerdo con la experiencia de la vida y con ello no está en capacidad de distinguir la imputación objetiva de un resultado causado.²⁶⁷

2do. No está capacitada de negar una imputación de resultado en los casos de disminución de riesgo.

3ro. Es el Juez el que define cuál es la causa adecuada, lo que lleva a una apreciación subjetiva.

Estas críticas, en mi concepto, son producto de la confusión entre relación de causalidad y culpa. Cabe resaltar con respecto a la primera crítica, que el nexo de causalidad es de naturaleza objetiva, por lo tanto, no debe hacerse un análisis sobre la peligrosidad o no de la conducta, ya que esta corresponde al factor de atribución subjetivo que es otro de los requisitos de la responsabilidad. La relación de causa adecuada va dirigida a que el Juez en el momento de su análisis tome en cuenta la condición adecuada al resultado, o la condición apta para producir un resultado semejante, que le permita primero, establecer al autor del hecho dañoso y en segundo lugar, relacionar el acto con la vulneración de un derecho protegido (ilícito objetivo), de lo contrario la conducta del sujeto no sería fuente de responsabilidad, en otras palabras, sería irrelevante.

La segunda observación, no se justifica; partiremos expresando que la imputación del daño es una cuestión normativa, el juicio de responsabilidad concluye con la imposición de resarcimiento al dañador que con su conducta ha provocado daño o por la situación particular en la que se encuentra se le imputa un daño, (casos del progenitor, preceptor, propietario, vigilante, ejercicio de actividad peligrosa, etc.). Por lo tanto, hay que distinguir la reconstrucción material de la concatenación de los eventos que han producido el daño (llamada causalidad material) y la reconstrucción jurídica de los hechos, de la imputación (llamada causalidad jurídica). Lo que hace la casualidad adecuada es definir en forma natural, cuál de los eventos de la concatenación de condiciones es relevante y adecuado para producir el resultado obtenido. Y en un segundo momento, establecer la imputación del dañador, mediante la aplicación de la culpa si se trata de un factor de atribución subjetivo o del riesgo creado si fuera objetivo, de tal manera que el nexo sea tal, que el resultado sea consecuencia directa de éste.

Tercera objeción, si bien es cierto que el juez tiene la atribución de elegir la condición más adecuada, ésta se encuentra limitada, precisamente, a que el Juez elija aquella condición que en forma natural y de acuerdo a la previsibilidad sea apta para producir un resultado, análisis objetivo que debe reflejarse en el fallo. En consecuencia esta teoría da mayor certeza jurídica, ya que permite objetar el análisis causal material, cuando no exista una relación causal adecuada, que en

²⁶⁷ RUDOLPHI Hans-Joachim. *Causalidad...* Ob. Cit. Pág. 29

forma natural lleve al resultado.

Contradichas las críticas, coincido con los tratadistas en sentido de que esta teoría es la más adecuada para tratar el tema objeto de estudio, ya que permite al Juez definir mediando un análisis in abstracto, la causa idónea para producir el resultado, según el curso ordinario de las cosas, o lo que acostumbra suceder en forma regular; en consecuencia la causa debe ser idónea para producir el efecto operado, aspecto que debe reflejarse en su fallo. A partir de este análisis como dice DE CUPIS,²⁶⁸ la relación de causalidad es el nexo objetivo que liga un fenómeno a otro que permite la imputación material del sujeto.

Ahora bien, la relación de causalidad no puede confundirse con la imputación legal, esto es, los factores de atribución (culpa y daño creado). Diferencia muy bien señalada por DE CUPIS: *se causa un daño por un hecho humano y por tanto se imputa al autor del hecho mismo... constituido por un facere o bien por la ausencia de mutación... non facere*. En consecuencia la imputación material es de naturaleza objetiva, acto=resultado, mediante un pronóstico objetivo retrospectivo, en función de las condiciones y precedentes. El Tribunal Supremo de España, aclara que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, puede ser suficiente en casos singulares un juicio de probabilidades calificada.²⁶⁹

La investigación causal y sus pasos, lo expone, VISINTINI:

i) Para establecer la relación de causalidad entre daño resarcible y hecho, fuente de responsabilidad, debe primeramente comprobarse si existe un nexo de causalidad natural o de hecho. Este paso hace presumir que el Juez con carácter previo ha determinado la imputación jurídica entre acto ejecutado y bien jurídico protegido, de lo contrario no podría calificarlo de daño, menos darle la calidad de daño resarcible, implica haber efectuado la imputación sobre la base de los factores de atribución de la responsabilidad.

ii) Esta comprobación es preliminar o necesariamente previa a la indagación relativa a la delimitación de las consecuencias dañosas resarcibles (la causalidad jurídica). Esta aseveración me llevaría a señalar como primer paso la reconstrucción material de la concatenación de eventos que han producido el suceso, estableciendo una imputación material entre acto y evento.

iii) En la investigación preliminar se debe agregar la constatación de que el daño se hubiera verificado igualmente aún en ausencia del hecho, que atañe al problema de eficiencia causal, sintetizado en el concepto de condición *sine qua non*, que sirve para excluir que la responsabilidad pueda ubicar al damnificado en una situación mejor a la que tenía si el evento no se hubiera verificado.

iv) Si junto al nexo de causalidad natural, existe un nexo de voluntad, si el hecho

²⁶⁸ DE CUPIS Adriano. *El daño...* ob. Cit. Pág. 246-247.

²⁶⁹ Tribunal Supremo de España. Sala 1Ra.7/6/02 Set. 581/02, ponente Sr. Pedro Gonzales Poveda Aranzadi Tom. 2002-III. Pág. 9178, caso No 5216.

dañoso era previsible por parte el agente, esto es prever el nexo causal entre su conducta y el daño;²⁷⁰ en este punto considera la culpa consistente en una imprudencia y negligencia; así la culpa tiene en si la previsión del total desarrollo causal.

En este punto la autora se ubica en la imputación legal que no sólo va a la calificación de la conducta del autor del daño, sino a la previsibilidad del daño con el acto dañoso.

Una vez establecida la imputación material entre el hecho y el evento, yo diría, que se debe establecer la imputación jurídica objetiva del evento, para darle la categoría de daño a partir de establecer la relación entre el acto humano y el derecho protegido por el ordenamiento legal, que tiene que ver con la ilicitud objetiva, esto es, la vulneración de normas expresamente determinadas por el legislador, que permitan calificar el evento como dañoso.

Finalmente, para dar al daño el carácter de resarcible, establecer los factores de atribución, en el caso de ser éstos subjetivos con la imputación culpa=daño, y de ser objetivos con la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa, o actividad peligrosa, daño=riesgo. En este caso desaparece el criterio culpa=daño, y es sustituido por la norma que define el factor de atribución objetivo; en consecuencia sólo el legislador puede establecer los factores de atribución objetivos, o mejor dicho una norma general que permita al juez mediante la interpretación creativa la aplicación al caso particular. La tesis que planteo va dirigida precisamente a una responsabilidad binaria con dos factores de atribución, uno objetivo y otro subjetivo, definido por una norma, de carácter general y abstracta.

1.2.2.5.1.3 Teoría de la Relevancia.

La teoría de la relevancia, distingue con ayuda de la teoría de la condición, entre la causalidad por comprobar una determinada conducta y la pregunta normativa sobre la relevancia jurídica del suceso causante del resultado concreto; la que debe responder a partir del tipo penal o injusto típico. El punto fundamental está en la interpretación más exacta del tipo penal, esto es, en el momento de establecer la relación causal precisa, cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado son relevantes para el derecho penal, específicamente para el tipo penal.

Esta teoría en mi criterio, se basa en la teoría de la *conditio sine qua non* limitándola al tipo penal, valoración subjetiva de la conducta del sujeto y adecuación al ilícito penal. Teoría que podría también aplicarse a las legislaciones en las que la responsabilidad civil es típica, claro está, con las distinciones conceptuales entre el ilícito civil y el ilícito penal, en tanto y cuanto, esta última se centra en el reo, es decir en un sujeto imputable y sólo en la consideración de

²⁷⁰ Von Buri, consideraba que junto al nexo causal natural debe necesariamente haber el nexo voluntario, esto es el dañador debería prever el daño.

acciones y omisiones, mientras que la responsabilidad civil considera hipótesis de disociación entre el hecho realizado por un sujeto y la responsabilidad asignada a otro sujeto; la responsabilidad penal, se refiere a un hecho ya producido mientras que la responsabilidad civil puede referirse a un juicio hipotético, de ahí la insuficiencia para dar respuestas a todas las cuestiones que emergen del tema objeto de estudio.

1.2.2.5.2 Tendencias Actuales.

Estudiosos como HONORÉ, Tony al lado de H.L.A. HART, dan a la causalidad la categoría de elemento fundamental del acto ilícito; elemento necesario, pero no suficiente. ALPA,²⁷¹ se pregunta ¿Pero a caso la causalidad es regulada de la misma forma en todas las hipótesis?, la respuesta es negativa. Una vez relacionado este presupuesto con los otros presupuestos del ilícito, dice, puede variar completamente la idea, ya que la variación de dicho vínculo es establecido por el legislador. La exigencia de la justicia distributiva y la justicia correctiva, llevan más allá los confines de la causalidad y el papel del nexo en la distribución de los recursos, por lo tanto, en la técnica resarcitoria, así lo muestra la llamada responsabilidad causal y escolástica y la responsabilidad por los *mass torts*.

El análisis comparado entre la doctrina y la jurisprudencia sobre las técnicas de selección de las causas, a fin de establecer una relación etiológica, refiere a la relación entre el evento y el comportamiento del agente, o entre el evento y el dañador que debe soportar las consecuencias resarcitorias. Se trata predominantemente de la *conditio sine qua non* y del criterio de la condición suficiente. Una de las premisas básicas de la investigación de HART y HONORÉ publicada en 1959, consiste en predicar que todo evento es precedido por otro evento, el cual constituye su *condición causante relevante*. No todo evento causante relevante es la causa o la única causa, es necesario integrar un cuadro de factores concurrentes, por ello su evaluación no puede expresarse en términos de necesidad, sino de suficiencia. Deben definirse los factores componentes de regularidad causal o causa adecuada.

ALPA, propone operaciones preliminares para entender la formula: i) Definir la condición causante relevante. ii) calificar el evento como causa, iii) definir el evento y el hecho. No todo evento o hecho es relevante. En la calificación de la relación causal con la teoría de la culpa, debe verificarse que el comportamiento se encuentre enlazado con el daño, por haber sido negligente, en cambio en el riesgo es suficiente que exista la condición para crear el riesgo. Finalmente responder a la pregunta ¿si el acto no se hubiera realizado, se habría generado el daño de todas maneras?

El tratamiento del problema de la causalidad, su aplicación y análisis, no es unánime; sin embargo, en los diferentes sistemas, la causalidad material, la causalidad jurídica, la descomposición del nexo etiológico, los daños directos e

²⁷¹ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 412.

indirectos, son nociones comunes, al igual que el problema de superposición de esquemas jurídicos a las secuelas fácticas.

Todas las tendencias, consideran a la causalidad un presupuesto del ilícito; La doctrina alemana, en su análisis abarca dos aspectos: uno referido a la conducta del demandado en la creación del daño y el papel de las circunstancias que se puede vincular a la conducta como causas, concausas o como hechos externos irrelevantes respecto del daño. El primero es un aspecto fáctico aplicación de la teoría *conditio sine qua non* y la teoría alemana de la equivalencia de las causas (*Aequivalenz-theorie*); el segundo un aspecto normativo. Luego hace referencia al proceso de cambio, teoría corregida, en los actos positivos u omisivos, por la teoría de eliminación de causas que responde a la pregunta ¿el daño se habría verificado de todas maneras si el acto no se hubiera cometido?, teoría corregida por la pluralidad de causas suficientes y luego por la causalidad adecuada que incide en la inmediatez y en la previsibilidad del daño, y finalmente por la teoría del fin de la norma violada, ésta última recientemente afirmada en la jurisprudencia alemana, cuenta con análogos modelos en el *common law* inglés.²⁷²

La teoría de la causalidad adecuada, en los diversos sistemas se resuelve de manera distinta: los juristas franceses, con el criterio de *predecibilidad* y el *common law*, según el esquema de deber de obrar y deber de diligencia. Si bien esta teoría es ampliamente aceptada, se ha definido, en los últimos tiempos que no es aplicable a las hipótesis de riesgo creado.

1.3 EXIMENTES E INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

La exclusión de la responsabilidad puede darse por diferentes circunstancias, podría ser el resultado de una norma, cuando el legislador establece eximentes o límites al resarcimiento del daño o por causa ajena: culpa de la víctima, culpa de un tercero o caso fortuito.

Un acto en el que no existe nexo causal entre el demandado y el hecho dañoso, por no haber participado en el acto o por existir situaciones ajenas tales como la propia culpa del damnificado o la culpa de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor; en cuyo caso el demandado se exime de responder por el daño por inexistencia de relación causal entre el evento y su conducta. Así la presunción de la responsabilidad del propietario del edificio que se desploma, puede ser revertida si éste demuestra que tal evento no se debió a la mala construcción ni a la falta de mantenimiento, sino a fuerza mayor. Ej. Un sismo en una zona no sísmica o por actos de un tercero, ejemplo la excavación de un vecino que daña la estabilidad del edificio al dejar descubiertos los cimientos o a la mala construcción, estando aún en plazo la responsabilidad del constructor.

1.3.1 Hecho de un Tercero Extraño

Causa ajena, todo hecho o acontecimiento extraño no imputable al responsable, tiene por efecto esencial alterar el nexo causal. La causa ajena, es un hecho ajeno

²⁷² *Ibidem*. Pág. 427

al actor, en este ámbito, éste no debe tener nada que ver con el hecho dañoso. El demandando se libera sólo cuando la culpa del tercero implica la ruptura del nexo causal.²⁷³ Es que en rigor, el hecho de un tercero extraño por quien no deba responder ni el dueño ni el guardián constituyen, precisamente, con relación a éstos un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.²⁷⁴

En las hipótesis de presunción de responsabilidad, *iuris tantum* a cargo del propietario, la caída de materiales componentes de la construcción, sólo pueden ser superadas por la prueba, que corra por cuenta del propietario, que demuestre que se deben a hechos efectuados por un tercero absoluto. Lo mismo acontece con el dueño de una empresa sobre la que recae la prueba, de que el daño de la explosión de un caldero se debió a un tercero proveedor de combustible o culpa del propio damnificado.

El hecho de un tercero configura también un caso fortuito o fuerza mayor y descarta la responsabilidad del demandado. Al evidenciarse que el perjuicio ocasionado, en razón de que la única causa eficiente, fue el hecho culposo del tercero que interrumpió en la concatenación causal, proyectando la responsabilidad a dicho tercero.²⁷⁵ Más que de causales de extensión de una responsabilidad presumida corresponde hablar de *circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad civil, precisamente, por no llegar a concretarse el necesario vínculo de causalidad adecuada entre riesgo o vicio del caso y daño.*²⁷⁶

1.3.2 El Hecho del Damnificado.

La culpa de la víctima ha constituido un elemento de ruptura del nexo de causalidad de la responsabilidad desde el derecho antiguo. Ya desde los romanos se cita una frase de PONPONIO: *quod quis ex culpa sua damnun sentit, non intellegitur damnum sentire*; ello significa que el daño que alguien experimentaba por su propia culpa debe considerarse como si no hubiera ocurrido a efectos de la responsabilidad.²⁷⁷

En algunas hipótesis resulta difícil establecer la culpa de la víctima o hasta qué grado su participación hizo producir el hecho dañoso. Cuando la culpa de la víctima no es exclusiva sino que forma parte de la culpa del dañador, se habla de concurrencia de culpas; sin embargo será importante definir la relevancia o no de

²⁷³ Cam. 1ª. CC La Plata. Sala 3ª. 27/10/83 Caparella de Hernández Bardi Beatriz c. Boccabella, José y otro. La ley 1985-G-28.

²⁷⁴ MAZEAUD Henri y León-TUNC André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ob. Cit. Tom. 2 Vol. I. Pág. 145 No 1298-1.

²⁷⁵ Ibídem. Pág. 280-281.

²⁷⁶ PIZARRO. *Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa*. Ob. Cit. Pág. 467 No 8. BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9na Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997 Pág. 421 NO 1066.

²⁷⁷ LEÓN González José María. Significado y función de la culpa en el actual derecho del daño. (Especial consideración de la culpa de la víctima) En la responsabilidad civil de Roma al derecho moderno. ED. Universidad de Burgos. 2001. Pág. 25.

la concurrencia de la víctima en el hecho dañoso, dado que la concurrencia de la víctima en el hecho dañoso puede ser irrelevante cuando el daño está relacionado con la vida, la salud o integridad física, por estar éstas protegidas no sólo por razón individual, sino, también, general. La vida humana es el bien supremo y a vez el valor más alto que el Derecho protege. Tampoco es relevante la provocación verbal. La relevancia en condiciones de excluir la responsabilidad del agente, se da cuando el hecho efectuado fue determinante para la provocación del daño, de tal forma que de no haber actuado de la forma como lo hizo, el daño no se hubiera producido.

El prorrato del daño, entre dañador y damnificado, está vinculado con la causal de los comportamientos respectivos, incurre en corresponsabilidad cuando incumple normas establecidas para evitar o mitigar el daño, por ejemplo, no se coloca el cinturón de seguridad, cuando tenía la obligación de hacerlo.

Existen otras hipótesis, en el caso de culpa de la víctima y riesgo, en las que estará a cargo del dueño o guardián de la cosa riesgosa, el intento de destrucción de la presunción de responsabilidad, cuando es parcial, acarea la posible convivencia entre el factor subjetivo y objetivo. Culpa del demandando y riesgo, es un supuesto extraño ya que cuando hay riesgo no es necesario averiguar la culpa, pero podría ser que el Juez la analice para la imposición del resarcimiento. Culpa en el tercero y riesgo, podría ser que concurren la culpa de un tercero y el riesgo para que se opere el daño, en cuyo caso, puede ser establecido a prorrata el pago de la indemnización. Se admite sin dificultad la existencia de culpa concurrente, que sirve como recurso moderador de la responsabilidad agravada por el demandando.²⁷⁸

Compensación de culpas. Criterio antiguo, propio del derecho romano, para el que la presencia de culpa por parte de la víctima hacía perder todo derecho a la indemnización. En el *common law*, es considerado principio de negligencia distributiva *contributory negligence* que surge del famoso caso *butterfield v. Firrester*, que hace soportar a la víctima los daños y *Davies v. Mann*, que en cambio tiene por causa al demandado, porque tuvo una oportunidad clara de evitar el daño (*last clear chance doctrine*). Según este criterio, si la víctima contribuye a la causación del daño su culpa es compensada con el actor y entonces nada puede percibir por concepto de daños. Este concepto ha sido criticado porque la culpa de la víctima no implica, que forzosamente hubiera causado su propio daño,²⁷⁹ ya que podría haber concurrencia o cotejo de culpas.

El sistema de eficiencia causal rige en el *common law* (*comparative negligence*), es la aplicación de la teoría de la causalidad eficiente; se hace un análisis que permite establecer la eficiencia causal del acto de la víctima y del victimario para establecer la indemnización. Lo que no sucede cuando existe dolo, en cuyo caso se carga toda la responsabilidad contra el que actuó con dolo, no obstante la

²⁷⁸ LEÓN Gonzales. Ob. Cit. Pág. 23-24.

²⁷⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría ...* ob. Cit. Pág.229-230

conurrencia de culpa de la víctima, los ejemplos dados por HERRERA son esclarecedores, Si un conductor conduce a una velocidad excesiva y el peatón se suicida contra el auto, no habrá compensación de culpas, lo mismo sucedería si un peatón cruza en semáforo verde y el conductor que lo vio a una distancia desde la que podía frenar, decide atropellarlo, éste carga con todo el daño.²⁸⁰

Existen varios criterios que establecen la proporción de la incidencia, para el caso en el que ambas causas fueran condición *sine qua non* para la concurrencia del daño no es posible calcular el porcentaje y se le imputa el 50% a cada uno. Algunos consideran que la distinción puede ser en función de la gravedad de la culpa o dolo, sin embargo esta posición no es la correcta, ya que puede haber situaciones muy simples que generan mayor daño que el dolo, el que generalmente, no agrava el daño. El criterio más adecuado, en mi concepto, es que se busque la eficiencia de la conducta en la cadena casual, a mayor incidencia mayor proporción.

1.3.3 Caso Fortuito

Según EXNER, el caso fortuito comprende los acontecimientos imprevisibles, cuya causa radica en la propia explotación comercial o industrial (por ejemplo el estallido de un caldero de una fábrica o la explosión de un depósito de solventes de una tintorería). La fuerza mayor en cambio, es todo acontecimiento natural o humano imprevisible y completamente ajeno a la explotación, tales como las órdenes de las autoridades, las inundaciones, etc.²⁸¹

La doctrina ha establecido requisitos que pueden servir para que el juez establezca como eximente el caso fortuito, se requiere de un hecho exterior incompatible con la actividad industrial y que sea incontrolable. El hecho debe ser extraordinario, debe salir de lo que es normal en dicha zona, lo rudimentario, recurrente o previsto, no pueden constituir causa suficiente de fuerza mayor. Debe tratarse de un acontecimiento de excepción, que salga, en una palabra de lo que es corriente; este criterio es netamente objetivo, estudia la cantidad de veces que un hecho se ha producido en la zona de desastre.²⁸²

Para ser fortuito el hecho no debe ser razonablemente previsible, surge de una serie de elementos de hecho que deben ser computados equilibradamente por el órgano judicial, naturaleza de la obligación, intención de las partes, circunstancias de personas, tiempos y lugares, etc.²⁸³

El hecho debe ser irresistible o inevitable. Esta irresistibilidad surge de la propia etimología de la palabra *fortuito* que reviva del latín *forrs* que relaciona el hecho con el azar, con aquello a lo que los hombres no pueden imponerse.²⁸⁴

²⁸⁰ HERRERA López Edgardo, *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 573

²⁸¹ En la obra de BOFFI Boggero Luís M. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. 2. Pág. 225. & 448.

²⁸² TRIGO LÓPEZ... Pág. 836-837.

²⁸³ BOFFI Boggero Luís. *Tratado...* Ob. Cit. Ton. 2 Pág. 226. &490.

²⁸⁴ PEÑA López F. La culpabilidad de la responsabilidad civil extracontractual. .. Pág. 568.

Como tercer requisito EXNER, de *casus* requiere la notoriedad o publicidad del hecho. Un acontecimiento extraordinario, generalmente goza de gran difusión y comentario popular. Introduce este requisito, para hacer insospechable la prueba del hecho y así evitar suspicacias y picardías.²⁸⁵

La tendencia más moderna –sostiene que la metodología más adecuada es de tratarlo sobre la base de la relación de causalidad, ya que la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor va a entrañar siempre la ruptura de la cadena causal y va a traer aparejada la irresponsabilidad del agente demandado, no en virtud de su falta de culpabilidad, sino por no ser autor del daño.²⁸⁶

En diversos fallos, se ha expuesto, que los hechos de la naturaleza deben ser verdaderamente extraordinarios y de tal magnitud, o que bien resulten imprevisibles o que previstos no hayan podido evitarse por las circunstancias fácticas que rodeen el hecho.²⁸⁷

Siguiendo esta línea, la Audiencia Provincial de Barcelona, resolvió hace algún tiempo un caso en el que los turistas demandantes exigían indemnización del organizador de un viaje al Caribe, alegando haber sufrido daños por el paso del huracán George; la Audiencia de Barcelona, concedió dicha indemnización y descartó la presencia de un caso fortuito, en el *sub discussio*, debido a la relativa predecibilidad de los ciclones tropicales, denominados huracanes en la zona del Caribe.²⁸⁸

Si bien, la doctrina apunta a la imprevisibilidad e irresistibilidad, la jurisprudencia francesa va más lejos, la Corte de Casación francesa ha declarado últimamente, que la fuerza mayor, puede configurarse por la sola irresistibilidad del evento, abstracción hecha de los motivos relativos a la imprevisibilidad.²⁸⁹

La imprevisibilidad ha dejado de ser un requisito característico del caso fortuito, pueden presentarse eventos previsible absolutamente inevitables. Las hipótesis en las cuales se menciona el límite del caso fortuito, sólo pueden ser hipótesis de responsabilidad objetiva, porque el sujeto al que se le impone la carga resarcitoria, no puede limitarse a demostrar que ha hecho todo lo posible para evitar el daño. Dicho sujeto deberá responder de todos modos, si no demuestra la evidencia del caso fortuito, mediante circunstancias idóneas y aptas para interrumpir el nexo causal.

²⁸⁵ En la obra de KENNY Silvia Elena. Concepto de caso fortuito y de fuerza mayor en nuestro código civil. Ob. Cit. Pág. 80.

²⁸⁶ ALTERINI-LÓPEZ CABANA. El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, “en Derecho de daños” ED. La Ley. Buenos Aires. 1992. Pág. 164.

²⁸⁷ CNCIV. Sala A. 10/12/97. Morón Silvia G. v. Municipalidad de Buenos Aires. La ley 1989 B-628 J.

²⁸⁸ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. Sec. 17ª. 27/06/2000. recurso No 578/2000, ponente Sra. Mateo marco. Sis informático El derecho Esp. Caso 2000/38760.

²⁸⁹ Corte de Casación Cam. Co. 28/04/98, in re Penet- Weiller Vs. Soeximex., comentario por MENDACAL Barthelemy, referido por TRIGO-LÓPEZ Pág. 846.

1.3.4 Caso Fortuito y Factores de Atribución Culpa y Riesgo.

El caso fortuito resulta antitético de los factores de atribución, haciéndose excluyentes entre sí, ya que la existencia de caso fortuito impide que surja la relación obligatoria como consecuencia del hecho dañoso. El concepto que se tenga, sobre qué es responsabilidad civil y hasta donde llegan sus dominios y cuál el alcance de cada uno de los factores de atribución, impacta o condiciona, lo que se piensa sobre caso fortuito. Es lógico que el ensanchamiento de las fronteras de la responsabilidad civil, por la introducción y extensión de nuevos canales de responsabilidad (riesgo creado, riesgo de actividad, etc.), va correlativamente reduciendo el ámbito de aplicación del caso fortuito.²⁹⁰

A medida que se alargan las fronteras de la conducta culposa o del riesgo creado, por la apreciación extremista de la conducta de los individuos, en el primer caso y por la consideración como riesgosa de casi todo objeto y actividad, en el segundo caso, se acota o disminuye el terreno del *casus*. A mayor exigencia en la apreciación de la diligencia y mayor incidencia del riesgo creado, hay menos espacio para alegar caso fortuito, dado el más mínimo “polvo de culpa” o la más mínima peligrosidad de la cosa, cierra el paso a la procedencia de alegación de *casus*.

La jurisprudencia española sistematiza las siguientes premisas: - El caso fortuito exige una acción lícita ejecutada, con la debida diligencia y presupone la negación de toda culpa.²⁹¹ -El caso fortuito requiere en todo caso, la presencia de la diligencia debida, junto con la imprevisibilidad e inevitabilidad del evento.²⁹² - Basta que el acto ordinario sea contrario a disposiciones reglamentarias para que la eximente del caso fortuito sea inaplicable, requisito que el agente abre, no sólo con la exigida diligencia en circunstancias análogas, sino especialmente, debido al caso concreto acaecido.²⁹³

El caso fortuito, se caracteriza tanto por una nota de signo objetivo, producción del hecho por mero accidente en el proceso causal, como por obra de naturaleza objetiva, ausencia de dolo o culpa, impeditivo de cualquier fundado reproche a su autor, es decir, que no basta que la imprevisibilidad hubiera sido objetiva, sino que el evento no hubiese sido previsto por el agente, “objetiva”, es decir, que tampoco hubiera podido ser razonablemente tenido en cuenta por otra persona con capacidad psíquica normal.²⁹⁴

Caso fortuito, entendido como todo lo que acaece de modo extraordinario, contra el que todo esfuerzo humano resulta inútil. En materia de responsabilidad extracontractual existen posiciones discrepantes, en la doctrina y jurisprudencia,²⁹⁵

²⁹⁰ LÓPEZ Mesa Marcelo. Curso de... *Ob. Cit. Tom. I. Pág. 255.*

²⁹¹ Tribunal Supremo Español. Sala 2da. 10/05/83. Ponente Sr. Lotour Brotons. RAJ 1983-2692.

²⁹² Audiencia Provincial de Victoria 31/05/82. Ponente Sr. Lozano Gutiérrez. LL. España Tom. 1982-3 Pág. 627. (2980-R)

²⁹³ Tribunal Supremo Español Sala 2ª. 20/07/83, Ponente Sr. Gil Saez RAJ 1983-4201.

²⁹⁴ Trib.Sup. Esp. Sala 2ª. 24/04/85, ponente Sr. Soto Nieto La Ley España Ton.1985-3. Pág. 245.

²⁹⁵ ALPA Pág. 434-435.

en relación con el modo de entender el caso fortuito; en ambos formantes se está perfilando una clara preferencia por la concepción rigurosa, objetiva y absoluta, que vuelve más grave la responsabilidad del agente, en todo caso del sujeto al que se le imputa el deber resarcitorio. El criterio más rígido, en lo contractual, es justificado por multiplicidad de razones, no sólo formales, sino sobre todo, por una razón sustancial, en el sector de responsabilidad civil el problema consiste en identificar el *cheapest avoider* y en asegurar el resarcimiento a la víctima.

Las diferencias prácticas, entre caso fortuito y causa extraña, están dadas por el hecho, de que la causa extraña, no es considerada fortuita, no obstante de ser inevitable, ejemplo la explosión o desperfecto imprevisto de maquinarias o artefactos peligrosos, la combustión de sustancias inflamables, el descontrol imprevisto de un animal, la caída del techo de una casa por un factor interno, la pinchadura de un neumático, el desperfecto imprevisto de los frenos de un automóvil, el malestar del conductor, etc.

La jurisprudencia, muestra adhesión a esta última tendencia que adopta una noción objetiva y absoluta de caso fortuito, por ejemplo, en las cosas que alguien tiene bajo su cuidado; la Corte española, ha señalado que corresponden al cuidador demostrar la prueba contraria a la presunción *iuris tantum* de su responsabilidad, mediante la demostración positiva del caso fortuito, es decir, del hecho extraño a la esfera de su cuidado con el impulso causal autónomo y el carácter de imprevisibilidad y absoluta excepcionalidad, en caso de incertidumbre sobre la causa concreta.

Así, en el deterioro del edificio al propietario le incumbe mostrar el caso fortuito o el hecho de tercero o del propio damnificado, que contribuyeron en el evento dañoso, hechos extraños a la esfera del propietario.

En la jurisprudencia italiana, la causa ignota, referida al daño provocado por una causa no identificada ni identificable, se impone al cuidador sólo si se resuelve en la incertidumbre entre varias causas aún cuando estas fueran atribuibles a culpa, pero no en la hipótesis en que a pesar de ser desconocidas las causas del evento dañoso, se tenga que excluir con certeza, toda posible causa asimilable a un defecto en la vigilancia.²⁹⁶

El razonamiento, por daño ocasionado por cosas que se tienen bajo cuidado, tiene como base: a) la verificación del daño en el ámbito del dinamismo connatural a la cosa o del desarrollo de un agente dañoso surgido a la cosa. b) la existencia de un poder físico de un sujeto sobre la cosa. Un poder físico, que es inherente al deber de cuidado de la cosa misma, para impedir que ésta produzca daño a terceros. Para el cuidador existe una presunción *iuris tantum* de culpa, que sólo puede ser superada con la prueba de que el daño ha derivado exclusivamente del caso fortuito, comprensivo del daño de tercero y de la culpa del damnificado. Por lo tanto el damnificado tiene la carga de la prueba para demostrar que el daño es extraño a la esfera de su acción, (caso fortuito, daño de tercero, o daño del

²⁹⁶ Tribunal de Milán, sentencia del 19-10-1995, en Danno e resp. 1996. Pág. 513 y ss.

damnificado) y queda a su cargo la causa ignota.²⁹⁷

1.4 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Según un sector de la doctrina, en determinadas circunstancias expresamente determinadas por ley, la acción humana provocadora de perjuicios no generaría responsabilidad. El principio de equidad permitiría al agente ejercer ciertos actos que estarían liberados de responsabilidad, no obstante de su antijuricidad se los consideraría lícitos. Su fundamento lo encuentra en el principio de interés preponderante, según el cual, cuando existen dos bienes jurídicamente protegidos, la tutela jurídica debe obrar en favor del interés superior.²⁹⁸ Han sido definidas como *razones excepcionales que legitiman el acto; ponen de relieve que, a pesar del mal inferido por el agente, su conducta es justa y el ordenamiento jurídico la autoriza y aprueba.*²⁹⁹

Hipótesis en la que el acto ilícito dañoso está vinculado con el estado de necesidad y legítima defensa, ligado con un hecho dañoso ejercido por la exigencia de salvarse a sí mismo o sus bienes de un peligro actual e inminente. En la legítima defensa, se presenta una colisión entre un interés legítimo (del atacado) y un interés ilegítimo (del agresor), que se resuelve a favor del primero.

1.4.1 Legítima Defensa

La legítima defensa es una causa de justificación fundada en la necesidad de autoprotección y de afirmación del derecho.

Existe una íntima conexión entre legítima defensa y ejercicio del derecho. La legítima defensa busca establecer la primacía del derecho frente a lo injusto, consiste en la reacción natural instintiva frente a la agresión o de un hecho dañoso, que es asumido por falta de protección del Estado. Como expresa BUSTOS *se trata en definitiva, del prevalecimiento del orden jurídico frente a la agresión antijurídica.*³⁰⁰ En consecuencia, tiene un doble fundamento, la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales y restablecer la primacía del derecho, así lo ha declarado la abundante jurisprudencia española.³⁰¹

La legítima defensa para constituir un eximente de responsabilidad debe reunir ciertos requisitos:

Agresión ilegítima y actual, supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, esto es, derechos subjetivos cuya defensa no puede ser deferida por la peligrosidad que implica, de no ejercerse la acción sobre dicho bien podría

²⁹⁷ ALPA. Ob. Cit. Pág. 437

²⁹⁸ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento del daño*. Ob. Cit. Tom. 4 Pág. 349 /52.

²⁹⁹ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de daños*. Ob. Cit. Tom. 4. Pág. 349

³⁰⁰ BUSTOS LAGO José. La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ob. Cit. Pág. 347.

³⁰¹ Cfr. Tribunal Supremo de España. Sala 2da., 03/04/92, ponente Ruiz Vadillo. La Ley (Esp.) Tom. 1992'-2 Pág. 743. Audiencia provincial de Barcelona. Secc. 9na. 5/05/92 Ponente Robles Fernández. La Ley. Tom. 1993-1 Pág. 550.

perderse.

Debe existir racionalidad entre el medio empleado para repeler la agresión y ésta. La proporcionalidad entre agresión y respuesta debe ser apreciada *in concreto*. La inexistencia o el defecto de esta proporción afecta el empleo de esta eximente, si la defensa fuera innecesaria, queda desautorizada *in totum* la alegación de legítima defensa; en cambio los excesos incentivos, sea en la forma o medio empleado, permiten acoger la versión incompleta de la legítima defensa debiendo graduarse la intensidad del exceso.³⁰²

La legítima defensa debe ser el resultado de una agresión real y posterior, esto es, una respuesta a una agresión ya que si ésta ha sido anticipada, reviste la calidad de legítima defensa putativa, en cuyo caso se abre la acción resarcitoria.

Esta figura la considero apta para materia penal, no así para el derecho de daño, sólo podría admitirse como eximente si se encuentra configurada como culpa de la víctima, no como eximente autónoma.

1.4.2 Estado de Necesidad

El estado de necesidad consiste en la existencia de una situación fáctica de peligro grave o inminente que amenaza a una persona o a sus bienes, y que sólo puede ser conjeturada para salvaguardar los mismos, ocasionando un daño a otra.³⁰³

El estado de necesidad es justificado por diferentes teorías:

La teoría de la adecuación (Kantiana), considera que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme al derecho, esto es, no es jurídicamente correcta, pero no puede ser castigada por razones de equidad en virtud de la coacción psicológica en que actúa el sujeto necesitado.

La teoría de la colisión (hegeliano), postula que el estado de necesidad, radica en el mayor valor objetivo que para el derecho tienen los intereses salvados, en comparación con los intereses que se sacrifican. Teniendo presente dicha superioridad valorativa, en caso de colisión debe considerarse objetivamente correcta, justificada y no sólo exculpada la acción que salva el interés más importante.

La teoría de la diferenciación, interpreta que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominante que destaca la teoría de la colisión, deben utilizarse para explicar respectivamente dos grupos de casos diferentes, de esta causalidad: salvación del interés objetivamente más importante, se lesiona un interés inferior al que se salva, concurrencia de un estado de necesidad justificante, que actúa como causa de

³⁰² Tribunal Supremo de España, sala 2da. 06/04/2001. Ponente Sr. Saavedra Ruiz. Sistema informativo del derecho (Esp.) caso 2001/6005.

³⁰³ BOFFI Boggero. *Tratado de obligaciones*. Ob. Cit. Tom. II Pág. 101 /398. BUSTAMANTE Alcina. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 159 No. 291

justificación y salvación de un interés igual o menor al sacrificado, en cuyo caso se habla de una exculpación a quien sacrifica un interés igual al salvado.

El estado de necesidad para actuar como eximente de la responsabilidad debe cumplir los siguientes requisitos:

Existencia de un peligro actual y eminente de sufrir un daño en las personas o en las cosas.³⁰⁴ El Tribunal Supremo de España, condiciona a que *el mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable, con la proporción precisa, al que se causa.*³⁰⁵

El peligro no debe ser imputable al autor de daño, es decir, no debe haber intencionalidad de dañar. Debe reunir las características de: fortuito, inevitable y no estar obligado a soportar tal situación de peligro.

El daño debe ser de naturaleza patrimonial, no podría admitirse un daño a la persona, menos a la vida.

Resulta de un acto indispensable para evitar el daño, que no existe otro medio para preservar. *La esencia de este eximente, radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.*³⁰⁶

Que el daño que se procura evitar sea cuantitativa y cualitativamente superior al que se ocasiona. Los fallos dictados por la Corte Suprema de España, exigen que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar.³⁰⁷

Que el necesitado por su cargo u oficio no tenga la obligación de sacrificarse.

El estado de necesidad, es una causa de exclusión de antijuricidad, sin embargo con respecto a la responsabilidad civil, ha sido objetado. Existen tendencias que consideran que la figura es idónea para constituir una hipótesis de acto ilícito dañoso, sólo una cuantificación semejante parece dudosa, mucho más si se tiene en cuenta la incierta construcción teórica. Otra, asume que la figura es propia del área de la responsabilidad objetiva, solución en mi concepto adecuada, que es objetada con el argumento de que los regímenes especiales que dan lugar a la responsabilidad sin culpa, están todas vinculadas con el ejercicio de la actividad económica que implica un riesgo. La tercera tendencia, considera que estamos frente a una figura típica de responsabilidad que da lugar a una regulación autónoma, una suerte de régimen especial respecto de aquellos vínculos con la titularidad del derecho o con el ejercicio de actividades especiales.

³⁰⁴ LOPEZ MESA. *Curso...* Ob. Cit. TOM. I. Pág. 275. TRIGO Represas. *Teoría general de la responsabilidad civil.* Ob. Cit. Pág. 303.

³⁰⁵ Tribunal Supremo de España. Sala 2da. 26/01/99 SENTENCIA No 75/1999, ponente Sr. Vega Ruiz, en sistema informático de Derecho (Esp.), caso 1999/337.

³⁰⁶ Tribunal Supremo de España sala 2da. 26/01/99. Sentencia No 75/1999. ponente Sr. Vargas Ruiz, sistema informático de Derecho (Esp.) caso 1999/337

³⁰⁷ Tribunal Supremo de España, sala 2da. 26/01/1999. sentencia No 75/1999, ponente Sr. Vega Ruiz en el sistema informático hecho (Esp.). Caso 1999/337.

La naturaleza jurídica del estado de necesidad ha generado una polémica que no concluye, existen posturas encontradas entre quienes, como los penalistas lo consideran objetivamente antijurídico pero subjetivamente inimputable.³⁰⁸ En tanto que los civilistas lo consideran un acto lícito,³⁰⁹ pero que debe indemnizarse en cierta medida el daño.

Al margen de la discusión sobre la naturaleza jurídica, existen sectores que propugnan el no resarcimiento, fundan su postura en la falta de ilicitud del acto, al no haber ilicitud no hay obligación que reparar. Se dice que en el acto necesitado falta voluntad libre que es elemento necesario del acto ilícito: *el que obra por necesidad no daña en efecto con malicia a otro, desearía respetar sus bienes y voluntariamente lo haría si otro medio existiese para preservar sus propios bienes o los de un tercero; causa daño pero sin dolo.*³¹⁰ Para ZAVALA, *el hecho necesario es lícito, porque la lesión que causa es autorizada y aprobada por el ordenamiento jurídico.*³¹¹

Otros no obstante de atribuir al acto necesitado el carácter de ilícito, justifican el no resarcimiento con el fundamento de que la fuerza mayor actúa como eximente. Para, CARRANZA, si bien la conducta del agente es invasora de la esfera ajena y produce un daño *-aspectos que objetivamente parecen hacer desembocar la figura en la ilicitud-* justifica por las circunstancias extraordinarias que obligan a autorizar, *como socialmente valiosa la conducta necesitada, instituyéndose en una causa de exclusión de la antijuricidad mediante la ponderación de los valores en juego, receptada por la legislación, dice: Se trata...de un caso en el que... se debe ceder la impronta económica liberal que preside la doctrina de la indemnización de daños, en beneficio de una solución solidaria.*³¹²

Para LLAMBIAS, el acto necesario es involuntario, el sujeto obra constreñido por la amenaza de un mal grave –violencia objetiva- carece de voluntad moral, al no ser un acto voluntario no puede ser calificado de lícito ni ilícito, ni producir por sí obligación alguna.

En la vereda contraria están quienes sostienen la tesis de la obligación de resarcir, unos, sobre la base del acto ilícito y otros, no obstante de considerar el acto lícito, opinan que por equidad debe ser resarcido en alguna medida el daño. Otros sectores aplican la teoría de la expropiación privada, para justificar la indemnización.³¹³ Hay autores, que justifican el deber resarcitorio en la noción de

³⁰⁸ VINEY. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 567

³⁰⁹ GIORGI Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Ob. Cit. Tom. 5 Pág. 261. No 165. VON Tunc. *Tratado de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I. Pág. 273 No 45 / 7 y 294 No 49. MAZEAUD TUNC. Ob. Cit. Tom. I Vol. II. Pág. 133 No 488. DE ÁNGEL Yagüez. *La responsabilidad civil*. Deusto. Bilbao 1988. Pág. 104. DE AGUIAR Dias. Ob. Cit. Tom. II. Pág. 305. BORDA Ob. Cit. Tom. II Pág. 254. LLAMBIAS en Ja. *Doctrina* 1974 Pág. 89 nota 9.

³¹⁰ ACUÑA Anzorena *adiciones a SALVAT Fuentes*. Tom. IV Pág. 64 No 2725-c.

³¹¹ ZABALA de Gonzales. *Responsabilidad por el daño necesario*. Ob. Cit. Pág. 99 No 15.

³¹² CARRANZA. Ob. Cit. En JA. 1967-V sec. *Doctrina*. Pág. 900. No 2.

³¹³ DEMOGUE Ob. Cit. Tom. III, Pág. 398 No 240. WOLFF Martín. *Derecho de cosas*. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alger. Barcelona Bosch. 1951. Tom. I Pág. 306 No 53-II-3.

equidad y solidaridad social, *porque en verdad, dañador y dañado no son en definitiva, más que dos víctimas de un hecho mismo, que es el primer origen del daño.*³¹⁴

En mi concepto el estado de necesidad, si bien constituye una causal de justificación en materia penal, no lo es en materia civil, se trata de un acto ilícito de naturaleza objetivo, que por las circunstancias de necesidad es tolerado por la ley, sin que de modo alguno, dicho acto, que invade la esfera ajena y produce un daño, pueda adquirir la calidad de lícito, es ilícito por su propia naturaleza, toda vulneración del derecho ajeno es ilícito; por lo que considero que el agente que provocó el daño debe repararlo, ya que el acto ejercitado en estado de necesidad no puede a título de solidaridad imponer a un tercero una carga patrimonial injusta. Su fundamento está en el principio general de que quien provoca un daño debe repararlo y en ese ámbito existe un daño patrimonial cuantificable que debe ser reparado por el agente que en estado de necesidad irrumpió en el derecho ajeno para satisfacer una necesidad apremiante. Lo contrario generaría una carga injusta para la víctima del hecho dañoso.

La tesis que sostiene que el acto ejercitado, en estado de necesidad, no cuenta con la voluntad del sujeto y por lo tanto no es lícita ni ilícita ni genera obligación alguna, en mi concepto, no es correcta, aceptar esa tesis, significaría admitir que el acto necesitado es extrajurídico o inexistente, lo que no es evidente. No podemos sustraernos del acto dañoso injusto que debe ser reparado y por lo tanto, corresponde al derecho ocuparse, no puede quedar en la nebulosa, o como dicen otros autores,³¹⁵ permanecer en un estado de indefinición y limbo jurídico, repito se trata de un acto ilícito objetivo, un daño injusto inferido que debe ser reparado ya que el estado de necesidad fue resuelto en el momento en el que el sujeto satisfizo su necesidad y al haberlo hecho a costa de la víctima, ésta en justicia, debe recibir lo que se le sustrajo y obtener la reparación de los daños ocasionados. Ejemplo, un sujeto que en estado de necesidad, por salvar la vida de su madre, rompe la vidriera de la farmacia para sacar el medicamento; una vez suministrado éste e ingresado a un estado normal, está reatado al pago de la reparación del vidrio roto y pagar el importe del medicamento, que en situaciones ordinarias la hubiera abonado, no veo porque no deba hacerlo, menos después de haber irrumpido en la farmacia y destruido el vidrio. Resultaría completamente injusto que éste aduciendo su falta de voluntad se sustrajera del pago del precio del medicamento y la reparación del daño provocado por la rotura del vidrio. Si el Estado, se obliga a la indemnización de todo acto que rompa la igualdad de cargas de los ciudadanos, por actos ejercitados por necesidad pública, no es lógico menos justo eximir a un particular que en igual situación generó un

³¹⁴ ACUÑA Anzorena *Adiciones a SALVAT Fuentes*. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 71 No 2725H letra C. GIORGI. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Ob. Cit. Tom. 5. Pág. 258. No 165. DE AGUIAR Días Ob. Cit. Tom. II. Pág. 306 No 212. CARRANZA Ob. Cit. en JA 1967-V. Pág. 902 No VII.

³¹⁵ TRIGO Represas F. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 304. LAMBÍAS nota en JA doctrina 1974. Pág. 89 y nota 6. ACUÑA Anzorena *Estudios...* Ob. Cit. Pág. 134.

desequilibrio patrimonial, este sin duda debe ser reparado.

CAPÍTULO II

FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y FUNCIONES DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO.

2.1 FACTORES DE ATRIBUCIÓN E IMPUTACIÓN

2.1.1 Concepto.

Partiré expresando que la imputación o atribución de un daño es una operación netamente jurídica, sustituye la imputación meramente material por la valoración, que se concreta en un *específico factor de atribución o de imputación que consiste en aquel elemento valorativo o axiológico, que determina quién pagará el daño y por qué razón o a que título lo hará.*³¹⁶ El orden jurídico presupone que la lesión de un interés legítimo protegido debe ser imputado mediante la ponderación valorativa de la conducta de un sujeto (dolo o culpa) y riesgo creado, identidad del sujeto a quién se le asigna el riesgo, atribución objetiva de la responsabilidad civil, que impone al sujeto culpable o responsable, la obligación de responder por el daño infligido, traducido en una operación económica, denominada indemnización, *Los efectos de la imputación consisten en la distribución racional de los daños. La imputabilidad puede referirse tanto al elemento subjetivo, cuanto al riesgo ya sea en sentido subjetivo (idoneidad del sujeto para prevenir la responsabilidad), o bien en sentido objetivo, identificación del sujeto al que se le asigna el riesgo.*³¹⁷

Imputar significa adjudicar a una persona la autoría de un hecho y sus consecuencias.³¹⁸

Los factores de atribución son las razones que justifican, que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, *es decir, se traslada económicamente a otro. Constituyen la explicación axiológica de la obligación de impedir o de resarcir el perjuicio.*³¹⁹

Cabe recordar que en el derecho antiguo, hasta el periodo preclásico de Roma, la responsabilidad consistía en un conjunto de ilícitos concretos en los que bastaba la mera causación del daño para sufrir la *pena*, sin que incidiera en la decisión del Juez ninguna consideración sobre la conducta,³²⁰ no se hacía ningún análisis valorativo de la conducta del dañador, la sola materialización del daño generaba responsabilidad, se trataba de una causalidad material.

Contra la concepción arcaica de la responsabilidad, afinada sobre la causalidad material, reaccionaron los jurista clásicos, introduciendo paulatinamente elementos

³¹⁶ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...I*. Ob. Cit. Pág. 244.

³¹⁷ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad. Ob. Cit. Pág. 313.

³¹⁸ MOSSET Iturraspe J. *Responsabilidad civil del médico*. Ob. Cit. Pág. 179

³¹⁹ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de daños*. Ob. Cit. Tom. 4. Pág. 355

³²⁰ PEÑA López Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Comares. Granada 2002. Pág. 12.

de naturaleza subjetiva, referidos a la conducta del infractor, a la que se le otorga un carácter decisivo, en la posibilidad de que la conducta y no la mera materialidad dañosa hagan surgir la obligación a cargo del dañador.³²¹ El primer elemento considerado fue el *dolus malus* o intención malvada, al que se unían, posteriormente la culpa o negligencia, que andando en el tiempo habrían de convertirse en criterio de imputación de responsabilidad civil extracontractual por antonomasia.³²²

Con la llegada de la sociedad industrial, la producción masiva caracterizada por perseguir el puro beneficio a ultranza y la multiplicación del capital, se torna mucho más dinámica la actividad de producción, se trata de producir y distribuir incesantemente, se impone la máxima mecanización, rapidez en el funcionamiento de las máquinas y el transporte, a través de la utilización de las más potentes y peligrosas fuentes de energía; y todo ello ocurre en una sociedad más masificada y más consumidora.³²³ En la complejidad de dicho proceso productivo, las hipótesis de daño no se podían probar por la culpa del dañador, para los trabajadores era sumamente difícil, sino imposible demostrarla, y en algunos casos, era difícil o imposible identificar a éste, circunstancia que indujo un cambio de concepción de la responsabilidad civil extracontractual, introduciendo un nuevo factor de atribución o imputación del daño, el riesgo creado, con lo que se da un paso hacia un sistema binario de responsabilidad, como respuesta a las necesidades de la sociedad cada vez más tecnificada e industrial.

La imputación civil en términos generales requiere de un requisito subjetivo, esto es, la capacidad de querer y entender del sujeto; que la persona tenga conciencia o se halle en condiciones de distinguir el bien del mal, o dicho de otra forma, conozca en términos generales el principio *neminem laedere*, es decir, que sepa que lo que hace es objetivamente malo y que en su caso, responderá por ello; es lo que podría llamarse capacidad de discernimiento o capacidad de culpa, cuya concurrencia es necesaria para formular el correspondiente juicio de culpabilidad.³²⁴

La Ley presume la capacidad de los sujetos, bajo cuya premisa los actos ilícitos son siempre imputables, porque se consideran actos voluntarios y en tal virtud dan nacimiento a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución.

En sentido contrario, diríamos que la inimputabilidad libera de responsabilidad al sujeto que no tiene capacidad de querer ni entender. En la especie de incapacidad legal total de obrar, se ubican los impúberes (menores de diez años) y los interdictos (dementes judicialmente declarados) y en la especie de incapacidad general los dementes (incapaces de hecho), todos estos no responden de sus actos, por no tener discernimiento, a quienes el derecho penal los califica como

³²¹ Ibídem Pág. 12.

³²² Ibídem Pág. 12.

³²³ PEÑA López J.M. Prologo a la obra de PEÑA López Fernando. *Culpabilidad...* Ob. Cit. Pág. XXVIII.

³²⁴ Díez Picazo. *Derecho de daños*. Ob. Cit. Pág. 364.

inimputables, por lo que no son responsables de sus actos; en materia civil, tampoco pueden celebrar contratos válidamente, ya que la concurrencia de la expresión de la voluntad y validez del consentimiento es fundamental.

Si partimos del principio legal general, “no hay responsabilidad sin culpa”, se podría afirmar en el ámbito de la responsabilidad civil, que los menores impúberes, los interdictos y los dementes, están exentos de responsabilidad, ya que no tienen conciencia de sus actos, por lo tanto, no se les puede atribuir culpa, esto es cierto; sin embargo, en materia de responsabilidad civil, junto a la culpa existen factores objetivos, tales como las hipótesis de los padres, tutores, curadores y dueños de establecimientos educativos, a estos les conciernen la responsabilidad por los actos dañosos de los incapaces que están bajo su cuidado.

En igual sentido, CAZEAUX-TRIGO, señalan: Pero excepcionalmente hay casos en los cuales los actos ilícitos no son imputables a sus autores, y en principio no dan lugar, por lo tanto, a la responsabilidad civil de éstos, pese a lo cual generan normalmente responsabilidades reflejas de padres, tutores, etc.³²⁵

Existen en efecto ciertas presunciones de culpa propiamente tales o *iuris tamtum*, que sólo importan una inversión de la carga probatoria, en razón de que los presuntos responsables pueden destruirlas con la contraprueba de una diligencia normal.³²⁶

Existen otras categorías de incapacidad, tales como la de los sujetos que por el estado en el que se encuentran, no pueden darse a entender, me refiero a los sordos mudos, los que reciben un trato especial en protección de su limitación física, sin embargo al no estar privados de discernimiento ni de voluntad, estos sujetos, son plenamente responsables de sus actos ilícitos.

Por último tenemos a los semialienados, incapaces temporales; son quienes por ciertas circunstancias, pierden momentáneamente la razón; importa una alteración de sus facultades mentales que les privan por completo de discernimiento por su estado de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, hipnosis, fiebres elevadas sonambulismo, etc. Estados intermedios que sin constituir una enfermedad mental, colocan al sujeto en una situación de evidente inferioridad en la vida de relación y por lo tanto, estarían ubicados dentro de la categoría de la incapacidad total de obrar. Pero en el ámbito de la responsabilidad civil se los considera responsables de sus actos ilícitos, ya que no obstante de las alteraciones psíquicas, el proceso volitivo en los sujetos, no está alterado, son conscientes de lo que hacen. Por otra parte el daño se habría producido por culpa del sujeto, en haber bebido más allá de su grado de tolerancia alcohólica o haberse drogado, pero como excepción puede constituirse en un caso de inimputabilidad, cuando ha sido involuntario y provocado por maniobras de un tercero, que haya dado lugar a una inconsciencia tal que el discernimiento haya desaparecido, en cuyo caso el daño se imputa al tercero. Pero existe otra categoría de inimputabilidad, me refiero

³²⁵ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom IV. Pág. 805 No 2546.

³²⁶ CAZEAUX Pedro N. El código Civil. en JA Doctrina 1970, Pág. 341.

a los ebrios consuetudinarios y toxicómanos, sujetos que de hecho no tienen capacidad de discernimiento, hipótesis que no puede ser resuelta en la misma medida de aquellos sujetos que eventualmente se encuentran en dicho estado, esta categoría de sujetos por otra parte son generalmente insolventes, lo que pone en descubierto a la víctima, considero que en este caso sí debe ponerse en marcha el recurso de la solidaridad y ser el Estado que responda frente al acto dañoso, en la forma como loase la legislación colombiana.

2.1.2 Clases de Factores de Imputación o Atribución.

Los factores de atribución se distinguen en subjetivos y objetivos, su diferencia está vinculada a la calificación o valoración de la conducta, reproche, culpa, dolo, subjetivo y otros motivos vinculados con el riesgo, objetivo.

El mejor índice para determinar el factor de imputación correcto lo da la respuesta a una pregunta: ¿puede liberarse de responsabilidad el demandando probando su falta de culpabilidad?³²⁷

Si la respuesta es afirmativa, es decir, si el demandando se exime de responsabilidad demostrando que actuó sin dolo y sin culpa, claramente el factor de atribución en juego es subjetivo.³²⁸

En cambio, si la demostración de su falta de culpa no tiene el efecto de liberarlo, implica que estamos ante un factor objetivo, por cuanto en estos casos la ley admite como eximentes solamente la intervención de una causa ajena, que rompa el nexo de causalidad con la actuación del demandado.³²⁹

Cuando existe un factor subjetivo de imputación, el deudor se libera demostrando su falta de culpa o causa ajena: hecho de la víctima, de un tercero o caso fortuito; en cambio, cuando la imputación es objetiva no puede eximirse por falta de culpa, sólo puede hacerlo demostrando causa ajena. La imputación típicamente subjetiva, se basa en un juicio de reproche formulado contra el autor.³³⁰ Distinción didáctica que permite diferenciar a los factores de atribución por medio del uso de eximentes de responsabilidad.

2.1.2.1 Factores Subjetivos de Atribución.

Los factores subjetivos se apoyan en la reprochabilidad de la conducta del dañador. El reproche se basa en la culpabilidad de éste, culpabilidad que puede consistir en una actuación dolosa – delito- o culposa –cuasidelito-.³³¹ El dolo y la culpa no son dos especies de un mismo género, sino dos figuras autónomas que

³²⁷ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad civil...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 643.

³²⁸ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de daños...* Ob. Cit. Tom. 4 Pág. 356-357.

³²⁹ TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad civil...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 643.

³³⁰ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado De responsabilidad civil.* Ob. Cit. Vol I Pág. 645-646.

³³¹ VISENTINI Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil.* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 47 & 6

pueden integrar el elemento subjetivo de la culpabilidad.³³² El dolo y la culpa se relacionan, con la intensidad del acto del agente en la producción del daño, o guardan entre sí una ordenación por grados.³³³

Los factores subjetivos son dos: el dolo y la culpa.

2.1.2.1.1 El Dolo.

El dolo se configura por la existencia de una fuerte presencia psicológica de la persona, existe una manifestación evidente de la voluntad, el sujeto sabe perfectamente lo que se está haciendo o lo que quiere hacer y lo hace.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, dolo deriva del latín dolos, tiene los siguientes significados: engaño, fraude, simulación. 2. Der. En los delitos, voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo. 3. Der. En los actos jurídicos voluntad maliciosa de engañar a otro o de incumplir la obligación contraída. Der. Él que se dirige contra el justo derecho de un tercero.

Estando circunscrito mi estudio a la responsabilidad civil extracontractual, de las definiciones dadas tomo los elementos constitutivos del daño: voluntad deliberada, comisión a sabiendas y *actos que se dirigen contra el justo derecho de un tercero*, que permiten perfilar el ilícito civil que da origen al daño.

Los elementos configurativos del dolo son: un elemento cognoscitivo intelectual, esto es, desde un punto de vista material, el agente tiene conocimiento del acto antijurídico y lo ejecuta a sabiendas, y otro volitivo, intención de dañar, busca las consecuencias dañosas que de ella se deriven. En el dolo concurre la intención de causar daño y la previsión del mismo, además de saber la significación antijurídica de su conducta. *Para que exista dolo no basta que el culpable haya previsto las consecuencias antijurídicas del acto, la muerte o la lesión de una persona, sino que ha de proponerse conseguir precisamente ese resultado; cabe también que adopte una actitud indiferente ante la posibilidad de que se produzca, apeteciendo las consecuencias eventualmente para el caso que llegue a ocurrir (dolos eventuales)*. En cambio no existe dolo cuando el culpable aun habiendo previsto los resultados como posibles, confía y desea que no se produzcan y *sobre todo cuando se adoptan precauciones que resultan vanas. En tales casos, estamos dentro del terreno de la negligencia consciente.*³³⁴

La explicación dada por el maestro VON, nos clarifica el alcance del comportamiento volitivo en el dolo, aspecto que es completado por la jurisprudencia española, que en una de sus piezas procesales ha expuesto *que el dolo implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez la voluntad para realizarlo; el dolo va enraizado en la psiquis de la persona por medio*

³³² VISENTINI Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Tom. I. Pág. 47 & 6

³³³ TRIGO Repesas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad civil...* Ob. Cit. Tom. I Pág 643. en el mismo sentido RODRÍGUEZ Concepción J.L. *Derecho de daños*. Ob. Cit. Pág. 65.

³³⁴ VON Tuhr A. *tratado de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 275 No 46.

de dos circunstancias distintas, el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva y el requisito volitivo, como desencadenante de todos los deseos y tendencias que se conocen en lo más profundo del alma humana.³³⁵

Disiento con algunos autores,³³⁶ que excluyen al dolo como presupuesto del conocimiento de la antijuricidad del acto, considero que la conciencia criminal es parte fundamental del elemento cognoscitivo o intelectual del dolo (ejecución a sabiendas).

El elemento volitivo del dolo, la intención de dañar, según la cual, el agente no sólo ha representando las consecuencias de su acto, sino que lo ha querido, permite hacer la distinción entre daño directo e indirecto. El primero se da cuando el sujeto comete un acto buscando un resultado preciso con la firme voluntad de que el acto antijurídico ocurra y estando consciente de sus consecuencias; el maestro ALTERINI lo ilustra con el siguiente ejemplo: se arroja una bomba para matar a cierta persona y se tiene por querida la muerte de sus acompañantes;³³⁷ en cambio existe daño indirecto o eventual, cuando el agente para obtener un resultado comete un acto ilícito aún sin haberlo querido, por ejemplo, incendia un negocio para cobrar el seguro en cuyo acto muere el guardia, si bien no quería causar la muerte de éste, sabía que acaecería por encontrarse dentro del inmueble.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, al referirse a las consecuencias necesarias en el dolo, señala: *... podemos no desear un resultado, pero sí lo que queremos, se liga a otro efecto que nos representamos inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar éste tenemos que acatar las otras consecuencias delictuosas que entran así en nuestra intención.*

Retomando la definición dada por el diccionario de la Real Academia Española, constituyen dolo los *actos que se dirigen contra el justo derecho de un tercero*, entonces la sola vulneración del derecho subjetivo ajeno, es un acto doloso y por lo tanto la responsabilidad civil extracontractual, surge como consecuencia de un acto doloso o mejor dicho nace del acto doloso de dañar a otro o vulnerar los derechos subjetivos ajenos, como dice ALPA tiene como peculiaridad justamente el dolo.³³⁸

La doctrina en general asimila la culpa grave al dolo (culpa lata dolo equiparatur), es como si la falta se hubiera cometido a propósito.³³⁹ La investigación comparativa nos muestra que la doctrina y jurisprudencia en general, han considerado al dolo un complemento de la culpa, *una hipótesis marginal*

³³⁵ Tribunal Supremo de España. Sala 2da. 27/10/93, ponente Sr. Vega Ruiz. Rep. La Ley (Esp.) Tom. 1994. No 1856.

³³⁶ PICASSO Sebastián. *Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Comentario al Art. 1072 Código Civil Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Tom. 3 –A Pág. 156.

³³⁷ ALTERINI. *Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 96. No 107.

³³⁸ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad. Ob. Cit. Pág. 315.

³³⁹ CARBONNIER, citado en TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 685.

*plenamente asimilada a la culpa en la regulación.*³⁴⁰ Sin embargo, el dolo tiene autonomía, sin cuya concurrencia no se configuraría el daño, al mismo tiempo que juega un papel preponderante en otras eventualidades dañosas, como en el daño punitivo.

2.1.2.1.2 Tendencia Actual.

¿Pero cuál es la incidencia jurídica del acto doloso en la responsabilidad civil extracontractual? la tendencia actual de la doctrina va dirigida a la valoración del dolo, mostrando hipótesis de relevancia autónoma propia del dolo; efectivamente, en la mayoría de los casos es indiferente que el daño hubiera sido provocado intencionalmente o no, pero existen otras circunstancias en las que sí cuenta la diferencia.³⁴¹

La doctrina reciente critica la tesis tradicional que configura el dolo de manera unitaria, existen casos en los cuales el daño, no surge si no se demuestra la intencionalidad de la conducta, también, hay casos en los que el dolo no cumple una función de criterio para la identificación del responsable, sino que su presencia deviene en un factor de responsabilidad en sí mismo. Concurren hipótesis que requieren la presencia de la intencionalidad, aún cuando la presencia de la culpa pueda bastar para que se configure el ilícito,³⁴² tal el caso de la causalidad concurrente.

Alguna de las corrientes sustenta al dolo como medio para un mayor resarcimiento, pero ¿cuál es la justificación legal para ello?, su justificación está en:

Los daños causados son mayores por el acto doloso, posición con la que no comparto, ya que el acto doloso no incide en la relación causal. El hecho dañoso no varía por la intensidad o gravead del acto ilícito, por ejemplo para el derecho de daños, es indiferente que un sujeto hubiera perdido la vida por homicidio culposo o asesinato, la muerte del sujeto es el daño inferido a sus causantes.

El castigo es mayor por la mala intención, a título de pena.³⁴³ Esta teoría rompe la función reparadora en la responsabilidad civil extracontractual (restablecer las cosas al estado original, o compensar equitativamente), principio de relación de causalidad entre daño y reparación, que busca la exacta correspondencia entre el daño y la reparación y al mismo tiempo destruye la función reparatoria no sancionadora de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que no considero que sea fundamento adecuado.

Otro sector,³⁴⁴ sustenta que el mayor resarcimiento tiene una función preventiva,

³⁴⁰ ALPA Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 317.

³⁴¹ CENDON. *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*. Ob. Cit. Pág. 36.

³⁴² PENDÓN. *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*. Ob. Cit. Pág. 40

³⁴³ ALPA Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 315. SALVAT Raymundo. *Tratado de Derecho Civil. obligaciones*. Ob. Cit. no 1608. ORGAZ Alfredo. *El daño resarcible*. Ob. Cit. Pág. 86 nota 42.

³⁴⁴ LÓPEZ herrera Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 252.

posición con la que sí comparto, busca desincentivar al dañador.

Sostengo categóricamente, sólo una función preventiva, puede justificar válida y coherentemente el incremento de la obligación resarcitoria, ésta va dirigida a la protección de la sociedad sometida a actos perjudiciales dolosos, ejercitados conscientemente por el dañador, porque para éste resulta menos gravoso indemnizar el daño que prevenir sus consecuencias dañosas, aspecto que debe regular el derecho; así lo ha expresado la doctrina europea, que otorga al dolo una función preventiva, busca *desincentivar al autor de la realización del comportamiento, aun cuando las consecuencias sobre el patrimonio del dañador parezcan antieconómicas*.³⁴⁵ En este contexto, considero, que el daño punible del *common law*, debe ser incluido en los sistemas legislativos.

2.1.2.1.3 La Culpa

La culpa, de acuerdo a la doctrina especializada es definida en su concepción subjetiva: como impericia, *falta de pericia en quién se supone debe tenerla, no tener la capacidad requerida para actuar en un momento determinado*,³⁴⁶ desconocer o conocer mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio que impone obrar con precisión y diligencia, con ajuste a las reglas y métodos; negligencia por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido para evitar el daño, omisión de diligencia exigida por naturaleza de una determinada actividad. La culpa omisiva, está en relación con una conducta genérica de observar un proceder previsor para evitar un daño;³⁴⁷ imprudencia, toda imprevisión, impericia, negligencia, haber hecho lo que no correspondía, un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias necesarias para evitar el daño o de lo que ello podía derivar.³⁴⁸ Y en su acepción objetiva: violación de normas legales, reglamentos u ordenamientos.

Según ALTERINI los elementos de la culpa, son dos: “*omisión de la diligencia debida*” y “*carencia de mala fe*”. La omisión de diligencia consistente en una *valoración de conducta* y un *juicio de reproche* que determina “la negligencia o la imprudencia en la conducta, o sea la existencia de culpa”.³⁴⁹

En cuando a la culpa genérica (subjetiva), la culpa es el género, la imprudencia, impericia y negligencia son las especies.

Para DE CUPIS, *la culpa constituye un estado anímico que con relación a un daño concreto, puede apelarse de reproche; es un estado anímico disforme que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos*.³⁵⁰

³⁴⁵ CENDON . Il dolo nella responsabilità extracontrattuale. Ob. Cit. Pág. 44

³⁴⁶ MOGUEL Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición. México 1983. Pág. 48-

³⁴⁷ MOGUEL Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición. México 1983. Pág. 48-49.

³⁴⁸ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA. OB. Cit. Vol. I Pág. 300

³⁴⁹ ALTERINI Atilio A. *Aspectos de la teoría...* Ob. Cit. Pág. 123

³⁵⁰ DE CUPIS Adriano. *El daño*. Bosch Barcelona 1975 Pág. 185-186.

Según DIEZ DE PICAZO, *culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o estándar, pero que lo interesante es saber cómo se constituye el modelo y cómo se enjuicia la desviación.*³⁵¹

La concepción de culpa, según la doctrina, en el ámbito de la responsabilidad civil, está en no haber tomado las medidas necesarias para evitar un daño previsible. El derecho romano decía: *hay culpa porque no se previó aquello que con diligencia hubiera podido preverse (culpa esse quoad eum quem diligente, provideri potuerit provisum non fuit).*³⁵²

En las primeras fases del derecho no tenía ninguna importancia la culpa. Se consideraba suficiente que el daño fuese resultado de un hecho humano, que lesionase el orden jurídico sin llevar a investigar el estado psicológico del autor del hecho. Era suficiente que el daño pudiera reconducir materialmente a una persona.³⁵³ El origen de la culpabilidad aparece en la Grecia clásica.³⁵⁴

Por la vía de interpretación cada vez más amplia de la ley Aquilia, los jurisconsultos introdujeron gradualmente el concepto de culpa, que luego recibiría el derecho Justiniano como parte integrante de la idea más general de la imputabilidad moral.³⁵⁵ La verdad, siguiendo a una de las tendencias doctrinarias,³⁵⁶ considero, que la ley Aquilia, no introdujo al sistema de responsabilidad civil la culpa como requisito esencial de la reparación, ni estableció la punidad del acto culposo, si observamos el Art.3 de dicha norma, está señala: La Ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha muerto a alguno por acaso y no habiendo ninguna culpa por su parte; *porque de otro modo castigaría la ley Aquilia la culpa no menos que el dolo, (nam oloquin non minus ex dolo quam ex culpa quispe hac lege tenetur).* Tan sólo se refiere a los casos que acarrearán responsabilidad de su autor, ignorancia y negligencia.³⁵⁷

³⁵¹ DÍEZ de Picazo, *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*. En estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana. Ed. Dykinson. Madrid. 201. Pág. 111.

³⁵² MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 60-61 No 22.

³⁵³ DE CUPIS Adriano. *El daño*. Bosch Barcelona 1975 Pág. 188.

³⁵⁴ PEÑA López F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Comares. Granada 2002. Pág. 11

³⁵⁵ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Ton. IV Pág. 487-488 No 2410.

³⁵⁶ MAZEAUD-TUNC. *Tratado teórico-Practico*- Ob. Cit. Tom. I Vol. I. Pág. 44 No 28. MAZEAUD Henri Jean&Leon. *Derecho Civil obligaciones...* Trad. Luís Adorno. Ed. Zavalía Buenos Aires. 1997. Tom. I Pág. 472-473. BUSTAMANTE Alcina. *Teoría General de la obligación civil*. Ob. Cit. Pág. 32 No 20. LÓPEZ Mesa Marcelo. *La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado, (análisis de las jurisprudencias española, francesa y argentina actuales)* revista de derecho Administrativo. Palma Buenos Aires. 1998, año 10 No 27 y 29 Pág. 439. PEÑA López F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Ob. Cit. Pág. 15. Con relación a la culpa de la ley Aquilia, sostiene: El elemento objetivo originario que encerraba el concepto de *iniuria*, no llegó nunca a ser completamente eliminado por la culpa, sino que sobrevivió manteniéndose incluso en la compilación Justiniano.

³⁵⁷ ORTALÁN M. *Institutas de Justiniano*. Ob. Cit. Pág. 297-299.

Es más, la culpa fue imponiéndose, con el derecho canónico, claro está, con influencia del concepto de pecado, la que luego fue consolidándose en el derecho de responsabilidad como elemento fundamental de ésta, los glosadores agregaron la culpa levísima caracterizada por la omisión de los cuidados de *un buen padre de familia*, que luego fue eliminada, simplificando la teoría a la prestación de la culpa reduciéndola a los grados de grave y leve.

Ente los principios esenciales de las concepciones racionalistas se encuentra *el de no causar daño a otro culpablemente*, de dicho principio deriva la máxima consistente en que todo perjuicio inferido con culpa a los bienes ajenos debe ser reparado.³⁵⁸ CROCIO completa diciendo: *toda culpa nace naturalmente, de una obligación, si se hizo el daño, que se resarza.*³⁵⁹

La *faute* es el único criterio que posibilita la imputación del daño. Si se puede demostrar la culpa en la comisión de un hecho dañoso, debe presumirse que el acontecimiento tendrá alguna otra causa que anduvo unida a aquel hecho inculpable, como la imprudencia del que habrá sufrido el daño o algún caso fortuito

La discusión sobre el carácter subjetivo u objetivo de la culpa continua en debate, sin embargo, existe un sector que sostiene que en realidad la culpa es *por lo general rigurosamente objetiva* es infracción de deberes de precaución exigibles en el sector del tráfico en que actuaba el demandando.³⁶⁰ Cuando no hay normas o no son fácilmente identificables para el sujeto, nos remitimos al concepto de ilicitud.³⁶¹

Sobre la concepción objetiva de la culpa, denominada también culpa específica no existe mayor problema, basta con determinar la violación de la norma. La culpa objetiva es apreciada en cuanto tal, sin tomar en cuenta la voluntad interna ni la intención o condiciones psicológicas del dañador; *con lo cual el requisito de la culpabilidad se vuelve totalmente superfluo.*³⁶² El criterio que se usa es el comportamiento del hombre promedio.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sugerido al legislador la modificación de la presunción de conocimiento de la ley,³⁶³ que excluye la ignorancia inevitable de la ley por el texto *la ignorancia de la ley no es excusable, a menos que se trate de una ignorancia inevitable.*³⁶⁴ La Corte ha admitido la ignorancia de la ley, cuando el Estado no cumple con la tarea de la reforma de modo adecuado al destinatario del precepto, o cuando se efectúan afirmaciones erróneas de personal oficial que inducen al individuo a considerar que no había cometiéndolo una infracción, o cuando no existe suficiente difusión. *La ignorancia es inevitable cuando existe una carencia de socialización.* En este orden, la doctrina moderna considera la

³⁵⁸ PEÑA López F. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ob. Cit. Pág. 24.

³⁵⁹ GROCIO Hugo. *Las leyes civiles en su orden natural*. Ed. Reus. Madrid 1925. Tom. II Pág. 7-8.

³⁶⁰ SALVADOR Cordech Pablo. *Lecturas recomendadas*. Ob. Cit. Pág. 2

³⁶¹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 256

³⁶² ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 334.

³⁶³ Corte Costituzionale No 364 de 1988.

³⁶⁴ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 325.

culpabilidad como un concepto autónomo respecto de la relación entre sujeto y hecho material típico, pues concierne a la relación entre sujeto y norma. Dicho principio cumple una función de garantía. En este contexto la doctrina acoge preeminente la teoría mixta de la culpa, que tiene un doble valor: objetivo porque expresa la conducta que viola la regla cautelar objetiva y subjetiva porque forma parte de la culpa la capacidad subjetiva del agente para observar dicha regla.³⁶⁵

El juez francés que tiene a su disposición un instrumental normativo similar al italiano, no deduce los deberes de comportamiento de las leyes especiales, sino de los principios generales del derecho, de los usos (normativos), e incluso de los usos comerciales o de reglamentos de naturaleza privada o deontológica, etc.

Con DOMAT y POTHIER la injuria objetiva desaparece, apareciendo la *faute* como elemento fundamental de la responsabilidad derivada del derecho natural.³⁶⁶ Y se instaura el principio de la culpa convirtiéndose en regla fundada en el derecho natural.³⁶⁷ Consolidado en el código Napoleónico, con el principio asentado: “*no hay responsabilidad sin culpa*”, que fue la fuente de las diferentes legislaciones entre las que se encuentra la nuestra.

La culpabilidad *faute* actúa como elemento nuclear de la responsabilidad, siendo el criterio que permite deslindar los daños que deben ser indemnizados... La explicación de ésta primacía de la culpa, además de razones históricas, obedeció al hecho de que la ideología revolucionaria encontraría en ella un instrumento inigualable para realizar los fines de la moral individualista y laica que llevaba incita la resolución.³⁶⁸

La responsabilidad subjetiva se funda sobre una visión humanista de la sociedad... todo miembro de la humanidad tiende a actuar libremente en conciencia, pero acepta responder de las consecuencias de los actos para restablecer el equilibrio que ellos han destruido. La verdadera responsabilidad es siempre de orden de la justicia conmutativa. Libertad y responsabilidad son dos conceptos complementarios e indisolubles, lo mismo que conciencia y responsabilidad... la responsabilidad supone conciencia y libertad. Ligada como está a la libertad facilita el espíritu de iniciativa y empuja la acción.³⁶⁹

El desarrollo industrial y tecnológico iba dando paso a la aparición de diversos sectores de la actividad humana, caracterizados tanto por la generación de indudables beneficios para la sociedad, como por su incita peligrosidad, el legislador se vio confrontado con la opción de prohibir tales actividades, o re

³⁶⁵ MANTONI Colpa, Digesto delle discipline penalistiche. Turin Pág. 303.

³⁶⁶ DOMAT Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Ed. Librería Pujal. Barcelona 1861 Tom. I. Pág. 77.

³⁶⁷ POTHIER R.J. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Bibliografía Omeba Buenos Aires 1961. Pág. 72.

³⁶⁸ PEÑA López F. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. B. Cit. Pág. 33

³⁶⁹ LE TOURNEAU- CADIET *Droit de la responsabilité*. Ob. Cit. Pág. 7-8 No 16 y 18.

balancear el peso de su consustancial dañosidad.³⁷⁰

2.1.2.1.3.1 Apreciación de la Culpa

Para la apreciación de la culpa se presentan dos sistemas: uno in abstracto, que confronta la conducta del obligado (método comparativo), con el buen padre de familia, el hombre razonable y prudente, el buen comerciante el buen ganadero y otro *in concreto*, dejando a la prudencia del juez juzgar de acuerdo a la naturaleza de las obligación y particularidades del caso en cuestión.³⁷¹ Condiciones físicas, psíquicas y sociales.

La explicación de esta distinción, efectuada por, LÓPEZ, es muy clara: dos sistemas existen para apreciar: la culpa *in abstracto*, significa que la diligencia desplegada por el sujeto demandando se juzga en comparación, con lo que en las mismas circunstancias, haría una persona que se comporta correctamente, aunque no sea en forma ideal. En el derecho romano, al igual que en algunos códigos, ese tipo ideal es el buen padre de familia, en el *common law*, es el razonable *man*. Quiere decir, que es responsable aquel que no se comporta de la manera en que se hubiera comportado, en esa misma situación, un buen padre de familia o un hombre razonable. *In concreto*, en este sistema no se producen comparaciones ideales, sino que la actuación del sujeto se juzga sin recurrir a ningún modelo perfecto de conducta, sino apreciando lo que sucedió en esa particular situación.³⁷²

La doctrina francesa, propone la distinción entre apreciación in concreto e in abstracto, retomando el debate de culpa subjetiva y objetiva. *La doctrina imperante propende a la apreciación in abstracto y prevalece también la apreciación objetiva de la culpa;*³⁷³ en la doctrina italiana, la jurisprudencia mantiene una orientación elástica. *La Courte de Cassation*,³⁷⁴ en un fallo define que para la evaluación era indiferente que se tratara del autor o de la víctima del daño, o que se estuviera en presencia de un menor de edad, pues la apreciación de la culpa es objetiva (la llamada *faute objective*).

Observan los MAZEAUD,³⁷⁵ la noción de apreciación in abstracto de la culpa y la idea de culpa objetiva, acercan esta situación a la responsabilidad que ya no se funda en la culpa. En otras palabras el antiguo dualismo culpa/riesgo se puede plantear únicamente si la culpa es apreciada en términos subjetivos; de otra forma, las dos posiciones terminarían uniformándose.

En la apreciación de la violación de principios generales, la jurisprudencia francesa expuesta por los autores más recientes, deja constancia de referencias o valores

³⁷⁰ CONCEPCIÓN Rodríguez J. *El derecho de daños*. B. Cit. Pág. 22.

³⁷¹ LLAMBÍAS. *Tratado de las obligaciones*. Ob. Cit. Vol I Pág. 184 No 164.

³⁷² LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 259.

³⁷³ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit Pág. 335.

³⁷⁴ Sentencia de 9 de enero de 1984, en Dalloz, 1984. 525, referida por ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 335.

³⁷⁵ MAZEAUD Henri. *La faute et la responsabilité sans faute*. Dalloz 1985. Cron. 13.

con los cuales se puede medir el comportamiento del dañador: buena fe, lealtad, honestidad, respeto del derecho ajeno, seguridad (ligada con los deberes de diligencia, competencia y habilidad) y valores inherentes a la regulación contractual, con la identificación de la diligencia profesional y de las obligaciones de resultado.³⁷⁶

La experiencia inglesa, en materia de apreciación de la culpa aparece más simple y ligada a la tradición. El estándar para evaluar la conducta del agente es objetivo y corresponde al *reasonable man*. Es el hombre promedio que no padece particulares presiones ni es demasiado crédulo y que no desprecia el peligro. El estándar es único para todos los casos, no se toman en cuenta las deficiencias física, porque tal como destaca, COLMES, *la ley no ve a los hombres como los ve Dios*.³⁷⁷

Frente a la dificultad de aplicación de la previsibilidad, se ha advertido la tendencia de sustituir el criterio de previsibilidad por la creación del riesgo. En este contexto, el riesgo, es la probabilidad de dañar a otro, que debió ser reconocida por el sujeto cuya conducta es evaluada. Según está formula el control de comportamiento es del dañador hacia el damnificado, porque se tiene en cuenta el grado de riesgo del cual el ordenamiento pretendía defender a la víctima. El riesgo es calculado según tres parámetros: su amplitud, naturaleza de la actividad ejercitada y el costo para prevenirlo.³⁷⁸

*Determinar cuál es el nivel de diligencia exigible en la responsabilidad extracontractual subjetiva, es probablemente una de las cuestiones más trascendentales del derecho de daños. La concreción a la que se debe ajustar las conductas de los ciudadanos para no incurrir en responsabilidad, supone delimitar el ámbito de los daños susceptibles de ser resarcidos.*³⁷⁹

DÍEZ DE PICAZO, desarrolla cuatro teorías para determinar cuál el basamento de la diligencia, esto es, una concepción psicológica, una concepción ética, una concepción normativa y una concepción económica, concluye expresando: *nos quedamos claramente con la concepción normativa*.

El buen padre de familia, de génesis romana, fue teorizando en el derecho post clásico y de Justiniano; este tipo de diligencia se mide en relación a un tipo abstracto o promedio de hombre. LÓPEZ Herrera haciendo referencia a la concepción romana dice: en Roma el ciudadano que reunía las condiciones de libertad y plena capacidad, era el modelo medio de hombre libre con plena capacidad de obrar, un modelo de gente del proceso económico, sin conocimientos especializados. Continua, el *buen padre de familia* constituye un arquetipo tradicional de la sociedad romana, extraído de las enseñanzas mismas de una civilización de tipo agrario, donde se tomaba por tal, al concienzudo y buen

³⁷⁶ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 336

³⁷⁷ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 336-337-

³⁷⁸ SALMOND y HEUSTON Pág. 252. referida por ALPA. *Ibidem* Pág. 337

³⁷⁹ PEÑA López. *La culpabilidad...* Ob. Cit. Pág. 446.

administrador, cuidadoso, activo moderado hombre de los negocios privados, este autor propone, el paradigma del *padre de familia* debe extraerse del comportamiento del padre de familia corriente, esto es, de una persona media, esforzada y decente; extraer modelos de bronce para aplicar al hombre puede ser estéticamente muy provechoso, pero en la práctica no sirve.

El buen padre de familia es un modelo de comportamiento que coincide con el que llevaría a cabo un ciudadano ideal, razonable y prudente; si exigimos una diligencia superior a aquella, estaremos utilizando un parámetro de conducta, solamente alcanzable por determinados individuos con capacidad superior a la de la mayoría de las personas.³⁸⁰

Opino, que el perfil del *buen padre de familia*, debe ser tomado del término medio de la gente, en terminología Aristotélica diría: *el justo medio*, ya que una concepción idealista que exija la perfección es sacrificar la realidad a una quimera, el paradigma del *buen padre de familia*, debe corresponder a un padre de familia corriente, a una persona decente que se esfuerza por alcanzar sus objetivos, esto es, a una persona ubicada en su condición de padre de familia, que cumple sus deberes y obligaciones. La exigencia que demarca un perfil exigente, primero nos llevaría a buscar a un ser superior, que en términos normales de la vida social, es inalcanzable y por lo tanto sería una irrealidad inaplicable para la apreciación de la culpa.

El Buen hombre de negocios, es utilizado, no desde el punto de vista de su profesión, sino de la diligencia que pone todo hombre de negocios, en el desempeño de sus funciones, esto es, un hombre de negocios que cumple con sus deberes y sus obligaciones, que es prudente en dicho ejercicio.

Existe otra apreciación, está vez dirigida a la actividad profesional, *lex artis*, de acuerdo a la cual, se toma en cuenta el conjunto de normas, reglas y prácticas usuales a las que debe haberse sometido en el ejercicio de su profesión.

Ahora bien, en consideración a los factores subjetivos de atribución de la culpa, tenemos a la *negligencia*, esto es, la falta de ejecución o la inactividad, en otras palabras, no hacer lo debido, no observar las precauciones mínimas, generando perjuicio a partir de lo que debía hacer y o no lo hizo.

Es importante fijar *un tipo de diligencia* que permita calificar al Juez, en función de la comparación tomando en cuenta la diligencia normal de un padre de familia, apreciación *in abstracto*, en este ámbito no puede considerarse diligente a un padre de familia que abandona a su hogar o que no provee sustento a su familia, por el contrario será diligente aquel que trabaje y cumpla con sus obligaciones paternas, se ocupe de la educación de sus hijos y del bienestar de su familia. En mi criterio, resulta ser un padre de familia con diligencia ordinaria o común, apto para ser tomado en cuenta como tipo de diligencia por el juez, al momento de calificar y valorar la responsabilidad. Lo que hace el Juez, es apreciar que si un

³⁸⁰PEÑA López. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ob. Cit. Pág. 450.

hombre prudente de término medio, puesto en las mismas circunstancias habría o no, obrado de la manera como lo hizo el demandando, en cuyo camino es fundamental la comparación, de lo contrario se abriría aún más la discrecionalidad del Juez, con un peligro cada vez mayor de inseguridad jurídica.

Si en la comparación el Juez, toma en cuenta la conducta concreta del demandado, relacionada con su propia actividad, con su proceder corriente en la atención de sus propios negocios, su apreciación es inconcreto, la doctrina cuando se refiere al depositario, señala: *está obligado a poner la misma diligencia, el mismo cuidado que en las cosas propias.*

2.1.2.1.3.2 Tendencias Actuales

Existe tendencia mayoritaria, en sentido de que la apreciación sólo puede ser in abstracto, ya que *la culpa jamás podrá ser apreciada in concreto, dada su naturaleza psíquica es imposible verificar empírica y directamente. Sólo a partir de indicios y situaciones externas, puede el juez, inferir cual fue el comportamiento.*³⁸¹

En la experiencia estadounidense la culpa (*negligence*) constituye un estándar de conducta y al mismo tiempo un ilícito específico. Para que se pueda configurar la *negligence* es necesario identificar un deber de diligencia (*duty of care*) y una violación de dicho deber. Se configura *un estándar de comportamiento para la protección de los demás riesgos irrazonables.*³⁸² El concepto de riesgo es *por naturaleza* inherente al concepto *negligente*. El estándar de conducta es objetiva, indiferente al sentir moral o psicológico del sujeto agente, pero en este modelo es difícil trazar los confines de la culpa, porque el *reasonable man* es una abstracción que jamás ha existido en la realidad. Sin embargo existe flexibilidad en la adaptación al modelo de las circunstancias, los defectos físicos sí cuentan, ya que se toma en cuenta el comportamiento del hombre promedio afectado por la misma falla física; para el profesional es más riguroso. El estándar de la culpa depende sobre todo del carácter promedio de los comportamientos *en las circunstancias dadas, según el uso y prácticas suministradas*, la evaluación tiende a deducir un comportamiento razonable por esta vía, de tal forma que la creación de un riesgo irracional conlleva un juicio de negligencia. La omisión de precauciones ordinarias sale a la luz mediante un juicio negativo análogo

El modelo inglés resulta interesante, acentúa el carácter objetivo de la apreciación de la culpa y la tendencia de cambiar la previsibilidad por el concepto de riesgo, el que además es inherente al concepto de *negligence*, si bien los confines de la culpa resultan, como en los otros sistemas demasiado abstracto, considero que esa abstracción, en alguna medida es controlada por la flexibilidad de la adaptación del modelo a las circunstancias dadas o específicas hipótesis según los usos y prácticas, que en alguna medida sirven para controlar la discrecionalidad del intérprete que debe justificar la calificación con hechos

³⁸¹ TAMAYO Jaramillo Javier. *De la responsabilidad civil*. Ed. Temis. Bogotá. Tom. 1. Pág. 182.

³⁸² PROSSER y KEETON. *On Torts*. St. Paul. Minn. 1985. Pág. 164. referido por ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 338.

objetivos concretos.

Por otra parte, los sistemas abstracto y concreto, aparentemente contrapuestos, pueden combinarse y en formula ecléctica ser utilizados por el juez, quién al momento de la valoración de los hechos debe tomar en cuenta al *padre de familia* ordinario, esto es, debe hacer una apreciación in abstracto y luego debe analizar la conducta del demandado haciendo un parangón con la forma habitual de comportarse en sus propios asuntos, apreciación *inconcreto*, de manera que ambos sistemas combinados y complementados adecuadamente, permitan obtener una valoración más objetiva de la culpabilidad del agente. Esta posición fue, ya, brillantemente expuesta por COLOMO: *parece que hay como una antinomia entre ambos criterios; el primero general, rígido, más de una vez injusto, etc.; el segundo individualizado, variable en todos los casos, ajustado a las contingencias ambientales, etc. Sin embargo, no corresponde exagerar tal posición, que lo es más en las palabras y en los principios escritos que en la realidad. El tipo del padre de familia o del comerciante honesto y leal puede ser forjado con arreglo a las circunstancias.*³⁸³

Entre las técnicas empleadas por la doctrina y jurisprudencia italiana, existen además, de los comunes que asumen como instrumento esencial la *presunción de culpa*, las técnicas de evaluación de la diligencia o más exactamente de la negligencia del agente, según criterios más rigurosos que los normalmente aplicados. Pero también se pueden aplicar técnicas que se basan en el concepto de *previsibilidad o inevitabilidad* del evento dañoso. Son técnicas con las que se tiende a desagregar el concepto unitario de la culpa, técnicas que buscan concretizar una aplicación extensiva de los conceptos de peligro y peligrosidad del daño, de inmediatez y de relación de causalidad y en fin, técnicas de evaluación objetiva de la culpa.³⁸⁴

La doctrina moderna a pesar de la tendencia a la *objetivación* de los criterios y la afirmación del principio de riesgo que ha destruido al principio de la culpa, en muchos casos mantiene la culpa como elemento rector y hace la distinción de grados de culpa. La noción de culpa grave tiene incidencia en la legislación especial, ya sea en la normativa societaria o en el régimen sobre responsabilidad

³⁸³ COLMO A. *De as obligaciones en general*. Pág. 84 No 106. El autor explica: sería difícil que un juez sensato pretendiera que en nuestro país puede haber un tipo inmutable, que daba conducir de igual suerte en Bueno Aires, o en las montañas de Catamarca o Jujuy. Además como la apreciación concreta supone siempre un principio de fondo que la oriente: ¿Cuándo dirá un juez que en tal o cual situación ha habido culpa de parte de un obligado, sino cuando vea que en esa situación se ha incurrido en omisiones o imprevisiones indisculpables? Pues bien, lo indisculpable de tales omisiones o imprevisiones no puede resultar sino del juicio comparativo que se establece, hasta sin pensarlo ni quererlo, con relación a lo que en dicha situación hubiera hecho (o no hecho), porque las leyes son hechas no para lo excepcional sino para lo que se regla, sin perjuicio de que se las acomode luego a las contingencias que correspondan. De ahí que en definitiva, no haya diferencia fundamental entre los dos criterios, sabiéndose aplicarlos. Y de ahí que ambos se complementen recíprocamente.

³⁸⁴ ALPA Guido. Nuevo tratado... Ob. Cit. Pág. - 387-388.

por actividad nuclear, su incidencia no es menos importante en lo que atañe al resarcimiento del daño y la determinación de la dimensión de este.

El término *culpa lata, dolo aequiparatur*, había perdido modernamente todo su significado, ROBLOT descarta la posibilidad de identificar la culpa grave con la inintencionalidad, ya que ésta forma parte de los últimos grados de la culpa, con lo cual se acerca al dolo, sustituyéndose por el término culpa inexcusable que era la culpa de excepcional gravedad, a la que también, se le añadía una connotación psicológica, consistente en la intención de querer el daño y a las consecuencias de éste.³⁸⁵

Culpa grave será, entonces, aquella cometida por una persona cuya actuación difiere del comportamiento del hombre *razonable y diligente*, en particular será la culpa en la que se ha previsto la posibilidad del riesgo, pero no se ha hecho nada para prevenirlo.³⁸⁶ A este ámbito pertenece el *faute lucrative*; se trata de aquella culpa que ha procurado lucro al agente, esto es, ha generado ventajas para éste, mediante la paralela provocación de un daño a la víctima. Hay autores que consideran el *faute lucrative* culpa grave o culpa intencional, otros, como MAZEAUD proclaman la neutralidad de esta figura de la gradación de culpa.³⁸⁷ ALPA, Contraponiéndose a la posición de MAZEAUD, RODIÈRE sostiene: *el faute lucrative se acerca a la culpa con previsión, es decir, faute intentionnelle*. Como es obvio, además, *faute lucrative* de los encargados redundará en culpa para el delegante.³⁸⁸

El *faute lucrative*, del *common law*, asumido como daño punible, entendido como el “plus” de indemnización que se concede al perjudicado, que excede de lo que le corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños.³⁸⁹

Se trata de un problema de enorme interés, la acogida de un concepto inherente a la culpa, *faute lucrative*, que conlleva la valoración del comportamiento del agente, que tiene una gran importancia en el derecho de daños. Valoración que aprecia de forma objetiva la relación entre daño creado y ventaja obtenida. Existiría culpa agravada, o más propiamente dolo, cada vez que la ventaja fuera mayor que el resarcimiento por el daño. Se presenta en muchas hipótesis en las que el agente lejos de optar por medidas de seguridad para evitar el daño, lo provoca consciente de que la actividad peligrosa le resultará más ventajosa que el pago de daños. También existe culpa, cuando el costo para evitar el daño es

³⁸⁵ Cour de cassation, sentencia de 15 de febrero de 1983. Delloz Hebdomadaire 1938. Pág. 181.

³⁸⁶ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 343 refiere a ROBLOT *De la faute lourde en droit privé français*. 1940. Chron. Pág. 17

³⁸⁷ MAZEAUD Henri. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tom. III. Paris. 1960. Pág. 674. Sostiene: la culpa no deviene grave por el sólo hecho de generar una ventaja para su autor. Una culpa leve debe procurar un gran beneficio. Una culpa grave puede no procurar ninguno.

³⁸⁸ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 344, refiere a RODIÈRE *Une notion menacée: la faute ordinaire dans contrats*. En Rev. Trim. D. Civ. 1954. Pág. 227.

³⁸⁹ REGLERO Campos Fernando. *Lecciones de responsabilidad civil*. Aranzadi, Navarra. 2002. Pág. 37 No 3.3.

menor a la dimensión del daño provocado. El análisis económico alienta al agente a provocar el riesgo, así como a ejercitar una actividad dañosa atendiendo a la comparación de la mera eventualidad del daño con el lucro que con certeza se derivaría del acto riesgoso; en cuyo caso siguiendo al *common law*, opino, que el Juez debería imponer una indemnización proporcional al lucro percibido, esto con el fin de que le sirva de incentivo a la prevención del daño, en otras palabras a impedirlo; posición que la tengo justificada en el punto 1.2.5.4.3.6 de esta tesis.

2.1.2.1.3.3 La Culpa del Profesional.

Constituye un tema de actualidad, la polémica sobre la distinción entre obligaciones de resultado y de medios; para una gran parte de la doctrina inadecuado y para otra justificado, temán que no será abordado en éste trabajo, tan sólo me circunscribiré a las obligaciones de medios que tienen que ver con obligaciones extracontractuales objeto de nuestro estudio y que están relacionadas con la teoría del riesgo o vicio de la cosa, el uso de maquinas láser, radiaciones de cobalto, cibernética, radioactivos, etc. que por sí mismos implican riesgo.

Antes de entrar al tema, sólo para efectos de claridad, haré la distinción entre obligaciones de resultado y de medios. La obligación de resultado es aquella en la que el deudor se obliga a un resultado concreto, que se cumple con la entrega del bien comprometido, el deudor sólo se libera con la entrega del bien y corresponde esta hipótesis a la especie de responsabilidad civil objetiva. En cambio en los deberes de medios, el agente se obliga a ejercitar toda la diligencia que las técnicas y conocimientos indiquen o exijan para alcanzar el objetivo, el que puede o no lograrse. *Si el deudor demostrare haber puesto toda su pericia, cuidado y capacidad en la ejecución de la obligación a su cargo, no puede ser responsable por la no obtención del resultado.*³⁹⁰ Aplicable, principalmente, a la actividad de profesionales liberales.

Según corriente doctrinal mayoritaria, en las obligaciones de medios, el factor de atribución es subjetivo, el acreedor no sólo debe demostrar la falta del resultado, sino la culpa, o sea, debe demostrar que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del resultado, o que en el empleo de esos medios se incurrió en negligencia, imprudencia, desidia, etc. Por ejemplo en la actuación de un médico, al que se le muere el paciente, no le bastará probar la contratación de los servicios, ni la muerte del enfermo, sino además tendrá que demostrar la culpa del médico por no haber empleado los medios apropiados para la curación, de acuerdo a las normas de la ciencia médica o que los ha empleado deficientemente.³⁹¹

La doctrina y jurisprudencia han caracterizado como obligaciones de medios a las obligaciones profesionales de médicos, abogados, etc. Cuando están en juego

³⁹⁰ LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso...* Ob. Cit. Tom. II Pág. 117.

³⁹¹ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derecho... obligaciones.* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 357-358 No 227

sólo medios, es el acreedor el que debe patentizar la culpa del *solvens*, ya que ésta se identifica con el incumplimiento.³⁹²

Últimamente han proliferado actos de negligencia médica, cobrando la vida de personas, muchos de estos profesionales muestran su diligencia y su esfuerzo para salvar la vida del paciente, sin embargo, el fallecimiento, generalmente se debe a que lo que “hicieron diligentemente” no era lo adecuado a las normas técnicas de la medicina y su falta de capacidad profesional y experiencia los llevaron a cometer actos con consecuencias funestas. El problema agudo es que la incapacidad o inexperiencia llevan a un fracaso evidente. ¿Pero, quién es el responsable de tal situación? ¿Lo será sólo el profesional que audazmente asumió un compromiso para el que no estaba preparado? o también, o mejor dicho principalmente el Estado que le otorgó el título autorizándolo para ejercer la profesión, sin percatarse de su preparación poniendo en riesgo la vida, la libertad o el patrimonio de ciudadanos a los que el Estado les debe seguridad jurídica. Son problemas que debe resolver el legislador, en mi concepto extendiendo la responsabilidad al Estado, que de acuerdo a la Constitución, tiene la tuición sobre la educación.

ALPA,³⁹³ refiere a que hoy son básicos dos aspectos relevantes de la culpa profesional: a) la apreciación de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar su actividad. b) la subdivisión de la culpa profesional, según estatutos que regulan a las distintas categorías de profesionales. El Autor, refuerza la idea señalando que ambas implican cuestiones de orden práctica y de carácter dogmático. Insiste, que será importante determinar si el trabajo lo hizo personalmente, con el concurso de otras personas o en equipo; es menester, dice: cuáles son las reglas previstas por los diversos Colegios Profesionales, las directivas que surgen del código deontológico y su relevancia en el ámbito del juicio en torno a la culpa. Posición que la considero interesante para definir las responsabilidades cuando se trata de un trabajo en equipo o empresarial, en cuyo camino es fundamental tener como base del juzgamiento las normas deontológicas, además si se trata de trabajo en equipo se estará ante una actividad empresarial, circunstancias que lo ubicaría bajo un factor de atribución objetivo, por el riesgo creado.

En este contexto el Juez francés, al momento de dictar sentencia tiene a su disposición un instrumental de normas amplísimas, no deduce los deberes del comportamiento de las leyes especiales sino de los principios generales del derecho, de sus normativas comerciales o de reglamentos de naturaleza privada deontológico, etc. El Juez es libre en la apreciación de las llamadas normas técnicas dadas por los gremios o asociaciones profesionales, aún cuando éstas no sean coercitivas, esto es, no fueron elevadas a rango de ley.³⁹⁴

³⁹² TIGO-LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad...* Ob. Cit Vol I Pág. 754.

³⁹³ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 328-329.

³⁹⁴ VINEY. *La responsabilité...* Ob. Cit. Pág. 552.

En el modelo inglés, la apreciación de la culpa del profesional, es en base al criterio de *reasonable man*, adaptada al profesional a quien se le requiere obrar con una diligencia superior a la media. Al docente se le requiere un comportamiento como un *progenitor prudente*. Si bien se cuida no pasar de un sistema objetivo a uno subjetivo, se detectan notables adecuaciones del primero, atendiendo a las circunstancias y del segundo, de la apreciación discrecional del intérprete.

ALPA, en la valoración de la conducta del profesional propone el estudio de los estatutos, reglamentos y códigos de ética profesional. Me parece adecuado, ya que en muchos ordenamientos éticos se impone la obligación del profesional a prepararse, capacitarse adecuada y permanentemente en la práctica profesional. El problema radica en que muchas de estas normas son internas y por lo tanto, su aplicación está sujeta al criterio discrecional del Juez, cuando su inclusión como elemento valorativo puede ser valiosa y en algunos casos, definitivo para el resultado. Esto me lleva al convencimiento, de la necesidad de que las normas que regulan al profesional liberal sean tratadas por el legislador y sean elevadas a rango de ley o este extremo sea regulado por una norma general que imponga al Juez su aplicación al momento de calificar la responsabilidad del profesional, ya que éstas esclarecerán las técnicas, procedimientos y forma en la que el profesional debe manejarse en el ejercicio de su profesión. En este ámbito, es de suma importancia la tuición del Estado sobre el ejercicio profesional, ejercido en forma directa o mediante delegación a los Colegios profesionales, con atribuciones específicas de capacitación continua, habilitación en el ejercicio y competencia para el juzgamiento por faltas a las normas deontológicas, en tutela del ciudadano.

Las legislaciones francesa e italiana, han precisado, que conlleva una hipótesis de culpa, según norma expresa, desde el punto de vista de la impericia, negligencia e inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar o disminuir el daño, aún cuando éstas no se hayan traducido en leyes o reglamentos pero que hayan ingresado en uso corriente y sean habituales en su aplicación.

¿Pero será que la obligación de medios en los profesionales liberales, se basa sólo en la culpa? La tendencia doctrinal mayoritaria considera que el elemento culpa es fundamental, ya que el cliente o paciente no sólo debe demostrar que el profesional utilizó adecuadamente o en forma oportuna los medios técnicos necesarios para la obtención del resultado deseado, sino que el profesional incurrió en culpa. Considero que esta tendencia subjetivista responde al sistema único de imputación de la responsabilidad civil, que surge a partir de la norma general “no hay responsabilidad sin culpa”; pero en el momento actual de un cambio de concepción de la responsabilidad civil a un sistema binario, debe llevarnos a replantear las diferentes figuras generadoras de responsabilidad y entre ellas, la responsabilidad de los profesionales liberales y verificar si efectivamente ésta responde a un sistema subjetivo en el que la culpa sea el único elemento de imputación, o tal vez, sería más adecuado catalogarlo dentro del factor de atribución objetivo.

Si analizamos la responsabilidad que genera la obligación de medios, apuntaremos que estos van dirigidos al uso de todos los conocimientos técnicos, habilidades y destrezas propias de un profesional liberal, el profesional fue preparado técnicamente para alcanzar un resultado, aunque, efectivamente no pueda asegurarlo por la relatividad de éste, así el abogado realiza una actividad cuyo resultado depende del concurso de otras personas; el médico depende de la forma como reaccione el organismo humano, por lo que estos profesionales no pueden asegurar el resultado.

Pero el profesional demostrando que cumplió con todos los procedimientos técnicos, los conocimientos doctrinales y científicos propios del ejercicio de su profesión, se libera de toda responsabilidad, así no hubiera obtenido el resultado. En consecuencia, considero que su responsabilidad es de naturaleza objetiva, no subjetiva, no tiene porque exigirse, menos imponerse a la víctima la penuria de demostrar la culpa del profesional, esto es, la valoración subjetiva de su conducta, ya que como dije anteriormente, la demostración objetiva, del profesional, que cumplió con todas las técnicas propias de su profesión lo libran de responsabilidad, entonces, tampoco tiene porque imponerse la carga de la prueba a la víctima, ya que no existe una persona más idónea para esta demostración que el propio profesional, por lo que la carga de la prueba debe pesar sobre éste, en tanto que la víctima debe demostrar el daño y el nexo causal entre el daño y el acto o actividad del profesional.

Por otra parte, cualquier vulneración del deber profesional en el cumplimiento de técnicas, destrezas y habilidades, por sí mismas constituyen culpa objetiva (ilícito objetivo), ya que si no hubiera acto ilícito no podríamos hablar de responsabilidad civil extracontractual, la confusión entre ilícito objetivo (vulneración de normas) y el lícito subjetivo (culpa valoración subjetiva de la conducta del sujeto), normalmente llevan a calificaciones incorrectas.

2.1.2.1.3.4 Responsabilidad Médica.

Una visión actual de la responsabilidad médica muestra un sistema complejo, compuesto de diversos elementos que requieren análisis y toma de posesión, esto es, el daño causado a la salud en términos de responsabilidad médica, relación directa médico paciente, creada por la relación contractual sobre la que se había trazado y estudiado tal responsabilidad. Las relaciones que más allá de la relación personal incluyen: el diagnóstico, acciones preventivas, curativas, terapéuticas, quirúrgicas, estéticas, de seguridad social, etc. La actividad de la medicina no sólo involucra al médico sino a enfermeras, terapeutas, radiólogos, anestesiólogos, etc. esto es, un sector multidisciplinario.

La salud, la integridad física, psíquica, la vida, están protegidas por la Constitución, son derechos de naturaleza público, en su recuperación intervienen entes públicos y privados, destinados a la prestación de servicios médicos, hospitalarios, de seguridad social, etc.

La disyuntiva está en la calificación de la relación médico paciente, ¿será ésta de

naturaleza contractual o extracontractual? el régimen general de la contratación de servicios, entre los que se encuentran los profesionales liberales, nos llevaría a una relación contractual de medios en la que no existe certeza del resultado, así lo ha considerado la doctrina, en cuyo orden estaríamos ante una cuestión aleatoria y las negligencias e impericias tendrían que evaluarse según el parámetro de la dificultad de la prestación, en cuya medida el médico, sólo respondería de culpa grave o dolo, pero no de culpa leve, así lo considera la doctrina.

Los avances tecnológicos en medicina, la creación de sistemas terapéuticos, de diagnóstico, curativos y preventivos modernos, el descubrimiento de fármacos y procedimientos terapéuticos, el avance de la ciencia médica, permiten mejorar las condiciones del paciente, le permiten tener acceso a procesos curativos que no eran ni imaginados en el pasado.

La conversión del sistema sanitario a un área de derecho público, con mayor conciencia sobre el derecho a la salud, proclamado por la Constitución Política del Estado, nos lleva a preguntarnos si las categorías usuales con las que se estudia la responsabilidad del médico, siguen siendo apropiadas en la actualidad o qué perspectiva se debe dar a esta actividad que tiene que ver con el valor máximo del ser humano, la vida, la salud, ¿Será que la visión contractual de medios y la imputación por dolo o culpa grave, deban seguir regulando la responsabilidad del médico?

ALPA,³⁹⁵ expresa que los principios cardinales en los que se apoya el régimen tradicional son dos: Se trata de una responsabilidad de medios no de resultado y el régimen al que obedece es unitario sin distinción del status (sea liberal, dependiente, funcionario público, etc.) responde de la misma manera.

Explica el Autor, la distinción entre obligaciones de medios y resultados tiene que ver con la dimensión de la responsabilidad, es decir, no tanto con el control de la diligencia empleada en la ejecución de la prestación (*quamodo respondeatur*), sino en el control de la exigibilidad de la prestación (*quantum respondeatur*), se busca establecer si es suficiente el haber empleado los medios necesarios dictados por la diligencia profesional o sí por el contrario, se debe garantizar la satisfacción íntegra del interés crediticio sin importar el esfuerzo que demanda al deudor. El problema es de naturaleza dogmática.

La doctrina y jurisprudencia francesa habían propuesto distinguir las hipótesis en las cuales, la relación obligatoria implica el simple despliegue de medios sin garantizar un resultado satisfactorio y la hipótesis en la que el deudor debe garantizar el resultado.³⁹⁶ En este contexto, el médico no puede asegurar al paciente el éxito del tratamiento o intervención.

Empero, la doctrina italiana repudia tal distinción. Mientras que la jurisprudencia la ha acogido en algunas hipotéticas típicas. Así ha ocurrido en la obligación

³⁹⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 900-

³⁹⁶ GIORRGIANI, voz *Obbligazioni (teoria generale)* en Nss Dig. It. Turín 1965. Vol XI Pág. 581.

profesional, en lo que atañe a medios y en la obligación del contratista en lo que atañe a resultados. Hoy en día, con relación al médico sigue existiendo doctrina que repudia tal distinción, sin embargo hay quien la cree útil para efectos de la prueba, el paciente puede limitar su denuncia a la falta de obtención de resultado, pero debe también probar la culpa del médico.³⁹⁷ Por ello se ha conformado una línea de pensamiento predominante, en la que más allá de la distinción general se insiste en la particular naturaleza de la actividad profesional médica, que se concentra en la calificación de la culpa y se adhiere en su contenido sustancial a la posición de quién considera exigible de parte del médico, sólo una prestación de medios.³⁹⁸

En la cirugía estética, la prestación médico-cirujano no está dirigida a remediar el estado de salud, ni mucho menos salvarle la vida, ella se dirige a una mejora de la apariencia, a la eliminación de defectos, la pregunta adecuadamente formulada por ALPA,³⁹⁹ ¿pero si el resultado no se obtiene, y si realizada la intervención la situación original se mantiene o empeora, se puede imputar responsabilidad al médico? Hay tendencias jurisprudenciales en sentido de que en estos casos el comportamiento clínico del médico va acompañado de la obligación de informar al paciente sobre los resultados de su intervención, con lo que estaría liberado del resultado.

El Autor, refiere el caso de la bailarina de *Strip-tease*,⁴⁰⁰ los magistrados señalaron que la obligación de medios no puede considerarse como un artificio para enmascarar la negligencia del profesional; que el llamado *resultado*, que se pretende excluir del paradigma trazado, constituye siempre el substrato imprescindible de éste, siquiera en el sentido de que la actividad (prominentemente intelectual, por lo menos) a ser prestada con diligencia, por el profesional, debe tender objetivamente a su obtención, es decir, al resultado esperado útil para el cliente, al margen de que dicho resultado sea obtenido o no, en definitiva. Concluye, también el resultado se inserta en la órbita conceptual del deber de información, aún cuando no fluya, *expressis verbis*, del contrato. Fallo muy esclarecedor que da un paso hacia el cambio de visión sobre la responsabilidad del médico y apunta a una atribución de responsabilidad objetiva.

2.1.2.1.3.4.1 Tendencias Actuales.

Existe una corriente doctrinal, que más bien sustenta que la relación es extracontractual y que el principio de quién presta un servicio médico y provoca un

³⁹⁷ PRINGIGALLI. *La Responsabilità Del Medico*. Nápones. 1983.

³⁹⁸ CARUSI. Responsabilità del médico e obbligazioni di meci. *Rass Dir. Civ.* 1991. Pág. 485. FORTINO. *La responsabilità civili del professionista*. Milano. 1985 Pág. 42. DE MATTEIS. *La responsabilità medica*. Pág. 377.

³⁹⁹ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág- 902

⁴⁰⁰ Corte de cassazione sentenza No 4394, de 8 de agosto de 1986. en *Giur. It.* 1987, I. 1. Col 1137, con comentario, de M. ROMANO, y en *Giur. Civ.* 1986 I. Pág. 1435 con comentario de COSTANZA.

daño incurre en responsabilidad, generando el consiguiente deber resarcitorio.⁴⁰¹ Posición a la que me adscribo, se trata de una responsabilidad extracontractual, definición que me exime de hacer la distinción entre la atención médica en un centro de salud privado y la atención en un centro de salud público.

Sobre la culpa, numerosos autores han propugnado la existencia de una culpa especial en relación a la actividad médica, por los riesgos intrínsecos que tal profesión conlleva, sin que cualquier impericia, imprudencia o negligencia generen el necesario factor de atribución de responsabilidad, sino tan sólo aquel error grotesco, falla u omisión que por su extrema gravedad y evidencia resulta inexcusable,⁴⁰² posición con la que no comparto, considero que los valores máximos del ser humano deben ser protegidos por encima de todo otro interés, de manera, que cualquier violación o vulneración de técnicas propias del ejercicio de la medicina que provoquen daño a la salud, a la integridad física o la vida, deben ser reparados, no hay motivo de que se aplique un sistema tan favorable y proteccionista en favor del médico en desmedro de la vida y la salud, es más, considero que ésta responsabilidad es de naturaleza objetiva.

Al respecto BUERES, señala: no es dable distinguir una especie de culpa, profesional de otra especie de culpa común, los denominados por la doctrina francesa *actes de soin ou actes de fonctionnement*. La culpa del médico está gobernada por las reglas generales...⁴⁰³

En la V Jornada Rioplatense de Derecho, al respecto, se aprobó el siguiente despacho: 1. culpa profesional es la común o corriente, emanada en la esencia del contenido y se rige por los principios generales en materia de comportamiento ilícito. El tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en la que quepa encuadrar al deudor en cada caso concreto.⁴⁰⁴

Por otra parte hay fallos que agravan la situación del médico, incluso por culpa leve, por preparación profesional inadecuada o incompleta, o por omisión de la diligencia media o por culpa grave falta de destrezas, habilidades y pericia técnica en el uso de medios manuales e instrumentales. El éxito de una acción judicial depende del resultado de la pericia técnica y la carga de la prueba por parte del paciente, se basa en ella esencialmente.⁴⁰⁵

¿Pero es justo que la carga de la prueba recaiga únicamente en la víctima?,

⁴⁰¹ ADORNO-CIFUENTES- DO COUTE E SILVA, GOLDENBERD-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA- MOSSET ITURRASPE- PARELLADA FERNÁNDEZ SESSAREGO- STIGLITZ. *Daño y protección...* Ob. Cit. Pág. 245.

⁴⁰² ADORNO-CIFUENTES- DO COUTE E SILVA, GOLDENBERD-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA- MOSSET ITURRASPE- PARELLADA FERNÁNDEZ SESSAREGO- STIGLITZ. *Daño y protección...* Ob. Cit. Pág. 249

⁴⁰³ BUERES Alberto, auto Sancho de Reggie Teresa c. Atman Canestri Eduardo, LL 1981-133.

⁴⁰⁴ Ver ADORNO-CIFUENTES- DO COUTE E SILVA, GOLDENBERD-KEMELMAJER DE CARLUCCI- LÓPEZ CABANA- MOSSET ITURRASPE- PARELLADA HERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLITZ. *Daño y protección...* Ob. Cit. Pág. 251

⁴⁰⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 905.

considero que no; éste aspecto, ha sido objeto de debates y existen tendencia que propugna, que la carga de la prueba sea compartida, en sentido de que la víctima cargue con demostrar el daño y la relación de causalidad y el médico, bajo la presunción *juris tamtum*, haya o no asegurado un resultado, tenga la tarea de acreditar la existencia de una causa que le es ajena. Se ha sostenido que la naturaleza de los hechos que han de ser objeto de prueba, cuando se trata de prestaciones a cargo de profesionales liberales, pone en situación de desventaja al llamado *consumidor*, quién carece de los conocimientos técnico-científicos necesarios para probar adecuadamente la culpa de su deudor. Verificado el hecho constitutivo -relación jurídico negocial-, el daño y la relación de causalidad. Pesa sobre el profesional la prueba de haber obrado con la diligencia que le exige la naturaleza de la obligación... *Es en tales casos que a fin de preservar la equidad en la distribución de las cargas probatorias, nadie mejor que el profesional podrá acreditar su cumplimiento diligente...*⁴⁰⁶

MOSSET, justifica *el reparto de la carga de la prueba, poniendo la demostración de ciertos hechos a cargo del profesional y la de ciertos otros hechos a cargo del paciente, satisface imperativos de justicia y se inscribe en la búsqueda de la verdad real, como quehacer compartido por las partes de una controversia...*⁴⁰⁷

Existen casos en los que la responsabilidad es objetiva, en las hipótesis de riesgo o vicio de los instrumentos utilizados, ejemplo uso de electro bisturí en mal estado, aparato de rayos X defectuoso, torno del dentista que electrocuta al paciente, etc. *La responsabilidad es objetiva*, siempre que se trate de daños causados por *riesgo o vicio de la cosa*,⁴⁰⁸ por ejemplo las quemaduras producidas en una operación de próstata por el electro bisturí. *En estos casos resulta inicuo demostrar al profesional la falta de culpa. Nosotros juzgamos que la responsabilidad está basada en el riesgo, aunque también se la suele fundamentar en la obligación tácita de seguridad.*⁴⁰⁹

La doctrina ha sentado obligaciones del médico, cuyo incumplimiento genera responsabilidad, éstas son: la información, la expresión de la voluntad del paciente y el secreto profesional. La información, el paciente debe saber la enfermedad que tiene, los riesgos, etc. La falta de información incide en la expresión de la voluntad.

⁴⁰⁶ Ver ANDORNO-CIFUENTES- DO COUTE E SILVA, GOLDENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI- LÓPEZ CABANA- MOSSET ITURRASPE- PARELLADA FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLITZ. *Daño y protección...* Ob. Cit. Pág 266-267. En el mismo sentido se ha pronunciado las Jornadas de Profesionales de Derecho, en su conclusión tercera del plenario: "La solución es correcta porque: a) en profesional se encuentra en situación privilegiada para producir esa prueba, b) se trata de la demostración del pago, como hecho extintivo, c) es un mecanismo de política jurídica que tiende a la protección a la víctima y el resguardo de la relación de equivalencia de las prestaciones.

⁴⁰⁷ MOSSET Iturraspe Jorge. La responsabilidad. Exoneración en casos de mala práctica médica, 27/4/88 No 5565.

⁴⁰⁸ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA. *Derecho de las obligaciones...* Ob. Cit. Pág. 798 No 1852.

⁴⁰⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 587, el que hace referencia al caso de jurisprudencia C. Nac. Civ. Sala L. 26/09/2001. Orlando Lorenzo v. Angenmed Sistemas médicos SRL, JA 2002-II-599.

ROMERO,⁴¹⁰ justifica la obligación de informar por la finalidad que tiene: *a. terapéutica, al conocer su enfermedad y los riesgos, el paciente coopera en su propia curación; b. humanitaria, nadie puede ser privado de conocer la verdad; c. legal, como elemento que valida la voluntad.*

Una información equívoca acarrea responsabilidad. También acarrea responsabilidad la falta de información de alternativas quirúrgicas por las que podía optar el enfermo. Además el médico debe completar la información en cada caso particular,⁴¹¹ toda vez que el déficit informativo acarrea responsabilidad.⁴¹²

El informado debe dar su consentimiento, con lo que se va hacer con su cuerpo, e el cirujano que opera sin consentimiento del paciente se hace responsable.⁴¹³ El tribunal Español ha declarado que el consentimiento informado es “derecho humano fundamental”.⁴¹⁴ En igual sentido la carta Europea de los Derechos Humanos (2000/C/364/01)⁴¹⁵ declara: *la medicina deberá respetar el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate.* La falta de información genera responsabilidad, en caso de salir bien la intervención, la lesión es a la autodeterminación.

El consentimiento está ligado, como se ve, a la obligación de informar que pesa sobre el médico. Pero qué debe informar: la descripción del tratamiento, su naturaleza (diagnóstico o terapéutica), su carácter invasivo o experimental, tipo de anestesia, lugar, horario, costo, derecho a solicitar una segunda opinión, beneficios de la operación, estado de la conciencia, riesgo-beneficio de la operación, posibles complicaciones; molestias y efectos secundarios posibles.⁴¹⁶

VÁSQUEZ,⁴¹⁷ refiere la experiencia de Estados Unidos, en los criterios de información a partir de tres *tests*: 1. el médico razonable, 2. el de la persona razonable que tiene en cuenta, o que un paciente común desearía conocer antes de someterse a la operación. 3. el criterio subjetivo, en el que el Juez pregunta al paciente qué es lo que desearía haber conocido. Concluye, nos parece que el

⁴¹⁰ ROMERO Colomo Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Montecorvo. Madrid 2002. Pág. 67.

⁴¹¹ ROMERO Colomo Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Ob. Cit. Pág. 67

⁴¹² Así lo ha determinado un tribunal español, en el caso de que un médico dejó informar que existía de un 1 a 0.6% de recanalización espontánea, la que podían ocurrir hasta en 6 mese después de la intervención. Los que se realizan una vasectomía deben acudir a anticonceptivos, la falta de información dio como resultado un nuevo embarazo, en cuyo caso el Tribunal responsabilizó al médico. Si bien la doctrina al respecto exime al médico dar informar cunado la posibilidad es mínima, hay casos en los que la falta de información puede ser fatal tal como sucedió en el caso, por lo que la información así sea mínima la probabilidad debe ser informada para evitar daños.

⁴¹³ 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914) caso de una mujer operada e un fibroma, e voto es célebre de Benjamín Cardozo, famoso caso estadounidense, referido por LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 567.

⁴¹⁴ STS Sala 1ª. 12/0172001, R.J. 2001.

⁴¹⁵ VÁSQUEZ Ferreyra Roberto. *El conocimiento informado en la práctica médica* Pág. 826

⁴¹⁶ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Tratado...* Ob. Cit. Pág. 568.

⁴¹⁷ VÁSQUEZ Ferreyra Roberto. *El conocimiento informado en la práctica médica* Pág. 822.

segundo criterio se adaptaría mejor a nuestro derecho.

Asimismo, la obligación que tiene el médico de respetar el derecho a la intimidad de sus pacientes, guardando secreto e impidiendo la divulgación de lo que se enterare sobre la vida de los mismos cuando actuare como médico, o por el hecho de ser tal.⁴¹⁸ En cuyo contexto debe llevar una historia clínica detallada y guardar la misma de toda intromisión externa.

¿Pero cuál es el fundamento, para que la responsabilidad del médico sea considerada subjetiva? ALPA la justifica: en la teoría tradicional, en el ordenamiento italiano sólo se admite la responsabilidad objetiva en casos excepcionales, por razón histórica y teleológica, la responsabilidad objetiva es normalmente responsabilidad de empresa, por lo que no se adapta a la actividad del médico, sólo se aplica a sus dependientes, o por daños que sufren los pacientes en un centro de salud, cuando el médico es responsable o propietario, no como médico sino como empresario; por el uso de máquinas, en caso de que éstas sean de propiedad del médico o se opere con esas. No se debe hablar de la actividad médica como actividad peligrosa, por el carácter estructural, repugna a la actividad noble la asunción de obligación resarcitoria no determinada por dolo o culpa, por una razón de política de derecho, la atribución de una responsabilidad objetiva desincentivaría el ejercicio de una actividad estrictamente necesaria y sumamente útil para la organización social.

Las razones expuestas por el Autor: Inc. a., se desvanecería si se adopta un sistema de responsabilidad binaria. Inc. b. no siempre la responsabilidad objetiva es una responsabilidad de empresa, tampoco el riesgo es el único parámetro para este tipo de responsabilidad, la admisión de la responsabilidad objetiva en algunas hipótesis confirman mi tesis de que la responsabilidad es objetiva, no se justifica que en unos casos responde objetivamente y en otros subjetivamente. Inc. c. el hecho de que al médico le repugne la asunción de una responsabilidad objetiva, es una cuestión muy subjetiva, si a todo responsable se le diera a elegir, es lógico suponer que ninguno quisiera que se aplique la responsabilidad objetiva. Inc. d. la política del derecho para incentivar el ejercicio de esta actividad, considero, que estos dos aspectos, son la causa de la infinidad de actos de negligencia médica, que cada vez cobran más vidas. Con todo respeto al profesor, creo que estos argumentos no son sólidos, no fundamentan ni justifican que el médico debe estar sometido a un sistema de atribución subjetivo, menos que le sea aplicable un sistema especial de dolo o culpa grave, esto, realmente es un desprecio por la víctima, y en este caso tiene que ver con valores fundamentales: la vida la integridad física y la salud.

El cambio de visión de la responsabilidad civil que se concentra más en la víctima que en el dañador, busca un cambio de paradigmas, en cuyo camino está la inclusión de un sistema binario en la responsabilidad civil extracontractual, con dos

⁴¹⁸ BROUWER de Koning Gustavo. *El secreto médico*. Revista de Derecho de daños. 2003-2 Pág. 90.

factores de atribución: uno subjetivo sobre la base de la culpa y otro objetivo exento de toda valoración de la conducta del sujeto. Este cambio permite una revisión de todas las hipótesis de responsabilidad para reubicarlas en forma adecuada. En el caso del profesional médico, siguiendo la línea propuesta para el profesional liberal, debe alinearse en el segundo factor de atribución, esto es, el objetivo, no hay razón que permanezca bajo el amparo de un sistema subjetivo y una responsabilidad especial, privilegiada con un factor de imputación sujeto sólo al dolo o culpa grave. Además la carga de la prueba debe ser compartida, en la forma expuesta por la doctrina argentina referida líneas arriba.

2.1.2.2 Factores Objetivos de Atribución.

Los factores de atribución son objetivos cuando no es necesaria la presencia de la culpa, sino que basta la mera causación del daño.⁴¹⁹ Como dice prestigiosa doctrina el eje del problema se desplaza de la culpabilidad del autor a la causalidad, esto es, a la determinación de cuál hecho fue materialmente el causante del daño.⁴²⁰ Al victimario no le está permitida la prueba de la falta de culpa, sino únicamente de la ruptura de la cadena causal.⁴²¹ En similar sentido, para diferentes doctrinarios la responsabilidad atribuida resulta indiferente a la subjetividad del obligado, dado además, que éste no puede liberarse probando su falta de culpa o intención de dañar.⁴²²

Los factores de atribución objetivo de la responsabilidad civil extracontractual, según tendencia doctrinal se distinguen en: riesgo, equidad, garantía, abuso del derecho y tolerancia entre vecinos.

2.1.2.2.1 Teoría del Riesgo

La revolución francesa conlleva cambios profundos de índole político, jurídico y filosófico, sustentados en principios tales, como: el absoluto respeto por la propiedad privada, la autonomía de la voluntad y la ausencia de responsabilidad sin culpa.⁴²³ Que tiene decidida influencia en la revolución industrial, con cambios en la actividad económica, paso de un sistema artesanal a grandes fábricas, uso de maquinaria cada vez más tecnificada y sofisticada, creación de la caldera de vapor y la locomotora, todas riesgosas y con consecuencias dañosas para los obreros, que no tenían forma de probar la culpa del empleador, quedándose insatisfechas sus demandas, por el principio asentado en el derecho de daños: *no hay responsabilidad sin culpa*, que generó un cúmulo de injusticias.

Los primeros antecedentes de la consagración del riesgo, las encontramos en los

⁴¹⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 309.

⁴²⁰ ALTERINI Atilio a. – AMEAL Oscar J. – LÓPEZ Cabana Roberto. *Derecho de obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 182 No 424.

⁴²¹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 309.

⁴²² BUSTAMANTE Alcina Jorge. La prueba de la culpa. La Ley 99-892. BUERES Alberto J. Responsabilidad civil d las clínicas y establecimientos médicos. Abaco. Buenos Aires 1981. Pág. 162 No 34.

⁴²³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 311

fallos dictados por la corte de casación en pleno de Francia, en un caso minero y la corte de casación de Gran Bretaña, en un caso de la construcción de un estanque, en ambos adoptaron una concepción objetiva de la responsabilidad.⁴²⁴

Las transformaciones de los medios de transporte, ferrocarril, automóvil y avión del siglo XIX y el ostentoso desarrollo tecnológico del siglo XX, la industrialización de la actividad económica, el desarrollo de la medicina que incursiona en el sistema nuclear, constituyen fuentes evidentes de riesgo que imponen un cambio de visión en el derecho del daño.

Se destaca la obra, de exponentes del socialismo jurídico que muestran mayor sensibilidad frente a los valores sociales, en sus dos versiones, francesa e italiana. Los criterios hacen referencia a la idea de riesgo creado con un concepto de responsabilidad absolutamente desligado de la culpa: *teoría de riesgo beneficio*.⁴²⁵

El giro más significativo lo configura la sanción de la ley francesa sobre accidentes de trabajo de 1898, que establece por primera vez el deber del patrón de indemnizar al trabajador por las lesiones que este sufriera durante su desempeño laboral, sin otras excepciones que la fuerza mayor extraña al trabajo y la culpa del perjudicado.⁴²⁶

Uno de los creadores de la doctrina del riesgo creado, yo diría el más destacado fue JOSSERAND, quién al referirse al desarrollo de la industria y sus consecuencias dañosas señala: *Porque la industria se mejora se transforma, es que los accidentes ocasionados o el hecho de las cosas inanimadas se tornan más numerosas, mucho más terribles y también mucho más oscuras. La injusticia del sistema tradicional de responsabilidad se ve claramente. En la inmensa mayoría de los casos, las víctimas se encuentran con la imposibilidad de reconstruir la génesis del accidente, de descubrir el porqué y de demostrar la culpa del patrón de la gran industria, del conductor, etc.*⁴²⁷

La teoría del riesgo creado, permite aplicar criterios de responsabilidad objetiva, incluso en aquellos casos en los que al no existir un ejercicio de actividades empresariales, no podría realizarse la asociación *riesgo-beneficio-responsabilidad*. Los accidentes que se producen fuera de las actividades lucrativas propiamente dichas terminan siendo absorbidas por la premisa según la cual, a todo aquel que emplea fuentes de riesgo le incumbe soportar las consecuencias de su acción. Y junto a ésta el desarrollo de otra teoría que asume como objeto el *riesgo profesional*, un grado de diligencia superior a la media.⁴²⁸

En la experiencia del *common law* inglés, ya en el siglo XIX, el criterio de interpretación principal era el *riesgo*, en segundo lugar, una vez determinado el

⁴²⁴ TRIGO-LÓPEZ- *tratado de la responsabilidad* Ob. Cit. Tom. I Pág. 777

⁴²⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 383.

⁴²⁶ Díez Picazo. *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*. En la responsabilidad en el derecho. Anuario de a facultad de derecho de la universidad Autónoma de Madrid. (año 2000) No 4. Ob. Cit. Pág. 153.

⁴²⁷ JOSSERAND Louis. *Les transports*. No 883 a 900.

⁴²⁸ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 384. STARCK *Droit civil*. Pág. 30.

nexo causal, se podía evitar la responsabilidad si demostraba comportamiento diligente. Era un sistema en el que se presumía la responsabilidad salvo prueba en contrario (caso fortuito, intervención de un tercero).

La responsabilidad objetiva (*struts*, en ciertos casos, *absolute*), en la forma de responsabilidad de la empresa, tesis que se organiza en el desarrollo de la *enterprise liability* (acciones de trabajo, circulación de productos defectuosos) y paralelamente la circulación vial.⁴²⁹

ESSER,⁴³⁰ define, la responsabilidad por riesgo como, la *responsabilidad por un resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, instalaciones de energía nuclear) cuya dificultad de dominación pudo haber inducido al legislador a prohibir su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como su explotación o uso beneficia en primer lugar al empresario o usuario, es justo que sean estos y no la comunidad los que soporten los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir daños, que son no solamente los derivados de accidentes de explotación o uso propiamente dichos, sino también los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso e instalaciones permitidas a las que son inherentes los peligros (chispas, escapes, ruidos), para que la explotación se desarrolle afecta, entonces, el principio reconocido de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas.*

En consecuencia el concepto de riesgo no podría estar libre de una contaminación económica, es más según afirma BARASSI, *éste se nutre con contenidos típicamente económicos, riesgo-beneficio*. El criterio del riesgo es inherente a la actividad económica de un sujeto, necesariamente *se instituye en un vínculo entre el responsable y los actos verificados en la jurisdicción de su negocio*.⁴³¹ La teoría del riesgo, según PIZARRO, puede ser sintetizada de la siguiente manera: *quién se sirva de cosas que por su naturaleza o empleo generan daños potenciales a terceros, deben responder por los daños que ellas originan*.⁴³² Esta concepción del riesgo, vinculado al beneficio económico y a la actividad empresarial fue postulada por la teoría del riesgo como característica fundamental, sin embargo, en la actualidad fue rectificada en forma adecuada a partir de la relación de género a especie, riesgo creado como género y riesgo beneficio como especie, entonces dentro de esta nueva visión, cambia la esencia de este factor objetivo y se hace aplicable a toda actividad o cosa riesgosa, así no sea lucrativa y a cualquier actividad así no sea empresarial.

Está tesis la sigue LÓPEZ Herrera: *Entre riesgo creado y riesgo beneficio existe una relación de género a especie. Ambas requieren la introducción de una cosa riesgosa en el desenvolvimiento de una actividad. Pero el riesgo beneficio*

⁴²⁹ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 3775.

⁴³⁰ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad...* ob. Cit. Pág. 775.

⁴³¹ BARASSI Contributo allo Studio Della responsabilità per fatto non proprio in special modo a mezzo di animali. En Rev. It. Sc. Giur. 1897. Pág. 175.

⁴³² PIZARRO Ramón. *Responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 37

*requiere, además, lucro o beneficio que no tiene por qué existir, sino al menos debe darse potencialmente. El riesgo creado puede surgir, por el contrario, en una actividad de placer o benéfica, pero riesgosa.*⁴³³

La responsabilidad civil objetiva tiene como fundamento la justicia conmutativa y distributiva. La justicia conmutativa que instituye una relación de correspondencia, entre riesgo y responsable; riesgo=reparación, o entre, riesgo + beneficio=reparación; relación que da cuenta del fundamento de la responsabilidad civil objetiva, que atribuye la responsabilidad directa al que causó el daño, bajo el fundamento muy bien expuesto por ORLANDO, que dice: *todo aquel que en ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera, causa al derecho ajeno un daño, que se presenta como consecuencia directa o indirecta de tal actividad, debe resarcir dicho daño, sin que tenga importancia el hecho de que en el evento dañoso, el agente no haya percatado de negligente o imprudente, ni que el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de una fuerza mayor.*⁴³⁴

La justicia distributiva, que surge por la conexión entre la concepción de riesgo y las doctrinas económicas de distribución de cargas derivadas del ejercicio de actividades empresariales riesgosas, que distribuyen el riesgo a la sociedad, bajo el principio de solidaridad social, ingresando de lleno a la socialización de la responsabilidad civil. Sobre cuyo criterio se establecieron sistemas de seguridad social basados en el principio de solidaridad, en cuya virtud el Estado acude en socorro económico de las víctimas de catástrofes. Se reparte así entre la sociedad (por vía de impuestos) la carga de los perjuicios derivados de los graves sucesos lesivos.⁴³⁵ Acota RIPERT,⁴³⁶ estos sistemas, pretenden en suma, acordar protección frente a los hechos dañosos basados en criterios de dilución o distribución de los perjuicios entre la comunidad por razones de solidaridad.

El sistema del *common law*, tiene el mérito de internalizar todos los costos de una determinada actividad, de manera que se influye en el desarrollo de la actividad misma; con dicho sistema se obtiene ulteriores beneficios constituidos por la distribución de costos, de modo más extendido posible, entre la población, a tal punto que se vuelven imperceptibles al sujeto individual que realiza determinada actividad. En el plano de la *políticas*, los autores de esta tesis (Fleming James, Friedrich Kessler) consideran imperioso que los empresarios tuvieran que pagar todos los costos causados por su actividad, en tanto y cuando estos puedan ser transferidos a los consumidores mediante su inclusión en el precio del producto.

⁴³³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 312.

⁴³⁴ ORLANDO Vittorio manuele. Saggio di una teoría sul fondamento giuridico Della responsabilità civile, aproposito Della responsabilità directa delle Stato, en Archivio di diritto pubblico III. 1893 Pág. 242. referndi por ALPA. Nuevo tratado... Ob. Cit. Pág. 385.

⁴³⁵ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de...* Tom. 4. Ob. Cit. Pág. 73.

⁴³⁶ RIPERT Georges. *El régimen democrático y el derecho civil moderno.* Ob. Cit. Pág. 289. No 180. STIGLITZ Gabriel. *Daños y perjuicios.* Ob. Cit. Pág. 72 no 2.

El justificativo de la aplicación de reglas de responsabilidad indirecta, ALPA,⁴³⁷ lo encuentra en la negligencia de un trabajador subordinado, de un colaborador autónomo, de un grupo de socios, en cuyo caso la atribución de tal responsabilidad de conformidad con los indicios que revelan el status de un empresario, como el control de la actividad de producción, la propiedad de los bienes productivos, la exposición al riesgo, la protección al lucro. El desarrollo del sistema de seguros (privado) bien podía soportar estas cargas y es más, podía devenir el motor del nuevo sistema.

Según PRIEST, la teoría de la responsabilidad objetiva de la empresa se funda en tres presupuestos básicos: - El papel determinante del seguro privado, en la distribución de los costos. - el poder contractual que hace explícita la responsabilidad por parte de los productores, frente a los consumidores. -. La internalización de los daños sufridos por los consumidores a los costos de producción, con el consiguiente control de la actividad productiva, premisas reproducidas en una jurisprudencia reciente, pero que figuran en los *leading cases*, en 1940-1950 y 1960-1970. El modelo *products liability* ha sido el modelo impulsor de la afirmación de la responsabilidad de empresas. Este sistema es exclusivamente estadounidense no tiene equiparación con los sistemas europeos, tampoco con el sistema inglés, al igual que las tesis sobre la responsabilidad civil, una imagen objetivizada, factor constituido por las propuestas de programas de seguro social para las víctimas de los accidentes de tránsito, promovidos en el decenio 1930-1940, propuesto en Francia por André Tunc en el decenio 1960-1970, totalmente ignorados, cuando no criticados.

Resulta interesante la aplicación de la responsabilidad indirecta, pero es un sistema muy oneroso para el Estado, por lo que se ha hecho inaplicable salvo algunos casos muy específicos en los que se dio atención, tal cual lo expresamos en el cuarto capítulo de este trabajo.

¿Pero cuáles son las cosas riesgosas? ¿Será correcto preestablecer las mismas? En principio, opino que no sería adecuado distinguir y enunciar ex ante las cosas riesgosas o peligrosas, estas surgen de la relación de causalidad adecuada entre la intervención de la cosa y el daño ocasionado, sin embargo, existen cosas que por naturaleza son peligrosas, las que por su estado normal o natural, pueden generalmente derivar en peligro, tal como ocurre con la energía nuclear, eléctrica, los explosivos, dañosos *per se*.⁴³⁸ PIZARRO,⁴³⁹ completa la idea: *una cosa es riesgosa por naturaleza cuando su normal empleo, esto es, conforme a su estado natural, puede causar generalmente un peligro a terceros. Por ejemplo los generadores de energía nuclear... los explosivos como la dinamita, la glicerina, etc., tienen una potencialidad dañosa por sí misma, con prescindencia del medio en el cual se empleen y las circunstancias que las rodeen.*

⁴³⁷ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 393-394.

⁴³⁸ ZAVALA Gonzales Matilde. *Daños con a las cosas...* Ob. Cit. Pág. JA. 1983-IV-641 No VI. PIZARRO Ob. Cit. Pág. 344.

⁴³⁹ PIZARRO Ramón D. *Comentario al Art. 1113.* Ob. Ci. Pág. 535.

La jurisprudencia argentina complementa este criterio señalando: *todas las cosas pueden ser “peligrosas” en determinadas circunstancias, pero no todas son igualmente peligrosas en cualquier circunstancia.*⁴⁴⁰ Para un sector, un criterio abstracto entre cosas riesgosas y no riesgosas, puede llevar a contradicciones y situaciones delicadas, como el caso en el cual, se reclamaban daños y perjuicios por los padres de un niño que se hubiera ahogado en la pileta de un club mientras se hallaba nadando en ella, el fallo de primera instancia coincidió en que el natatorio era una cosa riesgosa, encuadrando la responsabilidad en el supuesto de daño causado por “riesgo” de la cosa, en apoyo del Art. 113 segunda parte.⁴⁴¹ En cambio la Cámara y el anotador en la revista “Jurisprudencia argentina”, entendieron que la pileta de natación dentro de una entidad deportiva no es cosa riesgosa en sí misma. Cuyo uso encierre la posibilidad de daño sea por las dificultades de la actividad que en ella se cumplen, sea por los elementos que encierran, aunque sí admiten que quizás hubiera podido ser una pileta en otras condiciones, como por ejemplo en una casa particular con deficiente señalización, sin iluminación, en la oscuridad o vacía y una persona muriera o se lesionará al caer en la misma.⁴⁴² Discrepancia doctrinal que se mantiene. Existen tribunales, que deciden que no es cosa riesgosa la pileta de natación instalada en una entidad deportiva,⁴⁴³ posición que no comparto, considero que la pileta, como todas las cosas según las circunstancias pueden revestir riesgo, ya que, si está se encuentra en una casa donde todos saben nadar no es riesgosa, pero si lo sería en un jardín de infantes.

También puede revestir peligrosidad el estado de las cosas, así: una escalera con peldaños rotos, alimentos vencidos, medicamentos vencidos, en cuyo caso se está ante un vicio de la cosa,⁴⁴⁴ entonces, las cosas que revisten peligrosidad son riesgosas, en cuyo caso importan responsabilidad, aún sin existir la relación “riesgo beneficio”, haciéndose aplicable el concepto de responsabilidad absolutamente desligado de la culpa.

2.1.2.2 Tendencias Actuales.

Las tendencias actuales las desarrollaré desde un punto de vista comparativo.

La responsabilidad objetiva, en Estados Unidos (*strict liability* o *liability without fault*), tuvo mayor desarrollo en los casos de: animales salvajes, relaciones entre vecinos y productos elaborados.

La actividad riesgosa, inicialmente debía ser ultra riesgosa, en cambio ahora se

⁴⁴⁰ CN Civ. Sala A 29/03/85, Días Osvaldo c. Testái e hijos, Tomás, JA 1985-II-408 y La ley 1986-A-651/652 J. agrup. No 5578 a 5580.

⁴⁴¹ CNCIV. Sala B. 23/12/76. Villanuestrevs. Club Chacarita. ED 72-334 y JA 1944-334.

⁴⁴² MOSSET Iturraspe Jorge. Responsabilidad del club por la muerte de un socio menor sobrevenida a raíz de su caída en el natatorio, en JA. 1977-II-297.

⁴⁴³ Cám. 1ª CC San Isidro, Sala I 1/11/86 Olguin c. Club sportivo Balcarce DJ, 1987-1-436 Cám. CC Mercedes, Sala I. 19/3/87, García c. Chapartegui Hnos. DJ 1987-2-276. Referido por TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de...* Ob. Cit. Pág. 795.

⁴⁴⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 319.

exige que sea producto de una actividad normalmente riesgosa (*abnormally dangerous activity*). La responsabilidad objetiva ha sido aceptada por los tribunales.⁴⁴⁵

En el sistema francés la responsabilidad por riesgo se basa en el riesgo de la cosa, en tanto que el sistema del *common law* se basa en la responsabilidad por riesgo de la actividad, sin embargo de la diferencia, en ambos sistemas existe una cláusula general. En el sistema francés: *toda cosa que produce un daño por riesgo o vicio genera un daño* y en el sistema del *common law*: *toda actividad peligrosa genera un daño*, sujeto a la intervención de una cosa, aspecto que los asimila.

La legislación italiana es similar a la francesa, sin embargo, este sistema, aún enraizado en el principio de la culpa, incluye un sistema de presunción de culpa para las actividades peligrosas.

En Alemania, en la actualidad se consagra la responsabilidad objetiva por accidentes de: trabajo, tránsito, electricidad, gas, productos farmacéuticos, productos defectuosos, transporte ferroviario, tráfico aéreo, energía nuclear, responsabilidad del productor y daños provocados por el medio ambiente. El criterio de imputación, es el riesgo (*Gefährdungshaftung*) en el BGB se refleja la estructura binaria, por un lado la culpa y por otro las hipótesis de excepción en las cuales la imputación es distinta de la culpa. En la legislación especial alemana, el área de riesgo no cubre todo el campo de la responsabilidad imputada al sujeto, porque siempre queda un sector fundado en la culpa, donde la carga de la prueba se impone a la víctima; ej. Daños morales, o para superar los límites máximos para la operación automática de la responsabilidad objetiva. La concurrencia de la culpa de la víctima reduce normalmente el área de la responsabilidad sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme, en algunos casos, se la ha tomado en cuenta, en otros para nada. No sólo es binario en los criterios de imputación, sino también, es binario en la organización de criterios generales, prevé en el sector de la culpa, además de la cláusula normativa general, que anuncia los intereses (o bienes protegidos), una segunda que tiene por objeto las leyes que tengan como fin la tutela de los terceros, la culpa consiste en la violación de la norma protectora (*Schutzgesetz*), sea norma de derecho público o derecho privado, decreto gubernamental, resoluciones de autoridades locales, en cuerpos referidos a bienes de primera necesidad, en orden policial.⁴⁴⁶

El *common law*, se perfila, con criterios de imputación más rigurosos, porque la responsabilidad se ha afirmado en ausencia de culpa o sobre la base de la inversión de la prueba.

La legislación italiana acoge simplemente el sistema binario, es decir, se basa en la pluralidad de criterios de imputación. En la Unión Europea está en estudio la unificación del sistema de responsabilidad civil tanto subjetivo como objetivo, los

⁴⁴⁵ DOBBS Dan. The Law of Tort Pág. 947-950, Citado por LÓPEZ Herrera Edgardo. Teoría General... Ob.Cit. Pág. 314.

⁴⁴⁶ ALPA Guido. Nuevo... Ob. Cit. Pág. 401

estudios realizados llevan consigo la propuesta de una responsabilidad bipolar o binaria, esto es, subjetiva y objetiva. En la subjetiva establecen un estándar de conducta: aquel de una persona razonable que en esa circunstancia habría actuado de esa manera, la que depende, en particular de la naturaleza y valor de los intereses protegidos involucrados, la peligrosidad de la actividad, la pericia que se espera del que la desarrolla y la previsibilidad del daño, la relación de proximidad o especial confianza entre los involucrados, al igual que la disponibilidad de los costos de precaución o métodos alternativos.

En la unión europea se aprecian diferentes modelos, en algunos aún prevalece el principio *no hay responsabilidad sin culpa*, como ocurre en Francia y en Gran Bretaña, las hipótesis de responsabilidad sin culpa se deben a excepciones o leyes especiales o normas de aplicación de directivas comunitarias, como la relativa a la responsabilidad del fabricante por defecto de producto.

En Italia la doctrina está dividida, hay quienes insisten en la unidad del sistema y por lo tanto siguen con el principio de la culpa, en tanto que otros, toman partido por un sistema binario;⁴⁴⁷ hay quienes admiten la responsabilidad objetiva pero excepcional, contraponiéndose a quienes consideran insuficiente el sistema fundado en la culpa y propugnan la necesidad de adoptar un sistema objetivo, en tanto que otros, consideran que es discutible la adscripción del riesgo en la responsabilidad de los patrones y comitentes, del eje de actividades peligrosas, el propietario de animales y de vehículos.

Mi posición sobre el particular, es muy clara, opino que un sistema de responsabilidad civil extracontractual fincado en la culpa no responde a las necesidades de la sociedad, no condice con un mundo en el que día a día se van creando mayores riesgos, es necesario un cambio del paradigma culpa hacia un sistema de responsabilidad bipolar, en el que los factores de atribución sean mixtos uno subjetivo y otro objetivo, regulados por normas generales de igual valor, que sienten las bases de la responsabilidad civil, desterrando la creación de normas especiales, de lo contrario se dejarán desprotegidas a las víctimas de nuevas hipótesis de daño que día a día se van generando con una velocidad incontrolable.

2.1.2.2.3 Responsabilidad por Hecho Ajeno.

La responsabilidad por hecho ajeno o hecho de otro, es considerada una obligación de garantía, el responsable se obliga al pago de los daños causados por personas a las que representan, cuyos actos dañosos repercuten en su patrimonio, así el principal responde por los actos de sus dependientes, los padres o tutores por los hechos de sus hijos menores o pupilos, los maestros por los hechos de sus alumnos.

El principio de la responsabilidad y resarcimiento de los daños causados por culpa propia, que preside el régimen jurídico de las indemnizaciones, se amplía en el

⁴⁴⁷ TRIMARCHI Instituzioni di diritto privato. FRANZONI *La responsabilit'a oggettiva*, Padua 1993.

derecho moderno a dos grupos distintos de casos: uno, en el que el individuo, sin ser personalmente culpable responde de los daños causados por las personas o animales que tienen a su cargo, y otros en los que se le obliga a indemnizar los quebrantos causados, aún sin que medie culpa. La responsabilidad que nace de los deberes de vigilancia responde en la mayoría de los casos, a una culpa del encargado de vigilar, pero, dado el rigor de la prueba de descargo que se admite, puede ocurrir que responda aun sin culpa.⁴⁴⁸

La pieza glosada, da respuesta a varias interrogantes, sobre la esencia de este tipo de responsabilidad, aunque la postura no está completamente definida sobre la naturaleza objetiva. La verdad es que no existe acuerdo sobre el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, existen varias teorías que tratan de responder las interrogantes sobre los factores de atribución, también hay divergencia sobre el tipo de responsabilidad, para unos es directa en tanto que para otros es indirecta. Para unos se trata de una responsabilidad excepcional, para otros general.

En cuanto a los factores de atribución, hay quienes justifican la responsabilidad desde un punto de vista subjetivo, esto es, la culpa, criterio que siguieron las diferentes legislaciones sobre la base de la presunción de culpa,⁴⁴⁹ tesis creada por la legislación francesa, con el concepto de: *culpa in vigilando* y *culpa in eligiendo*. Para algunos autores la presunción es *iuris et iure* de culpa del patrón. Es lo que se conoce como inexcusabilidad del principal. LÓPEZ Herrera,⁴⁵⁰ critica estos argumentos:

- No siempre la responsabilidad se funda en la mala elección, ya que el principal puede no tener la libertad de elegir, puede ser impuesto por un sindicato o haber tenido la máxima precaución en la elección, incluso con la participación de una empresa especializada para ello.

- Tampoco es cierto que la culpa se deba a la falta de vigilancia, puede el patrón tener los sistemas más modernos de control, sin embargo, igual responde. Por otra parte podría ser difícil el control por la actividad fuera de la empresa, por ejemplo el chofer o el viajante.

- Dice, además estamos en contra de las presunciones *iuris et iure* de la culpa, si al demandado no se le permite acreditar la falta de culpa y tampoco necesita demostrar el actor, es porque la culpa no es el fundamento, da lo mismo que exista o no. Yo agregaría, que éste tipo de presunción ratifica en que la responsabilidad por terceros es de naturaleza objetiva, ya que resulta irrelevante la calificación de la conducta del dañador independientemente de lo que haga, es responsable el principal.

⁴⁴⁸ VON SUR Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. De W Roces. 1ª edición. Reus. Madrid 1934. Tom. I. Pág. 284 No 48.

⁴⁴⁹ LLANBIAS Jorge J. *La relación de dependencia*. Ob- Cit., fue uno de los tenaces defensores de la culpa, la que podía surgir por la deficiencia en al elección de los dependientes o por falta de control de las actividades del empleado.

⁴⁵⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general de la...* Ob. Cit. Pág. 657.

- Finalmente si la responsabilidad se basa en la culpa del principal, ¿por qué tiene acción de regreso contra el dependiente culpable según el Art. 1123? Con respecto a esta última observación TALCIANI, admitiendo la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sostiene que la acción de regreso no se justifica. *Si la responsabilidad por hecho ajeno se fundamenta en la culpa presunta del empresario. La solución para que no se rompa la simetría es únicamente legitimar el cobro de la porción que le corresponde al patrón en solidaridad que existe en ese derecho.*⁴⁵¹

Podría darse solución a la cuestión planteada, a partir de dos elementos que supuestamente destruirían el fundamento de la responsabilidad por otro, basado en la culpa, sea esta *in vigilando* o *in eligendo*, la presunción legal y acción de repetición. Si existe presunción de culpa *iuris et iuris* se trata, sin duda de una responsabilidad objetiva y por otra parte, sería lógico y coherente suponer, que sólo el pago efectuado por el principal de una obligación no propia generaría acción de repetición, con lo que podríamos haber probado, pero ésta sólo prospera si se puede imputar culpa al dependiente, ya que el pago por propia culpa del principal o por su propia obligación, no genera acción de repetición de lo pagado; lo que nos podría llevar a considerar que el fundamento radica en la representación o sustitución, posición adoptada por algunos autores.⁴⁵²

La representación, en hipótesis en la que el dependiente sustituye, personifica al principal, actúa por él, la culpa del comitente se identificaría con la culpa del principal. Para LÓPEZ Herrera,⁴⁵³ es, precisamente, el punto débil de la teoría, si la culpa es la misma entonces no hay hecho ajeno sino propio y como vemos, dice, no es así, si la culpa fuera la misma tampoco habría sentido para la acción de regreso. Efectivamente en esta suposición no puede haber acción de regreso, claro que este argumento no es suficiente, ya que ésta no siempre prospera. La culpa es un elemento subjetivo íntimamente ligado al sujeto, vincula al sujeto con el acto ilícito y lo imputa, repito, debe ser un acto propio, personal, sólo el culpable puede responder de sus actos ilícitos, en cuyo caso la teoría de la representación no quepa, la ley presume la *culpa invigilando* o *ineligendo* del promitente, no de sus dependientes, tampoco le impone la responsabilidad por culpa de sus dependientes, sino por su condición de titular, siempre debe responder por el daño ocasionado por éstos, pero a título propio.

Si asumiéramos la tesis de la representación en la forma propuesta, si el comitente respondiera en representación de sus dependientes, no se justificaría la acción de regreso en contra de éstos, porque el resarcimiento no sería con el patrimonio del comitente sino de sus dependientes, lo que no es evidente, los daños son reparados con el patrimonio del comitente.

Hay quienes fundan la responsabilidad del principal por los dependientes, en el

⁴⁵¹ CORRAL Talciani Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 240.

⁴⁵² MAZEAUD Henri y León-TUNC André. *Tratado teórico...* ob. Cit, Tom I. Vol. II. Pág. 657. No 935

⁴⁵³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 357.

riesgo creado, en interés propio. Dicen: el que se beneficia con la actuación de un subordinado debe cargar con los riesgos que ello implica.⁴⁵⁴ Hay autores, que opinan que sólo existe un único factor objetivo el riesgo creado; el que no sólo aparecería como factor fundamental de la responsabilidad, en los supuestos de daños causados por las cosas, sino en todos los otros casos de responsabilidad del principal o comitente, por el hecho de sus dependientes, ya que como estos cumplen un encargo en provecho o beneficio del patrón, es justo que el mismo soporte el riesgo de los daños que resultan de la actividad o servicio que se le presta.⁴⁵⁵

LÓPEZ objeta esta postura, ya que no siempre el promitente se beneficia con la participación de sus dependientes, puede no existir lucro, tampoco explica la teoría por qué tiene el principal acción de repetición si se habría beneficiado con la conducta del dependiente o habría creado riesgo, posición con la que no comparto, la teoría del riesgo creado, puede ser un fundamento válido que justifica la responsabilidad del principal por sus dependientes, independientemente, que su actuación beneficie o no al principal; la concepción del riesgo, vinculado al beneficio económico y a la actividad como características fundamentales, fue rectificadas en forma adecuada a partir de la relación de género a especie, riesgo creado como género y riesgo beneficio como especie, entonces dentro de esta nueva concepción cambia la esencia de este factor objetivo y se hace aplicable a toda actividad o cosa riesgosa, así no sea lucrativa y a cualquier actividad así no sea empresarial, es cierto que al haber el comitente creado un riesgo todo daño provocado por sus dependientes en ejercicio y ocasión de sus funciones es de su exclusiva responsabilidad y debe responder por ellos, en cuyo caso no quepa la repetición contra el dependiente, por no existir imputación de culpa, único caso en la que ésta prospera.

La teoría de la culpa presunta del comitente (*in eligendo* o *in vigilando*) ha sido paulatinamente abandonada, en el régimen francés, en el *civil law* y el *common law*, sustituida por la responsabilidad objetiva,⁴⁵⁶ de igual manera en la legislación italiana así lo expresa VISINTINI: a la que se suma la responsabilidad de los comitentes para los cuales la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la teoría de la llamada responsabilidad *objetiva*.⁴⁵⁷ Las teorías que han buscado llenar el vacío son múltiples, pero ninguna ha logrado imponerse del todo.⁴⁵⁸

La responsabilidad del patrón, en la legislación alemana (según el Art. 2049 del Código Civil) es de tipo objetiva, es decir, no se deriva de la *culpa in eligendo* o *in*

⁴⁵⁴ BORDA Guillermo. *El fundamento de la responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit. Vol. II Pág. 94. PIZARRO Ramón-VALLESPINOS Carlos G. *Obligaciones*. Ob. Cit. Tom. III Pág. 154.

⁴⁵⁵ BORDA Guillermo A. *El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual*. La Ley. 94-829 No II-5. Tratado de derechos civil de obligaciones. Ob. Cit. Tom. II. Pág. 258 No 1341. PLANIOL Marcel. RIPERT Georges. ESMEIN Paul. *Tratado práctica de derecho civil francés*. Trad. Mario Días Cruz, la Habana. Ed. Cultural. 1946. Tom. VI. Pág. 874 No 641.

⁴⁵⁶ VINEY Genoviève-Jourdain. *Traite de droit...* Ob. Cit. Pág. 862.

⁴⁵⁷ VISINTINI Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Ob. Cit. Pág. 128-129.

⁴⁵⁸ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. 358.

vigilando.

La teoría de la garantía, fue sostenida por primera vez en forma coherente e integral por Boris STARCK,⁴⁵⁹ en su tesis doctoral busca la solución al problema: *el comitente no es responsable sino solamente un garante*, enfoca sólo en el autor, si es él culpable o creador del riesgo.

La garantía es un deber jurídico que hace nacer la obligación de seguridad respecto de personas y bienes, en ciertos contratos, que son impuestos por el ordenamiento jurídico, aunque las partes no lo hayan pactado expresamente.⁴⁶⁰

La garantía, implica la seguridad de que al producirse un daño, dentro de ciertas circunstancias el garante afrontará el resarcimiento.⁴⁶¹ Por la garantía legal, el principal asume la responsabilidad de sus dependientes, la prueba de haber obrado con diligencia no lo libera de la responsabilidad, bajo “el principio de que el principal es responsable por sus dependientes”.

El comitente, de la realización de una obra en la vía pública, no puede soslayar su responsabilidad derivada de la producción de un accidente en el que sufrió daños un transeúnte aduciendo su falta de culpa, pues su responsabilidad se sustenta en una obligación legal de garantía.⁴⁶²

Así por ejemplo, el pasajero transportado por cortesía, es beneficiario de la garantía legal; el dueño o guardián de la cosa riesgosa asume la responsabilidad por el hecho de entrar en movimiento aquella, por lo que las contingencias del viaje recaen en él; al respecto la jurisprudencia es abundante.

Entre los diferentes fundamentos que han llevado a imponer los distintos supuestos concretos de responsabilidad objetiva BUSTAMANTE,⁴⁶³ marca un deber legal de garantía a cargo del principal o comitente, convertido en *ministerio legis*, en una suerte de fiador de sus dependientes, en cuanto a su deber de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de los actos ilícitos de estos últimos...⁴⁶⁴

Está teoría la han adoptado diferentes autores.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ STARCK Boris. Essai un théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, tesis. París 1947, Pág. 2111.

⁴⁶⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 355.

⁴⁶¹ ZABALA de Gonzales Matilde. *Resarcimiento de daños...* Ob. Cit. Tom. 4 Pág. 389 \$78.

⁴⁶² CN. Com. Sala A. 31/03/98. F.E.L. Camaño, Osvaldo y otros. La ley 1998-C-693 y DL 1998-3-138-

⁴⁶³ BUSTAMANTE Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 387 No. 942. BREBBIA Roberto. *Problemas jurídicos de los automotores.* Ob. Cit. Tom. I. Pág. 218. SALAS Acdeel Ernesto. *Responsabilidad contractual y extracontractual, en estudios sobre responsabilidad civil.* Ob. Cit. Pág. 9. Nota 17. RIPERT Georges. *El régimen democrático y el derecho civil moderno.* Ob. Cit. Pág. 289 No 180

⁴⁶⁴ BUSTAMANTE Alsina. *Teoría general de la responsabilidad.* Ob. Cit. Pág. 461 no 1198. LLAMBÍAS Jorge Joaquín. *Ley 17.711 reforma del código civil.* En JA. 1968-IV -905 No 9-II.

⁴⁶⁵ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de...* Ob. Cit. Pág. 48 y 49-50.

Es una responsabilidad objetiva dentro de ésta órbita limitada: la ley por razones prácticas y de justicia, constituye al principal en garante ante la víctima de las culpas de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad establecida en estos precisos supuestos, tiene un doble carácter y por lo mismo un doble fundamento, en relación a la víctima es una responsabilidad objetiva de parte del principal... responde ante la víctima porque, en consideración a ésta, la ley lo ha constituido en garante de las consecuencias de las culpas de otros.⁴⁶⁶

Pareciera que está solución fuera la adecuada, en principio sienta la base de una responsabilidad objetiva, el principal siempre responde ante la víctima por los actos de sus dependientes, en su condición de patrón, empleador, empresario, comitente, ente público. Según esta teoría, la ley habría constituido al principal en garante de la víctima, circunstancia que justificaría la acción de repetición. Comparto la primera parte, esto es, la naturaleza objetiva de la responsabilidad por actos de los dependientes; pero disiento en que, su justificación y fundamentación esté en la garantía constituida por ley, que justificaría la acción de regreso.

La garantía surge del vínculo jurídico obligatorio, el garante asume la responsabilidad por las obligaciones de otro. En consecuencia, resulta ser parte del vínculo obligatorio entre el deudor y acreedor, cuya responsabilidad puede ser subsidiaria o solidaria, en el primer caso responde en defecto del deudor y en el segundo junto al deudor o independientemente de éste, siendo la acción de repetición un elemento fundamental e indisoluble del instituto de garantía, sin el cual se trataría de un acto de liberalidad y entonces, desnaturalizaría la garantía en cuanto tal, lo que no sucede en el caso de la responsabilidad por otro, la repetición sólo prospera por culpa imputable al dependiente. La imposición de repetición en forma general no condicional, llevaría a muchas injusticias. No hay motivo de que el dependiente, siempre sea constreñido a la repetición de lo pagado por el principal, podría resultar que el daño sea atribuible al riesgo o peligrosidad de la actividad en sí, o al cumplimiento de órdenes del principal no imputables al dependiente, entonces, no se justificaría la repetición, por lo que el instituto de garantía no es el fundamento que justifique la responsabilidad por otro, ésta se funda más bien en la presunción *iuris et iure* de responsabilidad del principal por su condición de titular de la actividad que generó el daño, por su estatus de propietario, al que otros denominan inexcusabilidad del principal, se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva fundada, también en el riesgo.

Si la responsabilidad por otro impone al principal responder por los actos de sus dependientes, independientemente del elemento de imputación culpa, entonces, amerita mayor análisis su calificación de responsabilidad indirecta.

La jurisprudencia no es uniforme en la solución, que la obligación por hecho ajeno sea directa, algunas sentencias se inclinan por afirmar que la responsabilidad es directa, en tanto que el hecho del dependiente es directamente atribuido al

⁴⁶⁶ ORGAZ. Responsabilidad por hecho ajeno... Ob. Cit. P. 196

comitente,⁴⁶⁷ no faltan sentencias que hablan de responsabilidad indirecta.⁴⁶⁸ En lo que sí hay unidad de criterio es en su naturaleza objetiva.⁴⁶⁹

La peana de la justicia, particularmente de la conmutativa, descansa en el principio de equilibrio, que no justifica el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro sin *justa causa*, en la hipótesis objeto de estudio, si el principal paga el resarcimiento por cuenta de sus dependientes existe un desplazamiento de bienes de su patrimonio en favor del damnificado, sin justa causa, entonces es justo que este desplazamiento sea reparado por la acción de repetición, bajo cuyo análisis podríamos concluir que se trata de una responsabilidad indirecta.

Pero qué sucede en los casos en los que la actividad por sí misma es peligrosa o riesgosa, o cuando el acto dañoso no es atribuible a culpa del dependiente, sino más bien a órdenes del principal, ¿será justo, qué la norma general de responsabilidad por otro sea de naturaleza indirecta?, ¿no será más bien directa?

La respuesta a estas interrogantes, amerita una vez más la aplicación de los principios de la justicia conmutativa, no existe *justa causa* de que el dependiente por actos del ejercicio de sus funciones, en ocasión o durante el ejercicio de estas, sea reatado con una norma general de responsabilidad indirecta, que le imponga la repetición de lo pagado por el principal.

Si el principal, independientemente de la culpa del dependiente, debe responder ante el tercero por los daños provocados por éste, entonces su responsabilidad es directa, no indirecta, no le interesa al damnificado identificar al culpable, ni tiene que demostrar la culpa para hacerse acreedor a la indemnización, sólo debe demostrar el nexo causal entre el daño y el acto del dependiente que le infligió daño en ocasión o durante el ejercicio de sus funciones.

Bajo cuya visión y en consideración a que la justicia debe cuidar el equilibrio de las relaciones intersubjetivas, considero, que no se ajusta a este principio la norma general que atribuye una responsabilidad indirecta del principal y agrava la situación del dependiente imponiéndole por norma general la acción de repetición, cuando ésta es de naturaleza excepcional, sólo procede por la imputación de culpa del dependiente y condicionado a que el principal no hubiera contribuido de modo alguno en el daño, además, que la actividad desplegada no revista riesgo ni peligrosidad, este es el fundamento de la repetición, axioma que reafirma, que la obligación no es indirecta sino directa del principal.

La polémica suscitada sobre si se trata de una responsabilidad excepcional o general, gira en torno al tipo de norma que la regula, norma especial o general.

La doctrina francesa moderna se ha pronunciado en contra de la idea generalizada de la excepcionalidad de los supuestos de responsabilidad refleja, sosteniendo en primer término que el derecho francés actual va camino de sentar

⁴⁶⁷ Corte di cassazione sentencia No 11807 de 14 de noviembre de 1995.

⁴⁶⁸ Corte di cassazione. Sentencia No 4918 del 24 de septiembre de 1979

⁴⁶⁹ Tribunal de Milán, sentencia del 23 de mayo de 1995, en foro pad. 1996. I. Col. 321.

una responsabilidad general por el hecho de otro, dejando atrás la postura decimonónica de ver en este tipo de responsabilidad un caso excepcional y en sus supuestos un elenco cerrado.⁴⁷⁰

En similar sentido, en España, desde el punto de vista normativo la responsabilidad civil indirecta y directa son dos fenómenos iguales presentes en nuestro derecho vigente, dice el autor, dos fenómenos igualmente normales que deben ser analizados cada uno de ellos, con respecto a sus propios presupuestos.⁴⁷¹

VÁZQUEZ, apunta la tesis de la excepcionalidad de la responsabilidad indirecta no se compadece ni con las normas vigentes de nuestro código, que nada dicen al respecto, ni con la realidad práctica de la aplicación.⁴⁷²

Tesis duramente cuestionada por los profesores: TRIGO-LÓPEZ,⁴⁷³ sobre la base del ordenamiento civil argentino que tiene una norma cerrada, consideran que no da lugar a la generalización, cuyo principio está fundado en la culpa. Dicen: no es sostenible que existan dos órbitas de responsabilidad distintas, cada una con su propio rector, por el contrario se constata a poco andar, que existe un principio general en materia de responsabilidad por hecho propio, y luego un elenco... que contemplan supuestos de responsabilidad por hecho ajeno... Si existieran dos regímenes diversos, con dos principios generales que los fundan y el principio de responsabilidad por acto propio -sin duda alguna- es el Art. 1109. ¿Cómo puede sostenerse que existe otro principio general basado en la responsabilidad de hecho ajeno cuando el legislador insertó cinco supuestos especiales de responsabilidad, que no encajan dentro del principio general?... Las respuestas son: no cabe otro criterio, que concluir que Vélez, al establecer supuestos diversos de responsabilidad en el hecho ajeno y aparejar a estos una presunción de responsabilidad, ha descartado claramente que pueda existir en su código, un principio general en esta materia, siendo ella claramente una responsabilidad de excepción e interpretación restrictiva.

Sobre este tema, en Italia hubo tendencias en edificar un principio general sobre hecho ajeno,⁴⁷⁴ lo propio en Francia y que decir en España, es un tema que debe ser debatido, el hecho de que la mayoría de las legislaciones lo mantengan como excepción, se debe al imperio de la norma general sintetizada por DOMAT "*pas de responsabilité sans faute*" no hay responsabilidad sin culpa. Pero, considero que llegó el momento del cambio la responsabilidad civil, en su concepción debe ser transformada a un sistema mixto bipolar que contenga dos elementos rectores diferentes que se sustenten sobre dos factores de atribución, uno objetivo en el

⁴⁷⁰ TERRÈ-SMLER-LEQURTTE. Droit civil. Les obligations. Pág. 631 No 775.

⁴⁷¹ JORDANO Fraga Francisco. La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Civitas Madrid. 1994 pág. 20.

⁴⁷² VÁZQUEZ Ferreyra. Nota Art. 1113 C.C. Ob. Cit. Pág. 472.

⁴⁷³ TRIGO - LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad...* Ob. Cit. Pág. Vol. III. Pág. 5-7.

⁴⁷⁴ BUSNELLI. Illecito Civile, Enciclopedia giuridica Treccani. Tom. XV Roma. 1989. Pág. 6. SALVI Responsabilità estracontrattuale en Enciclopedia del diritto. Milan 1988 Pág. 1223.

que la culpa es irrelevante y otro subjetivo cuya base de imputación sea la culpa, este cambio fundamental da respuesta a las necesidades de la sociedad y del mundo en el que vivimos, no podemos sustraernos, ni negar que el cambio se impone como respuesta a las necesidades actuales, en cuyo camino la responsabilidad por hecho ajeno no tiene porque ser una excepción, ya que en el sistema objetivo es irrelevante la imputación de culpa y por tanto, resulta inicuo discutir si la responsabilidad es propia, o por otro, ya que la doctrina moderna de la responsabilidad se centra en el víctima y no en el responsable del daño.

La legislación española con mayor avance, establece dos normas generales, Art. 1902 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo la culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” y primer párrafo del 1903 “la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”; cabe destacar, que no obstante del avance, la forma de su redacción podría llevar a presumir que la responsabilidad por otro está sujeta a la norma general, en la que la culpa es el principio de imputación de la responsabilidad, cuando, como hemos analizado no lo es.

Pasando al análisis del nexo causal de la responsabilidad por otro, es bueno tener presente que el comitente responde sólo por los daños causados en razón de la circulación con las funciones o actividades encomendadas. Este es un tema de gran importancia, la doctrina se ha ocupado al respecto, ALPA relata los cambios y ajustes de la doctrina y jurisprudencia.⁴⁷⁵ Los presupuestos para poder imputar la responsabilidad al empleador son dos: la existencia de un vínculo (nexo o relación causal) entre éste y el dependiente y que el dependiente actúe en ocasión o durante el ejercicio de los encargos que le han sido confiados.

Las tendencias en los distintos ordenamientos, apuntan a extender éstas hipótesis y evaluar con extrema elasticidad los presupuestos. En la legislación francesa ha caído el requisito de la elección del subordinado realizado por el comitente. Es suficiente que éste ejerza sobre el primero un poder de dirección, supervisión o control.⁴⁷⁶ Son indiferentes el tiempo de duración o la irregularidad en el pago de las retribuciones.⁴⁷⁷ Se entiende el término control como sinónimo de *operar por cuenta ajena*. La dirección es aplicada por la jurisprudencia francesa en forma abstracta, el empleador que desarrolla con sus propios dependientes una actividad por cuenta de terceros o presta a sus dependientes a terceros, no es considerado responsable, si los dependientes estaban bajo la dirección (jurídica o de hecho) del segundo empresario.⁴⁷⁸ En ésta hipótesis es normal que se haga una interpretación restrictiva del *comitente*, de modo que la responsabilidad recaiga siempre en el primer empresario. Pero si el segundo ha ejercido poderes de

⁴⁷⁵ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 854-855.

⁴⁷⁶ Corte di cassazione. Sezioni Unite. Sentencia No 703 del 15 de febrero de 1978

⁴⁷⁷ Corte di cassazione. Sentencia No 4918 del 24 de septiembre de 1979.

⁴⁷⁸ VINEY Ob. Cit. Pág. 881. Cour de Cassation. Chambre Commerciale, sentencia del 26 de enero de 1976, en Dalloz. 1976 Pág. 449.

dirección sobre los dependientes del otro, a él le imputa la responsabilidad, sólo en caso de imprudencia o negligencia del dependiente. Y existirá además, responsabilidad contractual del primer empresario frente al segundo.⁴⁷⁹

La *subordinación* es una noción amplia que comprende el caso del mandato, de la contrata, de los contratos atípicos, etc. Igualmente abarca la relación de hecho o de cortesía.⁴⁸⁰

La jurisprudencia es concordante en considerar que existe, responsabilidad en el caso, por ejemplo de alguien que confía un vehículo para la realización de un encargo;⁴⁸¹ aunque se percibe una tendencia de descartar la responsabilidad de este tipo en las prestaciones de cortesía.

La tendencia de la doctrina es restrictiva en la consideración de la exclusión en caso de abuso o interés personal del dependiente, aunque admite la responsabilidad del comitente, si éste le facilita cometer el daño o cuando los terceros han sido inducidos a creer que actuaban dentro del ámbito de sus funciones. En la experiencia inglesa se observa una tendencia más restricta, que en la francesa y la italiana, el *master* no responde, si el dependiente se desvía del centro de actividades o del lugar de entrega, o hace uso del vehículo para fines personales; si el dependiente por negligencia provoca un daño debe repararlo a título personal.

Poniéndome en la vereda de quienes la consideran una responsabilidad directa, adopto como mía esta posición, postulando además, que la responsabilidad por otro sea regulada como norma general, con atribución de naturaleza objetiva y que la acción de repetición sea prevista como excepción, sujeta a la culpa del dependiente, en consecuencia, sólo y únicamente, en la hipótesis de que el daño, sea producto del error, negligencia o desidia, -“culpa”- del dependiente procede la acción de repetición, de lo contrario será el principal el que debe asumir toda la responsabilidad de los actos dañosos de sus dependientes, desarrollados durante o en ocasión del ejercicio de sus funciones.

2.1.2.2.4 Daño Cometido por un Incapaz

Otro supuesto de responsabilidad refleja, son los actos ilícitos cometidos por un incapaz, responden por ellos quienes los tienen bajo su cuidado (presunción *juris tantum*). Se aplica a los sujetos sobre los que recae el deber de cuidado y que tengan la calidad de representantes legales, esto es: padres o tutores del menor incapaz, curadores del interdicto y directores o dueños de establecimientos escolares.

Sobre el tema no existe acuerdo en la doctrina, por lo que considero importante definir la naturaleza jurídica, el *status*, esto es, que sucede con las relaciones de hecho: guarderías, colegios que tienen bajo su cuidado a menores, padres

⁴⁷⁹ Cour de Cassation civil. sentencia del 28 de mayo de 1980, en Bulletin civil, I No 157.

⁴⁸⁰ VINEY. Ob. Cit. Pág. 885-886.

⁴⁸¹ Corte di cassazione. Sentencia No 4918 del 24 de septiembre de 1979

divorciados, etc. y el fundamento de la responsabilidad de los representantes legales por hechos dañosos del incapaz.

La doctrina hace una diferencia entre la responsabilidad de los padres por sus hijos impúberes y púberes, los primeros desprovistos de discernimiento, incapaces absolutos de obrar, no tienen la capacidad de querer ni entender, por lo tanto la responsabilidad de los padres es directa. Los segundos pertenecen a la categoría de incapacidad relativa de obrar, son los menores de edad que si bien tienen la capacidad de querer y entender, no tienen capacidad legal de disposición de sus bienes, en consecuencia los padres asumen la responsabilidad por los actos dañosos de éstos, pero dicha responsabilidad, para un sector, es indirecta y subsidiaria, en cuyo caso prospera la acción de repetición, salvo el caso en el que los padres hubieran permitido un acto vulneratorio de normas. BREBBIA,⁴⁸² ejemplifica con el acto de permitir conducir un vehículo, sin que hubiera cumplido con la edad requerida por ley, en cuyo caso la responsabilidad es personal del padre, no obstante el hijo tenga la capacidad natural de querer y entender.

La tutela se extiende hasta que el menor alcance la mayoría de edad, no se suspende por la emancipación ni por haber el menor adquirido una profesión u oficio, salvo el caso de haber contraído matrimonio. La doctrina es coincidente en sentido de que la acción por daños se interponga en contra del padre y del menor cuando éste es púber, o cuando éste ejerza una profesión u oficio. En caso de uso de un bien que entrañe peligro, si es del menor éste responderá con su patrimonio.

Sin embargo la diferencia de los hijos impúberes y púberes, para efectos de la responsabilidad de sus progenitores, como lo expresé en el capítulo anterior, la encuentro irrelevante. Los padres responden por los actos dañosos de sus hijos menores de edad, no sólo porque los púberes no tienen disposición de sus bienes, sino, principalmente, debido a que éstos son insolventes, en consecuencia, no es real que aquellos puedan repetir lo pagado por estos, salvo rarísimas excepciones; entonces, no hay motivo para diferenciar el régimen de responsabilidad, en ambos casos la responsabilidad de los padres es directa y de naturaleza objetiva.

Las eximentes de este tipo de responsabilidad son las genéricas: caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima y transferencia de guarda a internados, liceos militares, colegios,⁴⁸³ guarderías, etc.

En cuando a los profesores, existe tendencia mayoritaria en liberarlos de responsabilidad, siendo los sujetos pasivos de la acción los directores o dueños de los centros educativos privados y en caso de los establecimientos públicos, el Estado.

Sobre el alcance de la reforma francesa, opina LE TOURNEAU CADIET que los

⁴⁸² BREBBIA. *Problemática jurídica de los automotores*. O. Cit. Tom. I. Pág. 243&20.

⁴⁸³ LÓPEZ Herrera E. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 373-374. COLOMBO *Culpa aquiliana*. Ob. Cit. Pág. 366 y 367 No 119. LAFAILE. *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom IV Pág. 425 No 1314.

educadores públicos no son más verdaderamente responsables por el hecho de otro (los daños causados por los niños que están a su cargo), porque a la víctima se le ha retirado el derecho de accionar contra ellos, después de la ley del 5/4/37. El Estado los ha sustituido, éste es el verdadero responsable por el hecho de otro.⁴⁸⁴

Adoptando esta solución la doctrina ha coincidido en que los propietarios de los establecimientos asumen responsabilidad objetiva, el factor de atribución no es otro que el riesgo creado.⁴⁸⁵ La responsabilidad abarca el daño a terceros, entre los propios alumnos y el que se causen así mismos, dentro del establecimiento. La causa de eximición es la fuerza mayor. Jurisprudencialmente se ha dejado sentado, que la responsabilidad civil de los servicios educativos privados que acogen menores pupilos son responsables de pleno derecho.⁴⁸⁶

La reforma en Argentina (1997), responde a las ideas que abrieron un camino sin retorno en el derecho comparado, ese camino comenzó en Francia a comienzos de siglo, con un dilatado proceso que produjo la eliminación de la culpa presumida del docente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y culminó en Argentina, con un régimen único de responsabilidad objetiva de los establecimientos educativos.⁴⁸⁷

Concuerdo, con la nueva concepción de la responsabilidad por los estudiantes menores, que atribuye legitimación pasiva a dueños o directores de establecimientos privados y al Estado de los públicos y la atribución de una responsabilidad de naturaleza objetiva. Pero a diferencia de otras posturas, el fundamento yo lo encuentro en el riesgo creado y en la garantía de puro derecho; la Constitución Política consagrada y atribuye al Estado la tutela de la educación, en tal virtud éste resulta ser el primigenio responsable de la educación y sus contingencias, entre las que se configuran los actos dañosos de los estudiantes menores de edad, tal responsabilidad debería alcanzar a la responsabilidad subsidiaria en el daño no resarcido por los establecimientos privados.

Las teorías en torno al fundamento de la responsabilidad por los incapaces, son varias, la más antigua y con tendencia mayoritaria, le atribuye una responsabilidad de naturaleza subjetiva fundada en la culpa presunta *in vigilando* y *in educando*. Sus fundamentos los desarrollaré a partir del estudio comparado.

La jurisprudencia italiana, con respeto a la responsabilidad de los padres, se funda en la presunción de culpa *in vigilando e in educando*, los padres del menor deben destruir tal presunción demostrando que han cumplido con todos sus deberes y

⁴⁸⁴ LE TOURNEAU-CADIET. *Droit de la responsabilité*. Ob. Cit. Pág. 858 No 3530.

⁴⁸⁵ KEMELMAJER de Carlucci Aída. La responsabilidad de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997. LL 1998-B-1047. REYNA C. nota al art. 1117 C.C. en BUERES –HIGHTON. Ob. Cit. Tom. 3 Pág. 27.

⁴⁸⁶ Corte de casación francesa. 2da. Cámara Civ. 6/6/02, caso No 00-18-286, en Recueil Dalloz. Tom. 2002 Sec. Informations rapides Pág. 2029

⁴⁸⁷ KEMELMAJER de Carlucci Aída. La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997. La Ley 1998-B.1049

han ejercitado todas las potestades, normalmente idóneas, para impedir la conducta ilícita del hijo. Por ello no basta demostrar que el padre no pudo impedir materialmente el hecho del hijo, cometido fuera de su presencia; sino que necesita demostrar, haber desarrollado respecto del menor una vigilancia adecuada a su edad, carácter e índole y haber impartido a éste una educación normalmente idónea, en relación con su ambiente, actitudes y personalidad, a fin de conducirlo hacia una recta vida de relación y especialmente de corregir aquellos defectos (como la imprudencia o desatención) que el hecho del menor ha puesto en evidencia.⁴⁸⁸

Se ha sentado como principios: en el caso de concurrencia de responsabilidad de padres y preceptores, los padres deben destruir la presunción de responsabilidad *culpa in educando* y demostrar, que el establecimiento al que se confió la educación o cuidado del menor era el adecuado.

En consecuencia la jurisprudencia italiana, implanta que se trata de una responsabilidad *directa*,⁴⁸⁹ no indirecta; *ni objetiva ni por hecho ajeno*,⁴⁹⁰ ello implica de igual forma una culpa específica y presunta, consiste en la negligencia cometida en la educación impartida o en la vigilancia. La base ni una educación perfecta ni una vigilancia incesante.⁴⁹¹ Con lo que además establece su naturaleza: directa, subjetiva, por hecho propio.

El fundamento, radica en una presunción de falta de cuidado, el legislador ha supuesto que los padres valiéndose de los poderes de dirección que la ley les confiere han podido encausar la conducta de sus hijos en condiciones regulares, de suerte que los hechos ilícitos cometidos por estos, son el resultado de la omisión de esos cuidados; ha habido, pues, falta de vigilancia (*culpa in vigilando*).⁴⁹²

Un sector, tan sólo la ha fundado en la presunción de *culpa invigilando*, toda vez que cuando los hijos producen un perjuicio se genera la presunción de *culpa invigilando*.⁴⁹³ Otros piensan que se trata de responsabilidad por *culpa in educando*. ALPA, justifica el argumento en favor de la responsabilidad por culpa presunta (con presunción simple) texto de los Arts. 2048, 2049, 2050, 2051 del Código Civil, que en los demás casos hace referencia al límite último hasta el cual se extiende la responsabilidad, caso fortuito o las medidas preventivas máximas. Aquí en cambio la prueba literal no tiene contenidos tan rigurosos, se remite a la habilidad del padre o del preceptor para demostrar el no haber podido evitar el

⁴⁸⁸ Corte di Cassazione, sentencia No 1501, del 22 de abril de 1977.

⁴⁸⁹ Corte di Cassazione, sentencia No 4945, del 3 de junio de 1997

⁴⁹⁰ Corte di Cassazione, sentencia No 450, del 20 de enero de 1997.

⁴⁹¹ Corte di Cassazione, senencia No 3088, del 9 de abril de 1977.

⁴⁹² LAFAILE. Curso de obligaciones. Ob. Cit. Vol. II. Pág. 330. No 1313; BORDA. Tratado de obligaciones... Ob. Cit. Tom. II. Pág. 293 No 1381; BUSTAMANTE Alcina. Teoría general... Ob. Cit. Pág. 353 No 866. SAVAT. Tratado... Ob. Cit. Vol. IV Pág. 156 No 2807; COLOMBO. Culpa Aquiliana. Ob. Cit. Pág. 364 y 364 No 118.

⁴⁹³ ALPA Guido *Nuevo tratado*... Ob. Cit. Pág... 845

evento dañoso.

Para éste Autor, también cuenta a favor la presunción simple de la culpa, su justificación la encuentra en la pura relación biológica, no existe motivo para asignar un riesgo demasiado alto a las personas indicadas, las cuales a fin de cuentas no obtienen provecho alguno de la actividad desarrollada por el menor dañador.

La tendencia de responsabilidad subjetiva, considera como atenuantes la edad e inmadurez del menor y por lo tanto, los padres, tutores o maestros, tienen acción para destruir la presunción de culpabilidad *in vigilando*, demostrando que han desarrollado una vigilancia adecuada en consideración a la edad, carácter e índole del menor y que no pudieron impedir el evento dañoso.

Son varias las críticas formuladas a la tendencia subjetivista, muchas tienen el mismo sentido de las efectuadas en la responsabilidad por el dependiente. LÓPEZ Herrera,⁴⁹⁴ dice: si hay culpa *invigilando* en realidad hay culpa del padre, por lo que no se trataría de culpa o responsabilidad por hecho ajeno sino propio, por otra parte, al igual que con la responsabilidad por el dependiente, la acreditación de total vigilancia no lo excusa al padre para liberarse de la obligación de reparar el daño provocado por sus hijos menores, no sería justo que el daño sea asumido por la víctima.

Otra teoría empadronada con la anterior, es la culpa en la educación, (*culpa in educando*). Si el menor causa daño no es porque no se lo haya vigilado, sino porque los padres han fallado en educarlo. Se trataría al igual que la anterior en una asimilación de culpa propia a la ajena. No tiene sentido que se admita la excusa legal de que ha sido imposible evitar el hecho, si el fundamento fuera la mala educación no tendría que limitarse a la minoría de edad esta responsabilidad, los padres, deberían responder siempre. Observaciones, también válidas para la teoría que sostiene ambas culpas *in educando e in vigilando*.

La imputación subjetiva pasa de irreal, paga tributo a la ficción y a una responsabilidad machaconamente subjetiva. *El padre responde porque tiene la guarda del menor, en ejercicio de la patria potestad, su deber es la consecuencia del riesgo que crea el obrar de los menores o bien una garantía para la víctima de esa actuación. La vigilancia activa no se concibe con jóvenes de 15 a 16 años...; y la mejor educación es boicoteada por el medio ambiente, los medios de difusión, etc. etc. empero el padre responde igual, pero no por negligencia, sino porque la víctima no puede quedar insatisfecha.*⁴⁹⁵

Una tendencia que logró bastante apoyo, sobre el fundamento de la responsabilidad de los padres, fue la *patria potestad*.

El verdadero fundamento reside en la *patria potestad* y no en los deberes de buena educación y vigilancia involucrados en ella. En consecuencia, se

⁴⁹⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 367.

⁴⁹⁵ MOSSET Iturraspe Jorge. Responsabilidad civil eximentes. Ob. Cit. Pág. 33.

desvanece, el argumento de la tesis de culpa *in vigilando*, pues poco importa que los defectos de la deficiente educación puedan proyectarse igualmente sobre la conducta del hijo, posterior a su mayoría de edad, si alcanzada está, cesa la patria potestad, que es fundamento y requisito de la responsabilidad.⁴⁹⁶

Siguiendo esta línea TRIGO, rectifica una anterior posición y adopta la *patria potestad*, no reside en la culpa *in vigilando* o *in educando*, sino en la patria potestad en sí misma, la cual impone obligaciones a los padres, no sólo con respecto a sus hijos, sino también frente a terceros.⁴⁹⁷

La doctrina de la patria potestad, se aparta de la culpa presunta y se funda en la obligación de los padres no sólo de cubrir las necesidades básicas, sino de responder frente a actos dañosos de sus hijos menores.

Hay otra tendencia que justifica la obligación de reparar de los padres, a una cuestión de naturaleza económica, esto es, encontrar un responsable solvente a quien ha sufrido un daño injusto.

Se ha juzgado que el fundamento de la responsabilidad paterna por los daños ocasionados por los hijos menores, no se encuentran en la culpa, sino en un factor objetivo de atribución; tal factor objetivo estaría dado, ya sea por el riesgo creado, ya sea por la necesidad económica de encontrar un responsable solvente frente a la víctima del daño. El voto contrario se basa en la culpa presunta *in vigilando*,⁴⁹⁸ tendencia de naturaleza subjetiva, ya que usa los mismos fundamentos de la *culpa in vigilando* agregándole el elemento de la solvencia para responder.

Los que sostienen la tesis del riesgo como fundamento, consideran que existiría una relación de riesgo por parte de los padres al insertar un hijo en la sociedad, si ese hijo no tuviera una educación adecuada, al recibir beneficios espirituales o morales de los hijos, consideran justo que los padres respondan por los perjuicios que sus hijos causen. TRIGO-LÓPEZ, critican duramente ésta tesis, su justificación: - implicaría considerar objetos inanimados a los menores, - llevar a un materialismo inconcebible la teoría del riesgo al considerar beneficios efectivos como si fueran económicos, - es una desnaturalización de la tesis del riesgo.

Las críticas, en la forma que son planteadas, satanizan, el fundamento del riesgo creado; las dos primeras objeciones las considero exageradas, ya que de modo alguno quienes propugnan ésta tesis, hubieran querido asimilar a sus hijos a seres inanimados, seguramente, tampoco hubieran querido equiparar los beneficios morales a los económicos, sólo trataron de fundamentar la responsabilidad en un deber de correspondencia por las satisfacciones que depara un hijo al llegar al hogar de sus padres; la relación espiritual y el vínculo afectivo que surge entre padres e hijos, conlleva un fuerte deseo de protección de los primeros hacia los segundos y ese sentimiento de protección, se concreta en actos que llevan a los

⁴⁹⁶ LLAMBIAS. *Tratado... obligaciones*. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 332.

⁴⁹⁷ CAZEAUX-TRIGO. *Derecho de las obligaciones...* Ob. Cit. Tom. V. Pág. 95. No 2616

⁴⁹⁸ ST Jujuy, Sala 1ª 1/3/84 Andrade Lisandro c. Artaza José. ED 108-670 voto del Dr. Wayar. El voto contrario es del Dr. Noceti.

padres a satisfacer a la víctima por los daños provocados por sus hijos menores, a fin de que éstos no sean molestados ni objeto por la venganza de la víctima.

El marco normativo, se impone por la patria potestad como un deber legal de los padres de responder por los actos dañosos de sus hijos menores, obligación que de modo alguno está sujeta a una imputación de la conducta o culpa de los padres, en mi concepto se trataría de una responsabilidad de naturaleza objetiva, directa, no sujeta a repetición, salvo casos excepcionales dejados a la discrecionalidad del Juez.

Debo destacar que la aplicación del riesgo creado a la responsabilidad de los padres, ha encontrado firme oposición; expresamente en contra de esta tesis se han pronunciado diversos autores.⁴⁹⁹

Quienes, postulan la responsabilidad objetiva sostienen que los padres, tutores y profesores, responden de los actos dañosos de sus representados legales, por haberse constituido en garantes de éstos ante la sociedad, comprometiéndose, que los menores que están bajo su cuidado no provocaran daño alguno, caso contrario obligándose a responder por los hechos dañosos. En cuyo caso se excluye la valoración de las circunstancias preventivas (educación) y de vigilancia que hubieran ejercitado los responsables, ya que el ejercicio de esos actos no siempre, impiden el daño, tampoco son justificaciones válidas para eximirlos de la reparación o resarcimiento. Por lo tanto, se trata de una responsabilidad objetiva, en la que no tiene sentido hacer una valoración de la conducta de los progenitores.

LÓPEZ,⁵⁰⁰ apoyando la tesis objetiva de la responsabilidad de los padres por sus hijos menores, glosa un fallo judicial: *...pero otro sector de la doctrina – al que presto mi adhesión, dice: sostiene que la responsabilidad de los padres no puede fundarse en la culpa, sin “torturar” su concepto; es decir, resulta sumamente forzado querer encontrar “culpa” en los padres por hechos de sus hijos menores, despropósito que se patentiza en casos como el presente. En efecto resulta muy duro encontrar “culpa” en el obrar vigilante de... pero existe una víctima que reclama reparación del perjuicio sufrido.*

Continua, *Es por esta circunstancia que se cree encontrar el fundamento de la responsabilidad paterna no en la culpa, sino en un factor objetivo de atribución; tal acto objetivo estaría dado ya por el riesgo creado... ya por la necesidad económica de encontrar un patrimonio solvente frente a la víctima del daño... La responsabilidad objetiva del padre reconoce, a mi juicio, dice LÓPEZ, serios fundamentos, el derecho de tutela a la integridad física de las personas, ello es indudable. La lesión a esa integridad constituye un daño que está vulnerado....Que esa reparación se vea frustrada por ausencia de culpa no parece*

⁴⁹⁹ STARCK Boris. Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. En Revue Trimm de Droit Civ. T. 1958 Pág. 489; DÍAS albad Silvia, Responsabilidad civil por los hechos realizados por menores de edad (comentario a fallo) en rev. Poder judicial No 23 1991 Pág. 137

⁵⁰⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. Teoría... Ob. Cit. Pág. 375.

ser la solución más justa. Posición con la que comparto plenamente.

La legislación francesa ha acuñado la nueva denominación de presunciones de responsabilidad, se trata de presunciones de causalidad, dado que sólo puede eludirse mediante demostración de la inexistencia de vínculo causal, que el daño provine de otra causa ajena.⁵⁰¹ En consecuencia, la doctrina jurisprudencial francesa, desde la década de 1997, ha adoptado un sistema objetivista de responsabilidad parental “de pleno derecho”.⁵⁰²

Posición que es definida por el fallo de la Corte de Casación, en *arrêt* que decidiera: *la responsabilidad de pleno derecho que incumbe a los padres y madres por los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos no están subordinados a existencia de una culpa del niño.*⁵⁰³

Ha quedado borrada definitivamente, merced al *arrêt* de 10 de mayo del 2001, toda idea de culpabilidad de la responsabilidad parental; la Casación francesa ha cambiado sensiblemente el fundamento de la responsabilidad de los padres; en efecto *la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores se funda ahora en el riesgo: porque “la actividad de los menores (...) engendra riesgos objetivos de daños estadísticamente inevitables (...), siendo legítimo no cargar esos daños en las víctimas, al ser preferible que sean ellos soportados por los padres, dada la autoridad que ellos ejercen sobre sus hijos determinada naturalmente que ellos deban responder.*⁵⁰⁴

Para VINEY, lo que justifica, la responsabilidad parental, no es más el deseo de sancionar una mala educación o una vigilancia insuficiente, es la voluntad de dar a la víctima del daño causado por un menor, una garantía de indemnización, cargando ella sobre los responsables naturales del menor, que son su padre y su madre.⁵⁰⁵ Se magnifica a la víctima por encima del análisis subjetivo.

La doctrina francesa, se define por una responsabilidad de naturaleza objetiva, directa apoyada en la autoridad de los padres, que tiene que ver con la patria potestad, junto a la garantía o el riesgo creado; sobre este último tema expresé mi opinión líneas arriba.

Considero que el fundamento la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores, está en la “patria potestad”; los padres asumen responsabilidad ante terceros por los actos dañosos de sus hijos menores, de manera que en caso de producirse un evento dañoso responden por éstos, responsabilidad objetiva, no sujeta a *culpa in vigilando o in educando*, ya que al margen de la buena educación que hubieran impartido a sus hijos y la vigilancia

⁵⁰¹ MAZEAUD *Lecciones...* ob. Cit. Parte II. Vol. II Pág. 262 No 534.

⁵⁰² TRIGO - LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III Pág. 138.

⁵⁰³ Corte de Casación Francesa 2ª Cám. Civil. 10/05/2001, publicado en Recueil Dalloz. Tom. 2001, Sec. Jurisprudence, P. 2851, en nota de Oliver TOURNAFOND

⁵⁰⁴ JOURDAIN Patrice, nota en Revue Trimestrielle de Droit Civ. Tom. 2001 Pág. 601.

⁵⁰⁵ VINEY G. *observaciones a fallo publicados* en Juris-classeur périodique. Ob.Cit. Tom. 1997-II, No 2248.

activa que ejerzan, éstos pueden burlar la misma e incurrir en un acto dañoso, que debe ser reparado, en cuyo caso la ley llama a los padres, en virtud de la patria potestad, no sería justo que la víctima se vea burlada en su derecho por falta de culpa de los padres, tampoco ningún padre dejaría a su hijo menor presa de la venganza de la víctima, que podría provocar la falta de resarcimiento. En cuyo caso la responsabilidad de los padres es siempre directa no sujeta a repetición, tanto en el caso de impúberes como de púberes.

La responsabilidad de los padres, es una consecuencia de la patria potestad sobre el hijo, en este sentido responden ambos padres. La doctrina limita la responsabilidad al padre que tiene la tutela en el caso de divorcio o aquel que en el momento del daño este bajo su tenencia. La doctrina es muy explícita al señalar que responde el que cohabita con el menor, así momentáneamente no estén juntos. Que es suficiente la cohabitación, la ausencia temporal del hijo no rompe dicha cohabitación.

Considero que la exigencia de la tutela y cohabitación era acorde a la culpa *in vigilando* o *in educando*, superado este aspecto y definida la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores, como objetiva, la exigencia de la cohabitación es irrelevante, ya que los padres, responden por el daño provocado por sus hijos menores, no por culpa, sino por el hecho de ser sus padres, esto es, por la patria potestad que ejercen sobre ellos; no hay justificativo idóneo para que la carga de ese daño recaiga sólo en uno de los padres, en mi concepto, ambos deben asumir la responsabilidad de los actos dañosos de sus hijos menores, en igualdad de condiciones, tengan o no la tutela o tenencia de ellos, salvo que los menores tengan bienes o tengan los medios económicos de responder por el daño causado.

2.1.2.2.5 Responsabilidad de Tutores y Curadores

La tutela y curatela son instituciones creadas por ley, para completar la incapacidad de quienes por razón de edad o por otras circunstancias no tienen la capacidad para el ejercicio pleno de sus derechos subjetivos y para contraer obligaciones. En cuyo caso tutores y curadores cumplen la función de los padres en suplencia de éstos, ¿pero será que deben responder de los actos de los incapaces en la misma medida de los padres?

Antes de dar respuesta a la pregunta, con carácter previo, considero importante definir los efectos de la tutela y la curatela, en relación a los diferentes incapaces, así la tutela de los sordos mudos, sólo cumplen una función de cuidado y prevención de su patrimonio y por lo tanto el curador no responde por los actos ilícitos de estos. En cambio el curador de interdictos, cumple una función global hasta que el demente sea declarado judicialmente capaz. También la tutela tiene función global abarca la vida del menor hasta que alcance la mayoría de edad.

La doctrina tiene tendencia mayoritaria en señalar que los efectos de los tutores y curadores, son los mismos de los padres, los tutores asumen la obligación frente a la sociedad, que sus pupilos no causaran daño alguno de lo contrario asumirán la

obligación de repararlo.

En el derecho francés, en cambio, no existe ningún artículo en este sentido, lo que ha motivado que buena parte de la doctrina sostenga que las normas sobre responsabilidad de los padres no se apliquen a tutores y curadores, en razón de que puede interpretarse restrictivamente, no extenderse a otros casos los preceptos que se fundan en una presunción de culpa, tal como son los que obligan civilmente a una persona por el hecho dañoso de otra.⁵⁰⁶

Los legisladores que han extendido la regulación de los padres a los tutores, como la argentina, han tenido en cuenta al proyectar el texto legal, la existencia de parecidas razones a las del caso de los padres; los tutores, en efecto, ejercen derechos análogos a los que derivan de la patria potestad y sus deberes son similares; ocupan en una palabra, el lugar del padre y de la madre.⁵⁰⁷

La patria potestad y tutela son instituciones que tienen en común la protección del incapaz, sin embargo, no se puede soslayar que existen diferencias esenciales entre ambas; la principal de ellas es que la autoridad moral que los tutores pueden ejercer sobre los pupilos es bien diferente de la que los padres tienen sobre sus hijos.⁵⁰⁸

Estas diferencias sustanciales entre ambas situaciones, hacen que no pueda ser idéntica la interpretación que se haga del régimen jurídico aplicable a ellas so pena de consagrar una manifiesta inequidad.⁵⁰⁹

El fundamento de la responsabilidad de los tutores difiere, entonces, del fundamento del deber de los padres de resarcir, puesto que no es posible hablar en este caso de incumplimiento de deberes que surgen de la patria potestad;⁵¹⁰ las distintas situaciones de hecho deben gravitar en la práctica, en la consideración de las circunstancias alegadas por el tutor para demostrar la imposibilidad que tuvo para impedir el hecho ilícito; o sea, que se debe contemplar con criterio menos riguroso tal excusa invocada por el tutor, que la que en igual ocasión hubiera hecho el padre, aunque la ley parezca disponer una responsabilidad idéntica.⁵¹¹

Es evidente que la patria potestad, al ser un instituto exclusivamente de los padres no puede aplicarse a los tutores, no obstante de la identidad de responsabilidades que pesan sobre ambos, tampoco, no se puede negar que existen diferencias sustanciales, en cuanto a la relación y al vínculo que une a los padres con sus hijos y la de los tutores con sus pupilos; sin embargo, no debería incidir en el alcance de la responsabilidad; las deficiencias en las relaciones personales o

⁵⁰⁶ MAZEAUD-TUNC. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. Vol. II Pág. 495.

⁵⁰⁷ SOURDAT, *Traité de la responsabilité*. Ob. Cit. Vol. II Pág 94 No. 843

⁵⁰⁸ CASEUX-TRIGO REPRESAS. *Derechos de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. V. Pág. 144 No 2646

⁵⁰⁹ TRIGO - LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom III, Pág. 217.

⁵¹⁰ TRIGO - LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom III, Pág. 212.

⁵¹¹ CAMMAROTA. *Responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit. Vol. II Pág. 507 No 361.

ascendencia de una con relación a otra, no implican que la responsabilidad se torne más laxa, repito, considero que ésta es idéntica a la de los padres, lo fundamento en el hecho de que la persona que se constituye en tutor o curador al momento de asumir tal función, lo hace conociendo perfectamente la obligación que conlleva tan delicada tarea, es más, conoce y acepta que debe responder por los actos de su representado, por lo que, en el caso de daño provocado por el incapaz asume exactamente la obligación que hubieran asumido los padres en tal circunstancia.

La tendencia objetiva, propugna que el factor de atribución de responsabilidad por otro, no es subjetivo, sino por el contrario objetivo, concretamente el factor de garantía.⁵¹² Garantizar es obligarse a responder por otro, se trate de una actividad de naturaleza lucrativa o no, los padres garantizan a terceros por los daños causados por sus hijos, al igual que los tutores y curadores. En este sentido, la garantía es por hecho personal de otro, pero la garantía también puede versar sobre los bienes o actividades que el dañador realiza, como sucede en la llamada obligación de seguridad.⁵¹³

Disiento con esta solución, la responsabilidad de tutores y curadores, tiene como fundamento su estatus de tutor y curador, ya que éstos en forma voluntaria, asumen la responsabilidad frente a la sociedad que sus pupilos o curados no dañarán a nadie, asumiendo en su caso la obligación de responder por cualquier evento dañoso provocado por éstos.

Al existir identidad de responsabilidad entre padres, tutores y curadores, aún cuando sus fundamentos sean distintos, su responsabilidad es idéntica objetiva y directa.

Quien tiene bajo curatela a un enfermo mental, aún cuando no fuese considerado “peligroso”, debe extremar los cuidados y vigilancia para evitar que se dañe a sí mismo o dañe a los demás. Y en ese sentido hay que tener en cuenta, nos dice CAMMAROTA, que basta con el temor de que un insano se dañe así mismo o pueda perjudicar a otros para que corresponda su internación –Art. 482 del Código Civil-; atento a lo cual, la falta de la oportuna vigilancia, genera responsabilidad.⁵¹⁴

Por otra parte, la declaración de interdicción en el instante de cometerse el hecho ilícito. Si se ejecuta en el período de su estado de demencia, estaríamos frente a una ilicitud objetiva, que no requiere la culpa del autor directo del daño, dada su carencia de discernimiento, por lo cual en principio el único responsable será el curador. Mientras que si se realiza durante un intervalo de lucidez, el factor es subjetivo, y necesitará la existencia de dolo o culpa del autor para que nazca la responsabilidad,⁵¹⁵ en este caso, según LLAMBIAS, no hay responsabilidad del

⁵¹² ROCA Encarna. *Direção de danos*. Ob. Cit. Pág. 103.

⁵¹³ LÓPEZ Herrera Edgar do. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 354-355.

⁵¹⁴ CAMMAROTA. Ob. Cit. Vol. II. Pág. 504 No 359.

⁵¹⁵ SALVAT. *Fuentes de las...* Ob. Cit. Vol. IV, Pág. 172. No. 2828. COLOMBO. Ob. Cit. Pág. 382-383 No 125. BUSTAMANTE Alsina Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág.

tutor, la responsabilidad es personal del dañador.⁵¹⁶ Posición que comparto, salvando los casos en los que la responsabilidad surge sin necesidad del presupuesto de la culpa.

La responsabilidad del curador, resultaría ser más severa, es lógico suponer que la falta de mínima previsión puede generar daños irreparables, de ahí la exigencia de una escrupulosa corrección, la sola omisión de internación oportuna o implementación de medidas de seguridad genera responsabilidad objetiva del curador, correspondiendo ésta, además, a un régimen directo.

2.1.2.2.6 Responsabilidad por Animales.

Desde épocas antiguas se reglaba la responsabilidad de los animales, es así que en Roma se regulaba el perjuicio causado por los semovientes y las XII tablas, concedían en favor de la víctima la *actio pauperis* de carácter *noxal*, el propietario podía entregar al animal en favor del perjudicado o pagar la respectiva indemnización.⁵¹⁷ Las partidas avanzan en el tratamiento, haciendo la distinción entre animal manso y feroz, tendencia seguida por algunas legislaciones.

Los dueños son responsables por los daños ocasionados por los animales, principio doctrinal sobre el que no existe discusión ¿Pero a cuál de los factores de responsabilidad responde? ¿Será objetivo o subjetivo?

La concepción enraizada en la culpa, el principio *no hay responsabilidad sin culpa*, dio lugar a que el caso de daño producido por animal sea considerado responsabilidad subjetiva, bajo la presunción *iuris tantum* de culpa *in vigilando*, esto es, por no haber vigilado el dueño el comportamiento del animal.⁵¹⁸

La postura clásica encuentra el fundamento de ésta responsabilidad, en la idea de presunción de culpa: quién posee un animal debe tener todos los cuidados o vigilancia necesaria para que no dañe a terceros; si el daño se produce, la presunción es de que tales cuidados o vigilancia han sido omitidos o resultaron insuficientes. De ahí la responsabilidad que la ley establece.⁵¹⁹

La tendencia más moderna considera que esta responsabilidad es de naturaleza objetiva y se funda en la idea del “riesgo”, el dueño de un animal aprovecha de sus servicios por lo tanto, como justa compensación del provecho, debe cargar por los perjuicios causados por el mismo.⁵²⁰

363 No 900.

⁵¹⁶ LLAMBIAS *Tratado... obligaciones*. Ob.Cit. Tom. 5. Pág. 715 § 2055

⁵¹⁷ PETIT. Ob. Cit. Pág.626 No 488.

⁵¹⁸ LLAMBIAS Jorge. *Obligaciones...* Ob. Cit. Tom. IV. Pág. 670 No 2674.

⁵¹⁹ PLANIOL Ob. Cit Tom. II Pág. 310 Ni 918. COLIN-CAPITAN Ob. Cit. Vol. III Pág. 869. BAUDRY LACONTINERIE Y BARDE- Ob. Cit. Vol. IV, Pág. 678 No 2911.

⁵²⁰ VICENTE Domingo Elena, *Los daños causados por animales y en la caza*. En REGLERO Campos Fernando, (Coord.) *Lecciones de responsabilidad civil*. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 293. BORDA. *Obligaciones*. Ob. Cit. Vol. II Pág. 323 No 1432. BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. B. Cit. Pág. 430. No 1129-1131. BOFFI Boggero- *Tratado de obligaciones*. Tom. 6 Pág. 25 & 2124.

Esta responsabilidad es objetiva, porque el poseedor de un animal responde por los daños que éste cause, con independencia de su comportamiento adecuado o diligente en la vigilancia del animal, pues no se exige de responsabilidad demostrando o acreditando diligencia.⁵²¹

Hechos no ilícitos pero de los que se derivan daños a terceros (caso de responsabilidad por el hecho de otro, de animales o cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado), en los que la responsabilidad está impuesta por la ley y se hace, entonces, sentir fuertemente necesario admitir el *riesgo creado*, como su fundamento.⁵²²

BUSTAMANTE,⁵²³ entre los distintos supuestos concretos de responsabilidad objetiva señala: - por hecho de los animales. Este autor lo califica como riesgo creado.⁵²⁴

BORDA,⁵²⁵ también admite la responsabilidad objetiva bajo el concepto de riesgo creado. La razón de la responsabilidad está en que el dueño y la persona que se sirva del animal, ha creado un riesgo del cual aprovechan y cuyas consecuencias es justo que la afronten.

La doctrina fijó como principio, que la responsabilidad por daño de animales es de naturaleza objetiva y se sustenta en el riesgo creado por el titular del animal que con la guardia recibe un beneficio.

Cabe definir que la responsabilidad será subjetiva o por culpa, si el deber violado está constituido por *una obligación de conducirse en la vida de la sociedad en forma adecuada y razonable para no causar daño a terceros (deber jurídico de medios), lo que da en los supuestos de responsabilidad por el hecho propio... mientras que nos encontramos ante la responsabilidad objetiva o sin culpa, si el deber consiste en una obligación determinada o de resultado, lo que suministra en el campo extracontractual, casos de culpa presumida por la ley contra el dueño o guardián jurídico de las cosas o de los animales.*⁵²⁶

En la legislación italiana, los supuestos de daños causados por animales integran de igual forma, una hipótesis de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia dejó de hacer referencia a la culpa, reconociendo que se trata de responsabilidad de preeminente, sino íntegro carácter objetivo, justificado, más que por la culpa o negligencia *in vigilando*, por la exigencia social de hacer soportar los daños

⁵²¹ VICENTE Domingo Elena. *Los daños causados por animales...* Ob. Cit. Pág. 294 y 1342.

⁵²² BORDA Fundamento de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 832.

⁵²³ BUSTAMANTE Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 387 No. 942. BREBBIA Roberto. Problemas jurídicos de los automotores. Ob. Cit. Tom. I. Pág. 218. SALAS Aidé Ernesto. *Responsabilidad contractual y extracontractual, en estudios sobre responsabilidad civil.* Ob. Cit. Pág. 9. Nota 17. RIPERT Georges. *El régimen democrático y el derecho civil moderno.* Ob. Cit. Pág. 289 No 180

⁵²⁴ BUSTAMANTE Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil...* Ob. Cit. Pág. 430.

⁵²⁵ BORDA Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1955. Tom. II No. 1433.

⁵²⁶ SALAS *Responsabilidad extracontractual...* Ob. Cit. Vol. I Pág. 7 No 5

procurados por los animales a quien saca ventaja de estos.

También en la doctrina y jurisprudencia española, se ha adoptado esta idea objetivista de responsabilidad por daños causados por animales.⁵²⁷

El BGB, tiene una estructura binaria; las hipótesis de excepción, en las cuales la imputación es distinta de la culpa, esto es, responsabilidad objetiva son interpretadas restrictivamente. Por ejemplo, la responsabilidad por daños de animales (& 833) NT, es entendida en el sentido, de que los animales a los que se hace alusión en el texto son daños *de compañía*; en cambio los animales que se utilizan para el trabajo comportan una responsabilidad por culpa presunta. Existen empero, casos de excepción donde los tribunales extienden al área del riesgo mediante ficción de la culpa presunta.⁵²⁸

La responsabilidad sin culpa, seguida por el *common law*, es decir, que no expresa un juicio de valor sobre el comportamiento humano, se aplica a la responsabilidad por daño de los animales, posiciones con las que comparto, su fundamento está en el riesgo creado. Por ejemplo, los perros no sólo por la mordedura que puede ser altamente peligrosa, sino por el contagio del mal de rabia.

La doctrina mayoritaria, con relación al daño provocado por animales en las rutas, ha negado la responsabilidad del Estado. El Ejército, la Policía de seguridad o ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte -en el caso de un accidente provocado por un animal suelto en la ruta- pues su responsabilidad en el orden de prevención de los delitos no puede llevar a involucrar las consecuencias dañosas que aquellos producen por motivos extraños a su intervención.⁵²⁹

De igual manera, la jurisprudencia Argentina, ha establecido la irresponsabilidad de los concesionarios de rutas de peaje por los animales sueltos, el fundamento es que el concesionario se limita a que no existan roturas, baches, falta de señalización, incorrecta iluminación, falta de elementos que ordinariamente facilitan la normal circulación de vehículos, es necesario que la cusa del siniestro radique en algo inherente a la ruta en sí misma.⁵³⁰

En cambio en la doctrina española, con tendencia mayoritaria se ha responsabilizado a la empresa concesionaria de la autopista por accidentes ocasionados por animales sueltos.⁵³¹

⁵²⁷ Tribunal Supremo de España, sala 1ª. 12/4/00. Sentencia No 397/2000, ponente Sr. Villagómez Rodil. Sistema informático El Derecho (Esp.), caso 2000/6184. provincia de Asturias sec. 5ª 10/6/02, sentencia No 260/2002, ponente Sr. Labres Seijo. Sistema informático El Derecho (Esp.), caso 2002/33599.

⁵²⁸ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 398.

⁵²⁹ CSJN 7/3/000, Bertinal Pablo c. Provincia de Buenos Aires y otro, La ley 2000-B766. DJ 2000-289.

⁵³⁰ CSJN, 28/5/02 Expreso Haba SRL c. Provincia San Luís y otros. Le Ley. Rev. De 18/09/02. Pág. 6

⁵³¹ Audiencia Provincial Ponte vera Sec. 6ª. 10/5/02, ponente Sr. Alfara Ocampo en sistema

Considero que el desarrollo de un país como España ha dado lugar a la tendencia de la responsabilidad del concesionario de rutas, lo que no sucede en Argentina en la que existe una tendencia mayoritaria en sentido contrario, esto debido a que una conducta activa del concesionario por el largo de la ruta, aún fuera de ella a los alrededores para evitar accidentes por la cantidad de animales existentes, razonablemente, no podría exigirse, situación que me hace apoyar esta posición.

En cuanto al daño causado por animal abandonado o sin dueño, el derecho francés, dispone que el animal sea colocado en el depósito destinado por la Alcaldía para ello, luego se notifica al propietario para que pague el daño, si éste no responde, o no es habido, pasados ocho días, se remata al animal y se hace pago del daño.⁵³² Está es una posición, que debería adoptar nuestra legislación, como una solución a la cantidad de animales que están en la ruta y que provocan daño e interrumpen el tráfico de vehículos.

2.1.2.2.7 Responsabilidad por Daños Causados por las Cosas Inanimadas.

El avance de la tecnología ha llevado a la vida actual a una tecnificación extraordinaria, la que involucra una importante participación de cosas inanimadas en la ecuación de daños, de proporciones y alcances cada vez mayores,⁵³³ de ahí surge la necesidad de que esta especie de responsabilidad sea regulada en forma específica junto a la responsabilidad por actividad, ya desarrollada en el acápite de responsabilidad por riesgo.

La utilización cada vez más frecuente de máquinas, con su secuela incontrolable e inimaginable de accidentes que ponen en peligro la integridad física, la vida de las personas, evidencia, cada vez más, la insuficiencia de normas que permitan solución justa en favor de las víctimas, en hipótesis tal cual sucedía cuando la causa del siniestro era desconocido y no podía, por tanto, imputarse el daño a la culpa del dueño o guardián, o cuando era imposible demostrar la culpa.

La jurisprudencia francesa, intentó varios correctivos por distintos medios: sea extendiendo el sistema de responsabilidad por incumplimiento contractual y dando implícito contenido, de una obligación de garantía y seguridad de una de las partes, en ciertos contratos - transporte, espectáculos públicos, locación de servicios, etc.-, o involucrando la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas; - responsabilidad por ruina de edificio-, lo cual si bien significaba una presunción de responsabilidad contra el propietario, obligaba en cambio a la difícil prueba del efecto de conservación o vicio de la construcción o de fabricación de la cosa, en algunos casos aislados, estableciendo una presunción *hominis* de culpabilidad contra el dueño o guardián, con la sola acreditación del daño y su relación de causalidad con el hecho o accidente.⁵³⁴

informático. El derecho (Esp.) CSP 2002/53687.

⁵³² MAZEAUD-TUNC. Ob. Cit. Tom. 2. Vol. I Pág. 90 No 1112.

⁵³³ JOURDAIN Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 6ta. Ed. Dalloz. París 2003 Pág. 78, referido por TRIGO -LÓPEZ. Ob. Cit. Pág. 295.

⁵³⁴ MAZEAUD-TUNC. Ob. Cit. Tom. 1. Vol. I. Pág. 96. No 85. BREBBIA Roberto. *Accidentes de*

JOSSERAND, propuso un principio nuevo de la responsabilidad, en el Código Civil francés: *se es responsable... del daño que se causa por el hecho de... las cosas que se tienen en custodia.*

La tendencia jurisprudencial fue corregida por la Corte de Casación francesa, que declaró la presunción de culpa establecida en el Art. 1384, contra quien tiene bajo su guarda una cosa inanimada que ha causado daño, no puede ser destruida más que por la prueba de caso fortuito o fuerza mayor, o de causa extraña no imputable, no bastando probar solamente que no se ha incurrido en culpa o que la causa del daño ha quedado ignorada;⁵³⁵ esta sentencia condena formalmente la distinción entre el hecho del hombre y de la cosa.

Sin embargo existen aún criterios diferentes, en los casos en los que el daño podía ser concretamente atribuido al "hecho de la cosa", así el daño de la cosa sin intervención directa ni indirecta del hombre, producto del vicio de la cosa.⁵³⁶ Postura rectificada por el principio asentado en sentido de que el guardián sólo podía liberarse de la responsabilidad, probando el caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña que no le fuese imputable.

Entonces la responsabilidad de las cosas es de naturaleza objetiva, ya que el guardián no podrá eximirse de la responsabilidad mostrando su diligencia y cuidado, sino únicamente por -caso fortuito, o acto de un tercero-. Estamos ante una responsabilidad objetiva. No obstante, de la claridad de la doctrina jurisprudencial francesa, seguida por la italiana, alemana, y el *common law*, algunas legislaciones incluyen en su texto legal la culpa presunta *iuris tantum*. En nuestra legislación ésta hipótesis es objetiva.

Lo referido, me permite trazar las características de la responsabilidad por las cosas inanimadas que se tienen bajo custodia:

La premisa de que el propietario de la cosa responde de los daños provocados por ella.

Se trata de hechos no lícitos que al derivar en daños a terceros (responsabilidad por el hecho de otro, de los animales o cosas que uno se sirva o tiene a su cuidado), se configuran como hechos ilícitos objetivos.

La responsabilidad está impuesta por la ley.

Se hace sentir fuertemente necesario admitir el *riesgo creado* como su fundamento.⁵³⁷ Más que en el riesgo creado su soporte está en la garantía tácita otorgada por el poseedor de la cosa, quién garantiza a la sociedad que ésta no

automotores. Bibliografía AMEBA. 1961 Pág. 37 No 14, Astrea. Buenos Aires. 1982 Tom. I Pág. 29 &1.

⁵³⁵ Corte de Casación, Bessieres c. Cie. De Voiture L'abeille. 24/07/1924. SALAS. *La responsabilidad por el hecho de las cosas*. Ob. Cit. Pág. 155.

⁵³⁶ Corte de casación 16/7/896 Teffaine c. Oriolle, Guiszez et Cousin, Dalloz Pèriodique. T. 1897, 1a parte Pág. 533.

⁵³⁷ BORDA Fundamento de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 832.

provocará daño alguno, de lo contrario responderá por el perjuicio. La responsabilidad sin duda es de naturaleza objetiva; el responsable, sólo se puede eximir del débito demostrando caso fortuito, responde incluso en las llamadas causas ignotas, es decir, en los daños ocasionados por eventos cuya proveniencia es imposible de identificar. Por lo tanto el que custodia una cosa está obligado a responder hasta el límite del caso fortuito, sin que tenga ninguna importancia la culpa de su parte.⁵³⁸ Se trata de una responsabilidad presunta y estrictamente objetiva.

El significado del término *custodia* no es entendido en sentido contractual, se refiere al titular o poseedor del bien, sobre éste sujeto recae el deber de control de la cosa, la casuística ha precisado que la presunción de responsabilidad no está necesariamente ligada a la intrínseca peligrosidad de la cosa, entendida como aptitud objetiva para producir daño, es suficiente que éste sea suscitado por el surgimiento de un agente extraño.⁵³⁹ Posturas que me permiten apuntar, que se trata de una responsabilidad extracontractual, no debe confundirse con el contrato de depósito u otros similares.

Por otra parte considero importante puntualizar que no se trata de cosa riesgosa, sino del riesgo que puede revestir la cosa, en consecuencia, para efectos de la aplicación de la norma la cosa no tiene que ser necesariamente peligrosa, ni potencialidad dañosa *per se*, la cosa más inócua puede tornarse peligrosa según las circunstancias y uso que se haga de ella, aspecto que lo profundizaré en el estudio de la legislación comparada, capítulo IV No 4.1.5.7., de este trabajo de investigación.

2.1.2.2.8 Ruina de Edificio

La ruina de edificio, entendido como cualquier alteración o defecto por falta de mantenimiento, vicio de la construcción o cualquier daño que provenga de estas circunstancias.

Se admitió la imputabilidad objetiva del propietario, en base al riesgo creado. El sistema fue objeto de duras críticas porque, *se ahorran los dificultosos análisis sobre la conducta humana y toda indagación a cerca de las intenciones del agente.*⁵⁴⁰

Si el daño es causado por riesgo o vicio de la cosa éste produce en los hechos un grado de autonomía en relación al hombre.⁵⁴¹ Conlleva un riesgo de dañar que supera la voluntad y la acción humana.⁵⁴² La cosa escapa del control humano y

⁵³⁸ Corte di Cassazione. Sentencia No 703 de 11 de marzo de 1966.

⁵³⁹ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 874.

⁵⁴⁰ LORENZETTI Ricardo. La economía del derecho: la culpa y el riesgo. En responsabilidad por daños. Goldenberg. Buenos Aires- 1994, Tom I Pág. 194.

⁵⁴¹ ALTERINI Atilio Aníbal-AMEAL Oscar J.-LÓPEZ Cabana Roberto M. *Derecho de obligaciones*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1995 No 474 Pág. 203 No 1730 Pág. 709.

⁵⁴² BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires .1984 Pág. 295

basta que el daño derive del riesgo (contingencia o proximidad de un daño) o vicio (defecto que la hace impropia para su destino), sea por su situación anormal o por su ubicación circunstancial conforme a la causalidad adecuada.

La acción es adecuada o imputable objetivamente al propietario,⁵⁴³ para determinar la relación de causalidad no es necesario que el hecho haya sido la causa única del daño, sino que haya tenido aptitud de desencadenar la consecuencia final. Sostiene que la ilicitud objetiva basta para imputar el deber de reparar los daños en relación causal jurídicamente relevante, cuando dicho deber no descansa sobre la idea de culpabilidad.⁵⁴⁴ Se trata de una responsabilidad legal presunta *iuris tantum* y de naturaleza objetiva, imputable al dueño.

En caso de arrendamiento ¿será que la responsabilidad pasa al arrendatario? la jurisprudencia y doctrina son uniformes, en sentido de que la responsabilidad presunta y objetiva es del propietario, esto es lógico suponer, en aplicación de la obligación del propietario de mantener en buen estado el bien arrendado. Algunos han considerado que la ruina del edificio fuera de naturaleza contractual, aspecto descartado por la doctrina, ya que el arrendamiento está sujeto a un régimen propio, diferente a la ruina de edificio.

En lo que respecta a inmuebles cabe subrayar el confín de la responsabilidad del propietario frente al arrendatario. En efecto el arrendatario es el custodio del inmueble, pero frente a terceros el responsable es el propietario. Las relaciones entre arrendador y arrendatario, sólo tienen validez *interior* al vínculo que los liga, no hacia el *exterior* (sin perjuicio de la acción de regreso, por falta de información del inquilino al propietario para conjurar el estado de peligro del inmueble, o cuando dicho estado peligroso se ha debido a la actividad dañosa del inquilino).⁵⁴⁵ Se ha afirmado que el propietario-arrendador conserva el más amplio deber de vigilancia sobre el estado de conservación de las estructuras construidas, sobre la eficiencia de las instalaciones y sobre los elementos accesorios del inmueble arrendado, así pues el poder-deber de vigilancia, de los posibles deterioros del inmueble y de custodia de éstos, corresponden al arrendador. Por lo tanto, puede producirse concurrencia de responsabilidades respectivas.⁵⁴⁶

La interrupción del nexo causal en los casos en que una causa distinta desplace a la que se pretendía atribuir, se puede dar por caso fortuito, hecho imputable a un tercero o del propio damnificado. Sobre el que reclama la reparación pesa la carga de la prueba admitiéndose libertad de los medios probatorios.

2.1.2.2.9 Responsabilidad del Productor.

La responsabilidad del fabricante, responsabilidad por productos defectuosos y de la empresa frente a los consumidores, se la suele considerar una hipótesis típica

⁵⁴³ LLAMBÍAS Jorge. Estudio de la reforma del código civil, ley 17.711. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires 1969. Pág. 277.

⁵⁴⁴ ALTERINI Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil*. Belledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 161

⁵⁴⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 887.

⁵⁴⁶ Corte de Cassazione. Sentencia No 4384, de 21 de junio de 1979.

de responsabilidad civil, esto por la manera como fue incorporada por el legislador; denominación que se debe sólo a la forma de su surgimiento no a su esencia, ya que más bien responde en la mayoría de los casos, a la norma general. No obstante de su desarrollo reciente, esto es, del decenio de 1960-1970, se ha convertido en un clásico de responsabilidad civil.

Son muchos los centros de interés que afluyen en la responsabilidad del productor, la circulación de productos fabricados en gran cantidad, admitidos en el mercado, demandas del público consumidor, exigencias de la producción, organización de intereses, formas de control, técnicas de prevención y reparación.

La experiencia italiana, de la introducción de una nueva figura, esto es, del consumidor, que sería estudiado entre otros, por los juristas, que prestaban atención a la incidencia de los fenómenos comunicativos y de persuasión, a través de los *más media*. Posición inicial de GHIDINI,⁵⁴⁷ quien siguiendo los modelos alemanes, considera que la responsabilidad del productor se puede fundar en: *informaciones erradas, en la omisión de información, en la representación dolosa del producto*. Y se comenzó a hablar de *protección al consumidor*. Las alternativas de sistematización conceptual eran múltiples al productor se le podía imputar -o mejor dicho, se proponía imputarle- una responsabilidad de tipo precontractual o bien una responsabilidad de tipo extracontractual.

Los aspectos relevantes de la imputación llevan a una concepción subjetiva de la responsabilidad basada en la culpa. Así la responsabilidad por los defectos de fabricación se fundó en la culpa presunta, que fue aplicada en la jurisprudencia, para facilitar la prueba se invirtió la carga de la prueba, sobre cuyo criterio se resolvieron varios casos, en los que los demandados tenían la carga de la prueba, con lo que se avanzó considerablemente. Uno de los precedentes importantes, es el caso *Saiwa*, daño derivado por galletas malogradas, los demandantes obtienen un fallo favorable, toda previsión del fabricante, que la relevancia económica de las pretensiones de los consumidores iba a chocar con el escollo de la prueba y no con los intereses en conflicto.⁵⁴⁸

La opinión general, es que no se puede fundar en una relación contractual, atendiendo la amplitud del espectro de las sucesivas ventas y reventas del producto que impiden la aplicación de la garantía natural, esto es, en la hipótesis del consumidor no adquirente o tercero consumidor, en la que no existe nexo contractual alguno en consecuencia, la responsabilidad no puede ser otra que la extracontractual, posición que comparto.

Otro criterio que apoya el carácter extracontractual, opino, es la relación de causalidad; ésta vincula al productor, comercializador o cadena de producción, del producto defectuoso o dañino con el consumidor, sin importar la forma como adquirió éste. En la acción no se discute los efectos del contrato, sino el defecto

⁵⁴⁷ GHIDINI Gustavo. La responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili precontractuali. Milán 1970.

⁵⁴⁸ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 1036.

del producto y el daño provocado por el mismo, en este contexto, se debe establecer la relación de causalidad entre la elaboración, fabricación o distribución del producto y el daño provocado por el uso.

Con respeto a su naturaleza, manteniéndose el criterio de culpa por *errores de proyección*, se construye la teoría del daño, como un costo que se debía imponer al que podía soportarlo en mejores condiciones, esto es, la empresa que lo habría generado, dentro de la aplicación del criterio fundado en la distribución racional de los riesgos y en la eficacia económica vinculada con la posibilidad de cobertura de seguros, propuesta por TRIMARCHI,⁵⁴⁹ quien refiere principalmente la obligación resarcitoria que nace de la relación de trabajo, de actividades peligrosas, de la custodia de cosas y animales. A partir de la penetración de la doctrina estadounidense en la discusión de estos temas se ha ido afirmando paulatinamente lo que ha legitimado la teorización del criterio de responsabilidad objetiva.

En este contexto, “la víctima está obligada solamente ha probar el daño, del defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Ello significa por tanto, que la víctima no se halla obligada a acreditar la culpa del causante del daño. La exposición de motivos de la directiva comunitaria es explícita al respecto: “solamente la responsabilidad sin culpa del productor, permite resolver de modo adecuado el problema, propio a nuestra época de tecnicidad creciente, de una atribución justa de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna.”⁵⁵⁰

Las tendencias de renovar el sistema de la responsabilidad se manifiesta en todas los sectores de la actividad empresarial, los fallos judiciales disponen que el fabricante debe prever incluso el uso normal del producto,⁵⁵¹ se destaca que el concepto de previsibilidad se extiende hasta comprender el evento que normalmente escapa al área de acción del sujeto.

ALPA,⁵⁵² nos dice: de igual forma cuando se acepta el resarcimiento de los daños económicos indirectamente conexos con el evento dañoso provocado por el desperfecto del producto. Cuando se presume la culpa del empresario mediante un simple *proceso lógico*. Que no se preocupa por las negligencias del consumidor ni por las negligencias de los intermediarios y que enlaza el daño con la existencia no tanto de una técnica de presunción de culpa, sino más bien, de una técnica de presunción de responsabilidad. Es destacable, en materia de responsabilidad de empresa la noción objetiva de la culpa, que según cada caso, se expresa en la inobservancia de la normativa del procedimiento de producción de determinados tipos de mercadería, con la elaboración de un concepto de culpa dissociado de toda valoración subjetiva del comportamiento.

⁵⁴⁹ TRIMARCHI Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milan. Ver ALPA. Pág. 1037.

⁵⁵⁰ ANDORNO Luís O. *la responsabilidad por los daños...* Ob. Cit. Pág. 704.

⁵⁵¹ Corte di Cassazione, sentencia No 4004 de 21 de octubre de 1957, en Foro it. 1958 I. c. 46. citado por ALPA Ob. Cit. Pág. 391.

⁵⁵² ALPA Guido *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 391

Continua, la doctrina y jurisprudencia italiana, acreditan pues, una noción que pierde las características de reproche moral y de sanción para asumir más bien, las características objetivas que identifican un comportamiento disconforme o contrario a disposiciones legales. Se manifiesta por la inobservancia de normas previstas por el legislador a fin de ordenar el proceso de producción y prevenir de dicha manera la difusión del proceso productivo de cantidad inferior a las prescritas y por ello nociva a la salud.

En Francia se sigue la línea de la obligación de seguridad de resultado en los daños al consumidor. En el caso de daños al consumidor existe una obligación de seguridad explícita. Numerosos casos de jurisprudencia francés han declarado que la obligación de seguridad del vendedor es autónoma.⁵⁵³

El daño al consumidor, es uno de los campos donde se justifica en mayor medida, la obligación autónoma del resultado por parte de la cadena de comercialización, pues la asimetría de conocimientos es tal que la obligación de cuidado pesa siempre sobre el fabricante o el vendedor, pero nunca sobre la víctima.⁵⁵⁴ La cual integra la hipótesis contractual y se refiere, no sólo al adquirente inmediato, sino también, al adquirente final de un producto, sobre cuya base el fabricante responde de todos los daños sufridos por el adquirente damnificado.⁵⁵⁵ En consecuencia la concepción de la responsabilidad del productor es de naturaleza objetiva, ya que se refiere a la obligación de resultado *obligation de résultat*, sin embargo, es sabido que se utilizaba la culpa presunta.

La jurisprudencia estadounidense, ha sido decisiva en el desarrollo de esta rama del derecho y particularmente en el derecho del daño, por haberse convertido en una sociedad de consumo.

Si se trata de un defecto de construcción, el juicio de responsabilidad (*strict liability*) es inmediato y mecánico; si se trata de un defecto de proyección- aún pudiéndose arribar a la *strict liability*-, la valoración es más elástica, porque es necesario tener en cuenta (según la concepción de Palmer, deducida de la experiencia estadounidense) múltiples circunstancias como el costo de una proyección distinta, el mayor grado de seguridad que podría lograrse con esa proyección distinta, los conocimientos científicos y técnicos disponibles en la época de la fabricación.⁵⁵⁶

La jurisprudencia estadounidense, se inclina en el entendido, de que el fabricante es directamente responsable de los productos dañados frente al usuario final, si se prueba su negligencia y el estado de peligrosidad grave.⁵⁵⁷ También sienta el

⁵⁵³ La corte de casación, con motivo de un accidente de una pequeña con una tijera, decidió que la obligación era autónoma y que la inobservación podía ser demandado por derecho común o extracontractual. Cour de casation 1er. Chambre Bull Civ. 1995. I. No 43 D 1995. Pág. 350.

⁵⁵⁴ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría*—Ob. Cit. Pág. 388

⁵⁵⁵ VINEY. *L'Application du droit*. Ob. Cit. Pág. 76.

⁵⁵⁶ ALPA Guido *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 396- 397.

⁵⁵⁷ MC Phson v. Buick Motr Co. 217 N.Y. 382. 111 N.E. 1050 81916) en versión italiana en ALPA y BESSONE *la responsabilità del produttore*. Ob. Cit. Pág. 157-158.

principio de la solidaridad entre el fabricante y distribuidor fundado en el concepto de *implied warranty*,⁵⁵⁸ una suerte de *garantía implícita*, en el contrato de compraventa. En materia de responsabilidad Aquilia la definición definitiva de los *strict liability*,⁵⁵⁹ *los remedios de los consumidores damnificados no deben depender de los enredos del régimen de la venta*, proponiendo un principio de alcance general, la *ratio decidendi* expresa: *el productor es objetivamente responsable si introduce un producto en el mercado, con el conocimiento de que éste será usado sin ningún control preventivo, y luego el producto resulta peligroso para la salud humana*. Este precedente define la regla de responsabilidad objetiva bajo la forma de un *restatement* y ha llevado a precisar algunos de los aspectos más importantes de la *product liability*, sobre responsabilidad extracontractual.

En el sistema inglés, su doctrina y jurisprudencia estaban ancladas en el principio de culpa, tanto así, que la propia responsabilidad del productor fue la primera hipótesis del *tort* general por *negligence*. La responsabilidad objetiva de la circulación de productos defectuosos fue introducida por ley, en aplicación de la Directiva comunitaria en América, (*La consumer protection Act de 1987*).

Los principios expuestos por PRIEST, sobre la responsabilidad objetiva, son reproducidos en la jurisprudencia inglesa, resiente en materia de responsabilidad del productor (*leading cases*), caso *Besbada VS. Jons Marville Prods company*, 90 N.J. 141, 447 A 2d 539, 1982.⁵⁶⁰

A continuación, me referiré al trabajo desarrollado por la comunidad Europea, sobre responsabilidad del productor y la incidencia de la Directiva, en los países miembros. El estudio sobre este tema, comenzó a realizarse entre los años 1970 y 1980. En este contexto fue aprobada y emitida la Directiva No 85/374 del 25 de julio de 1985,⁵⁶¹ cuyo texto comienza con el principio general: *el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto*. El enunciado de este principio sienta la base de que el productor responde sin culpa, de todos los daños derivados de los defectos de sus productos, sea que se trate de defectos de construcción, de fabricación o defectos de proyección.

Es responsable, el “productor”, el fabricante, pero también al distribuidor, que pone su nombre en la marca sobre el producto, el importador profesional, incluso al productor de un producto anónimo (Art. 3 Directiva), cuando se trata de un

⁵⁵⁸ Henningsen v Bloomfield Motors. Inc. 32 N.J. 358. 161 A 2d. 69 (1960), en versión italiana en ALPA y BESSONE *la responsabilità del produttore*. Ob. Cit. Pág. 180-181.

⁵⁵⁹ Greenman v. Yuba Power products. Inc. 59. Cal 2da. 57. 27 Cal. Rptr. 697. 377 P. 2d. 897 (1963), está sentencia también figura en la versión italiana en ALPA y BESSONE *la responsabilità del produttore*. Ob. Cit. Pág 192-193.

⁵⁶⁰ PRIEST La scoperta de la responsabilità d'impresa. Una storia critica delle origini intellettuali del moderno sistema di responsabilità civile. Tra. Italiana de Pardosi y Somaré. Rezo. Civ. Preu. 1985. Pág. 321 No 293.

⁵⁶¹ DIRECTIVA DEL CONSEJO, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. (85/374/CEE). Hecho en Bruselas, el 25 de julio de 1985. Por el Consejo Europa.

productor de materia prima y producto acabado, ambos son responsables solidariamente, salvando las objeciones probadas.

Art. 2 precisa, por producto se entiende *todo bien mueble*, comprende la electricidad, se excluyen los productos agrícolas naturales, los que fueron incluidos por la Directiva 1999/34, 10/5/99.

Art. 3 Por *productor*, se entiende *la persona que fabrica un producto acabado, que produce materia prima o que fabrica una parte integrante, así como toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. Se incluye al importador, y si el fabricante no puede ser identificado se considera como tal al suministrador.*

Del texto de la directiva se colige que el tipo de responsabilidad es objetiva (*el productor es responsable*) y de naturaleza extracontractual (*el damnificado debe probar el daño, el defecto y la relación causal entre defecto y daño*). Aunque en su Art. 13 establece que *no afectarán, los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a algún régimen de responsabilidad contractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad.*

En el Art. 6to señala: *un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tienen legítimamente derecho.* Principio limitado por las excluyentes introducidas en el Art. 7mo. El productor no es responsable sino puso el producto en circulación, si el defecto que causa el daño no existía en el momento que puso en circulación, si el producto no lo fabricó para venderse o distribuirse con fines económicos, si el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por el poder público y si el estado de conocimientos técnicos y científicos, no permitían descubrir el defecto, (con lo que se excluye la responsabilidad del desarrollo).

Un elemento esencial para la responsabilidad por productos defectuosos, es que se lo ponga en circulación (Art. 7º a y c), la información es elemento fundamental su omisión genera responsabilidad. En la etiquetas debe referir al tipo de producto y sus características, ésta exigencia se funda en el derecho de saber que se consume.

Las eximentes están dadas por el riesgo de desarrollo, de tal forma que en el momento en que el producto fue puesto en circulación los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia de defecto. Sin perjuicio de que los estados miembros impongan sanción por riesgo de desarrollo.

Se limita el plazo para la acción a tres años, desde que se conoció del daño causado y diez años de caducidad. Con respecto al monto condicionan que el daño no sea menor a 70 millones de euros (Art. 16).

Se excluye la indemnización por daños al productor por el mismo, los daños morales, salvando los aspectos definidos por los estados miembros.

Otro de los aspectos relevantes de la directiva es la prevención del daño, consiste en la obligación del productor de poner en el mercado únicamente productos

seguros, es decir, que carezcan de riesgo o presenten un riesgo aceptable para la seguridad de las personas, en condiciones normales de utilización. Esta obligación alcanza, también a los posibles riesgos del producto y la vigilancia de los mismos, y en su caso, la obligación de sacarlos del mercado.

Se entiende como producto seguro aquél que en condiciones de utilización normal o razonablemente previsible, incluidas las condiciones de duración no presente riesgo alguno o únicamente el riesgo sea mínimo, compatible con el uso del producto y considerado admisible, dentro un nivel elevado de protección a la salud y de seguridad de las personas.⁵⁶²

La Comisión preparó una comunicación sobre el principio de precaución que se estructura alrededor del análisis del riesgo, que a su vez comprende tres elementos: evaluación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo. El principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potenciales peligrosos derivados de un fenómeno o un proceso y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente, exige que los medios que se tomen: a. sean proporcionales al nivel de protección elegido. b. no resulten discriminatorios en su aplicación. c. sean coherentes con medidas similares adoptadas. d. estén basados en el examen beneficio, costo. d. estén sujetos a revisión, conforme se adquieran nuevos conocimientos. f. Sean capaces de indicar a quien incumbe aportar las pruebas científicas para una evaluación más completa.⁵⁶³ El sector agroalimentario, consagra el principio de cautela, la eficiencia de procedimiento de autorización, cultivo e introducción en el mercado de los productos genéticamente modificados, establecido en el principio de precaución.⁵⁶⁴

El principio de precaución o cautela, asienta un nuevo fundamento de la responsabilidad civil, sustentado en la función preventiva, incrementa fuertemente el deber de diligencia y el aseguramiento de eventos dañosos. Existen muchos trabajos que van dirigidos a desarrollar esta faceta de la responsabilidad, reafirmando la responsabilidad como prevención, que es el fundamento del principio de precaución.

FACCIANO, sostiene que son tres los elementos que caracterizan el principio de precaución: - la incertidumbre científica, principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención. - evaluación del riesgo producción de un daño, se presenta una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de los efectos nocivos tal vez desconocidos. - el nivel de gravedad del daño, el daño debe ser irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no

⁵⁶² PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. DIRECTIVA 2001/95/CE del 3 de diciembre de 2001. Comunidad Europea.

⁵⁶³ ANDORNO Roberto. El principio de precaución un nuevo estándar jurídico en la Era tecnológica. La Ley 2002-D 1326.

⁵⁶⁴ Directiva 2001/18, Reglamento 178/2002 Art. 7.

mensurable, es decir, no evaluable.⁵⁶⁵

MIRRA, predica que la implementación del principio precautorio debe ser privilegiado a la prevención de riesgos de ocurrencia de daño grave e irreversible, mismo ante la incertidumbre científica que puede existir en lo tocante a los efectos nocivos de las conductas o actividades cuestionadas sobre el medio ambiente.⁵⁶⁶

Si bien, este principio se sustentó en el derecho al medio ambiente, la comunidad de la Unión Europea, con muy bien tino, la incluyó en los productos producidos, aspecto que debe considerarse un principio fundamental, fue lamentable que la Organización Mundial del Comercio, en su decisión de 1998, se inclinó por la posición norteamericana, entendiendo que aún no había uniformidad de criterios para considerar al principio de precaución, como una regla del derecho internacional, al menos fuera del derecho ambiental, Estados Unidos y Canadá contra la Unión Europea, a raíz de esta última decisión de prohibir el ingreso de carne bovina tratada con hormonas sintéticas y provenientes de América del Norte, sobre la base del principio de precaución.

Los principios generales o particulares de una rama del derecho, deben ser tomados en cuenta, como fundamento para una determinada decisión, al respecto DWORKIN, apunta: *cuando decimos que un determinado principio, es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir, es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta si viene el caso como criterio que lo determine a inclinarse a uno u otro sentido.*

El principio de precaución supone situaciones en a las que el gobernante tome decisiones prudentes sobre determinados *productos o actividades de los que se sospecha, con un cierto fundamento que son portadores de riesgo para la sociedad, pero sin que se tenga a mano una prueba definitiva y contundente de tal riesgo.* En tales supuestos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, de una adecuada apreciación de las circunstancias del caso, para lograr un equilibrio entre los extremos, por un lado el termino irracional ante lo novedoso por el sólo hecho de ser novedoso y por otro lado de una pasibilidad irresponsable ante prácticas o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública o el medio ambiente.⁵⁶⁷

La inseguridad derivada del consumo de alimentos transgénicos o de animales tratados con hormonas, las profundas transformaciones en la agricultura por aplicación de técnicas basadas en la bioquímica y la genética, nos enfrentan a serios desafíos por la incidencia de tales procesos en el medio ambiente, la

⁵⁶⁵ FACCIANO Luís. La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena 2000. Pág. 247.

⁵⁶⁶ MIRRA Álvaro L. Valery. Derecho ambiental brasileiro. El principio de precaución y su aplicación judicial. Lexis Nexos, 2003 JA, 2003-III Fascículo 12. Pág. 65.

⁵⁶⁷ ANDORNO Roberto. *Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio.* Número especial Bioética bajo la coordinación de pedro F. HOFT JA. 2003-III fascículo No 4 Pág. 29

biodiversidad y la salud humana.⁵⁶⁸

La biotecnología, con transformaciones de toda índole, requiere una respuesta oportuna, entre ciencia y derecho, se debe estar alerta, de lo contrario se tendrán sorpresas como hubo con los transexuales, la fecundación *in vitro*, los tratamientos de identificación del ADN, las madres portadoras. Los desafíos de la revolución científica-tecnológica, exigen la búsqueda de medios idóneos para los intereses sociales, colectivos comprometidos.

Se trata de captar en todo su alcance, fenómenos propios de esta época de globalización económica, informatizada, del desarrollo extraordinario de la biotecnología, del Genoma humano, de los organismos modificados genéticamente, clonación, fusión nuclear, de los rápidos cambios con riesgos incalculables, de la informática, de la manipulación genética, de la producción en serie robotizada o automatizada, de relaciones impersonales, indiferenciadas, homogéneas, supra individuales, de gravitante peso económico.⁵⁶⁹

Atento a este estado de cosas, que en su esencia y naturaleza revisten circunstancias trágicas, carácter apocalíptico, -el operador jurídico no debe permanecer inerte y debe adelantar las barreras de defensa del ser humano en su integridad -sujeto basilar del derecho- cuando así lo justifique la debida protección del mismo.⁵⁷⁰

2.1.2.2.9.1 Tendencias actuales.

La influencia de la directiva es interesante. En el modelo francés, se han adicionado al *Code Civil*, dieciocho nuevos párrafos en el Art. 1386, los que reiteran sustancialmente el texto de la Directiva, el legislador francés ha afirmado una específica fuente de responsabilidad Aquiliana en la violación de normativa relativa a la seguridad de los productos.

La ley española sigue al concepto de la Directiva: *las materias agrarias y ganaderas y los productos de caza y pesca, que hayan sufrido una primera transformación*. La francesa sigue la misma línea, sólo que incluye también a los inmuebles.

De la directiva se colige que el producto hade ser un bien mueble industrializado o al menos haber experimentado una transformación industrial o artesanal.⁵⁷¹

El modelo inglés divide en cinco partes: la primera se dedica a la responsabilidad por productos, corresponde a las disposiciones generales francesas y Directivas; la segunda, se dedica a la seguridad del consumidor, atendiendo a los estándares

⁵⁶⁸ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III Pág. 524.

⁵⁶⁹ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III. Pág. 531.

⁵⁷⁰ Cam 1ª CC Lomas de Zamora, Sala II. 16/07/02, "Aldecoa Oscar v. Firestone de Argentina s/ daños publicados, en derecho del consumidor. No 13 Rubén STIGLITZ Director Editorial Juris. 2003. Pág. 81 Cam. CC San Matín Sala I 12/6/01 "M. H.A. c. Del tiempo. LLBA, 2001-1389.

⁵⁷¹ ANDORNO Luís O. la responsabilidad por los daños causados por los productos elaborados en el ámbito del MERCOSUR. Ob. Cit. Pág. 709.

generales de seguridad, a las advertencias señaladas en el producto y a la información al consumidor; la tercera parte, al precio, los errores, artificios o a las prácticas que resulten engañosas para el consumidor; la cuarta y quinta parte a las reglas de detalle marginales o de interpretación. El legislador inglés ha sacado provecho de su nueva intervención en el sector, para introducir nuevos estándares de seguridad de los productos.

En el modelo italiana el orden de los argumentos, prefijados en la Directiva son seguidos predominantemente, parcialmente en el modelo francés y más distante en el derecho inglés, otro aspecto disonante es la agregación de los argumentos, según la redacción de los textos, al igual que las expresiones lingüísticas.

En cuanto a la inclusión de los principios establecidos por la Directiva: La legislación italiana, retoma el enunciado general del Art. 1ro. De la Directiva: *el productor es responsable del daño ocasionado por defectos de su producto*. Con lo que, sienta el principio de que se está ante una responsabilidad objetiva, cuyo excluyente es la fuerza mayor.

Sobre este tema, existe identidad entre los sistemas italiano, Art. 1ro y proyecto francés, Art. 1387, sustituyéndose la culpa presunta por el sistema objetivo, esto es la responsabilidad es *indépendante de toute faute* y *section 2* del proyecto inglés, la experiencia anclada en el principio de la culpa, ha introducido un nuevo concepto estructural (*new conceptual structure*), en el cual la responsabilidad es *strict*, en lugar de fundarse en la culpa.

Se ha establecido en forma fundamental el carácter de responsabilidad extracontractual, aunque se ha admitido en forma excepcional la contractual.

Para determinar si un producto es defectuoso, la doctrina sugiere se aplique el test riesgo-beneficio. El producto es defectuoso cuando está fabricado de una manera tal que el riesgo supera la utilidad o los beneficios. El ejemplo puesto por LÓPEZ Herrera,⁵⁷² clarifica la idea, si un producto para bajar la presión arterial produce algunos malestares estomacales, no puede decirse que sea defectuoso, porque evita el infarto que provoca la muerte, entonces, reviste mayor interés que una indisposición gastrointestinal. Si el ejemplo es a la inversa, esto es, un medicamento para un problema gastrointestinal provoca presión arterial con peligro de un infarto, ese sí es peligroso. El test reviste gran utilidad para demostrar y sustentar que un producto es defectuoso.

El desarrollo de la doctrina sobre el producto defectuoso, se encuentra resumido en las Directivas de la Unión Europea, que en forma precisa define al productor y al consumidor, que luego se constituirán en actores de la acción, cuya legitimación activa y pasiva se encuentra claramente delimita, asimismo se tienen claras las características de este instituto, esto es, naturaleza objetiva, delimitada por eximentes de carácter extracontractual como regla, sin dejar de lado lo contractual.

⁵⁷² LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general...* Ob. Cit. Pág. 500.

En consideración a las diferencias y defectos que se pueden generar en cada una de las etapas por las que pasa el producto, podría ser excluida la responsabilidad del fabricante, comercializador y diseñador, así si se trate de un defecto de diseño, el responsable sería el diseñador y no el fabricante, pero puede ser responsable solidario si el fabricante no obstante de saber los defectos del diseño lo fabrica. En cuanto al distribuidor final, si incurre en omisiones de información, errores de precaución, información del peligro que entraña el producto o riesgo, asume la responsabilidad y lo hace en forma objetiva.

Sin embargo observamos, entre los casos de exclusión de responsabilidad, se incluye que el producto no fue fabricado para venderlo o con fines económicos, eximente relacionado con el contrato de compraventa y por lo tanto se trataría de una responsabilidad contractual. Coincido con la Directiva en sentido de que la responsabilidad por producto defectuoso es de naturaleza extracontractual, ya que el nexo causal lo integra el defecto y el daño, independientemente de los efectos contractuales, en cuyo contexto el hecho de que hubiera sido puesto en circulación, así sea para efectos de prueba, debe hacer responsable al productor y distribuidor en forma solidaria, ya que el daño se producirá independientemente de la causa que hubiera motivado su distribución, en mi concepto admitir lo contrario, significaría que se sujeta ésta hipótesis al contrato de compraventa, en cuyo caso no se podría sostener que se trata de una responsabilidad extrapatrimonial sino contractual.

2.1.2.2.10 Responsabilidad Civil por Daño Ambiental

La noción de *bien ambiental*, nos ubica en un conjunto de bienes de diferente naturaleza y magnitud, considerados en su abstracción, que están ligados íntimamente con la salud y la vida del ser humano en su conjunto, entendidos como valor colectivo, objeto de protección jurídica, GIANINNI, expresa, cuando se habla de *bien ambiental*, *está noción se hace evidente por las cosas que constituyen bienes de propiedad colectiva*. En otras palabras el bien ambiental puede considerarse *un bien que resulta físicamente del conjunto de varias cosas, aunque no se le puede referir a una cosa compuesta*. Los bienes ambientales son: *conjunto de cosas, que encierran algo que podrían definirse como valor, colectivo, que la norma identifica como objeto de protección jurídica*. El bien ambiental es de todos, y por lo tanto es público.⁵⁷³

BUSTAMANTE, señala como caracteres propios de derecho ambiental: a. carácter interdisciplinario. b. carácter sistemático. c. carácter supranacional (destaca la importancia de la cooperación internacional), d. especialidad singular, e. especificidad finalista; f. énfasis preventiva; g. rigurosa regulación técnica; h. vocación redistributiva; i. primacía de los intereses colectivos.⁵⁷⁴

⁵⁷³ GIANINNI. Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici, Ahora en Diritto e ambiente. Ob.Cit. Pág. 50.

⁵⁷⁴ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995. Pág. 48. Sigue la doctrina sentada por MARTÍN Mateo Ramón. *Tratado de*

La noción de medio ambiente lo ubica como un valor colectivo abstracto, esto es, un valor inmaterial, etéreo, pero que al mismo tiempo tangible y percibible por los sentidos, en el momento de la lesión y además de carácter público. ALPA haciendo referencia a las mejores formulaciones de la doctrina, considera al medio ambiente como *un interés colectivo privado de materialidad*.

La doctrina especializada, apunta a principios rectores del derecho ambiental: a. Principio de congruencia, armonización e integración normativa, relacionada con la regulación jurídica integral.⁵⁷⁵ b. Principio de progresividad, responde a ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concienciación y adaptación. c. equidad intergeneracional,⁵⁷⁶ el hombre tiene derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuada, en un medio ambiente de calidad tal, que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Las naciones Unidas distinguen en generaciones de derechos a saber: derechos de primera generación, derechos civiles y políticos, nacidos a la luz de la revolución francesa, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano 1789; derechos de segunda generación, incluyen los derechos económicos y sociales, y los derechos de tercera generación, basados en la paz, solidaridad, cooperación, preservación del medio ambiente y desarrollo.⁵⁷⁷ d. Principio de sustentabilidad acorde a la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostén duradero “nuestro futuro común”.⁵⁷⁸

La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas: a. área ecológica, diversidad biológica y capacidad de regeneración; b. área social, igualdad de oportunidades de la sociedad, integración de la comunidad por la diversidad cultural, satisfacción de necesidades de vivienda, salud y alimentación, participación ciudadana en la gestión ambiental; c. área cultural, preservación cultural básica, reafirmación de la relación hombre y medio ambiente; d. área económica, internalización de costos ambientales, equidad en la generación actual y respeto de las generaciones futuras.⁵⁷⁹

derecho ambiental, Trivium. 1991. Vol. I Pág. 91.

⁵⁷⁵ Tratado del MERCOSUR Art. 1, recomendación No 70 del Plan de Acción adoptado por la Conferencia de Estocolmo.

⁵⁷⁶ Tratado de Asunción sobre medio ambiente. Primera conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente en Estocolmo 5-12 de junio de 1972

⁵⁷⁷ JIMÉNEZ Eduardo. Los derechos humanos de la tercera generación. Ediar. 1997 Pág- 58.

⁵⁷⁸ Informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, aprobado por las Naciones Unidas en 1998. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y desarrollo “a fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada” (principio 4), “para alcanzar el desarrollo sostenible y mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenible y fomentar políticas democráticas apropiadas” (principio 8).

⁵⁷⁹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Derecho ambiental, fundamentación y normativa*. Abeledo Perrot Buenos Aires 1995. Pág. 43-44.

Principio de responsabilidad “el que contamina paga”, las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos ecológicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. Sienta las bases para el desarrollo de la responsabilidad e indemnización de las víctimas por contaminación y otros daños ambientales. Los Estados se obligarán a desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad e indemnización, respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

Los Estados deberán cooperar, asimismo, de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad de indemnizaciones por los aspectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción (principio 13).⁵⁸⁰

Principio de solidaridad. *Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial, para conservar, proteger y restablecer, la salud, y la integridad del ecosistema de la tierra.*⁵⁸¹

Principio de prevención, será menester dejar de lado el concepto *iusprivatista*, individualista, del daño resarcible dejando paso a una tendencia nueva pública, colectiva, de tipo preventiva, donde se busque, no tanto la reparación personal de los lesionados, sino la paralización de los efectos dañosos.⁵⁸²

Principio precautorio, se incorpora como principio,⁵⁸³ en refuerzo de protección del medio ambiente en Francia.

Principio de subsidiariedad, intervención del Estado sólo cuando sea necesario, cada sector debe cumplir sus propias competencias.

Principio de integración, el tratado de la Comunidad Europea señala: *las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la comunidad.*

2.1.2.2.10.1 Naturaleza Jurídica.

Las respuestas a las interrogantes: ¿es un bien colectivo privado o colectivo público?, ¿es un derecho subjetivo, que busca la protección de un daño privado?, ¿es de naturaleza privada o pública?, ¿genera un daño patrimonial o

⁵⁸⁰ Conferencia de la ONU sobre Ambiente humano 1972 Estocolmo Suecia Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente Desarrollo ONU 1992.

⁵⁸¹ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, principio 7 y 27.

⁵⁸² Cámara Federal de la Plata Autos, Asociación para la protección del Medio Ambiente y educación ecológica 18 de octubre c. Aguas Argentinas S.A., amparo, fallo de 8 de julio de 2003 JA Número especial de Derechos Ambiental septiembre de 2003.

⁵⁸³ Declaración de Río sobre el medio Ambiente y Desarrollo de 1992, como principio 15, constituye el cuarto principio incorporado en el Art. 130 R-2 en el tratado de MAASTRICHT de la Unión Europea, en la ley 95-101 del 2/2/95.

extramatrimonial?, ¿es un bien material o inmaterial?, ¿quiénes son los sujetos legitimados para interponer la acción?, me permitirán definir la naturaleza jurídica del daño ambiental.

En la construcción doctrinal del daño al medio ambiente, tuvo gran importancia la legislación comparada. El *common law*, fue el pionero del uso alternativo de algunas figuras de *torts*, como los de *trespass nuisance negligente* y de los *riparian rights*,⁵⁸⁴ esta legislación, da un concepto amplio del medio ambiente, integrado por organismos vivos o recursos biológicos y sobre el entorno inanimado o recursos abióticos, reconociendo el derecho a la reparación por daños causados a los recursos naturales: suelo, peces, vida salvaje, biotopos, aire, agua, centros acuíferos subterráneos, depósitos de agua para el consumo y otros recursos del mismo tipo, que pertenecen o son administrados por los Estados Unidos, por un Estado o la colectividad local.⁵⁸⁵

Asimismo hace una construcción teórica del derecho a la salud y del derecho al medio ambiente, de cuya combinación surge la fórmula *derecho al medio ambiente salubre*.⁵⁸⁶

La legislación española, diferencia entre daño del medio ambiente en sí mismo, sin una específica referencia a un sujeto titular del derecho lesionado y de aquel que puede ser causa del menoscabo de un patrimonio concreto.⁵⁸⁷

En el modelo italiano, la pluralidad de instrumentos utilizados por la tendencia privatista: en parangón entre, *protección medio ambiental* y *protección del consumidor*, frente a fenómenos que involucran, por igual, intereses individuales e intereses colectivos, la acción de los diferentes órganos legislativos internos e internacionales, ofrecen una reseña unívoca de los instrumentos jurídicos, sería fruto de miopía y de escasa conciencia de los daños reales del problema, no sistematizarlos. De ahí, el análisis de diverso modo de operar de los instrumentos de derecho privado y de los instrumentos de derecho administrativo, del proceso con base individual y del proceso fundado en acciones propuestas por grupos (*class actions*). El control de la acción del legislador y del administrativo para fijar estándares de nivel de contaminación de las acciones privadas y la intervención correctiva de la actividad administrativa y sancionadora de las actividades privadas que sean dañosas; dirigida a defender los intereses no contemplados por la intervención pública, como los intereses de grupos y de organismos privados.⁵⁸⁸

La tendencia, va dirigida a la intervención del derecho privado y derecho público, en defensa del medio ambiente, en coordinación tal que genere un resultado

⁵⁸⁴ ALPA –BESONNE Y GAMBARO. Aspectti privatistici Della tutela dell'ambiente: l'esperienza americana e francese, en la tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milán 1976 Pág. 297.

⁵⁸⁵ CECLA O SUPERFUND LAW 42, USCA, comprehensive environmental response, compensation and Liability. Ac. De 1980. sección 9607, Art. 107.

⁵⁸⁶ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 1008

⁵⁸⁷ MORENO Trujillo Eulalia. La protección jurídica privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro. Bosch Madrid 1991. Pág. 193.

⁵⁸⁸ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 1009.

efectivo, con la intervención administrativa sancionadora.

En ese sentido, BUSTAMANTE, lo define: El daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”, sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*), a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca a un derecho subjetivo y legítimo del damnificado para reaccionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extramatrimonial que se ha causado.⁵⁸⁹

En la primera tendencia GOMIS,⁵⁹⁰ señala: la definición del medio ambiente se encuentra compuesta por dos categorías distintas, en función de que el medio ambiente dañado atenta a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal. En el primer supuesto, el daño al medio ambiente, se integraría a la categoría en lo comúnmente denominado daños personales, patrimoniales o económicos, a saber: los daños a la salud y a la integridad de la persona (por Ej. asma provocada por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ej. propiedad de un individuo), y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ej. la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del derecho privado, donde, *a priori* parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil. En el segundo supuesto “el daño ecológico puro”, ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daños a la esfera del Derecho público, donde cobran especial protagonismo la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal.

En este contexto, la tendencia observada en los diferentes Convenios Internacionales, sobre responsabilidad y las propuestas de la Unión Europea, consisten, por una parte, en diferenciar conceptualmente el daño ecológico del resto de daños provocados como consecuencia de un atentado ambiental, y por otra, en aplicar indistintamente por igual, el mecanismo de la responsabilidad civil.⁵⁹¹

Una tendencia opuesta, no da cabida a la protección de un daño privado, está a favor de la naturaleza publicista del daño ambiental. Este daño no es la consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo privado al medio saludable,

⁵⁸⁹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Derecho ambiental...* Ob. Cit. Pág. 45.

⁵⁹⁰ GOMIS Catalá Lucía. *Responsabilidad por daño al medio ambiente*. Ed. Aranzari. Alicante España 1998. Pág. 64.

⁵⁹¹ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III. Pág. 570. Ver Convenios en materia de energía nuclear, proyecto de convenio elaborado por el *Standing* comité de la AIEA que recoge expresamente los daños por contaminación del medio ambiente y los costes de las medidas preventivas; convenios sobre transporte marítimo de hidrocarburos, modificado por el protocolo de 1984, convenio sobre transporte de mercaderías peligrosas; Convenio del Consejo de Europa; propuestas de directivas sobre la responsabilidad civil, en materia de residuos.

sino otra cosa. Es ni más ni menos un daño “público”,⁵⁹² o como afirma la Corte *dei Conti* un decreto de remisión, a la Corte *Costituzionale*, un daño al Estado.⁵⁹³

Otros sectores, tratan de construir teorías de protección del medio ambiente, en clave individual, haciendo uso de las viejas categorías dogmáticas sobre las relaciones de vecindad, ampliando el concepto de *tolerancia normal a inmisiones acumuladas*, que en otra época no producían un daño ilícito al individuo. En este contexto se construye un sistema y gradación de valores, que se refiere al derecho a la salud y sobre todo a la “función social de la propiedad”. De tal forma que los intereses en conflicto son objeto de un balance y terminan enriqueciéndose, pero no ya considerando sólo los intereses de la producción (que deben respetar el límite de la utilidad social y de la dignidad, seguridad, libertad humana) y los intereses del propietario, damnificado (que a pesar de ser relevantes, se encuentran en el límite de la función social y no puramente egoístas, de la propiedad), sino también, los intereses de aquél que es titular de posiciones jurídicas subjetivas, de habitación, de uso o más sencillas formas, de sujetos, titulares de intereses simples o menos calificados, (del disfrute de los bienes ambientales).

También se ha intentado construir teóricamente la protección del medio ambiente en clave individual, ubicándolo en el ámbito de los derechos de la personalidad, por el íntimo nexo entre salud y medio ambiente, de tal forma que el derecho a la salud, más que como mero derecho a la vida y a la incolumidad física (demás de ello), se configure como un derecho al medio ambiente saludable, entendido a partir de que la degradación del medio ambiente, es la causa del deterioro de la salud y no el objeto al que se dirige la protección.

ALPA,⁵⁹⁴ considera que la construcción teórica del medio ambiente sería incompleta sin un análisis económico. Dice: *fue justamente en el análisis del medio ambiente donde tuvo su nacimiento el análisis económico del derecho, a partir del “teorema” de Ronald Coase, del concepto de “externalidad”*. En este terreno se han enfrentado aquéllos que consideran que las reglas del derecho común permiten distribuir los costos de manera más eficiente, en línea con los equilibrios del mercado y aquéllos que por el contrario auspician una intervención legislativa, por mostrar un crudo escepticismo ante el empleo de instrumentos como los del *common law*, desde siempre modelados según las necesidades de una economía agresiva y poco propensa a reconocer relevancia a los costos sociales.

Enfrentada a la concepción privatista, surge “la publicística”,⁵⁹⁵ noción de daño al erario, penalmente relevante, “no ya en el sentido contable de perjuicio de los elementos de las cuentas patrimoniales”, sino en el sentido más apropiado de

⁵⁹² ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 1020

⁵⁹³ Corte dei Conti, decreto del 1 de diciembre de 1986. *Revista giuridica dell’ambiente*. 1987. Pág. 65.

⁵⁹⁴ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 1012-1013.

⁵⁹⁵ *Ibidem*. pág. 1013-1015

daño público, es decir, de daño colectivo, entendido como *perjuicio de aquellos bienes que pertenecen a la colectividad organizada del Estado*, que dicho perjuicio es contrario a las normas que protegen el paisaje, que tienen núcleo central en la protección de bellezas naturales. Se da una definición del *Erario*, como *daño público de la colectividad organizada del Estado*, se pasa de un concepto civilista a un concepto publicístico de daño público colectivo, se propugnan: - el resarcimiento encaminado no a restaurar al particular, sino a satisfacer de alguna manera a la colectividad, pierde su estructura civilista y se acerca cada vez más al concepto de derecho penal de sanción.

Esta hipótesis sostiene que la colectividad, más que titular de un derecho subjetivo se presenta como titular de un interés difuso o generalizado de carácter eminentemente público, que se acerca en gran medida aquel interés que tiene la propia colectividad en la reparación de los delitos; interés para el cual se ha hablado de interés público, del Estado a la sanción de los culpables.

Indudablemente la problemática era separada del planeamiento individualista y era conducida hacia al área del derecho público. Se proponía la aplicación de reglas de responsabilidad administrativa (del funcionario) en interacción de instrumentos administrativos y penales.

Las reacciones fueron multitudinarias, se afirmaba, por ejemplo: en el plano jurídico no existe ningún fundamento para sostener que el bien medio ambiente pertenece al patrimonio del Estado. Pues no se puede decir que el bien-medio ambiente- pertenezca a un ente público, tampoco se puede decir que su agresión determina que un ente público sufra perjuicio económico, la mera degradación del medio ambiente, no puede hacer que se derive algún derecho al resarcimiento.⁵⁹⁶

La concepción del daño ambiental al erario, en mi criterio no explica, ni sustenta la naturaleza de daño público; reduce el daño ambiental al daño al erario, en sentido de que la degradación de medio ambiente implica gastos ulteriores de restauración, cuando el daño ambiental involucra un conjunto abstracto de valores. Por otro lado, la forma como se ha planteado, podría interpretarse en sentido de que si la degradación del medio ambiente no fuera restaurable, no habría daño, lo que no es evidente, aparentemente se reduce a la reparación, aspecto netamente económico y material, lo que por otra parte como acota, ALPA, significaría que la negligencia del ente administrador y la omisión de sanción pecuniaria harían desaparecer el daño.⁵⁹⁷

Las objeciones hechas a la concepción del erario, también, incurren en imprecisiones, tales como, considerar al medio ambiente un bien propietario o de "pertenencia", desnaturalizando su esencia abstracta y de ser un todo, que involucra a bienes de diferente índole que unidos conforman el concepto de medio ambiente que integra una unidad abstracta.

⁵⁹⁶ Ver GRECO L'illecito degrado dell'ambiente ed il problema del resarcimento dei dan subiti dagli enti pubblici. Amministrazione. 1984 Pág. 458-459.

⁵⁹⁷ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Ág. 1016.

Existe otra posición, que excluye que el medio ambiente, en cuanto tal, constituya “un bien en sentido jurídico”, pasan a apoyarse en la noción de paisaje, bajo la relación indiscutible de hombre-naturaleza.⁵⁹⁸ Sigue, la concepción dada por la sentencia administrativa, que en su parte relevante señala: ... en materia de protección de los bienes del medio ambiente natural, se pueden configurar intereses legítimos... correspondiente a ciudadanos en particular o a asociaciones, sólo en caso de que la salvaguardia del paisaje y de los valores del medio ambiente sean inherentes al disfrute en concreto de dichos bienes, para lo cual es necesario un nexo objetivo entre los sujetos portadores del interés y los específicos bienes ambientales que conforman su objeto...⁵⁹⁹

Las características de la inmaterialidad de los intereses del medio ambiente, considerado bien colectivo, hacen que se ubique dentro de la noción de *intereses difusos*, debido a que estos no son considerados en función del sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad y en cuanto tal asocia intereses, que se constituyen en un bien colectivo. “Valores que son propios de las sociedades organizadas, ligadas a intereses que van más allá del individuo y que comprenden bienes indivisibles de uso y disfrute colectivo y bienes divisibles (de uso y disfrute individual).”⁶⁰⁰

En igual sentido STIGLITZ, señala: *La problemática ambiental (dentro de la que se inscribe el daño ambiental) se presenta como uno de los campos de las llamadas “violaciones de masas”, en las que la actividad humana que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa “un daño social” por afectar los llamados intereses difusos, que son supra individuales pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.*⁶⁰¹

En la misma línea BUSTAMANTE, destaca que toda actividad humana individual o colectiva que ataque elementos del patrimonio ambiental, causa daño social por afectar los llamados *intereses difusos, que son supra individuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.*⁶⁰²

Hay sectores que comparten la tesis, que el medio ambiente es una noción unitaria, que trasciende los distintos bienes que lo componen y que el interés lesionado reviste naturaleza pública.⁶⁰³ Coincido con este concepto, opino que el

⁵⁹⁸ Cfr. TORREGROSSA Ambiente paesaggio, urbanística, en Diritto e ambiente. Pág. 235.

⁵⁹⁹ Sentencia No 254, de 16 de febrero de 1985, Tribunal Administrativo Regional de Lazio, publicada en Revista giuridica dell'ambiente. 1986 Pág. 127. fallo que se apoyó en la jurisprudencia del Consiglio di Stato de los TAR. (Consiglio di Stato. Ad. Plen. 19 de octubre de 1979 No 24 TAR la Lazione, sezione II. Sentencia 219 de 15 de enero de 1984 y Consiglio di Stato VI 22 de febrero de 1980 No 1140

⁶⁰⁰ Corte di cassazione. Sentencia No 1463, del 9 de marzo de 1979, comentada en diritto e ambiente. Pág. 184.

⁶⁰¹ STIGLITZ Gabriel. *Prevención de daños colectivos*. LLBA. 1998-940.

⁶⁰² BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Responsabilidad por daño ambiental*. La ley. 1994-C-1056.

⁶⁰³ ALPA Guido. Nuevo... Ob. Cit. Pág. 1018

medio ambiente, es una unidad integrada por diversidad de bienes, que conforman un valor abstracto, de naturaleza pública.

2.1.2.2.10.2 Tendencias actuales.

El medio ambiente es un *interés de la colectividad*, cuya lesión importa un daño (público) ambiental.⁶⁰⁴ En consecuencia el sujeto activo de la acción es, exclusivamente el Estado, en representación de la colectividad.

Al daño ambiental se lo considera un daño no patrimonial, ALPA, lo acepta pero, si se entiende como un daño que tiene reflejos económicos, que absorben la expresión daño moral, que no se refiere a la lesión física de los bienes que comprenden el medio ambiente, entendido como continente.⁶⁰⁵ Con lo que el autor hace distinción entre daño subjetivo y daño abstracto.

Lo expuesto, me lleva a admitir que el daño ambiental, es el resultado de la lesión de *un bien inmaterial abstracto y tiene naturaleza pública*.

Sin embargo es bueno puntualizar que el daño público al medio ambiente, difiere del daño sufrido por el Estado, por las regiones, los municipios. Cuando existe lesión física a los bienes que componen el medio ambiente y que pertenecen al dominio público o privado, lo que se presenta es una lesión a la propiedad y resulta indiferente que se trate de propiedad pública o privada.

Entonces, la municipalidad es titularidad de una pretensión resarcitoria por daños sufridos en su territorio, claro está, en determinadas y específicas hipótesis de perjuicios; está legitimada para accionar en vía judicial por el interés, mejor dicho, por el derecho a la integridad del territorio de la que es titular. Pero tiene acción, en tanto y cuanto, sus bienes resulten directamente perjudicados por la actividad contaminante de terceros, ya que esta entidad pública, no puede pretender el resarcimiento del daño "al medio ambiente" en general, porque este es un resarcimiento que está reservado al Estado.⁶⁰⁶

La naturaleza jurídica del medio ambiente, definida como valor abstracto, inmaterial, público, supra individual y ajeno a toda connotación personal, lo hace inaccesible a la acción individual, por daños provocados a los individuos por la degradación del medio ambiente. Sin embargo cuando los daños son concretos a la propiedad, la salud, etc., los sujetos pueden accionar en protección de sus derechos subjetivos.

2.1.2.2.11 Residuos peligrosos.

El desarrollo tecnológico, la actividad industrial y productiva, el hacinamiento en las ciudades, con una inmensa proporción de desperdicios, de materiales inútiles que deja el proceso de transformación y materia prima, importan problemas serios

⁶⁰⁴ POSTEGLIONE. *Una svolta per el diritto ambientale*. La legge 8 de luglio 1986 No 349, en revista giuridica dell ambiente 1986. Pág. 251.

⁶⁰⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 1019

⁶⁰⁶ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 1021.

que inciden en el deterioro ambiental, si bien es cierto, que algunos son inicuos, otros pueden ser peligrosos y provocar gravísimos daños, a veces de carácter masivo.

Entenderemos como residuos peligrosos, a las sustancias sólidas, semisólidas, líquidas o gaseosas, que obtenidas por un proceso de industrialización o realización de una actividad de servicios, puedan provocar daño directamente a seres vivos o contaminar, el suelo, el agua, la atmósfera o el medio ambiente en general.

Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y la liberación del calor en cantidades o concentraciones tales, que el medio no pueda neutralizarlas para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas.⁶⁰⁷

La declaración de cosa riesgosa, esto es, todo peligro establece un sistema riguroso de responsabilidad de naturaleza objetiva por riesgo creado, en cuyo caso la culpa de la víctima es eximente, al igual que la inevitabilidad o caso fortuito.

El desarrollo de este tema, en la comunidad Europea, bajo el concepto de actividad económica que crea daños (denominadas externalidades), que se propagan de un Estado a otro, con consecuencia perjudicial a personas, cosas o al propio medio ambiente, entendido como bien en sí mismo.

El desarrollo en este campo fue paulatino, con resoluciones sobre temas específicos y practicas ocasionales. Luego se impuso el principio *quién contamina paga* “programa de acción” para el medio ambiente. Posteriormente se introdujo en el texto del tratado de la Comunidad Europea, nuevas reglas, que instan a dicho principio. Sobre el tema fueron varias las directivas, en la comunidad europea.⁶⁰⁸

Particularmente el Convenio de Lugano del Consejo de Europa; que se refiere a actividades peligrosas (Art. 2) define las actividades peligrosas y selecciona las actividades que pueden producir efectos nocivos, sea a las personas, sea a las cosas, sea al medio ambiente. Agentes llamados “daño por medio ambiente”. La norma hace referencia a la producción y descarga de sustancias peligrosas, eliminación de desechos, materias agrícolas etc. Cuando se refiere a materia prima agraria o ganadera transgénica; un producto genéticamente modificado, lanzado al mercado, aunque sea con previa autorización, es en sí mismo un producto defectuoso por no presentar la seguridad que legítimamente puede esperarse, esto es, si no cumple con las reglas de etiquetado, siendo fundamental la forma de presentación.

⁶⁰⁷ Declaración de la Conferencia de las naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Estocolmo 1972.

⁶⁰⁸ La Directiva Comunitaria No 374 de 25 de julio de 1985, modificada parcialmente el 10 de mayo de 1999, una nueva directiva 99/34/CEE, por la que incluyen, también, a los productos agrícolas, como reacción al fenómeno denominado “las vacas locas”.

El daño se identifica con la pérdida de la vida, las lesiones a la integridad física, daño a la propiedad, contaminación al medio ambiente. El nexo causal se instituye entre el accidente y el daño, o entre la actividad ejercida y el daño. El accidente es calificado, como una serie de eventos que tiene en común el mismo origen, que ocasiona daño o erigen las condiciones para crear daño.

El Juez debe tomar en cuenta la magnitud del daño causado por el ejercicio de actividades peligrosas. La responsabilidad es de naturaleza objetiva por el riesgo creado por la tecnología moderna y producción en masa, no está fundada en la culpa, sino en el simple desarrollo de la actividad que causa el daño. Es una responsabilidad uniforme con respecto a todo consumidor y es una responsabilidad específica tanto por sus condiciones como por sus efectos, responsabilidad a una serie de individuos, si el productor no puede ser identificado cada proveedor será considerado productor, a menos que éste identifique al productor.

2.1.2.2.12 Daño provocado por actividad nuclear

Existe un riesgo agravado con connotaciones de gran magnitud y alcance, y que puede destruir y provocar daños masivos, catastróficos e incontrolables. Me refiero al daño por accidentes nucleares y de residuos peligrosos. No es lo mismo, un automóvil o un camión, que la energía nuclear, o un residuo patológico. El desastre nuclear de Chernobyl,⁶⁰⁹ que fue el mayor de la historia europea y cuyas consecuencias se sentirán en varias generaciones, o la tragedia de Bhopal en la India, ocurrida el 3 de diciembre de 1984, son conocidos como riesgo agravado.⁶¹⁰

El desastre nuclear de Chernobyl, fue la causa de que muchos países, entre ellos España declararan, hace años, moratoria nuclear, es decir, cese de construcción de nuevas centrales y cierre de varias de ellas.⁶¹¹ Y se suscribieran convenciones internacionales, sobre pronta notificación de accidentes nucleares y la convención sobre asistencia, en caso de accidente nuclear o emergencia radioactiva, ambos aprobados por conferencias generales del Organismo Internacional de Energía atómica, del 29 de septiembre de 1986, ratificado luego, por numerosos países.

⁶⁰⁹ El 26 de abril de 1986, en Kiev, capital de Ucrania, el cuarto reactor de la Central Nuclear de Chernóbyl, explotó a la 1:23 a.m. hora local. Básicamente se estaba experimentando con el reactor para comprobar si la inercia de las turbinas podía generar suficiente electricidad para las bombas de refrigeración en caso de fallo (hasta que arrancaran los generadores diesel). Pero una sucesión de errores provocó una enorme subida de potencia y una gran explosión que dejó al descubierto el núcleo del reactor emitiéndose una gigantesca nube radiactiva hacia toda Europa. Todos los residentes permanentes de la ciudad y aquellos que vivían en la zona de exclusión fueron evacuados debido a que los niveles de radiación sobrepasaron todos los estándares de seguridad. Fue el desastre más grave de la historia, conocida como la creación de nubes radioactivas, consistentes en un conjunto de gases, vapores y partículas en suspensión, que contienen material radioactivo procedente de un accidente nuclear. Se dispersa en el aire según las condiciones atmosféricas, puede girar en torno a la tierra, arrastrado por los fenómenos atmosféricos, luego precipitarse al cabo de meses o años, son gases tremendamente dañinos.

⁶¹⁰ ZABALA de Gonzales. Sobre la reforma de la ley 17.11. Ob. Cit.

⁶¹¹ MARTÍN Mateo Ramón. *Nuevo derecho energético*. Ed. Instituto de estudios de administración local. Madrid 1982. Pág. 333.

Estos fenómenos son profundamente nocivos porque alteran por un lado el equilibrio ambiental, normalmente por larguísimo periodo de tiempo, incluso en algún caso por miles de años; pero además, su nocividad tiene frutos amargos, que se evidencian más rápido y dramáticamente. La fuga radioactiva produce dos tipos de contaminación: externa, la materia radioactiva que se encuentra en la superficie, afecta a las personas, animales, terreno, objetos Etc. interna debido a que la materia radioactiva se aloja en los órganos internos del cuerpo humano, produciendo el efecto radioactivo, con consecuencias de tipo somático o genético.⁶¹²

Una de las características más destacadas de la evolución actual de la responsabilidad civil, está dada por la superación de la dimensión individual del “contacto” que da lugar a la relación extracontractual y por su colocación social, para decirlo mejor, *colectiva*. Se mantienen inalterados, pero existen por otro lado, tipos de daño que comportan valoraciones particulares, que van más allá de la repartición de riesgos entre dos sujetos. Tales valoraciones envuelven el problema del límite de la responsabilidad, de la normal y eficiente distribución de los riesgos, de la imposición de ciertos riesgos a la sociedad -colectividad del aporte o de la intervención del Estado, para las actividades civiles e insuprimibles, potencialmente idóneos para introducir altos riesgos en la vida social.⁶¹³

Estudios realizados en distintos países, demostraron la necesidad de resolver los problemas que podrían producir los eventuales accidentes nucleares, no ya en escala nacional, sino continental y hasta mundial, pues las consecuencias de una catástrofe nuclear pueden ser tales, que sobrepasen la fronteras del país, en el cual se produjo; ocasionando perjuicios a otros países vecinos, no pudiendo quizá un sólo Estado afrontar las indemnizaciones pertinentes, extremo que lejos de ser hipotético, evidencia a una escala inusitada en Chernobyl, accidente que afectó severamente no sólo a Ucrania, sino fuertemente a sus vecinos Bielorrusia y Rusia a buena parte de Europa oriental principalmente Suecia y Alemania.⁶¹⁴

Los daños nucleares producen pérdidas de vidas humanas, lesiones corporales y daños y perjuicios materiales que se producen como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radioactivos que se encuentran en una instalación nuclear o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella; en los mismos alcances, otras radiaciones ionizantes, que emanen de cualquier otra fuente de acción que se encuentran dentro de la instalación nuclear. Todo hecho o suceso de hechos que tengan el mismo origen y hayan causado daños nucleares, se determinan como accidentes nucleares.⁶¹⁵

⁶¹² TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. III. Pág. 445.

⁶¹³ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 1000

⁶¹⁴ OIEA Boletín 38 No. 3 Pág. 5.

⁶¹⁵ CAZEAUX-TRIGO Represas. *Derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. V. Pág. 472.

La doctrina en forma uniforme ha calificado la naturaleza de los daños nucleares, como responsabilidad objetiva, pero no absoluta. Objetiva porque no está relacionada en la culpa, la víctima sólo debe demostrar el daño nuclear, esto en razón del riesgo creado. “*El explotador será responsable de los daños creados por accidente nuclear que se deba directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional*” (Art. IV No 2. Inc. b).⁶¹⁶

Sin embargo, la responsabilidad no es absoluta, está limitada, debido al altísimo costo que implica, la aplicación de la regla de *proporcionalidad* y además por existir causas de justificación, que en forma total o parcial liberan de la responsabilidad a los presuntos responsables, esto es, por culpa de la víctima, (Art. IV No 2) o por la concurrencia excepcional de: conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección (Art. IV No 3 Inc. a.).

Por la gran magnitud del daño provocado y el costo altísimo de la reparación, se tiende a limitar la indemnización,⁶¹⁷ o en otros casos se hace aplicable la regla de la “proporcionalidad” dividiendo la indemnización entre los sujetos imputados como posibles responsables, para completar la indemnización al límite establecida por ley, ingresa el Estado y los sistemas de seguros. La convención de Viena establece un plazo de 10 años para la acción (Art. VI, párrafo 1)

En relación a la imputación de responsabilidad, es contra el titular de la planta nuclear, el transporte autorizado y el guardián.

A fin de armonizar las legislaciones de los estados miembros de la Unión Europea, a cerca de la responsabilidad y los seguros, que atañen a los riesgos atómicos, se han suscrito dos convenios, de París, del 29 de julio de 1960 y de Bruselas del 31 de enero de 1963, los que fueron modificados con el protocolo adicional de 28 de enero de 1964, dicha norma establece: Se mantiene la limitación de la responsabilidad objetiva del titular (quince millones de derechos especiales de giro, convenio de París).

La regulación Alemana, aportó elementos novedosos: no se considera solamente la posición del titular de la actividad, sino también la del transporte autorizado, que se equipara al titular (salvo el transportista marítimo, para el que vale la limitación cuando se encuentra en territorio extranjero) y la del tenedor de la materia radioactiva. A éste último, se le permite liberarse, demostrando que se trata de un vicio de fabricación en las instalaciones de seguridad o de un defecto presente en su funcionamiento. No están comprendidos en la excepción de irresponsabilidad ilimitada los daños a las cosas, a los medios de transporte, a los dependientes. No hay responsabilidad si el accidente es provocado por dolo de un dependiente de la empresa. La fuerza mayor actúa como eximente y en caso de concurrencia excepcional (conflictos, guerra civil, insurrección, cataclismo naturales).

⁶¹⁶ Convención de Viena, de 1963. Art. IV No 1

⁶¹⁷ Art. V No 1 y No 2 Convención De Viena, El límite fijado es en cinco millones de dólares estadounidense.

Sentencias estadounidenses resolvieron dos demandas por daños, a dependientes y habitantes de zonas cercanas.⁶¹⁸ La primera,⁶¹⁹ fue el riesgo radioactivo típico, ligado a una planta nuclear y el efecto dañoso (cancerígeno) de la radiación sufrido por una dependiente que luego perdió la vida en un misterioso accidente de tránsito al momento de la liquidación de los daños físico y patrimoniales, el tribunal admitió también la liquidación de *punitive damages*.⁶²⁰ El segundo caso se discutió sobre el grave accidente nuclear, también los jueces estadounidenses consideraron que había que liquidar los *punitive damages*,⁶²¹ por negligencia grotesca de los titulares de las plantas.

A este aspecto del desarrollo de la responsabilidad social se lo denomina reacción frente a los *mass torts*, dichos fenómenos se asociaban con eventualidades raras no controlables, explosiones de naves, incendio de hoteles, choques de aviones. Hoy la casuística es mucho más variada porque incluye contaminación de sectores de las playas, de aguas marinas por causas diversas; bástenos recordar los casos de los barcos petroleros Torrey Canyon y Amaci-Cádiz,⁶²² o de los desastres ambientales en Alaska, distribución de fármacos peligrosos, con efectos colaterales ignotos (como en el caso de la *talidomina*, en Alemania y del *DES*,⁶²³ en Estados Unidos, la reacción de nubes radioactivas como en Chernobyl, lluvias ácidas, productos alimenticios adulterados de gran difusión, enfermedades profesionales como las asbestosis etc.

Para tratar el orden de estas múltiples figuras, la doctrina ha identificado algunos presupuestos, unificados de la categoría: a) la ocurrencia de un evento; b) la propagación de los daños en el tiempo; c) la coordinación del remedio del resarcimiento con otras técnicas de satisfacción de las víctimas.

Situaciones superadas tal cual nos lo hacer ver ALPA,⁶²⁴ a) La unicidad del acaecimiento dañoso, comportada en el pasado que la víctima fuera fácilmente identificable *a priori* (por ejemplo pasajeros de un avión), pero ahora el daño no se manifiesta necesariamente en un sólo lugar y en el mismo momento (piénsese en la difusión de un producto defectuoso) se pierde la unidad de lugar, tiempo y acción, se debe añadir que pueden ser diversas las participaciones en la creación

⁶¹⁸ ALPA Guido. Nuevo tratado... Ob. Cit. Pág. 999.

⁶¹⁹ SUPREME COURT de Estados Unidos, de 11 de enero de 1984, publicada en Foro It. 1985, IV. Col. 141, con el comentario de PARDONESI. Caso Karen Silkwood.

⁶²⁰ Se aplica los llamados *punitive damages*, en la hipótesis en la cual el tribunal reprueba el comportamiento del demandante, en cuyos casos suelen liquidarse los daños en un monto bastante considerable, normalmente superior aun resarcimiento ordinario, ello se debe a diversas circunstancias, al comportamiento del demandado, a sus intenciones y fundamentos.

⁶²¹ District Court of Pennsylvania, del 27 de febrero de 1985, en Foro It. 1986. IV col. 134

⁶²² El Torrey Canyon vertió 121.000 toneladas de petróleo en las costas británicas, en marzo de 1967; el Amoco-Cádiz, 228.000 toneladas frente a la península francesa, en 1978; más recientemente en 2002, la nave Prestige contaminó 77.000 toneladas de petróleo las costas españolas.

⁶²³ *Dietilestilbestrol* Medicamento suministrado a millones de embarazadas para impedir el aborto espontáneo, después de varias décadas se la sindicó como causante del cáncer de vagina de las hijas de las mujeres que la habían utilizado.

⁶²⁴ ALPA Guido. Nuevo tratado... Ob. Cit. Pág. 1001- 1002.

del daño. b) Los nuevos *mass torts* comportan una dimensión temporal más amplia, el daño no se manifiesta de inmediato después del daño, sino en períodos más largos, de ahí el inmenso problema de la prueba, porque dichos períodos por su extensión pueden ser diferentes a las causas de los daños, concurrentes entre sí o eventualmente exclusivas en los hechos, pero no identificables. Dando lugar al *market share liability*, sobre cuya base se imputan las diversas causas potenciales y por lo tanto a los sujetos que las han provocado, un porcentaje equivalente a las posiciones del responsable en el mercado, mientras más grande sea la empresa es mayor su producción, es más probable su participación determinante en la creación del daño. c) Como regla, estos daños requieren la coordinación de las diversas técnicas resarcitorias o de seguridad social (por ejemplo con el pago del salario a la víctima, en ausencia de su fuente de trabajo), con el resarcimiento de la lesión del crédito por el empleador (en los países del *common law*, de un *specific compensation system*, mientras que en el *civil law*, no se reconoce tal derecho).

2.2 OTRAS ESPECIES DE RESPONSABILIDAD

2.2.1 Responsabilidad del Estado.

El Estado, es una institución creada por los hombres para velar por el bien común.⁶²⁵ Cuyas funciones son el bienestar, la defensa y seguridad, Se organiza en una estructural horizontal por cuatro poderes: legislativo, judicial, ejecutivo o electoral, vertical por los súbditos, en la forma señalada por HART, por el soberano y los súbditos. Delega el cumplimiento de sus funciones a la administración pública (autoridades, funcionarios y empleados públicos), quienes en el ejercicio de sus funciones son responsables de sus actos administrativa, penal y civilmente, este es un principio admitido por la doctrina especializada de la materia, aunque con limitaciones, que las analizaré a continuación.

El estudio comparado da cuenta de un abandono generalizado de los civilistas para tratar este tema, se ha dejado que el derecho administrativo subsuma todos los actos de responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos, a lo que se agrega el establecimiento de privilegios e inmunidades funcionarias, dejando un margen muy estrecho al campo civil, que no tuvo mayor desarrollo, salvo algunos casos, muy puntuales en Europa. Su expansión se da en el siglo XX.

Los estudios y análisis de la responsabilidad civil, de la administración pública, son fundamentalmente desde una perspectiva dualista, esto es, una visión privatista, dirigida a aclarar la aplicación de las normas del derecho privado, entre las que se encuentra la responsabilidad civil y una visión publicista dirigida a aclarar los límites de la acción administrativa, vinculada con la función pública; esto es, función pública y privada del Estado; en cuyo análisis se proyecta al Estado en una función pública caracterizada por un status especial, que lo privilegia y hace legítimo un *régimen especial* incluso en el ámbito de derecho privado, se habla

⁶²⁵ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 687.

comúnmente de los *privilegios* que goza la administración pública, los que para la responsabilidad civil son, propiamente, *inmunidades* frente a la obligación resarcitoria o frente a los daños provocados a los particulares.

La concepción dualista del Estado sigue incidiendo en los conceptos, en las reglas, en los resultados de su aplicación, y por lo tanto en la administración del daño.

Sin embargo, parece que la dualidad se va desvaneciendo paulatinamente, ya que desde el punto de vista jurídico formal se ha puesto en duda dicha distinción, llegando además, a la conclusión, de que en materia de responsabilidad, la Administración pública no puede ser considerada como sujeto privado; negándose, al mismo tiempo, el fundamento de un régimen especial de responsabilidad de la Administración pública, por lo tanto, justificando la aplicación de la regla general del Código Civil,⁶²⁶ norma que no hace distinción de status y por lo tanto, su aplicación estaría abierta a los funcionarios públicos, esto en países en los que se tiene una regla general de responsabilidad, aspecto que lo puntualizaré con mayor detalle en el estudio de la legislación comparada, capítulo IV.

Los estudios del derecho civil, con el auxilio de la jurisprudencia, documentan el desarrollo de la responsabilidad civil a través de la expansión en áreas protegidas y de criterios de imputación desligados del dolo y la culpa, con la progresiva erosión de privilegios e inmunidades de la Administración pública; coadyuvada por el derecho público que propende a la revisión de categorías formales. Es enriquecedor el estudio comparado, por ejemplo de la doctrina italiana va acercando paulatinamente un trato igualitario entre la Administración pública y el individuo, en la responsabilidad civil.

ALPA,⁶²⁷ destaca como obstáculos que todavía se oponen a la equiparación, entre Administración pública y particular, la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos y entre normas de acción y normas de reacción, sostiene que ambos obstáculos están en vías de revisión y acaso de superación, por elementos aportados por el legislador comunitario europeo, por el legislador interno y por la jurisprudencia.

Distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, según la que los intereses legítimos no configuran derechos subjetivos, por lo que la jurisprudencia civil y administrativa, les ha negado la naturaleza de resarcibles, su fundamento es de índole económico, (evitar proliferación de causas). La doctrina administrativa ha introducido la distinción entre “intereses legítimos”, llamados *derechos debilitados* y *derechos en dependencia*, dándoles a los primeros la categoría de resarcibles y a los segundos sólo sino existen otros elementos optativos de su expansión.

La doctrina civil, al respecto, considera irrelevante tal distinción. La viabilidad de la acción está condicionada a que el interés afectado, resulte atributivo de utilidad.

⁶²⁶ ALPA Guido. la *Nuevo ...* Ob. Cit. Pág. 671

⁶²⁷ ALPA Guido la *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 673.

La Comunidad Europea no admite la distinción entre derechos subjetivos e interés legítimo. Por su parte el derecho público considera irrelevante tal distinción cuando el interés tutelado es protegido por la ley, aunque no sea calificado como derecho subjetivo. Finalmente no es lógico oponer inmunidad al acto ilícito concurrente con todos sus presupuestos para el derecho de daño. También se ha precisado, que la responsabilidad civil, no sólo cumple una función reparatoria sino preventiva, la injusticia del daño puede referirse a posiciones subjetivas, no calificadas en términos de derechos subjetivos, atendiendo a la hipótesis en la que se viola un interés general.⁶²⁸ Cabe señalar que existen casos jurisprudenciales contrapuestos y sobre el tema continúa el debate.

Por otra parte, tal distinción es relevante sólo para países de Europa Continental, particularmente Italia, no es aplicable al derecho anglosajón, para el *common law*, tal distinción es desconocida.

La objeción de la distinción entre normas de acción y de reacción, apoyada por la teoría publicista y vinculada a la teoría civilista *el fin de la norma violada*, radica en que se trata tan sólo de una interpretación, no existe norma explícita. La distinción presupone que el interés protegido estaría expresamente tutelado bajo la forma de derecho subjetivo, sistema típico, no aplicable o contrapuesto a países con sistemas atípicos en lo que se aplica la norma general.

Un sector, sostiene que la selección de los daños resarcibles puede realizarse sobre la base del nexo causal y del principio de la “regularidad causal”, con lo que se verifica la asociación directa del daño con la acción administrativa.⁶²⁹ Estas disquisiciones, podrían evitarse con la aplicación de las normas generales que regulen el derecho al daño.

La doctrina seguida por la legislación y jurisprudencia muestran tendencia a ampliar cada vez más los espectros de responsabilidad en la prestación de servicios y a eliminar las inmunidades. La jurisprudencia Italiana, va abriendo el abanico de los casos en los que el ciudadano tiene derecho al resarcimiento, a manera indicativa, cita algunos: - Falta de colaboración de fuerza pública,⁶³⁰ - retraso en el pago de jubilación,⁶³¹ - Errónea determinación del derecho al tratamiento de suspensión.⁶³² - retraso en la emisión del título de habitación.⁶³³ - Errónea determinación de precios y tarifas.⁶³⁴ - Omisión de vigilancia de

⁶²⁸ SATTÀ, *Voz Responsabilità Della pubblica amministrazione*, en *Diritto dell discipline pubblicistiche*. Turino 1997. Vol. XVII Pág. 219.

⁶²⁹ ALPA Guido la *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 674.

⁶³⁰ Tribunale de Bologna. Sentencia de 22 de maio de 1986. Archivio delle locazioni 1986. Corte di cassazione, sentencia 5164 de 9 de ottobre de 1982, en *Giur. It.* 1983 I, 1, Col 399 Pág. 281

⁶³¹ Corte di cassazione. Sentencia 1808 de 4 de marzo de 1985.

⁶³² Corte di cassazione. Sentencia 5031 de 9 de ottobre de 1984

⁶³³ Corte di cassazione. Sentencia 5164 de 9 de ottobre de 1982, en *Giur. It.* 1983 I, 1, Col 399.

⁶³⁴ Corte di cassazione. Sezioni Unite. sentencia 5030 de 1 de ottobre de 1982, en *Giur. It.* 1983 I, 1, Col 1915.

construcción en terreno inestable.⁶³⁵ - omisión de autorización por consolidación de edificio u áreas geológicas.⁶³⁶ - Autorización inadecuada para el uso de fuegos artificiales en sector peligroso.⁶³⁷ - Transporte negligente de encomiendas postales.⁶³⁸ - Omisión de vigilancia en las cárceles.⁶³⁹ - Omisión de vigilancia en los hospitales.⁶⁴⁰ - negligente autorización para la inserción de cláusulas vejatorias en contrato de *leasing*.⁶⁴¹ Avance interesante que nos permite nuevas perspectivas en la concepción del derecho de daños.

Existe, también, tendencias a incluir dentro de la responsabilidad civil, los actos legislativos, para cuya hipótesis se ha perfilado la responsabilidad civil del legislador por violación de normas constitucionales.

2.2.1.1 Tendencias Actuales

La doctrina civilista reivindica para el derecho de daños la temática de la responsabilidad estatal, ello implica dejar de lado la concepción denominada administrativista, que entiende que la responsabilidad estatal es cuestión casi exclusiva del derecho público y que sustenta, que el responder público es muy diverso del privado. Los nuevos vientos que soplan en el derecho de daños, permiten afirmar que ésta no es una diferencia esencial, entre la responsabilidad de las personas públicas y las personas privadas, ya que la idea de responder significa simplemente el desplazamiento de las consecuencias dañosas sufridas por la víctima al responsable, por la concurrencia de algún motivo que hace justo y razonable que así sea.⁶⁴²

Ésta moderna concepción del daño, centra su atención en la víctima en lugar del ofensor; de tal manera que el elemento convocante es el daño; que para la responsabilidad importa un fenómeno único, no obstante los diversos campos en que nace; el carácter público de la persona del dañador no es un elemento que impida abrazarlo dentro de los daños, aunque los principios de derecho público impongan ciertas particularidades.⁶⁴³

⁶³⁵ Corte di cassazione. Sentencia 3939 de 29 de ottobre de 1982, en aprile de 1996.

⁶³⁶ Corte di cassazione. Sentencia 1068 de 4 de febraio de 1987.

⁶³⁷ Corte di cassazione. Sezioni Unite. sentencia 2726 de 14 de marzo de 1991.

⁶³⁸ Corte di cassazione. Sentencia 6197 de 26 de novembre de 1979, in Foro It. 1982 I, Col 810.

⁶³⁹ Tribunale di Firenze. Sentencia de 4 de junio de 1992, en Resp. Civ. Prev 1992 Pág. 609.

⁶⁴⁰ Corte di cassazione. Sentencia 6707 de 4 de agosto de 1987, in Foro It Rep. 1987 voz *Responsabilità civile* No 88.

⁶⁴¹ Corte di cassazione. Secione unite. Sentencia 8836 de 27 de ottobre de 1994, en banca borsa e titili di credito. 1995, Il Pág. 525.

⁶⁴² HUSSON León. *Les trasformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*. Pág. 239, Citado por ANDORNO CIFUENTES- DO COUTO E SILVA GODENBERG KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLTZ. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. Que contiene las ponencias desarrolladas del congreso doctrinal sobre el daño y protección humana, con la participación de destacados jurista y doctrinarios de los países Argentina, anfitrión, Brasil y Perú. La Rocca. Buenos Aires. 1993.

⁶⁴³ ANDORNO CIFUENTES-DO COUTO E SILVA-GODENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI-

El fundamento de la responsabilidad del Estado, del deber de reparar está en el fundamento último, es decir, la más profunda razón que abarca todos los supuestos en que el Estado debe responder por sus conductas (activas u omisivas), frente a las víctimas que sufren menoscabo, en relación causal adecuada con aquéllas, reside en la vigencia del Estado de Derecho y los principios constitucionales que lo informan y abarca todos los supuestos de responsabilidad cualquiera que sea el órgano o poder que actúe, legislativo, ejecutivo o judicial. En ese sentido se ha pronunciado la comisión de trabajo doctrinal sobre el tema efectuado en Argentina con participación de juristas del Brasil y Perú.⁶⁴⁴

El Estado cuando actúa como principal, puede comprometer su responsabilidad por razón de garantía o riesgo beneficio; por los hechos de sus cosas riesgosas o viciosas. El factor de atribución es el riesgo creado. Cuando sus órganos actúan culposa o dolosamente, el dolo o la culpa fundan la obligación de reparar; cuando la actividad es lícita, muchas veces encuentra su razón inmediata en la imposibilidad de hacer soportar desigualmente las cargas públicas.⁶⁴⁵ Yo agregaría que el actuar culposo o doloso no importa un cambio de atribución, igual en este caso el factor es objetivo, la calificación de la conducta sólo tiene efectos para la repetición que debe ejercitar el Estado contra sus autoridades, funcionarios o empleados públicos.

Se confirma la naturaleza resarcible de las lesiones, además que los actos ilegítimos son fuente de responsabilidad civil de naturaleza objetiva, esto es, independientemente de determinar el dolo o culpa de la administración pública (funcionarios o empleados públicos).⁶⁴⁶ La naturaleza de ésta responsabilidad, es, además, objetiva porque no es necesario demostrar la culpa en la elección o en la vigilancia del funcionario. El Estado incluso responde por el actuar lícito de sus funcionarios,⁶⁴⁷ claro está, cuando estos actos han generado daño con el desequilibrio de cargas públicas que deben estar ajustadas al principio de igualdad.

En cambio la responsabilidad de la Administración pública (funcionarios y

LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLTZ. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. Ob. Cit. Pág. 196-197.

⁶⁴⁴ Ver ANDORNO CIFUENTES-DO COUTO E SILVA-GODENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLTZ. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. Ob. Cit. Pág. 198.

⁶⁴⁵ MAYER Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Depalma. Buenos Aires. 1982. No 53 Pág. 215.

⁶⁴⁶ Corte de *Cassazione*. Sentencia No 6542, de 9 de junio de 1995.

⁶⁴⁷ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Tratado...* Ob. Cit. Pág. 697, hace referencia a que la reparación es el resultado de la aplicación del principio de igualdad de las cargas públicas, de los daños que causen sus funcionarios por actuar lícito. O cuando el funcionario actúa regularmente pero el daño se produce por falta de servicio, por una mala organización funcional del Estado. La falta de servicios es una creación de la doctrina Francesa

empelados públicos) es subjetiva, el Estado para ejercer su derecho de repetición debe demostrar el dolo o la culpa del funcionario que generó el daño, ya que no siempre será viable, podría ser que el daño sea atribuible a una inadecuada planificación del Estado, en cuyo caso no hay culpa del funcionario.

Según algunas legislaciones,⁶⁴⁸ el acto debe ser irregular. Se considera irregular cuando hay abuso en su ejercicio o el funcionario se ha extralimitado en sus funciones, aún la función discrecional debe ser ejercida en forma regular. No se puede reputar el acto como irregular si el funcionario actuó en cumplimiento de la ley. En mi criterio la demostración de la culpa o dolo es suficiente, ya que todo acto sea doloso o culposo y que entrañe responsabilidad por sí mismo, es un acto irregular, por lo que el presupuesto de la irregularidad, lo considero superfluo, mucho más si la irregularidad por sí sola no genera responsabilidad.

Existen corrientes, que exigen, que el acto del funcionario público, hubiera sido mínimamente culposo,⁶⁴⁹ en tanto que, otras requieren que exista dolo o que la culpa sea grave,⁶⁵⁰ considero que por la función que cumplen la acción de repetición, debe ser por culpa leve, de lo contrario no cumplirá una función disuasiva, que prevenga al funcionario, que debe desempeñar sus funciones en forma diligente y sin dañar a los administrados ni al Estado.

Se descarta la responsabilidad del Estado por actos personales del dependiente, en situaciones en las que no existe nexo entre la actividad realizada ni las consecuencias de dicha función y el Ente público.

Se observa una mayor tendencia en admitir que el Estado, es responsable del acto de sus funcionarios, esto por la relación orgánica entre Ente y funcionario. El Estado como ente actúa por medio de sus dependientes, de sus órganos y de los sujetos subordinados, éstos no representan al Ente sino que son el Ente mismo. Está relación hace que el nexo causal no se rompa ni por el dolo del funcionario público.⁶⁵¹

Se trata de una responsabilidad directa, en virtud de la relación orgánica que fusiona la actividad de los Entes con la del Ente público.⁶⁵² La responsabilidad es directa, porque la administración no responde en forma subsidiaria o en defecto del funcionario que no lo haga,⁶⁵³ sino por sí misma, ello no implica que el Estado que resarce el daño, no tenga la acción de repetición en contra de sus funcionarios, existe una responsabilidad interna de naturaleza contractual entre estos; en tanto que la responsabilidad del Estado con relación a la víctima del

⁶⁴⁸ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 693

⁶⁴⁹ La legislación Argentina, exige tan sólo que el acto sea culposo.

⁶⁵⁰ España, exige que el acto de la administración correspondiente, que hubiera incurrido en dolo o negligencia grave, La Alema exigen dolo (*vorsatz*) o culpa grave (*grosser fahrlässigkeit*).

⁶⁵¹ Corte de Cassazione. Sentencia No 1879, de 24 de marzo de 1982, en Giust. Civ. 1982, I pág. 3105.

⁶⁵² ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 708.

⁶⁵³ GUSTAVO Elías. Responsabilidad de los funcionarios y de la administración pública. Ed. 116-403.

daño es extracontractual, ya que no existió en forma previa un nexo contractual.

Pero para definir la responsabilidad del Estado, se requiere que deba haber nexo entre el acto realizado en ejercicio de las funciones y el daño, dicho en otras palabras, sólo será responsable el Estado si el acto productor de daño resulta del ejercicio de funciones. Al respecto, LÓPEZ tomando los conceptos de LLAMBIAS, considera responsable únicamente cuando actúa en ejercicio o motivo, pero nunca por los actos cometidos en ocasión de la función.⁶⁵⁴ En tanto que BORDA, atribuye responsabilidad al Estado, siempre que los actos guarden razonable relación con el servicio, así estos actos sean cometidos en ocasión de las funciones, sienta posición: *Nosotros creemos que los actos cometidos en ocasión de las funciones también obligan al estado, siempre que la función pública hubiera facilitado la comisión del ilícito.*

Coincido con esta posición, considero que el Estado está obligado a responder, incluso por los actos cometidos en ocasión de sus funciones, esto es, cuando el funcionario sin estar en ejercicio de sus funciones realiza un acto del que resulta un daño, el que no se hubiera podido realizar de no ser funcionario, ésta calidad fue la que dio ocasión al daño. Entonces el nexo causal debe ser tal, que muestre una estrecha relación causal entre el acto dañoso con el ejercicio de funciones o con la calidad de funcionario público, siempre que esta calidad hubiera dado ocasión al daño.

Lo expuesto hace que la legitimación pasiva de la acción recaiga contra el Estado, hay tendencias que sostienen que la acción puede interponerse en contra del Estado y del funcionario,⁶⁵⁵ en tanto que otra mayoritaria, legitima pasivamente sólo el Estado, posición con la que comparto y eso por las razones expuestas precedentemente. Al ser el Estado el responsable directo, es lógico que sólo él esté legitimado para ser demandado, sin perjuicio de ejercer luego la acción de repetición, acción que cumple una función disuasiva tanto respecto del funcionario público culpable como de la administración.⁶⁵⁶

Otra cuestión importante, es que la demanda de daños no requiera como en la generalidad de los casos, agotamiento de la vía administrativa, sino que esté expedita cuando se produce el daño.

La reparación de daños derivada de la actividad legislativa, comprende tanto los daños provocados por las leyes constitucionales como inconstitucionales. La obligación de reparar el daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como de los lícitos, criterio aplicable a la responsabilidad estatal por la

⁶⁵⁴ ADORNO CIFUENTES-DO COUTO E SILVA-GODENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLITZ. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. Ob. Cit. Pág. 200. El trabajo de la comisión, considera que su postulación otorga una indudable primacía, en su carácter de alfa y omega de toda construcción jurídica

⁶⁵⁵ Las legislaciones española y norteamericana, disponen que la acción se la dirija al Estado y Funcionario en forma conjunta.

⁶⁵⁶ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* b. it. Pág. 700

actividad legislativa.

2.2.2 Responsabilidad del Juez.

En cuanto a la responsabilidad del Juez, las premisas comunes están relacionadas a la autonomía e independencia del poder judicial con respecto a los otros poderes del Estado, independencia externa e interna del Juez, en cuanto a sus decisiones. Así como, la función delicada que cumple el órgano judicial que debe definir la contienda de dos intereses contrapuestos en disputa, en la que cualquier elemento que lo perturbe puede interferir en la imparcialidad del Juez; que debe ser protegida, pero también, se debe proteger que el actuar del juez no provoque perjuicios por errores que puedan condenar injustamente, privar de su libertad a un sujeto, siendo éste inocente o condenar en la vía civil o administrativa con pérdidas económicas injustas, inclinación decidida en la doctrina,⁶⁵⁷ no corresponde plantear ausencia de responsabilidad civil en este sector.

Sin embargo de este convencimiento, existen interrogantes sobre la forma de aplicar la responsabilidad civil, sobre los elementos de su configuración, los factores de atribución, su naturaleza, la relación de autonomía y del Estado como ente pasivo de de la acción. Siguiendo el principio rector de la responsabilidad en general no existe acuerdo sobre muchos de estos aspectos.

La doctrina Italiana, es muy enriquecedora por lo que tomaré en este trabajo los actos más relevantes de su desarrollo, para luego, de acuerdo a la metodología comparatista hacer un análisis de otras corrientes doctrinarias.

Hay tendencias, en sentido de que la responsabilidad de los jueces debe recaer en el Estado y que sobre ellos sólo debe recaer el sistema disciplinario,⁶⁵⁸ ya que los magistrados están incluidos dentro de los dependientes del Estado. Analiza el régimen especial creado por Ley No 117 de 13 de abril de 1988.

Considero interesante y útil referirme al contenido de esta norma, debido a la participación activa de la doctrina y jurisprudencia que apuntan a reducir la inmunidad del magistrado y a eliminar situaciones de privilegio.⁶⁵⁹ Es esclarecedor, el gran debate doctrinal en el congreso italiano, previo a su tratamiento y aprobación por referéndum y con posterioridad al mismo; cuyo análisis y argumentación, los llevó a coincidir en tipificar las hipótesis ilícitas de los

⁶⁵⁷ Convención Americana de los Derechos de Hombre (Pacto de Cota Rica), en su Art. 10 establece: toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

⁶⁵⁸ Proyecto de ley Rognoni, en Foro it. 1987 I col 640. el Debate al respecto.

⁶⁵⁹ Sentencia No 2 de 14 de marzo de 1968, publicada en Giust. Civ. 1968, pág. 288, con comentario de CASETA. Sentencia No 140, de 3 de junio de 1983, publicada en Foro ti. 1983 I col 1800, con comentarios de GIRO Y PILITANO. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentencia No 557 del 30 de 1985, en Foro It. 1985 I col 378, con comentario de CARUSO en dicho caso la Sezioni Unite confirma la sentencia del SEM Sez. Dit., del 9 de febrero de 1983, en Cass Pen, Mass. 1983 Pág. 750. Corte di Cassazione Sezioni Unite. Sentencia No 2181 de 28 de marzo de 1985, en Foro it. 1985 I col. 2951.

magistrados en el juzgar y en el uso de procedimientos,⁶⁶⁰ vale decir, que el Estado, puede ser demandado por el juzgamiento y condena de un inocente o por denegación de justicia o por no haber seguido adecuadamente el procedimiento que constituye una garantía del debido proceso por parte del juzgador.

Se pone a cargo del Estado, indemnizar el daño sufrido, sin perjuicio de la acción de regreso. Se elimina el límite del dolo. Se establece en particular, quién ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, de un acto o de una decisión judicial, realizado por un magistrado con dolo o culpa grave, en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia, puede accionar contra el Estado y demandar el resarcimiento de daños patrimoniales y también, de los no patrimoniales que deriven de la privación de libertad. Se identifica la hipótesis de culpa grave y culpa omisiva.

La acción de resarcimiento, contra el Estado frente al presidente del *Consiglio dei Ministri*, en el caso de sentencia o resolución que hubiera sido impugnada y que hubiera agotado el procedimiento y se encontrara ejecutoriada.

La naturaleza de ésta responsabilidad según la doctrina imperante es Aquilia y junto a la responsabilidad de los magistrados, echa raíces que ésta se extiende por los daños ocasionados por los propios funcionarios judiciales.

Las tendencias actuales sobre la norma, establecen un régimen especial, en sentido, de que la responsabilidad del Estado es directa no subsidiaria. En el supuesto de culpa grave del magistrado o funcionario judicial, el Estado actúa contra éstos de regreso, pero limita la indemnización al máximo del tercio de sus estipendios.

También, se ha criticado la equiparación entre culpa grave y dolo, en sentido de que incluso en caso de dolo responde sólo el Estado, ésta responsabilidad en supuesto de ilícito penal se presenta como *inmunidad de suyo incongruente y no homologable*. El damnificado necesitaría la reparación del daño por el imputado.

Algunas de las normas han sido impugnadas ante la Corte Constitucional, la que declaró casi en su totalidad infundada, con excepción de una cuestión formal.⁶⁶¹

Lo precedentemente expuesto, a la luz del análisis comparado, sientan bases comunes en algunos aspectos, pero también, existen otros en los que se distancia. Entre los aspectos comunes más relevantes, tenemos: la admisión de la responsabilidad del Estado por los daños provocados por magistrados y funcionarios, con excepción de los que admite la responsabilidad personal del Juez.⁶⁶² Admisibilidad de la acción, sólo, cuando se ha agotado el procedimiento y hubiera adquirido la sentencia o resolución la calidad de cosa juzgada. Hay

⁶⁶⁰ Ley No 17 de 13 de abril de 1988, Italia.

⁶⁶¹ ALPA Guido Nueva... Ob. Cit. Pág. 728-729

⁶⁶² La doctrina, legislación y jurisprudencia de la Argentina asigna la responsabilidad personal del Juez por error judicial.

unanimidad sobre la acción de regreso, aunque concebida de diferente forma, para algunas sólo procede en caso de culpa grave o dolo.⁶⁶³ Como en todo proceso civil de responsabilidad es necesario que exista daño. Todos coinciden que esta responsabilidad es de naturaleza aquilina o extracontractual.

Con relación a los confines de la responsabilidad existen interesantes corrientes doctrinales, particularmente en la limitación de la responsabilidad por dolo o culpa grave. La legislación comparada señala la necesidad de culpa grave,⁶⁶⁴ algunas incluso de dolo,⁶⁶⁵ pero también una nutrida corriente, se opone a la culpa grave, postula la hipótesis de culpa simple. Otra exige como presupuesto de la acción que el acto judicial sea irregular o ilegal, esto es, cuando el fallo implica un verdadero sacrificio desigual. El error que da derecho a la reparación definido por BUSTAMANTE, *aquel que es ejecutado por el Juez en el proceso, que resulta objetivamente contradicho con los hechos de la causa o con el derecho o la equidad desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llevar.*⁶⁶⁶ Contraponiéndose a estas existe otra, que postula la irresponsabilidad del Juez.⁶⁶⁷

Así, habrá culpa del juez, *si su falta de probidad responde al autoritarismo, al desinterés, a la falta de vocación por la justicia, a la desidia, a la supina ignorancia, motivos suficientes para generar errores patentes, manifiestos y palmarios,*⁶⁶⁸ que sin duda deben dar lugar a la acción resarcitoria, no se podría considerar irrelevante para efectos del derecho de daños, que un inocente sea condenado con la pena de privación de libertad o con la pérdida de su patrimonio, por la supina ignorancia del Juez, quién por su escasa preparación, incurriese en tremendos errores de apreciación de las pruebas y aplicación de normas, ya decía Pantaleón Dalence,⁶⁶⁹ que un Juez ignorante es tanto más peligroso que un Juez corrupto, en este caso más que culpa del Juez, existe culpa, yo diría gravísima del Ente que lo calificó apto para tal función, si a la parte se le impelería probar la culpa grave del Juez no podría hacerlo, pero sí podría probar el error grotesco en el que incurrió y la injusticia de su fallo.

La desidia del Juez, puede ser probado por el tiempo en que demoró en resolver una cuestión planeada, cuando tenía un plazo para hacerlo, en cuyo caso, resulta irrelevante demostrar la culpa, en mi criterio, el nexo causal del daño resultaría de la relación entre el daño y la tardanza de la resolución producto de la desidia del

⁶⁶³ La doctrina, legislación y jurisprudencia de Alemania

⁶⁶⁴ Italia en su ley 1988 y en Francia en su ley 79/43 de 18 de enero de 1979.

⁶⁶⁵ BGB Art. 839 Inc. 2

⁶⁶⁶ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Responsabilidad del Estado por error judicial. LL 1996-B-311.

⁶⁶⁷ Sistema seguido por el common law y el derecho estadounidense.

⁶⁶⁸ KEMELMAJER de Carlucci Aída. *El deber de los jueces de reparar el daño causado*. Revista de Derecho de daños No 9 Buenos Aires 2000, Rubinzal-Culzoni Pág. 128.

⁶⁶⁹ Presidente de la Corte Suprema de justicia, esclarecido y reconocido Jurisconsulto boliviano de gran prestigio, que dejó huellas indelebles en la judicatura nacional, sus doctrinas sobre derecho constitucional y probidad con la que administró justicia lo hizo llamar maestro y mentor de la judicatura boliviana.

Juez, orden en la que se generan los mayores perjuicios, resultaría una verdadera injusticia, que se imponga a la víctima pruebe la culpa y mucho más la culpa grave, cuando es evidente la injusticia en la que incurrió el Juez por su desinterés. Que por otra parte, podría ser fácilmente excusada por éste con la carga excesiva de trabajo, muy común, pero en éste caso debe la víctima asumir la excesiva carga procesal, o es el Estado que debe proveer de suficiente presupuesto para que el trabajo del Juez sea cada vez más eficiente, la respuesta lleva incuestionablemente a la responsabilidad del Estado.

Así, pudiéramos enumerar un sin fin de hipótesis de culpa y culpa grave, tornándose imposible en esas condiciones obtener un fallo favorable que restituya la legalidad y la justicia, haciéndose ésta una quimera.

Si bien, el órgano judicial, por la función que cumple debe ser protegido, con el fin de mantener su independencia, en pos de preservar por todos los medios la imparcialidad. Considero también, fundamental, que quien se ve seriamente perjudicado en sus intereses tenga expedita la acción de responsabilidad, sin mayores obstáculos que aquellos establecidos para el funcionario público.

Condicionar la viabilidad de la acción, a la demostración de la culpa grave, implica en sí mismo la imposibilidad de accionar, haciéndose estéril la *responsabilidad del órgano judicial*, dicha exigencia, en los hechos, torna irresponsable al órgano judicial por los daños provocados.

Otro tema debatido, es sobre el desafuero del Juez para instaurar la acción, existe tendencia, que considera que la falta de desafuero hace inadmisibles la acción;⁶⁷⁰ postura contradicha por quienes sostienen que no es necesario el desafuero del juez. Esta exigencia se debe a una mala interpretación de la Constitución Política del Estado, que protege a sus miembros de la privación de libertad, norma, en mi concepto, no aplicable a materia civil, en este sentido hay pronunciamientos interesantes atribuyendo responsabilidad al Estado.⁶⁷¹ La corriente más reciente, discrepa con el criterio tradicional que viene sosteniendo la Corte Suprema de la Nación;⁶⁷² concluye *la acción contra el Estado no requiere el previo desafuero del Juez*. Postula una interpretación restrictiva de la norma constitucional, limitando su trascendencia a la veda de la detención y procesamiento de los magistrados por sus pares del fuero criminal, pero sin que obste a la demanda civil por los daños causados.⁶⁷³

⁶⁷⁰ C. Nal. Civ, Fernandez Alvarino v. Sabatini Eduardo. N. sala B 3/8/1982. ED 100-529. C. 1°. Civ. Y Com. San Isidro, sala I 31/8/2004, F. A.M. vs. R. Y otros. RCyS de octubre de 2004.

⁶⁷¹ Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, llevadas a cabo en 1986, en la comisión "Responsabilidad del Estado"

⁶⁷² CSN 6/9/10, fallos 113:317; id. 17/4/13, Fallos 116:409; SCBA 1º/6/20. JA 4-435; CCiv. 1ª Cap. 14/9/27, JA. 27-31; ST Córdoba, 14/10/25, Cit. Por Aguiar *Hechos, Hechos y actos jurídicos*, Tea Buenos Aires 1950, Tom. II No 70 Pág. 464.

⁶⁷³ ADORNO CIFUENTES-DO COUTO E SILVA-GODENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLTZ. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad*

El estudio comparado, los avances operados en otras legislaciones, contribuyen a una apertura y adopción de soluciones en las hipótesis de la responsabilidad civil de los administradores de justicia, siendo el responsable directo el Estado, como único activo pasivo de la acción y al tratarse de acción civil, la acción no requiere del desafuero, que se limita a la acción penal.

2.2.3 Responsabilidad de los Medios de Comunicación Social

El derecho a la libertad de expresión, a la difusión del pensamiento, de las ideas, de la información, constituyen parte fundamental del Estado de Derecho, sin libertad de expresión no se podría concebir a la democracia. El desarrollo y purificación de la democracia se debe en gran medida a la intervención de los medios de comunicación social, que se han constituido en medios de control de la sociedad civil, del manejo de la cosa pública, del poder. Su intervención en la comunicación, particularmente de la actividad estatal, del manejo de la actividad política, contribuye a la transparencia y con ello a la lucha contra la corrupción. Los medios de comunicación tienen la capacidad de llegar a los sectores más recónditos de la nación para informar y difundir sus pensamientos, el alcance logrado los hace llamarse medios de difusión masiva.

La realidad actual, de la práctica de los medios de comunicación, muestra una moneda con dos caras, por un lado, su anverso ilusiona y hasta obnubila por las maravillosas posibilidades que brindan tales medios, que pueden utilizarse para informar, para prevenir enfermedades, para cultivar al pueblo, aumentar sus posibilidades educativas y culturales, etc. Es indudable que un concierto en el teatro o un espectáculo de ballet ruso pueda trascender los reducidos espacios de una sala de teatro, para llegar a millones de espectadores, a través de la televisión; es indiscutible, también, que una radio puede propagar la palabra de un líder político o religioso, llevándola hasta miles o millones de personas, como ocurrió con el general De Gaulle que instaba al pueblo francés a resistir al opresor nazi, a través de radios clandestinas. Churchill cuya tozudez y determinación fueron el obstáculo fundamental contra el que se estrelló el nazismo. El Ayatollah Khomeini, que logró desde el exilio con su palabra destronar a la dinastía de los Sha en Irán.

Sin contar con un medio de prensa adecuado -como la BBC- ni Churchill habría llegado a ser el paladín de Occidente, ni posiblemente, el mundo seguiría libre. Si la eficiente maquinaria de propaganda alemana, montada por Goebbels de 1933 hasta 1945, no hubiera sido confrontada por medios de difusión libres con gran penetración, el mundo ofrecería hoy una imagen radicalmente diferente de la que acostumbramos ver.⁶⁷⁴

Los medios de comunicación tienen una decisiva influencia, en la sociedad, así como gracias a ellos se crearon líderes, también estos, con el otro lado de la medalla han generado violencia, con la transmisión de actos violentos,

del Estado. Ob. Cit. Pág. 203.

⁶⁷⁴ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 212.

sangrientos, han influido en actos realmente lamentables, recordemos la muerte de la princesa de Gales, que se estrelló, cuando era asediada por la prensa en París.

La protección de los derechos de las personas en general y de los derechos personalísimos, en particular, frente a la agresión posible o ya producida por parte de los medios masivos de comunicación, constituye una cuestión de suma importancia en el momento actual, ya que en aras de la libertad de prensa muchas veces se ve naufragar, atacados o afectados por publicaciones indebidas, prerrogativas fundamentales del ser humano tales como el honor, la intimidad o la imagen;⁶⁷⁵ en este contexto se encuentran enfrentados dos derechos fundamentales, por una parte la libertad de expresión y de prensa y por otra la libertad a la intimidad, derecho de orden personalísimo.

El derecho al honor, a la intimidad, constituyen derechos personalísimos del ser humano son atributos valiosísimos de la personalidad, muy queridos y defendidos por el hombre, la historia de la humanidad muestra que los ataques más grandes de odio y venganza privada se han generado en defensa del honor, recordemos los famosos duelos fueron siempre buscando limpiar con sangre el honor. El daño a este valor humano surge por el abuso del ejercicio de la libertad de expresión, no existe otro medio, sino la comunicación, la expresión oral o escrita, la que daña al honor, al buen nombre, la reputación de la persona, provocando una colusión o choque de derechos, que como resultado generan la reparación del daño, ya que todo el que daña el derecho al honor, está sujeto a su reparación.

Sin embargo de parecer sencilla la solución, no lo es, ya que existen posiciones encontradas entre quienes privilegian la libertad de prensa como un derecho de naturaleza pública y consideran que ésta no puede sufrir límites, ni siquiera cuando están en juego derechos de la persona y quienes poniéndose en la vereda opuesta, ubican en el centro de la cuestión los derechos de la persona, postulando que la libertad de prensa no puede llegar al extremo de violar esos derechos.

La jurisprudencia italiana, propone la cuestión desde un punto de vista técnico: ¿constituye el ejercicio de un derecho (la llamada “libertad de expresión”) un límite a la responsabilidad del periodista, que lesiona la reputación ajena? En el juicio de responsabilidad es necesario realizar una evaluación comparativa de los intereses: el interés del dañado y el interés del damnificado. En este caso el interés del periodista y el interés del particular. De lo que se trata, entonces es de realizar la composición entre dos valores. La libertad de prensa protegida por el Art. 21 de la Constitución y la vida íntima de la persona, de su reputación (como derecho de la personalidad), privilegiada mediante el Art. 2 de la Constitución.⁶⁷⁶

Quien siga la primera tendencia opinará, que la libertad de prensa no puede sufrir

⁶⁷⁵ PIZARRO Ramón Daniel. *Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño de los medios de comunicación) en Responsabilidad por daños*. Homenaje a Jorge Bustamante Alcina. Hammurabi. Bellido Perrot. Buenos Aires. 1990. Tom II. Pág. 43 No I.

⁶⁷⁶ ALPA Guido. *Nuevo...* Pág. 586.

límites, salvo lo explícitamente señalado en la norma constitucional, en la que no se encuentra el derecho al honor, a la reputación, ni el derecho a la *privacy* de los particulares; b) los derechos de la persona no reciben protección directa de la Constitución, sino solamente de leyes ordinarias. c) el Art. 2 es una norma general, se aplica sólo si es invocada por otra norma constitucional, de lo contrario no puede dar fundamento al derecho de la personalidad, ni ser aplicada directamente en la relación entre particulares. d) entre el conflicto de dos valores, debe ceder, necesariamente la norma de protección a la persona, por razones formales y de política del derecho.

Quien siga, en cambio la segunda tendencia opina exactamente lo contrario, línea a la que me adscribo, la preferente aplicación de una norma con relación a la otra del mismo rango constitucional, en nuestro derecho, no corresponde por el principio de que las normas y derechos proclamados en la constitución para su aplicación no necesitan de reglamentación alguna. Entonces al tratarse de valores homogéneos, de igual rango constitucional, es necesario identificar los criterios aplicables para su equilibrio.

La doctrina italiana se remite a la sentencia de la Corte de *Cassazione*, que circunscribe a tres criterios, la utilidad social de la información, la verdad objetiva y la forma civilizada de la exposición de los hechos. Los dos primeros criterios, resultan demasiado ambiguos y huidizos, por lo que su aplicación lejos de ayudar a identificar los criterios aplicables para su equilibrio, considero que los distorsionan. Los italianos usan como referencia los principios deontológico y de mayor rectitud profesional, el decálogo del periodista, pero no siempre en sus fallos lo usan.⁶⁷⁷ Existen muchos fallos dictados en los que se asienta el principio de la utilidad social de la información, la vida privada no reviste interés y por lo tanto existe abuso en la información.

La doctrina italiana, ha asimilado el daño que se provoca por medios escritos a los de la difusión por radio y televisión, aplicándose las mismas reglas para todos los medios de comunicación.

Una interpretación teleológica y sistemática del articulado de la Constitución, nos conduce a sostener que el derecho inherente a cada individuo para preservar libremente su pensamiento por medio de la prensa, puede ser regulado. Regulación que tiene por objeto armonizar su ejercicio con la debida tutela que merecen las restantes libertades constitucionales. No se puede imponer la censura directa o indirecta, pero si prever la aplicación de sanciones cuando por medio de la libertad de prensa se incurren en arbitrarias lesiones para algunas de las especies de género que ella integra.⁶⁷⁸

La jurisprudencia española, ha definido que la libertad de expresión y el derecho al honor poseen grado constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede

⁶⁷⁷ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 587.

⁶⁷⁸ BADESI Gregorio. As doctrinas "Campillay" y de la "real malicia" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La Ley. 2000 -C- 1244.

concederse carácter absoluto o prevalencia, haciéndose preciso en cada supuesto de colisión de los mismos la fijación de los respectivos límites de cada uno, para determinar sí el ejercicio de la primera a través de la manifestación de opiniones afecta o no a la dignidad personal del sujeto aludido. Con tal fin deben ser ponderadas tanto las circunstancias, como la posible calidad de persona de proyección pública, pues en este último supuesto experimenta disminución de su derecho al honor. Agrega el fallo, “la libertad de expresión nunca puede ser invocada para legitimar un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona que proclama el Art. 10-1 de la Constitución española y d) para que se pueda conceder prevalencia a aquella libertad sobre el derecho a la protección del honor, han de concurrir dos inevitables requisitos: que la información transmitida verse sobre hechos de interés genera -ya sea político, social o económico- y que la misma sea verás o que al menos aparezca observando diligentemente el deber de comprobar o contrastar su veracidad a través de datos objetivos, si bien en éste segundo punto se exige con mayor rigor en la libertad de información, que en la de expresión”.⁶⁷⁹

La prensa había difundido la participación de una persona en una actividad delictiva sin indicar la fuente de la noticia, que era un comunicado policial y sin que se manifestara claramente que se trataba de una situación no juzgada definitivamente; la Corte dio lugar a la demanda de daños y perjuicios, sentando los siguientes principios básicos: el honor puede afectarse no sólo a través de los delitos de calumnia e injuria sino también, de un acto meramente culpable o aún de ejercicio abusivo del derecho a informar; para excusar su responsabilidad el órgano de prensa debió haber indicado la fuente y utilizar un tiempo de verbo potencial o haber guardado reserva sobre la identidad de las personas.⁶⁸⁰

La doctrina y jurisprudencia con mayor desarrollo sobre el tema es la del *common law*, que formuló verdadera doctrina en torno a la *privacy*, traducido como, “derecho a la intimidad”, “derecho de reserva”, “derecho al secreto de la vida privada”, “derecho a ser dejado en paz” (*to be let alone*), y la doctrina de la real malicie en protección del hombre público.

Para PROSSER, son cuatro los tipos de violación a la intimidad:

Daño a la imagen o derecho a la publicidad, se refiere al uso de la imagen o al nombre de otra persona para su propio beneficio. Configura el uso para beneficio propio, asentado el *tort restatements first*.

Interferencia intencional en los asuntos privados, la vida, la residencia de otra persona. La inclusión debe ser irrazonable y exceder la sensibilidad de una persona media,

Revelación pública de hechos privados o íntimos, los requisitos son: debe ser en

⁶⁷⁹ Tribunal Supremo de España. Sala 1ª. 1/10/02. Sentencia No 913/2002. ponente Sr. Almagro Nosete, en sistema informático El derecho (Esp.) caso 2002/37154.

⁶⁸⁰ CSJN 15/5/86 Campillay c. La Razón ED 118-303 con nota d BIDART CAMPOS. La ley 1986-C-406. en similar sentido Spacarstel Néstor c. El Día S.A., LLBA 1999-568 y DJBA 156-305.

forma pública. Los hechos revelados deben ser privados y no públicos. El material publicado debe ser ofensivo a una persona razonable y no a una hipersensible. El público en general no debe tener derecho a saber esa información.

Falsa a luz de los ojos del público, *restatement seond*, cuando con dolo o culpa grave se emite un enunciado público de manera distorsionado o tergiversado, presentando al sujeto de una manera muy ofensiva, al criterio de una persona razonable. Es un *torts* mixto tiene mucho de violación a la intimidad, pero también difamación. LÓPEZ, como ejemplo señala: Time Inc. v. Hill y Cantrell City Publishing v. Forret. La publicación del taxista honesto, en la historia publicitada sobre estafa.⁶⁸¹

La *privacy* involucra:

El derecho a la identidad personal, es decir, a la identidad ideal constituida por el patrimonio de valores, de orientaciones políticas, económicas, sociales o sexuales propias de un individuo.

El derecho al nombre, ya no considerado como signo distintivo, sino, también, como expresión de la historia personal, al modo de ser y de presentarse de un individuo.

La identidad genética.

A los derechos del enfermo, cuando la enfermedad está ligada con su comportamiento (hedonístico, sexual etc.).

Al conflicto entre estos derechos o, más exactamente, estas figuras del derecho unitario y omnímodo de la personalidad, con la libertad de prensa, propia de los periodistas, que elaboran en el periódico o en las redes televisivas y con el derecho de expresión artística.

La *privacy* se interesa, además, en la evolución de la tecnología, que hace más vulnerable a la persona, tal es el caso de las tecnologías informáticas de base de datos, que se van introduciéndose paulatinamente en la sociedad civil, “conciencia social” absorbida como expresión de libertad de los individuos, que debe ser organizada al interior de la organización de la colectividad, *la privacy* es considerada como un derecho civil y se la ubica dentro los derechos de tercera generación. Expansión del dictado normativo a los casos no contemplados. Las adiciones del intérprete sirven de vehículo en la construcción del derecho de los valores en los que se cree, en los cuales él se vuelve intérprete, en ocasiones apoyándose en la conciencia social.

En el *common law*, hay injuria cuando se expone a otra persona al odio, ridículo o desprecio de los demás,⁶⁸² este derecho está definido en hechos que son considerados injuriosos por si mismos (*injurious per se*) por ende causan daño, la imputación de un delito privado con prisión, alegación de adulterio o falta de

⁶⁸¹ Peay v. Curtis Publishing Co. DDC. 1948, 78 F. Supp. 305.

⁶⁸² DOBBS Dan. *The Law of torts*. Ob. Cit. Pág. 1126-1127.

castidad de una mujer, atribución de ciertas enfermedades especialmente venéreas, la imputación, desprestigiar al sujeto en su profesión, cargo público, actividad comercial, etc.⁶⁸³

La doctrina de la real malicie, postula cuando un medio periodístico o un particular formulan manifestaciones agraviantes para un funcionario del gobierno, una figura pública o un particular involucrado en temas institucionales o de relevante interés público, su responsabilidad jurídica, tanto en materia civil como penal está condicionada a la prueba fehaciente por el accionante sobre el carácter difamatorio de la expresión; la inexactitud de las manifestaciones; que el accionado obró con dolo directo o eventual.

Cuando no se trata de funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados, en temas de aquella naturaleza no se aplican las reglas de la real malicie sino las del derecho común de cada Estado local. Para esta doctrina funcionarios públicos son aquellos que responden por los actos del gobierno. Figuras públicas son todas aquellas personas que sin ser funcionarios del gobierno, son ampliamente conocidos en su comunidad por su prestigio, publicidad, fama, por sus logros, actos u opiniones en las más variadas áreas sociales o temáticas y que fluyen sobre los grupos sociales que además de no permanecer insensibles, les interesa conocer sus opiniones y conductas. Así, a título de ejemplo fueron consideradas figuras públicas los candidatos a cargos públicos electivos. Las reglas de la real malicia también son aplicables cuando los sujetos que se consideran agraviados, son simples particulares que protagonizan acontecimientos de interés institucional o de relevante interés público.⁶⁸⁴

En la doctrina difundida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el propalador del enunciado agravante, normalmente un medio masivo, aunque no necesariamente; responde, civil y penalmente, sólo, cuando a demás, de ser falso o erróneo el hecho publicado, se relacione con un funcionario público, una figura pública o una cuestión de interés público y además, haya procedido con real malicie (*actual malice*) o temerario desinterés hacia la verdad (*reckless disregard*).⁶⁸⁵

Esta doctrina asentó los siguientes principios:

Publicación de un hecho falso y lesivo al honor relativo a una persona se debe indemnizar los daños, porque la culpa surge evidente;

La veracidad de la información, debe ser por la fuente, así está sea falsa;

Personas públicas;

Temeraria, que se actúe con conocimiento de que era falso o con temeraria despreocupación acerca de si era falso o no.

⁶⁸³ MARKESINIS Basil- DEAKIN Simon. *Tort law*. Ob. Cit. Pág. 606.

⁶⁸⁴ BADÉN Gregorio. Las doctrinas "Capillay" y de la real malicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La Ley 2000-C-1244.

⁶⁸⁵ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 760.

La doctrina fue extendida al ámbito penal con *Garrison v. Louisiana*.⁶⁸⁶ Luego se extendió a los candidatos e incluso a cuestiones privadas, en las que estén o no involucrados funcionarios públicos.⁶⁸⁷ La figura pública fue definida como aquella que tiene “fama o notoriedad general en la comunidad y una participación comprometida en asuntos de la comunidad”. La doctrina definió que las personas privadas deben probar la falsedad de la información. La doctrina busca defender la verdad como bien indispensable.

La doctrina de la *privacy*, fue trasplantada a Europa, sirviendo como fundamento inicial la jurisprudencia del *common law*, es un derecho surgido de la jurisprudencia que luego se plasmó en normas de derecho positivo y en el mayor de los casos de rango constitucional, como derecho de tercera generación.⁶⁸⁸

El derecho a la intimidad ha avanzado muchísimo en los últimos años, así lo reconoce la doctrina.⁶⁸⁹

En este orden la reparación del honor, en la vía resarcitoria, ha constituido un avance fundamental del derecho, ha marcado el fin de los actos de duelo o acciones de venganza para limpiar el honor, hacerse justicia con las propias manos. La indemnización procura restablecer el equilibrio roto.

Si bien un ilícito típico, como la difamación, resulta una de las fuentes de actos ilícitos generadores de daño, cabe destacar que no sólo ésta es fuente de obligaciones resarcitorias, lo es también la violación de la intimidad; toda persona tiene derecho subjetivo a su intimidad la que no debe ser difundida arbitraria y abusivamente sin su autorización; la vulneración de este derecho es generador de responsabilidad; dicho en otras palabras, quién viola la intimidad dando publicidad de ésta, está reatado al pago de daños y perjuicios ocasionados con este acto ilícito.

Con relación al derecho a la privacidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, señala: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...” (Art. 11 Inc.2), en igual sentido lo declara la Declaración universal de Derechos humanos Art. 12.

La protección de la reputación, también alcanza a las personas jurídicas, ya que afirmaciones calumniosas que dañan su imagen, su buen nombre, pueden repercutir en disminución de clientes y con ello de ingresos, lo que genera derecho al resarcimiento.

Ahora será importante establecer la naturaleza del daño al honor e intimidad, será

⁶⁸⁶ 379 US 64. El fiscal Garrison es el mismo que inspiró a Oliver Stone para realizar su película JFK.

⁶⁸⁷ *New York Times v. Sullivan*

⁶⁸⁸ Se ha introducido en el Code Civil Art.9 (Francia), Código de la *privacy*, Decreto legislativo No 196 de 30 de junio de 2003.

⁶⁸⁹ PUIG Brutau José. *Fundamento de derecho civil*. Bosch. Barcelona 1983. Tom. II. Vol. II. Pág. 233-245.

un daño con imputación subjetiva u objetiva.

Para una corriente mayoritaria se trata de un daño con atribución subjetiva, ya que se debe demostrar el dolo o culpa de los medios de comunicación, en esta corriente se suscribe LÓPEZ Herrera, que dice: en nuestra opinión el periodista o el medio deben responder por la falsedad lesiva, *sólo cuando han incurrido en culpa. La responsabilidad de la prensa es pues subjetiva.*⁶⁹⁰ En el mismo sentido, numerosa jurisprudencia Argentina ha dejado sentado que el factor de atribución aplicable a la responsabilidad derivada de la información suministrada por la prensa es de raigambre o naturaleza eminentemente subjetiva.⁶⁹¹

En cambio en el *common law* la responsabilidad es de naturaleza objetiva. En el enunciado difamatorio o injurioso no hace falta la demostración de la culpa. Se presume que el acusado había publicado con malicie.⁶⁹²

Si bien, en protección de la prensa, tan vapuleada en regímenes dictatoriales, fue importante afirmar la libertad de expresión imponiendo a la persona damnificada por un daño al honor, al nombre o a la intimidad, demostrar la culpa de los medios de comunicación social; considero que en esta era, se debe dar mayor fuerza al ser humano como una totalidad y en ese orden, opino, que la sola publicación difamatoria, injuriosa o que irrumpe en la privacidad, debe responder a un factor de atribución objetivo, en el que la culpa no tenga relevancia alguna, ya que resulta sumamente difícil probar que la publicación fue producto de dolo o culpa.

La doctrina jurisprudencial, cuando se refiere al factor de atribución, justifica que éste fuera subjetivo, por no existir un sistema excepcional de responsabilidad objetiva, para la actividad riesgosa de la prensa.⁶⁹³ Los cambios de visión sobre el particular, la implantación de un sistema binario, en el que la imputación subjetiva - *la culpa*- deja de ser el único vínculo causal de la responsabilidad por la presencia del sistema de atribución objetivo, con el mismo rango de -norma general-, abre el portón para una aplicación adecuada del factor de atribución, que en este caso, no puede ser otro que el objetivo.

Toda coalición o interferencia de derechos subjetivos, implica abuso del derecho, en consecuencia la coalición del derecho a la expresión y derechos personalísimos, tales como el honor, el nombre, la intimidad, rompe el equilibrio establecido por el principio: -mi derecho se extiende hasta donde comienzan los derechos de los demás-, principio de KANT, seguido por HABERMAS y RAWLS, *Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás.* En este caso particular, estamos ante un acto de abuso del derecho y en ése ámbito se deben aplicar los principios dados por JOSSERAND, esto es, definir el fin y el objeto de

⁶⁹⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 759.

⁶⁹¹ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 233.

⁶⁹² DOBBS Dan. *The law of torts.* Ob. Cit. Pág- 1120

⁶⁹³ CSJN. 2/7/93. P.A.c. Diario la Prensa .A. La ley 1993-E-83 y DJ, 1994-1-131. CN Civ. Sala I. 15/7/96. Ramos Juan c. Lana Jorge y otros. La ley 1997-F-663 y DJ. 1998-1-1010.

la norma. Hipótesis en la libertad de expresión, particularmente, la libertad de información, tienen por objeto hacer conocer a la opinión pública temas de interés de la comunidad, como lo señala la doctrina italiana, ¿será de interés social el honor de la persona?, ¿su intimidad?, probablemente sí, siempre que se trate de una persona pública, verbigracia un candidato a la presidencia, a la prefectura, etc. podría ser importante saber qué tipo de persona es, pero su vida privada no, toda incursión a esta genera un daño que debe ser reparado; si se trata de un ciudadano común, ninguno de estos aspectos implica interés social, por lo tanto al irrumpir en estos se desnaturaliza la esencia, la finalidad de la norma, acto con el que se vulnera el derecho de toda persona al honor, al nombre a su intimidad; al tratarse de abuso del derecho, corresponde un factor de atribución objetivo, en el que la culpa subjetiva, la valoración de la conducta del periodista, no corresponde, o mejor dicho es irrelevante.

2.2.4 Responsabilidad por la Actividad Informática

Será importante definir la informática, para luego relacionarla al derecho y sus incidencias en la responsabilidad civil.

La informática puede considerarse una subespecie de la cibernética y consiste, en esencia, en la información procesada a través de métodos de transformación de la misma, estando su desarrollo íntimamente ligado al de los ordenadores y los sistemas informativos que crean la ciencia y sus aplicaciones técnicas. Por ello se la ha podido definir como la ciencia del tratamiento racional y automático de la información.⁶⁹⁴

Se ha entendido por informática a los “aspectos de la ciencia y tecnología específicamente aplicables al tratamiento de la información, y en particular, al tratamiento automático de datos”, agregándose, con justa razón que la informática no es un fin en sí mismo sino un medio para realizar determinados objetivos.⁶⁹⁵

El Internet se ha convertido en un sitio fundamental para la difusión del pensamiento, conocimientos, posturas, información, etc. Es un medio escrito de gran capacidad para comunicar a millones de usuarios que se encuentran en diferentes partes del mundo y con una rapidez extraordinaria. Es un medio que puede ser utilizado para cometer actos ilícitos que como cualquier medio escrito de difusión, tiene la protección legal en favor de los usuarios. También en este caso, se hacen aplicables las normas generales de responsabilidad civil, claro está con algunas variantes.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, tiene cabida la regulación de que el uso de los medios informáticos y electrónicos, no provoquen daño a sus usuarios, es decir, que este medio de comunicación no vulnere derechos en situaciones en las que no medie una relación contractual entre el operador del

⁶⁹⁴ ROGEL Vide Carlos. *Notas sobre el llamado efecto 2000 la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones*. Revista general de legislación y jurisprudencia III época. No 1 enero-febrero 1999 Reus Madrid 1999 Pág. 59 y SS.

⁶⁹⁵ PALAZZI Pablo A. Virus informático y responsabilidad penal. La Ley 1992-E-1122.

sistema informático y el tercero damnificado. Las hipótesis son varias y están relacionadas a la gran magnitud de almacenamiento de los bancos de información y difusión, tales derechos vinculan con la protección de los derechos intelectuales del autor, que su recuperación sin la autorización del autor o su tergiversación, es una fuente de obligación extracontractual, así como, la defraudación del derecho de autor y la disposición arbitraria. El autor así hubiera vendido su obra, tiene derecho de exigir fidelidad del texto y título.

La llamada información nominativa consiste en el tratamiento autorizado de datos y su almacenamiento en bancos de documentación, para su ulterior divulgación, puede afectar la privacidad de los particulares involucrados en la aplicación de los procedimientos electrónicos de datos y consecuentemente, pueden también causar daños a los mismos.⁶⁹⁶

Se puede dar en dos hipótesis, la primera cuando se incluyen datos falsos o que distorsiona la identidad de la persona o se incluyen datos de personas que no autorizaron su inclusión, así sean datos verdaderos que vayan a ser catalogados, de cuyo acto resulte perjudicado el sujeto en su actividad profesional, financiera, etc.

Desde hace varios años se han ido creando una diversidad de virus informáticos, son programas de computadora que tienen la cualidad de auto replicarse y destruir la información del computador.

La doctrina y jurisprudencia han sentado los siguientes principios: la responsabilidad por la confección y programación de virus, sea a título de dolo o culpa, es plena y enlaza al responsable con el resarcimiento de todos los daños causados. El principio es simple, quién construya un programa de computación, que carece de utilidad y que sólo sirve para causar daño a terceros; sea que se trate de una gracia o una conducta que lleve implícito intención dolosa, es responsable, lo cierto es que el dolo en tal conducta es -al menos- eventual.⁶⁹⁷ Opino que al provocarse el daño, no importa, es irrelevante la calificación de la conducta del sujeto, este es responsable.

Quien crea un virus informático lo hace con el fin claro de dañar, por lo que debe resarcir las consecuencias inmediatas y necesarias, las mediatas y las causales, el deber resulta según las miras que tuvo al ejecutar el hecho, entonces la culpa subjetiva resulta inicua, la responsabilidad es objetiva.

El problema se presenta en los casos en los que no existe una relación contractual, es difícil, por ahora, identificar al causante del daño, ya que el anonimato es una de las características de esa actividad dañosa y por tanto, la acción resarcitoria se hace estéril.

Las posibilidades técnicas actuales que permiten contaminar con virus por correo

⁶⁹⁶ VILLALBA Carlos Alberto. *Los programas de computación y los derechos intelectuales*. Ley 1986-E-815 No XXIII Cfr TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 314.

⁶⁹⁷ TRIGO-López. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 320.

electrónico o páginas de Internet a distancia y en forma anónima, tornan dificultoso o casi imposible concretar una demanda de responsabilidad civil por contaminación del virus. Es así que, salvo el caso de que se trate de una relación contractual, que produjo el daño, en los demás casos, la irresponsabilidad del dañador, por su identidad y domicilio desconocidos, será la consecuencia práctica de estos casos.⁶⁹⁸

En todo caso los proveedores o prestadores del servicio de conexión a Internet, se hacen responsables, cuando omiten colocar sistemas de antivirus conocidos o no toman los recaudos necesarios que en su calidad de profesionales especializados en el rubro, deben haberlo hecho, para preservar de cualquier daño a sus usuarios, la omisión genera responsabilidad, salvo que se trate de un nuevo virus, cuya previsión fue difícil de detectar, incluso para un profesional especializado en el rubro.

Son muy grandes y con gran frecuencia los daños provocados a bancos, organismos públicos, empresas ingresando ilegalmente a sus sitios, violando sus sistemas de seguridad y realizando cambios no admitidos, tales como transferir fondos de una cuenta bancaria a otra, obtener información confidencial, etc. En algunos casos esta incursión es noticia mundial como ingresar en el pentágono norteamericano, diariamente se producen este tipo de incursiones y diariamente se burla la seguridad. Este tipo de conductas son propias de los llamados *hackers*, sujetos que aprovechan el Internet y otras redes para entrar en ordenadores ajenos, por el simple goce de alcanzar un conocimiento profundo del funcionamiento de un ordenador, o de una red de ordenadores, esto es, sin propósito lucrativo, dañoso o vandálico; los *crackers* lo hacen con el propósito exclusivamente vandálico y dañino.⁶⁹⁹

La conducta de estos se los encuadra en el ilícito penal, lo que los hace plenamente responsables en el marco civil, de todas las consecuencias dañosas directas o indirectas, que produzcan con su incursión informática.

Una de las características del espacio cibernético, es que en potencia, permite llegar en forma económica a una cantidad extraordinaria de lectores. Esto crea una diferencia cuantitativa respecto de la situación actual... Como sabemos, las redes de computación pueden establecer no sólo comunicaciones escritas sino también orales y virtuales. Los servicios pueden proveer acceso a las redes para que los usuarios emitan y reciban información. También pueden tener sus propios contenidos o bases de datos. El conjunto de posibilidades, al menos en teoría es difícil de limitar.⁷⁰⁰

El avènement de la infraestructura de la información global y la llamada "revolución digital" plantean desde el principio del tercer milenio, diversas

⁶⁹⁸ TRIGO - LÓPEZ- *Tratado de...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 321.

⁶⁹⁹ CLEMENTE Meoro Mario F. CABANILLAS Múgica Santiago. *Responsabilidad civil y contratos de Internet*. Ed. Comares. Granada 2003. Pág. 32.

⁷⁰⁰ COLAUTTI Carlos E. La libertad de expresión y el espacio cibernético. La Ley. 1999-E-1329.

cuestiones muy delicadas en orden al abordaje jurídico de los problemas nacidos en Internet y a la aflicción en ellos de normas jurídicas y de principios éticos de la conducta, que hoy casi parecen ajenos a esta nueva tecnología de la comunicación, cuyo desarrollo en el futuro, en extensión y trascendencia, es imposible prever.

BUSTAMANTE,⁷⁰¹ hablando de la responsabilidad de los medios masivos señala: el Internet es la red de redes más extendida del planeta, tiene hoy más de un centenar de millones de usuarios en el mundo, conectados en línea para recibir y transmitir información, realizar operaciones comerciales y disfrutar de entretenimientos a escala global. La comunidad real que constituye el Internet, permite conectar distintos computadores y posibilitar todo tipo de transmisión de datos, eliminando las distancias, tanto físicas como jurídicas, dentro de un mismo Estado o entre diferentes Estados.

Expresa, la red de Internet permite entre otras cosas utilizar un computador como instrumento para establecer una comunicación con otro; la red ofrece la posibilidad de transmitir o intercambiar información de cualquier índole, que vaya desde datos de archivo, hasta imágenes fijas o en movimiento; fotografías, dibujos y vídeos. Todo esto puede ir y venir desde una computadora a otra, a través de la red y por todo el planeta. Incluso se pueden enviar sonidos y con la tecnología adecuada, hasta utilizar la propia voz para comunicarnos en red.

TRIGO-LÓPEZ,⁷⁰² expresan su coincidencia con una prestigiosa especialista francesa que se opone a considerar que la reivindicación del Internet como un espacio o zona de “no derecho” resulta inadmisibles, porque el espacio de libertad en la web es también un espacio de responsabilidad. Por ende, el abuso de la libertad de expresión, será en cualquier otro medio, sancionado. Y lo propio ocurrirá con los de más ilícitos, que no pueden ser dejados pasar por alto, como si la web fuera el banco sobre el que se paran quienes en un parque de Londres ejercitan su derecho a crítica, sin límite alguno, al amparo de la ficción de no pisar suelo británico, claro está, con la diferencia de que el Internet es una masiva difusión.

No es admisible que el Internet, medio de difusión de contenidos ilícitos, (atentados a la propiedad intelectual, difamaciones, imágenes pornográficas, etc.), constituya un territorio virtual ajeno a la vigencia de la ley, en el que las acciones ilícitas no tengan consecuencias jurídicas. Otro de los derechos vulnerados por este medio es el uso indebido de marcas.⁷⁰³

El prestador de servicios de alojamiento de un servidor debe acreditar poseer una información suficiente, a cerca de los sitios alojados en su servidor, de modo de

⁷⁰¹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Responsabilidad social de los medios masivos de comunicación. La sociedad mediática. La Ley 1998-B- 1272.

⁷⁰² TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. IV Pág. 328.

⁷⁰³ Tribunal de Gran instancia de Nanterre, 31/01/00 Recueil Dalloz. T. 2001, Sec. Jurisprudencia Pág. 292.

asegurar que ellos respeten los derechos de la personalidad, los derechos de los autores, los derechos mercatorios. Una de estas obligaciones fundamentales es la de contrastar la declaración y/o la identificación del cliente que se aloja en un sitio en el servidor.⁷⁰⁴

El dueño del servidor debe estar en condiciones de certificar en todo momento, la identidad de los responsables de los sitios alojados, bajo responsabilidad frente a terceros, por las consecuencias dañosas de los contenidos, en caso de omisión de este deber.

Sobre el dueño del servidor pesa un deber de vigilancia sobre los contenidos, que él permite colocar en línea, debiendo verificar al subirlo a la red que ellos no se aparten de lo que es lícito y moral. Este concepto de vigilancia se sigue a nivel de cierta precaución, pues un control sistemático es imposible, en razón del volumen de información almacenada en el servidor. Por ello se torna muy importante el deber de reacción, para hacer cesar las prácticas ilícitas, indebidas o inmorales, luego de advertidas. Está intervención no significa una censura inmediata, pero sí la adopción de normas conducentes a hacer cesar el problema, medidas que deben ser proporcionadas en relación a la gravedad de la conducta del cliente y que puede llegar a la rescisión del contrato.

Por el contrario la inercia del dueño del servidor transforma su conducta en violación flagrante y particularmente grave, frente a terceros compromete su responsabilidad.

Comentan TRIGO-LÓPEZ, la primera dimensión de esta responsabilidad está dada por la responsabilidad civil delictual o aquiliana del dueño o administrador del servidor. La responsabilidad de quién coloca el mensaje ilícito en Internet, es subjetivo y se basa en el dolo de ejercitar una actividad prohibida, es decir, se trata de una responsabilidad por el hecho personal del autor del mensaje ilícito.

Tomando en cuenta que el prestador de servicio del servidor, se hace responsable frente a terceros, se podría equiparar esta responsabilidad al hecho ajeno sin embargo, es una responsabilidad personal y está configura por la desidia en la reacción frente a la denuncia de un acto ilícito cometido en línea por los usuarios. Aclaración, que me llevaría, a considerar que más que una responsabilidad subjetiva, se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva, no interesa que el prestador del servidor hubiera actuado con culpa subjetiva, lo cierto es que vulneró su deber y con ello facilitó el daño, que debe repararlo.

Hubo tendencias en considerar que quién ofrece un servicio y presta a otro los medios para que éste en forma anónima, desde el sitio de Internet que él ha creado y gestionado bajo cualquier denominación, ponga a disposición del público

⁷⁰⁴ Ver MALLET-OUJOL Nathalie. *Internet et la responsabilité du fournisseur d'hébergement*, *Recueil Dalloz T.* 1999. Sec. Jurisprudence. Pág. 389-391, sobre el deber de información y reacción.

o de categorías de públicos, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier naturaleza, que no tengan el carácter de correspondencia privada excede manifiestamente al rol técnico de un simple sistema de trasmisor de información, debe asumir la guarda de los terceros y sus derechos que puedan ser afectados en aquellas circunstancias por las consecuencias de una actividad que deliberadamente ejerce, que es remunerada y posee una gran amplitud, que el mismo reivindica.⁷⁰⁵

Hubo tendencias en considerar al prestador de servicios de Internet, que ejerce cualquier forma de control sobre los contenidos, un editor y no distribuidor, y en consecuencia a responder como editor.⁷⁰⁶

Concepción, modificada por la regla 230 del Código Federal, que eximió a las servidoras el papel de editor,⁷⁰⁷ y con ello, se les eximió de responsabilidad, por el daño que con ella se cause.⁷⁰⁸

En cuanto a violación de derecho de autor, sólo incurre en culpa por omisión de reacción en caso de denuncia para retirar dichos contenidos. En cuyo caso si es responsable, conoce de la ilicitud de la información y no la remedia, para que cesen dichos actos, es responsable.

Sobre este tema hay mucho que hacer, en los hechos parece un área sin ley, no obstante de los esfuerzos hechos hasta ahora. Opino, que el avance del derecho debe ser acorde a los cambios tecnológicos de la informática. Así como se pueden cometer una serie de ilícitos en línea, se deben crear sistemas de control en línea, para detectar al responsable de la vulneración de derechos ajenos e imponerle la acción resarcitoria, toda vez, que el principio de: *quien provoca un daño debe repararlo*, no puede ni debe ser ajeno a esta actividad. Será importante crear una materia especializada sobre derecho cibernético, que en forma adecuada cree los mecanismos idóneos también informáticos, para el control de actos que vulneran derechos ajenos, siendo éste un deber del Estado.

Coincido con otros autores, que los actos ilícitos que se cometen en línea, son actos de comunicación y por lo tanto son una subespecie de éstos, entonces corresponde, también, a esta categoría la aplicación del abuso del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa.

En cuanto al factor de atribución, en mi concepto es objetivo, genera responsabilidad, por el sólo hecho de vulnerar derechos ajenos, que importan daño, en cuyo análisis no es relevante el examen de la conducta subjetiva del dañador, sino, tan sólo el nexo causal entre el acto vulneratorio de derechos y el daño provocado por esos actos, junto a la definición de la esencia y objeto que

⁷⁰⁵ Corte de Apel. De París 14^a Cam. A 10/02/99. Recueil Dalloz T. 1999. Sec. Jurisprudente Pág. 389.

⁷⁰⁶ CLEMENTE – MEORO Mario- CAVANILLAS Múgica Santiago. *Responsabilidad civil y contratos en Internet*. Ob. Cit. Pág. 43.

⁷⁰⁷ 47 U.S.C. 230 Sup. II 1996.

⁷⁰⁸ Tribunal Circuito 5^a Palma Beach (Florida), 26/6/97. "Doe Jane c. America Oline Inc. Y otro". RCyS. 2001-1504.

debe cumplir la norma.

2.2.5 La Equidad

La equidad, según Aristóteles, es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal, sirve como una cierta razón de justicia que suple los defectos de la ley escrita; la equidad o *epieikeia*, sirve como suplemento y última perfección a las leyes. Es Aristóteles, quien conceptualiza la equidad, dándole incluso la función de crear nueva norma.

Equidad y justicia se confunden hasta identificarse. Lo equitativo es justo y lo justo es equitativo. La equidad no sustituye a la justicia, sino que es la misma justicia. Encontraremos que en el ámbito del derecho, se mantiene la inevitable y estrecha relación entre ambas nociones, pero en el derecho positivo, la equidad entra a cumplir una función específica y propia, integra necesariamente, el proceso seguido por el intérprete en la aplicación de la ley al caso particular, para obtener el cumplimiento del valor justicia.

Sabido es, que esta tarea de subsunción del caso a la ley no es mecánica, sino por el contrario de carácter complejo, exige una valoración intelectual del intérprete en cada paso de tal labor hermenéutica. Y en el curso de ese proceso, la equidad sirve de criterio ordenador y se constituye en un procedimiento que el juez no puede eludir en el proceso de conversión de la norma genérica y abstracta de la ley, en la norma concreta e individualizada de la sentencia, para obtener la justicia del caso.⁷⁰⁹

La equidad es la justicia individualizada al caso concreto, es adaptar la ley general y aplicarla a cada asunto en particular, es completar la ley, llevarla de una concepción general a una individualizada. Es una justicia situada al caso particular, ejercida por el Juez; cuando resuelve un caso, el juez no sólo interpreta la ley, sino que la crea y llena el vacío legal, hace que la norma general y abstracta se acomode a las circunstancias propias y específicas del caso, con una ponderación justa y equilibrada.

Hay legislaciones que dentro de su ordenamiento legal incluyen a la equidad, otras como la española, limitan su aplicación a lo previsto por la norma, a una ponderación prudente y restrictiva. La legislación Argentina introduce la equidad para el establecimiento del resarcimiento o indemnización en consideración a la importancia del patrimonio del autor y la situación personal de la víctima y en otros casos concretos previstos por ley.

Varios autores se han referido en sentido de que la equidad no es fuente generadora de obligaciones,⁷¹⁰ posición con la que comparto, ya que el

⁷⁰⁹ BREBBIA Roberto H. La equidad en el derecho de daños, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Aníbal ALTERINI. B. it. Pág. 45.

⁷¹⁰ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Función de la equidad en la realización de la justicia*. Ley 1990. E-630. CASTÁN Tobeñas J. *Derecho civil español*. Madrid 1955. Tom. I Pág. 334. TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 766.

resarcimiento de daños sólo procede en los casos expresamente determinados por ley, sin embargo, considero que la equidad lleva al juez a individualizar la norma general al caso concreto y con una interpretación flexible, crea la norma particular. En el caso de la responsabilidad civil aplicando el principio general: “*quién provoca un daño debe repararlo*”, el juez resuelve casos que bajo una percepción restrictiva no eran viables, cuando en realidad la norma general permite en su interpretación la apertura al caso concreto.

BUSTAMANTE, expresa: ... *la equidad a través de las normas legales sirve excepcionalmente como instrumento para atribuir al juez la facultad de individualizar el principio general de la responsabilidad, creando la norma particular para los casos concretos contemplados en ella... aún en el tema de la responsabilidad civil, puede la equidad dar solución a una delicada cuestión, en orden al requisito de que el daño resarcible, debe tener un interés legítimo o sea un interés protegido por la ley...*⁷¹¹

Con LLAMBIAS,⁷¹² afirmo que la equidad es un principio superior del ordenamiento jurídico, que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, permite al Juez una interpretación creativa al caso particular de la norma general, que establece el principio: “quién provoca un daño debe repararlo”, pero esta interpretación debe responder a la orientación adecuada del derecho viviente, a las exigencias del momento, sin ligarse a la tradición con la que corre el peligro de momificar el derecho; la equidad exige cambios que respondan efectiva y eficientemente a las necesidades de la sociedad, en ese sentido es que las diferentes corrientes jurisprudenciales han abierto la compuerta de un sistema cerrado (culpa) a un sistema objetivo.

2.2.5.1 Naturaleza Jurídica.

La proposición de la equidad, entre los factores objetivos de atribución,⁷¹³ me impone responder a la interrogante: ¿Será que la equidad es un factor de atribución objetivo?, partiendo del desarrollo de su esencia, su alcance y aplicación de ser: “justicia”, “bondadosa templanza habitual”, “justicia natural por oposición a la letra de la ley”, “disposición de ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”.⁷¹⁴ La concepción de la legislación comparada, que refiere la responsabilidad subsidiaria de la equidad,⁷¹⁵ la reparación de equidad,⁷¹⁶ el *common law*, al margen de los tribunales ordinarios cuenta con los tribunales de equidad (*Equity Courts*), con facultad de juzgar -lo más justo para las partes de acuerdo a la buena conciencia-⁷¹⁷ me permite concluir, que la equidad no es un

⁷¹¹ BUSTAMANTE Alcina Jorge. Función de la equidad en la realización de la justicia. Ley. 1990. E-633

⁷¹² LLAMBIAS Jorge J. Estudios de la reforma del Código Civil. Ob. Cit. Pág. 214.

⁷¹³ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 310.

⁷¹⁴ Diccionario de la real academia de la ciencia, 5ta. acepción.

⁷¹⁵ Código Civil: Alemán (Art. 829) , italiano (2047 2da. parte) y portugués (Art. 489)

⁷¹⁶ Código Suizo de las obligaciones y código civil argentino.

⁷¹⁷ LÓPEZ Herrera Edgardo, *Teoría...* Ob. Cit. Pág. 392, MATTEI Ugolli *modelo di common law*,

factor de atribución objetivo, sino que es el elemento fundamental que debe estar presente en toda actuación judicial, permite al juez, mediante una interpretación creativa de la norma general al caso concreto crear una norma particular. La equidad es la justicia individualizada, adecúa la ley al caso particular, dirige la visión del Juez a los cambios operados en el mundo y a la aplicación de la norma general que sentará precedentes.

2.5.2 Abuso del Derecho

JOSSERAND,⁷¹⁸ en forma precisa nos enseña que *el abuso del derecho es el acto que contraría el fin de sus instituciones, su espíritu y finalidad*. Definición que nos permite ubicar exactamente qué se entiende o que alcance real tiene el abuso del derecho, significa en otras palabras, que el sujeto al ampararse en una norma legal y al aplicarla va en contra del fin previsto por el legislador, ya que no busca resguardar su derecho, sino interferir en el derecho ajeno, también, amparado por la ley, acto con el que provoca un choque que rompe el equilibrio, desvía, desnaturaliza la esencia y finalidad de la norma, para la que fue creada, va en contra de la realización de la justicia, lo que es lo mismo, contra el contenido ético y moral de la ley y busca que prevalezca un resultado opuesto al perseguido por ella; un ejemplo claro al respecto, en el ámbito procesal, es el uso exagerado de incidentes y excepciones en un proceso, no con la finalidad de purificar el procedimiento, sino uno diverso al previsto por el legislador, esto es, evitar que el Juez se pronuncie en el fondo del tema o ejecute coactivamente la sentencia; entonces se está desnaturalizando el espíritu de la norma, se está yendo contra su finalidad, acto ilícito que provoca perjuicio a la contraparte y al órgano jurisdiccional, que se ve distraído con cuestiones irrelevantes e inicuas, cuando tiene asuntos que sí requieren su intervención.

La concepción del abuso del derecho es un tema tenazmente criticado, para sus detractores no es posible concebir, o mejor dicho, es imposible que el ejercicio de un derecho constituya al mismo tiempo abuso, pretenden justificar su posición, señalando que el *derecho romano* negaba toda reparación de un daño infligido en el ejercicio de un derecho, como justificación invocan el texto de GAYO: *“Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur”* (quién de su derecho usa, se presume que a nadie causa mal); de PAULO *“Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet”* (ninguno causa daño, salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer); y un tercero de ULPIANO: *“Neminim laedit, nemo damnum factita, qui suo jure utitur”* (quién usa de su derecho, a nadie lesiona, a ninguno causa daño).

Los MAZEAUD, apuntan, estas fórmulas no deben ser separadas del contexto, el derecho romano no permitía ejercer abusivamente un derecho, al menos con la finalidad de perjudicar a otro: *“male enim nostro jure uti non debemus”* (no

Giapichelli Editore. Turín 1996. Cabe aclarar que desde hace más de 100 años no existen los juzgados de equidad en Inglaterra.

⁷¹⁸ JOSERAND Louis. Evolution et actualités. Conférence de droit. París Lib. Du Recueil Sirey 1936. Pág. 71.

debemos, pues usar mal de nuestro derecho); *“malitiis non est indulgendum”* (no ha de tenerse indulgencia con la malicia).⁷¹⁹

El antiguo derecho francés ha establecido una verdadera teoría sobre el abuso del derecho. Los MAZEAUD,⁷²⁰ refieren a DOMAT, autor que admitía que el ejercicio de un derecho compromete la responsabilidad, cuando es malicioso o no se halla justificado por ningún interés, puntualizan que si bien los redactores del código civil, no han considerado la cuestión, la jurisprudencia no ha vacilado en admitir la responsabilidad por el abuso de los derechos.

Las críticas las liderizó PLANIOL quien desde un punto de vista estrictamente lógico la objetiva: *el derecho termina donde el abuso comienza, y no puede haber “uso abusivo” de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un sólo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho.* JOSSELAND,⁷²¹ considerado uno de los constructores de la teoría de abuso del derecho, responde y explica: *un acto puede ser contrario al derecho en general (al derecho objetivo, a la regla de derecho), o sea, comprometer la responsabilidad y ser conforme a un derecho subjetivo (derecho de propiedad, derecho de comparecer en juicio).* Si no cabe que exista *abuso del derecho* (objetivo), puede haber *abuso de un derecho* (subjetivo), o abuso de los derechos. El propietario que ejerce acto de dueño dentro de los límites de su fundo, obra conforme al derecho de propiedad; sin embargo, es posible que obre contrariamente al derecho objetivo, a la regla de derecho; por ejemplo cuando su acto tiene el sólo objeto de perjudicar a su vecino.

En mi concepto el abuso del derecho, se patentiza con la vulneración del principio establecido por KANT *mis derechos concluyen donde comienzan los derechos de los demás*, o en la misma línea por HABERMAS *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro.* El que olvide el límite del ejercicio de sus derechos conculca los derechos de los demás y sin duda incurre en abuso del derecho. Cuando existe colusión de derechos, es que alguno de los sujetos está incurriendo en abuso del derecho, así la Constitución del Estado garantiza la libertad de expresión, la que es completamente amplia pero su límite lo establece el derecho de otro sujeto a la intimidad, cuando existe colusión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se patentiza el abuso del derecho de la libertad de expresión, que implica la vulneración de un derecho subjetivo que debe ser reparado. El límite de mis derechos están, dados por los derechos subjetivos de los que es titular otro sujeto, ya que *mi derecho se extiende hasta donde empiezan los derechos de los demás.* El derecho es un producto social, fue hecho con el fin de que los individuos vivan en forma pacífica en sociedad, como un medio de paz social, el derecho fue elaborado -por los

⁷¹⁹ MAZEAUD Henri y león. MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho...* Ob. Cit. Parte segunda Vol. II. Pág. 138.

⁷²⁰ MAZEAUD Henri y león. MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho...* Ob. Cit. Parte segunda Vol. II. Pág. 139.

⁷²¹ JOSERAND Louis. *De lès prit du droit...* ob. Cit. Pág. 324-325 No 292

individuos, para los individuos- integrados en sociedad, es un instrumento de vida y de armonía social, un medio de equilibrio, el justo medio de Aristóteles es plenamente aplicable al límite del derecho subjetivo.

En el ejemplo dado por JOSSERAND, el propietario tiene derecho para el uso, goce y disfrute del inmueble, lo que implica que en ejercicio de su de derecho de propiedad, tiene plena libertad de acción, pero ese derecho se encuentra limitado por similares derechos del vecino, RAWLS en la formulación de su primer principio de justicia, lo explica en forma magistral: *“Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás”*. En cuyo caso cualquier acto que vulnere el similar derecho, dará lugar al resarcimiento y esto independientemente de la intención de dañar, (culpa lata), la sola vulneración del derecho subjetivo es fuente generadora de responsabilidad o como decía JOSSERAND, el abuso del derecho no se caracteriza por la intención de perjudicar, sino simplemente por una desviación de la finalidad del derecho.

Dos tesis antagónicas, esto es, subjetivista y objetivista, tratan de justificar la tesis del abuso del derecho. Quienes postulan la primera hipótesis sostienen: que hay abuso del derecho, cuando existe intención de perjudicar. El abuso de un derecho, es el ejercicio malicioso de un derecho. Por lo tanto, no hay abuso de un derecho y responsabilidad sino cuando existe *culpa intencional (delictual o dolosa)*. Es incuestionable que en tal caso, el autor del daño está obligado a la reparación. LOS MAZEAUD, tomando postura señalan: *El ejercicio de un derecho compromete la responsabilidad, es abusivo, cuando constituye una culpa*. Opino que no es necesario que esa culpa sea intencional. Una culpa *no intencional*, también compromete la responsabilidad de su autor; por qué habría ser de otra forma cuando el daño es causado en ejercicio de un derecho. Lo que es preciso averiguar es la conducta de un individuo cuidadoso en las mismas circunstancias.⁷²²

Pero. ¿No será responsable quién ejerza su derecho sin intención de perjudicar?, la respuesta afirmativa la dan quienes proponen una tesis objetiva. JOSSERAND trata de sustentar esta tesis y lo hace a partir de la *finalidad social de los derechos*: *“el acto abusivo es contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad”*. Es evidente que el derecho previsto por el legislador tiene un fin y cumple una finalidad, ambos configuran el espíritu de la norma creadora del derecho, así el derecho de propiedad tiene por fin proteger el derecho de su titular, a fin de que éste, se oponga frente a cualquier interferencia de un tercero, otorgándole, además el derecho de uso, goce, disfrute y libre disposición, pero al mismo tiempo estableciendo como finalidad la función social de la propiedad, esto es, que ésta responda a intereses colectivos y no vulnere derechos subjetivos similares, con lo que se encuentra configurado el espíritu de este derecho, el rompimiento de su finalidad hace que surja el conflicto por la vulneración de otro

⁷²² MAZEAUD Henri y León- MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho...* Ob. Cit. Parte segunda Vol. II. Pág. 142.

derecho subjetivo similar, me refiero al derecho propietario del vecino, en cuyo caso, aplicando el principio expuesto por KANT, seguido por HABERMAS y RAWLS, *Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás*, se genera el derecho a la reparación del daño.

A partir de este análisis, puedo afirmar que el fundamento del abuso del derecho, responde a un factor de atribución objetivo, esto es, la sola vulneración del derecho subjetivo ajeno genera el vínculo obligatorio del dañador, siendo en consecuencia, irrelevante efectuar una valoración subjetiva de la conducta del abusador del derecho. JOSSERAND, expone en su doctrina: *no es posible asimilar el acto abusivo al ilícito, porque mientras aquel implica, en su autor un "derecho" para realizarlo, éste último importa en cambio, una violación de la ley, o sea que no existía derecho para obrar de esa manera; como igualmente que el acto ilícito requiera dolo o culpa imputable a su autor, lo que por el contrario no es de la esencia del acto abusivo, para cuya configuración basta con que sea practicado sin un interés serio y legítimo y que con el mismo se perjudique a terceros.*⁷²³

Coincide en la última parte de la exposición, *que el acto ilícito requiera dolo o culpa imputable a su autor,...* *no es de la esencia del acto abusivo, para cuya configuración basta con que sea practicado sin un interés serio y legítimo y que en el mismo perjudique a terceros*, no hay duda, el abuso del derecho responde a un factor de atribución objetivo. Pero disiento en su posición, de *no ser posible asimilar el acto abusivo al ilícito*, admitiría esta afirmación, si acogiera la tesis que el ilícito se distingue sólo por el dolo y la culpa, lo que no es evidente. ¿Pero se presentarían daños sin ilícito en actos lícito dañosos? sí, si el daño es la lesión a un interés legítimamente protegido, y la lesión comporta resarcimiento; la razón de ello es que la injusticia guarda relación con el daño y no con el hecho o la conducta. Para el ilícito civil no es necesario distinguir entre evento y consecuencias, el daño civil comprende la lesión de intereses protegidos y las consecuencias, es decir, los efectos de la lesión que son relevantes para la cuantificación y resarcimiento, en este contexto el abuso del derecho es un acto ilícito civil objetivo de responsabilidad objetiva.

La doctrina argentina sigue claramente criterios objetivos, se aplican dos criterios, el primero asumiendo la postura de JOSSERAND,⁷²⁴ seguido por LLAMBÍAS,⁷²⁵ el ejercicio del acto contrariando el objeto de la institución a su espíritu y a su finalidad, para el cual ha sido creado, cuando se lo desvía del destino para el que ha sido creado, cuando es contrario a los fines de su reconocimiento. El segundo criterio tiene que ver con la necesidad de subordinación del orden jurídico a la moral y será abusivo el acto que exceda los límites impuestos por la buena fe, la

⁷²³ JOSSERAND Louis. Del espíritu de los derechos y su realidad. Teleología jurídica. Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajías Jr. Ed. José M. Cajica. Puebla 1946. Pág. 335 No 247.

⁷²⁴ JOSSERAND Louis. Del espíritu... Ob. Cit. Pág. 8.

⁷²⁵ LLAMBÍAS Jorge. *Estudios...* Ob. Cit. Pág. 76.

moral y las buenas costumbres.⁷²⁶ La legislación boliviana también se encuentra en esta línea, cuya norma general prevé: *no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico social en vista del cual se ha conferido el derecho*, refiriéndose al derecho de propiedad.

2.2.5.1 Alcance de la doctrina del abuso del derecho

JOSSERAND,⁷²⁷ cuando se refiere al alcance, admite *existen* derechos abstractos (*non causés*), por lo menos en su realización, en su aprovechamiento, pues de más está decir que su institución se explica por razones a las cuales el legislador ha sido sensible y fue de las que su existencia llegaría a ser incomprensible. Unas veces concedidos estos derechos, pueden ejercitarse en cualquier condición y cualquier fin sin que su titular tenga que dar cuenta de los motivos que lo inspiran y sin que por causa de ellos puedan incurrir nunca en responsabilidad; la absurda regla *feci sed jure feci* se convierte en expresión de una verdad jurídica. Existe así cierto número de derechos abstractos, de prerrogativas perentorias y soberanas que cubren indiferentemente bajo su pabellón actos inspirados por motivos loables y abstractos que se realizan con un pensamiento malicioso, con objeto de dañar a terceros.

Los derechos absolutos, en general, tienen contornos claramente definidos: la falta de limitación subjetiva se hace soportable por la existencia de fronteras objetivas muy estrictas; todos estos derechos han sido cuidadosamente limitados por el legislador, precisamente en vista, -se dice- de dejar campo libre a los móviles del titular, que puede aplicar a voluntad, dentro de los rígidos límites en que ha sido encerrada la prerrogativa soberana; sin embargo, el carácter soberano es reconocido a nombre de la libertad misma, a las facultades de gran envergadura; los límites a los que se refiere JOSSERAND, nos hacen ver que también, en estos derechos llamados *abstractos*, existe un límite marcado por su finalidad, espíritu y naturaleza, cuya vulneración en relación a otro derecho similar en mi criterio, tendría como resultado, también el abuso del derecho, ya que de lo contrario debería tratarse de derechos absolutos e ilimitados, cuya existencia considero imposible, ya que lo arbitrario y abusivo no es legítimo, menos justo, todo derecho sea subjetivo o público, tiene un fin y una finalidad y esta ante todo, debe buscar la paz social, la convivencia armónica en la sociedad, en cuyo contexto no se me ocurre ningún derecho absoluto o encausado, considero que todos los derechos son de carácter relativo.

En la misma línea, LORENZETTI, nos dice: *los derechos son relativos, en un sentido estricto, cuando el límite que tienen están dados por otros derechos invocados por otros sujetos. De tal modo, es un supuesto de colisión de derechos y el límite es externo. La mayor o menor extensión de un derecho está en relación directa con lo que se le conceda al otro, con lo que el titular del otro derecho esté*

⁷²⁶ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General...* Ob. Cit. Pág. No 403.

⁷²⁷ JOSERAND Louis. Del espíritu de los derechos y su realidad. Ob. Cit. Pág. 328-329 No 305.

*dispuesto a conceder. Por ello el carácter relativo de los derechos es un límite externo al derecho mismo, ya que su límite surge por comparación con otros derechos.*⁷²⁸

No obstante de la claridad de ésta posición, el Autor aclara, *el abuso del derecho se aplica a todos los derechos, como regla general*, pero admite como *excepción* algunos que deben fundarse especialmente.

Admitiendo está excepción, LÓPEZ Herrera,⁷²⁹ cita un ejemplo que considera arquetípico, esto es, el derecho de una persona de retractar su consentimiento para donar un órgano, acto que no le trae ninguna consecuencia jurídica de ningún tipo, así dicha retractación sea culpable o maliciosa,

Disiento con esta posición, en primer lugar se estaría ante un contrato preliminar de donación, el que está sujeto al principio de buena fe, cuya aplicación genera el derecho al daño, mucho más si se demuestra que la retractación no se debió al temor de perder un órgano, ni la salud o la vida, sino a un acto culpable o malicioso, en mi concepto, éste es un hecho ilícito, ya que la retractación tuvo como finalidad provocar un daño, no otra cosa significa la malicie o culpa al que se hace referencia en el ejemplo. Entiendo que la norma citada por TRIGO-LÓPEZ,⁷³⁰ que faculta retractarse al dador de un órgano, tiene como esencia y finalidad la protección de la salud e integridad de la vida, bienes superiores y máximos que deben protegerse. La consideración de que, toda intervención quirúrgica implica un riesgo, fue seguramente el fundamento para otorgar la facultad de tal retractación, pero de ninguna manera, podría amparar esa norma, un acto culposo, mucho menos malicioso del donante, que su oferta lo hace con la intención de dañar a otro ser humano cuya vida depende de tal donación, en tal caso, opino que debe responder del daño psicológico provocado a la víctima.

2.2.5.2 Naturaleza Jurídica.

Por la diversidad de criterios, será importante definir la naturaleza jurídica del abuso del derecho, para unos el abuso del derecho consiste en una nueva fuente de las obligaciones, en tanto que para otros es un acto ilícito, forma parte de los actos ilícito generadores de obligaciones.

TRIGO-LÓPEZ,⁷³¹ exponen sus posiciones encontradas, para el primero se trata de un acto ilícito y por lo tanto debe producir los efectos propios de todo acto ilícito. En tanto para el segundo, un acto abusivo no constituye un hecho ilícito, sus argumentos: - si se tratara de un ilícito carecería de sentido y utilidad referirse al abuso del derecho o a la inmoralidad del objeto, pues dichos supuestos son abordados por normas diversas. -los territorios del acto ilícito y del acto abusivo no

⁷²⁸ LORENZETTI R. Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes. Ob.Cit. Pág. 123 No 16.

⁷²⁹ LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso...* Ob. Cit. Tom. III. Pág. 22. citado por TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Citada Tom. I Pág. 275.

⁷³⁰ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Citada Tom. I Pág. 275.

⁷³¹ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de la responsabilidad civil.* Ob.Cit. Vol I Pág. 277-278

se superponen, conserva cada uno un ámbito diferente y propio. - el abuso del derecho fue creado para afrontar situaciones en las que un derecho legítimo era utilizado anti funcionalmente no ilícitamente. - no constituye una especie de acto ilícito, sino por el contrario, para que exista un acto abusivo es necesario que sea lícito. - la confusión surge de la incorporación del abuso del derecho en el título relativo a los hechos ilícitos. - Si el acto abusivo fuera ilícito, perfectamente podría enervarse sus efectos aplicando el Art. 953 C.C., siendo en tal caso innecesario la herramienta magistralmente desarrollada por JOSSERAND,

En mi opinión, el hecho de que sean tratados por normas diversas, o que éstas no se superpongan, no justifica que el abuso del derecho no fuese una subespecie de acto ilícito, es un acto ilícito objetivo, toda vez que se concreta con la vulneración o coalición de derechos subjetivos de los que es titular otro sujeto, en cuyo caso sin lugar a dudas, existe un acto ilícito objetivo, que se sintetiza en la vulneración del principio fundamental del derecho: *mis derechos concluyen donde comienzan los derechos de los demás* y se concreta con la vulneración del derecho subjetivo, porque si no hubiera esa coalición, choque o interferencia de derechos no se podría hablar de abuso del derecho, toda interferencia en el derecho ajeno es un acto ilícito y como tal se configura en abuso del derecho.

En este contexto la utilidad no podría ser discutida, ya que en el caso de los actos ilícitos, la culpa es un elemento de causalidad fundamental, mientras que en el abuso del derecho y en todas las figuras de responsabilidad objetiva, la causalidad está en la ilicitud del acto. El abuso del derecho se configura por la interferencia en los derechos ajenos, por ejercer su derecho en forma contraria al fin económico y social, en vista del cual se ha conferido dicho derecho; en este caso la ilicitud es objetiva, tal cual lo hemos referido en los acápites anteriores. Si un derecho es ejercitado anti funcionalmente, significa que existe interferencia con otros derechos subjetivos y esa interferencia implica, queramos o no, vulneración del derecho subjetivo ajeno, que configura un acto ilícito denominado abuso del derecho, cuyo nexo causal se da por la sola interferencia de derechos, esto es, que el acto contrarie el objeto, el espíritu y finalidad de la norma, genera el derecho al daño sin necesidad de demostrar la culpa, como enseña JOSSERAND.

La insistencia de que el abuso del derecho es un acto ilícito, puede deberse a la confusión entre acto ilícito objetivo (vulneración de una norma), con el factor de atribución subjetivo (culpa), se trata de dos cuestiones diferentes, ya explicadas en el capítulo anterior; reitero, existe relación estricta entre vulneración de un derecho legítimamente protegido y el daño que debe ser resarcido, esto sólo será posible, si es injusto, caso contrario no sería resarcible, aspecto que pone en evidencia que todo daño es injusto por lo tanto ilícito y resarcible.

De Lorenzo, al respecto señala: *...por que se ha cometido un daño injusto, siendo innecesario la remisión a otras normas, el daño por el sólo hecho de ser tal, es ilícito, el que debería ser conceptuado como el deber general de no inferir daño a otro sin una causa de justificación idónea, aún en el supuesto de que el comportamiento lesivo no haya sido previsto por una específica norma*

*prohibitiva.*⁷³²

Lo expuesto hace bastante cuestionable la afirmación que para que exista un acto abusivo es necesario que sea lícito, si el acto es lícito, no puede haber abuso del derecho, toda vez que el abuso del derecho sólo se configura por la interferencia de otro derecho subjetivo, ello implica la vulneración de ese derecho subjetivo, por lo que el abuso del derecho es ilícito y como tal debe ser reparado por el dañador.

En el transcurso de este siglo disminuyeron las disputas doctrinales en torno a la teoría del abuso del derecho que conmovieron el pensamiento jurídico... Su fuerza expansiva superó enérgicas objeciones ideológicas... Hasta un punto en que hoy *puede decirse que el principio del abuso del derecho ha sido consagrado por todos los códigos del mundo, sea de forma expresa, sea de manera implícita, con criterio amplio o con criterio restrictivo.*⁷³³

2.3 FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.3.1 Funciones Tradicionales.

Las tendencias doctrinales modernas, en camino a la transformación del sistema de responsabilidad civil ponen en cuestionamiento sus: estructuras básicas, presupuestos, fines, funciones, fundamentos, alcances, etc. Existen diferentes tendencias, sobre la configuración de la responsabilidad civil, y en cuanto a sus funciones hay diferentes posturas, unas restrictivas y otras extensivas. En la primera se ubican quienes consideran que la única función de la responsabilidad civil extracontractual es la de reparación o indemnización, que tiene por fin resarcir el daño infligido a la víctima; en tanto que otros agregan las funciones: demarcatoria, preventiva, admonitoria o desincentivadora, sancionadora, algunos autores las catalogan como primarias, en tanto que otros accesorias o subsidiarias. Otros agregan, la función de distribución de pérdidas y asignación de costos.⁷³⁴

La responsabilidad civil extracontractual, tiene como función primera y fundamental la reparación, esto es, la restitución de las cosas al estado original, antes de haberse verificado el daño (*ex antes*), que comprende la reparación integral y total del daño, dejar las cosas como si el daño no hubiera ocurrido; esta postura abstractamente racional resulta difícil aplicarla en concreto y da razón a posiciones, en sentido de que en el evento dañoso no hay nada que pueda hacerse para que pase por algo no ocurrido. El daño no puede cancelarse de la sociedad. Con el resarcimiento no se lo anula, sino que se lo transfiere de aquel que lo ha sufrido al que lo resarce.⁷³⁵

⁷³² DE LORENZO Miguel Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1996. Pág. 79.

⁷³³ ALTERINI Atilio Aníbal-LÓPEZ cabaña Roberto. *El abuso del derecho*. Estudio de Derecho Comprado. La ley. 1990-B-1101.

⁷³⁴ TRIMARCHI. Economia e diritto nel sistema Della responsabilità civile. En Pol Dir. 1971. Pág. 353...

⁷³⁵ TRIMARCHI. Rieschio e responsabilità oggettiva. Ob.Cit. Pág. 16.

Postura que a primera vista parece fortalecerse, ya que si bien, la reparación, materialmente es factible, no siempre alcanza a la integridad del daño, puesto que el daño material puede acarrear también un daño moral, en cuya circunstancia no será posible restituir las cosas a su estado original. Pero junto a la función reparatoria está la función compensatoria, que no sólo cumple una función complementaria, en situaciones en las que no es posible la reparación la sustituye permitiendo que la víctima sea satisfecha por las pérdidas económicas o el sufrimiento moral soportado, esta función busca el equilibrio entre daño soportado y reparación, de tal manera que la víctima reciba una retribución acorde al daño infligido y quede satisfecha sin ningún resentimiento ni deseo de venganza, la compensación total es conocida en el *common law* como *full compensation*.

La función reparatoria y/o compensatoria constituye la razón de ser del instituto de la responsabilidad civil extracontractual, en este sentido existe unanimidad de criterio de los diferentes tratadistas especializados en la materia; al respecto el maestro PEÑA, expresa: “la finalidad de la responsabilidad civil, entendida como reacción del ordenamiento jurídico ante el daño constitutivo de la obligación de repararlo, en la perspectiva de la finalidad objetiva y última (*mens legis*) del llamado derecho de daños, no puede ser otra, desde lo que es su esencia, que la puramente reparadora”.⁷³⁶

La función primaria de toda responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria a quién sufre un daño injusto, los medios necesarios para obtener una reparación o al menos una compensación.⁷³⁷

ALPA,⁷³⁸ subraya con carácter general que las funciones predominantes que cumplen las reglas de responsabilidad civil se reducen a dos: “son aquellas funciones que en la bibliografía corriente del *common law* y hoy en las expresiones usualmente empleadas en la doctrina de todos los países, se identifican en términos de *compensation* (compensación de las víctimas) y de *deterrence* (conjunto de técnicas destinadas a desincentivar las actividades dañosas) para los dañadores”.

La distribución de riesgos y costos son resultado de un proceso individualista, centrado en la relación del sujeto que provoca el daño y el sujeto que lo soporta, esto es, en el proceso de identificación del responsable y el establecimiento de las condiciones bajo las cuales éste se encuentra obligado a reparar el daño. La imputación del daño busca la estricta conexión, de tal manera que el daño debe recaer en el sujeto que lo ha provocado con intención, por impericia, negligencia o culpa, bajo el principio “no hay responsabilidad si no existe culpa” y la víctima. Desde el punto de vista económico se aplica el criterio de transferir las pérdidas del sujeto dañado hacia el sujeto que las ha provocado con culpa o dolo, de tal

⁷³⁶ PEÑA López, J.M. Prologo de la Culpabilidad de la responsabilidad civil extracontractual. De F. PEÑA López Ob.Cit. P. XXII.

⁷³⁷ CAZEAUX-TRIGO. *Derecho de las obligaciones*. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 503 No 2413.

⁷³⁸ ALPA Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 200.

forma que el proceso de responsabilidad, no se extienda sino a los sujetos involucrados, esto es, al dañador y damnificado. La función compensatoria tiene razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa. Individualista, en la que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido.⁷³⁹

Ahora bien, tal cual lo expresamos en la parte primera de este capítulo, la función reparatoria y/o compensatoria, se asienta sobre el fundamento filosófico aristotélico, la justicia conmutativa o correctiva que busca el equilibrio; aplicado al derecho de los daños, por el que la víctima reciba una reparación acorde al daño sufrido, de manera que se restituya el equilibrio, la armonía social, entre los componentes de una comunidad, con el fin único y fundamental de preservar la paz social.

Al haber sido constituido el Estado, con el fin de preservar la paz social, el poder de éste se impone restituyendo el equilibrio, el justo medio de los Mezotes, con la compensación o indemnización, que debe pagar el dañador al dañado, obligación que se torna líquida y exigible, a partir de la aplicación de los parámetros previstos por ley, para la calificación de la indemnización, estos son, el lucro cesante y el daño emergente, que permiten una calificación económica del daño.

Pero no sólo existe un vínculo subjetivo del daño, ya que deviene, también, la necesidad de instituir criterios de reparación de los riesgos que permitan asegurar la más amplia protección de los damnificados y al mismo tiempo, distribuir las pérdidas de manera más económica, esto se da en los casos de responsabilidad sin culpa ligados a la actividad riesgosa o peligrosa, en los que el acto de atribución deja de ser la culpa y es sustituido por otros elementos de naturaleza objetiva. En estos casos los reflejos económicos, devienen así en problemas de carácter social y por la misma razón, se trata de contener los efectos inducidos en el plano de costos soportados por la colectividad.

La función distributiva tiene lugar, cuando la sociedad toma la decisión del establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva por la lesión de actividades lícitas riesgosas o peligrosas permitidas, sin que deba mostrarse en todos los casos la existencia de la culpa, para tener derecho a la indemnización, por ejemplo, cuando establece la responsabilidad del principal por hecho de su dependiente.⁷⁴⁰

En la afirmación de las teorías solidarias, la categoría de los sujetos interesados se amplía hasta comprender no sólo a los sujetos identificados de modo usual sino a otros que son tomados en consideración según cada caso, porque han creado un “riesgo” del cual se ha derivado el daño, sea porque al obtener beneficios de la actividad dañosa se juzga que ellos pueden también soportar sus cargas y asumir

⁷³⁹ SALVADOR Cordech Pablo. *Lecturas recomendadas*. Comentario de Días de Picazo y Ponce de León, Derecho a daños. Civitas. Madrid 1999. www.indret.com. 1/2000. Pág. 2.

⁷⁴⁰ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 43-44.

por lo tanto, la obligación del resarcimiento.⁷⁴¹ O a ampliar a todos los ciudadanos de una comunidad, cuando el Estado asume la responsabilidad frente a un acto dañoso, que tiene por fundamento la justicia distributiva, que permite externalizar las consecuencias dañosas haciendo que estas recaigan en el conjunto de la comunidad; yo diría, que es una consecuencia del contrato social y el deber primigenio del Estado de preservar la paz, que lo hace responsable de los actos dañosos que no pueden ser imputados a un determinado sujeto o que por la magnitud de las consecuencias se hace gravoso para la sociedad, como el caso de la contaminación del sida por una transfusión de sangre que la víctima se ve imposibilita de identificar el lugar en el que se infectó.

Otro criterio que satisface a intereses sociales y económicos, es el de la imputación fundado en la “prevención del daño”, en su fácil distribución entre los miembros de la comunidad que en alguna medida participaron en la creación del riesgo, extendiendo a todos los miembros el resarcimiento que se torna menos gravoso, por la distribución en el más amplio número de sujetos. En cierto sentido el traslado del riesgo de la empresa al público -que se realiza mediante manipulación del precio- hace que la sociedad asuma todos (o por lo menos la mayor parte de) los costos afrontados por la empresa.⁷⁴²

La función demarcatoria, para algunos autores es explicada a partir de la delimitación del ejercicio de las libertades por otras libertades iguales.⁷⁴³ Para otros como agentes económicos que pueden moverse libremente, de la que sus conductas generan responsabilidad,⁷⁴⁴ de aquello que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación u aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada,⁷⁴⁵ puede incluso afirmarse que la función demarcatoria en Argentina, es hoy una exigencia constitucional de un mismo artículo que sienta dos principios: la libertad de actuación y el *neminem ledere*.⁷⁴⁶ En realidad estaríamos ante el abuso del derecho que resulta una fuente autónoma del derecho de daños.

El ejercicio de la libertad es absoluto. DWORKIN, nos dice que no puede ser restringida ni por el “bien común”, pero se encuentra auto limitada por igual libertad ejercitada por otro sujeto, muy bien definida en el imperativo categórico de KANT: *Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad*, bajo cuya circunstancia, el Estado interviene para resguardar el equilibrio del ejercicio de los derechos intersubjetivos, esto es, que ningún sujeto interfiera en el ejercicio de la libertad del otro sujeto, imponiendo la responsabilidad a quien con

⁷⁴¹ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 202-203.

⁷⁴² ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 205

⁷⁴³ CAZEAUX-TRIGO Represas, *Derecho de las obligaciones*. Ob.Cit. Tom. IV Pág. 503 No. 2413.

⁷⁴⁴ TRIGO - LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad civil*. Ob.Cit. Tom. I Pág. 61.

⁷⁴⁵ DOBBS. *The law of torts*. Ob.cit. pág. 30.

⁷⁴⁶ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 40
SALVADOR Cordech Pablo. *Lecturas recomendadas*. Ob. Cit. Pág.4.

sus actos u omisiones provoca daño a otro. Entonces la acción demarcatoria la ejercita el Estado por medio de la norma y la intervención del poder judicial, que impone la obligación de reparar el daño infligido. Dicho en otras palabras, no se puede hablar del derecho de daño si éste no se encuentra claramente delimitado y definido por la ley, un Estado de Derecho debe regular todos los aspectos que pongan en peligro el equilibrio, la armonía y la paz social.

La tendencia de la función sancionadora del Estado, frente al acto dañoso fue transformada. La decidida influencia del derecho romano, introdujo el concepto de pena privada, en las disposiciones de las XII tablas, concepto que se consolidó en la ley aquilina, norma que sienta la diferencia entre pena y deber de resarcimiento, convirtiendo al sistema de responsabilidad civil en resarcitorio, con lo que se destierra para siempre la aplicación del sistema punitivo (pena) propio del derecho penal; de tal forma, que la evolución da cuenta de un cambio fundamental en la concepción de la responsabilidad civil, el Estado en su intervención impone la obligación de resarcir el daño calificándolo económicamente, generalmente, en una suma líquida y exigible. En consecuencia, la tendencia moderna va dirigida a resarcir el daño en lugar de castigar al dañador.⁷⁴⁷

La función de la responsabilidad civil no es ni punitiva ni preventiva, sino puramente indemnizatoria.⁷⁴⁸ Sanciones con este tipo de características son totalmente ajenas al derecho civil, y si bien -como ya hemos dicho- en su origen derecho civil y penal, fueron uno sólo, hasta que el progreso jurídico fue separando la paja del trigo, ello no significa que lo sancionatorio sea inconveniente y ajeno a la responsabilidad civil. Ya hemos demostrado como la reparación puede comprender también la satisfacción del ofendido.⁷⁴⁹

Coincidiendo con las posturas glosadas, el desarrollo doctrinal y la tendencia moderna del derecho del daño da cuenta de su carácter indemnizatorio no sancionatorio, busca satisfacer a la víctima y no sancionar al dañador, es más, se centra en la víctima.

2.3.1 Teorías sobre la Función Preventiva y Desincentivadora de la 2.3.2 Responsabilidad Civil.

Los criterios de prevención o preventivos que adoptan medidas de seguridad son muy usados en el ámbito de la responsabilidad civil, el costo del resarcimiento ha llevado al convencimiento de que resulta más económico prevenir un daño que indemnizarlo, postura que ha generado una serie de teorías y doctrinas económicas preventivas del daño, que tienen un carácter más económico y social, que moral.

⁷⁴⁷ Ver, BRICOLA. Teoria generale del reato. Ob. Cit. Pág. 43 RODOTA. El problema della responsabilità civile. Ob. Cit. Pág. 16. VINEY. Le déclin de la responsabilité individuelle. Paris 1965.

⁷⁴⁸ LLAMAS Ponbo Eugenio. Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Trivium. Madrid 1999. Pág. 87.

⁷⁴⁹ LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 50.

La tutela preventiva tendiente a impedir actos dañosos, esta tendencia ha ido creciendo en el curso del tiempo, así, se habla del principio de precaución, desarrollado en materia de daños del medio ambiente, que luego fue ampliado a riesgos potenciales de cierto desarrollo tecnológico, la autoridad pública puede -y debe- en algunos casos adoptar medidas necesarias, aún antes de que los científicos lleguen a un acuerdo unánime a cerca de los riesgos de un determinado producto o actividad.⁷⁵⁰

PEÑA, expresa: la reacción civilista, aunque su finalidad sea esencialmente reparadora, puede desarrollar en la práctica, también aquella finalidad preventiva, en la medida en la que la imputación del daño sea experimentado por el dañador, obviamente como una reacción adversa a sus intereses, que le inducirá a preservarlo, a no repetir una conducta negativa para sí mismo. Ahora bien, no se puede afirmar esta finalidad como esencial de la responsabilidad civil extracontractual, desde el momento en el que la institución del seguro permite a éste, hacer frente al pago de la indemnización de la que al asegurado es responsable. Acota, sin duda el derecho actual propende a evitar y disminuir el daño sin embargo, considera, que la función preventiva es complementaria o secundaria a la de reparación.⁷⁵¹

Cabe destacar que la prevención del daño y el efecto desincentivador de la responsabilidad civil se encuentran íntimamente vinculados con las formas de responsabilidad “subjetiva” y en último análisis, con el presupuesto de “la culpa”. El deber de resarcir el daño, que debería inducir al agente a la adopción de todas las medidas idóneas para prevenir perjuicios a terceros, y disuadirlo también de la realización de actividades peligrosas o extremadamente riesgosas, puede convertirse en un férreo instrumento de *derrence* (desincentivador) en tanto y cuanto esté subordinado a la determinación de la culpa del agente. En cambio cuando, el deber surge con independencia de la culpa y sin ninguna valoración de la diligencia del comportamiento ni de la adopción de medidas necesarias para prevenir el efecto dañoso, es claro que el agente experimente en menor grado el efecto desincentivador de la responsabilidad. La responsabilidad objetiva -al menos según la forma como ésta se estructura en los esquemas aplicados con más frecuencia- está desligada de todo factor inherente al comportamiento subjetivo del agente, porque el deber de resarcir el daño surge por el mero hecho del desarrollo de una actividad riesgosa o bien atendiendo a que el agente, sobre la base de una decisión de política de derecho- parece ser el sujeto que puede hacer frente a la transferencia del daño en mejores condiciones que los demás. En todas estas hipótesis, la responsabilidad civil está destinada a perder aquel efecto desincentivador que siempre ha tenido; mantiene dicho efecto, en cambio, sólo en aquellos casos en los cuales el deber de resarcimiento incide, en tal medida, en el

⁷⁵⁰ ANDORNO Roberto. El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica. La ley. 2002-D-1326.

⁷⁵¹ PEÑA López J.M. Prologo a la culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual de F. Peña López Ob. Cit. Pág. XXII/XXIII.

patrimonio del deudor, que induce a éste a no realizar el acto dañoso, o a desarrollar actividades, que conllevan un margen de riesgo más reducido.⁷⁵²

Pero, esta premisa no significa incitación a realizar actividades dañosas, ya que atañe directamente a la administración económica de la empresa. La multiplicidad de daños, que según los autores de esta tesis, no deberían ser motivo de prevención de las causas que amplían el riesgo, es en cambio y por múltiples aspectos, una circunstancia que puede inducir al empresario a mejorar el proceso tecnológico de producción y adoptar medidas de seguridad más eficaces. En el caso de productos dañosos por ejemplo, asignar a una empresa una responsabilidad “objetiva”, no significa en modo alguno dejarla libre para que introduzca mayor número de productos defectuosos. La dimensión de los daños se refleja siempre -más allá de los criterios de imputación- en la administración de la empresa, cuando no menos en el nivel de primas de seguro, la progresiva expansión del riesgo no haría otra cosa que aumentarlas. Tampoco la posibilidad de incluir en el precio el riesgo asegurado podría ser una buena razón para no prevenir –dentro de los límites de utilidad que pueda derivarse para la empresa- los eventos dañosos, un incremento de precios está ligado al mercado, que no puede ser subestimado. El aspecto “desincentivador” de las reglas de responsabilidad civil es absorbido por el mecanismo propio de los sistemas tradicionales que permiten a la empresa seguir ejerciendo su actividad garantizando a los damnificados un resarcimiento seguro.⁷⁵³

A fin de integrar el mecanismo desincentivador, que se funda en el criterio de la culpa o en el criterio de riesgo, Calabresi, ha propuesto el recurso de los mecanismos de mercado (general *deterrence*), en forma tal, que se excluyan del mercado aquellas empresas que no logren soportar el costo del resarcimiento de los daños, así como el recurso a una intensa y precisa legislación especial encaminada a regular las actividades gravemente peligrosas.⁷⁵⁴

El análisis económico de la actividad empresarial (competitividad-mercado) (costo-beneficio), y la intervención del legislador estableciendo reglas prohibitivas en los casos de actividades excesivamente riesgosas, absorben la función desincentivadora de la responsabilidad civil, la que tiende a desaparecer o adquirir significados diversos de los originales.

De acuerdo a los propósitos de CALABRASI, es claro que la *deterrence* constituye un factor económico que el agente toma en cuenta, para valorar las ventajas y desventajas de sus acciones. Transformada en un costo de la actividad dañosa.

La tesis de CALABRASI, siguiendo los esquemas de la “economía del bienestar” sienta el presupuesto que el dañador debe siempre asumir, con carácter preliminar, el daño provocado a terceros y después pueda transferirlo a éstos, sólo

⁷⁵²ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 205-206

⁷⁵³ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 206-208.

⁷⁵⁴CALABRESI. The cost of accidents. New Haven, 1970. Pág. 68-93.

si se establece -mediante un cuidadoso *cost-benefit análisis*- que los terceros habrían podido prevenir el daño de una forma menos costosa. Sin embargo, el riesgo pasa a la empresa sólo en apariencia, porque el público, en definitiva -y de acuerdo con las consecuencias que propicia puede soportar los costos de la prevención del daño (o de su resarcimiento) pagando un módico precio adicional al precio normal de los productos distribuidos en el mercado.

PANTALEÓN, dando un calificativo de retórico a la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual, sugiere que el aspecto preventivo se deje a la labor especializada del Derecho penal y administrativo. Sostiene que la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención un deseable aunque poco frecuente en la realidad.⁷⁵⁵

Algunos autores han propuesto como mecanismo desincentivador del daño la imposición de daños punitivos, cuando el daño por su magnitud es intolerable, sistema que es utilizado en el *common law*. Al respecto los TRIGO-LÓPEZ, hacen conocer su posición: nosotros nos pronunciamos en contra de esta herramienta, entendiendo que resulta peligrosa en cualquier caso y temible puesta en manos de seguidores entusiastas de la "ideología de la reparación", que con fe propia de cruzadas pueden creer un sagrado deber, imponer sanciones punitivas estrafularias, desproporcionadas con el daño material sufrido por la víctima.⁷⁵⁶

TUNC, en su tesis sustenta que la responsabilidad civil ha conservado la función preventiva de los comportamientos antisociales (coincidiendo con la tesis de CALABRASI), aclara, que la prevención no cubre las infracciones violentas, ni errores o daños accidentales.

La función resarcitoria presenta un aspecto crítico, ella jamás es automática, son muchos los daños que quedan sin resarcir; nunca es satisfecha plenamente, se produce un descarte entre el daño efectivo y su satisfacción; los daños que provocan molestias a la víctima, no son adecuadamente considerados en los sistemas resarcitorios. Para TUNC -la necesidad de colocar a la víctima en la situación que se habría encontrado antes del daño- es, en todo ordenamiento, un voto y una ilusión a la vez. La visión de las técnicas del resarcimiento del daño a las personas, en todos los ordenamientos, refleja incertidumbre y dificultad, que obstruyen la plena realización de la función resarcitoria.

TUNC, insiste en la distribución de los efectos del evento dañoso, recurriendo al sistema de sanidad nacional, a los seguros privados y seguros sociales, bajo esta perspectiva el Autor, se pregunta cuál es el papel actual de la culpa en el sistema de la responsabilidad civil. Desacralizando las tendencias difundidas en los modelos de sentencia y en las elaboraciones doctrinales; demuestra que la culpa

⁷⁵⁵ PANTALEÓN Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, en la responsabilidad en el derecho*. Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid No 4 (2000) Pág. 173.

⁷⁵⁶ TRIGO represas Félix-LÓPEZ Mesa Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pág. 65.

puede todavía ocupar un espacio en el sistema, pero que su espacio legítimo no debe ser enfatizado.⁷⁵⁷ Posición que comparto, coincide con la hipótesis de la tesis, la bipolaridad de la responsabilidad civil extracontractual, de manera que coexista responsabilidad civil subjetiva y objetiva como cimientos del derecho de daños.

Haciendo un análisis de la responsabilidad de naturaleza objetiva, opina, que es necesario hacer hincapié en los “daños anónimos” (que escapan de todo control y represión), las “inmunidades” (daños de incapaces e inmunidades especiales) y el papel del seguro privado, que vuelve vana la función sancionadora de la culpa. Agrega, las hipótesis cada vez más frecuentes, inherente a las funciones modernas de la responsabilidad civil, responden del hecho ajeno, sin haber incurrido en ninguna culpa; la culpa por lo tanto es un auténtico mito. Ella ha perdido su connotación moral: hoy el juez interviene para prevenir los comportamientos antisociales, no para reprimir los comportamientos inmorales.⁷⁵⁸

Incluso desde un punto de vista social, la culpa cumple una función muy limitada, normalmente no existe una relación estricta entre intensidad de culpa y extensión del daño, además no satisface la necesidad social del resarcimiento de la víctima.

Enfatiza, en el hecho, que no siempre es fácil distinguir entre error y culpa, en todos los ordenamientos estos términos concluyen identificándose. TUNC insiste en la necesaria distinción, porque el error implica una violación de las reglas específicas dictadas para la competencia del profesional, mientras que la culpa se identifica cada vez más con la mera falta de cuidado.⁷⁵⁹ Por lo tanto, no se puede asignar a dos hipótesis diferentes igual tratamiento, no es posible reducir toda hipótesis de culpa a toda hipótesis de error, para luego aplicar a la primera el régimen restrictivo reservado para la segunda; la culpa importa una menor incidencia en los valores morales, esto es así aún cuando no cambia, desde el punto de vista de la víctima, que tiene que ser resarcida en uno y otro caso.⁷⁶⁰ Pero esta distinción en la práctica parece, no tener relevancia alguna, no obstante, como dice el autor, el error, entendido como vulneración de técnicas y destrezas propias del ejercicio de una profesión liberal, en mi concepto, debería tener mayor gravedad en el momento de la calificación y valoración del juez, con incidencia en la indemnización.

También, la función de la culpa encuentra límites, cuando el daño es intencional y cuando se presenta la necesidad de enfatizar la prevención. Puede existir una limitación final, relativa a los costos colectivos implicados por un sistema de socialización excesiva.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ TUNC *La responsabilité civile*. Ob. Cit. Pág. 102.

⁷⁵⁸ TUNC. *Tort law and moral law*, en *Cambridge law journal*. 1972. Pág. 274. ALPA Ob.cit. Pág. 228.

⁷⁵⁹ TUNC. *La responsabilité civile*. Ob. Cit. Pág. 119.

⁷⁶⁰ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 228-229.

⁷⁶¹ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 229.

Para TUNC, la función de garantía de los derechos de los ciudadanos y, en todo caso la solidaridad, se presenta como la más aceptable hoy en día, a pesar de que ella está distante del derecho positivo. Observación de reclamo al legislador.

En la experiencia francesa, se realiza la función resarcitoria (subrayándose sus límites); la función distributiva; la función sancionadora (pena privada); e incluso la función “normativa” o “regulatoria”. La única función que representa una novedad es la “función regulatoria” de la responsabilidad civil, en los sistemas: italiano, francés, alemán e inglés, *legal function*.⁷⁶²

Según ALPA, los autores franceses consideran que esta última función se compone de dos objetivos esenciales; el fin desincentivador de comportamientos potencialmente lesivos, y el fin de protección de ciertos derechos que no pueden protegerse mediante otros medios (por ejemplo, los derechos de la personalidad, la leal competencia económica, el derecho a la información de los consumidores). Destaca la discusión, a cerca de la función de las penas privadas y de las *astreintes*. Sobre dicha base, expresa, con relación a la búsqueda de los fundamentos de la responsabilidad civil, se puede notar un paralelismo importante entre la experiencia doctrinal francesa e italiana. En cuyo análisis encuentra, tres fases, con las cuales se retoma el debate, sobre imputación: a. culpa y marginalmente riesgo. b. culpa o riesgo; c. culpa y riesgo (difusión de daños derivados de la creciente industrialización, XIX, y toma de conciencia sobre los derechos de los trabajadores 1930-1940).

A fines del decenio 1970-1980, el dilema se plantea en los dos países, por el surgimiento de las exigencias de protección de las víctimas de la calle, de las víctimas de los fabricantes y de la contaminación ambiental. Las doctrinas italiana y francesa, buscan resolver dicho dilema mediante argumentos semejantes.

La sintomática de esta última realidad es el debate sobre el *affaire “Jand’huer”* (culpa y riesgo), que enfrentó por un lado a Ambroise Colin y Luís Josserand, quienes afirmaban un principio general de responsabilidad objetiva –no ya expresado en términos de “riesgo”, sino de “custodia de cosas”,⁷⁶³ en concordancia con el *code Napoléon*- y por otro a los tradicionalistas, representados por Georgia Tipert y Paul Esmein. En aquellas épocas René Savatier, defendía una posición ecléctica, debate sobre las funciones de la responsabilidad en relación a la culpa y riesgo.⁷⁶⁴

La célebre sentencia de la *Cour de Cassation*, de 27 de febrero de 1915,⁷⁶⁵ es un fiel deduccionismo silogístico; parte de la premisa, que los Arts. 1382 Y 1383 del *Code civil*, no atañen exclusivamente, a un acto positivo, sino también a una “abstención”; que la omisión puede ser simplemente culposa, y que ella comporta una responsabilidad de su autor, sea cuando el deber de conducta esté previsto

⁷⁶²ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 229

⁷⁶³VINEY Le déclin de la responsabilité individuelle. París. 1965. Pág. 111.

⁷⁶⁴ALPA Guido. *Nuevo...* Ob. Cit. Pág. 230.

⁷⁶⁵DALLOZ, 1951, 329.

en una disposición legislativa regulatoria o convencional, sea cuando dicha disposición sea objeto de integración, sobre la base de los principios de la deontología profesional. Estos principios se aplicaron a las circunstancias precisas del caso. Fallo muy debatido por los juristas de la época, sobre cuestiones de responsabilidad por omisiones, o más exactamente la omisión culposa. Jean CARBONNIER,⁷⁶⁶ identifica el fundamento de la sentencia, justamente, en el artículo 1382 del *Code*, entendido como cláusula normativa general.

Otra cuestión muy debatida tiene que ver con la conveniencia de delegar a las reglas de responsabilidad civil, o bien a la intervención legislativa, la tarea de controlar las actividades dañosas. ALPA, se pregunta, ¿cuáles son los factores que deben tomarse en cuenta al momento de decidir entre la decisión legislativa orientada a la prevención del daño, con la precisión de reglas de seguridad, y el ejercicio libre de la actividad potencialmente dañosa, acompañado por la sanción de resarcimiento?

Los factores son múltiples. Los aspectos identificados por Shavell:

a. La diferencia de conocimientos de los riesgos de la actividad, entre el particular y la autoridad pública; (si el sujeto privado conoce mejor los riesgos, la autoridad no debería intervenir, esta es la premisa básica, no el hecho de que la autoridad conozca mejor los riesgos y costos), según el autor el régimen óptimo es la responsabilidad objetiva.

b. La imposibilidad del particular para el resarcimiento de todo el daño causado; en esta situación el régimen de la responsabilidad resulta menos adecuada que el régimen de prevención; porque el agente tendrá en cuenta, únicamente, los daños que estará en condición de padecer. En cambio de existir un régimen de prevención, el agente podría calcular, antes del inicio de la actividad, los costos de prevención que ésta comporta.

c. La indiferencia del particular frene a las acciones procesales. Puede derivar, de que el daño sea difuso y de poca consistencia que desaliente a las víctimas de enjuiciar al dañador, o que el daño se manifieste luego de un período muy distante o que sea difícil llegar al agente por razones causales (catástrofes).

d. Los costos de funcionamiento de los sistemas. Se considera el costo de la responsabilidad civil inferior a los demás, porque un sistema eficiente fundado en la culpa podría inducir al agente a asumir medidas de seguridad. Se trataría, además, de un costo a soportar sólo en casos accidentales, a diferencia de los costos del sistema administrativo, que son permanentes.

El cotejo de los dos sistemas demuestra que existen factores favorables al régimen de responsabilidad a. y b., factores favorables al sistema de prevención, b. y c., entonces ninguno puede ser considerado exclusivo. Existen actividades que se regulan, de mejor manera en el régimen de responsabilidad, ejemplo las relativas a la vida cotidiana. Un régimen de prevención parece imperioso, en

⁷⁶⁶ CARBONNIER. *Le silence et la gloire*. En Dalloz 1951. Chron 119.

cambio, en el campo de actividades peligrosas, de las actividades de contaminación, de los productos dañinos para la salud. En todas estas hipótesis la autoridad pública puede afrontar los costos, y racionalizar éstos, en mejores condiciones que aquellas que tendría que afrontar un particular. La intervención pública es necesaria, de igual forma, para los daños difusos, como para los daños catastróficos.

Un sector,⁷⁶⁷ asume las conclusiones de algunos autores, que distinguen entre los daños producidos por actividad constante y los producidos en forma ocasional. Los primeros, cuando el daño es generado de forma unilateral por el agente, tanto el criterio de culpa, cuanto el criterio de riesgo son económicamente eficientes. Si se eleva el nivel de diligencia requerido, la retribución opera a favor de la víctima; en cambio, si el nivel de diligencia se reduce, también se reducirá la operabilidad de la prevención; si la imputación de la culpa eleva los costos impuestos al dañador, el sistema se vuelve ineficiente y la imputación de la responsabilidad por riesgo, se vuelve preferible. Si existe concurrencia de culpas, ambos sistemas son eficientes, pero es aún más eficiente un sistema mixto, en el cual, la responsabilidad por riesgo del agente se enlaza con la responsabilidad por culpa de la víctima.

En el segundo caso es necesario verificar si el daño (resarcible según las reglas previstas para la protección de la persona, tanto en el aspecto físico cuanto en el aspecto moral) produce desequilibrio en la actividad del agente, cuanto no un enriquecimiento de este último, cada vez que el daño fuera subvaluado.

Todo sector de la responsabilidad requiere soluciones propias. No se puede tratar del mismo modo las soluciones de las inmisiones, de las consecuencias de la circulación, de la difusión de la información inexacta, etc. Y no se debe olvidar, como advertía un autor, las reglas de la responsabilidad civil no se aplican de manera autónoma; en realidad dichas reglas se enmarcan en un sistema institucional, en el cual deben ser confrontadas con sistemas de asignación de costos, sistemas distributivos, sistemas de previsión social, sistemas de seguros, etc.⁷⁶⁸ Agregaría, efectivamente todos estos aspectos integran el sistema de la responsabilidad, todos son elementos que coadyuvan a la función indemnizatoria. En su momento será importante definir los costos que guardan estrecha relación con la magnitud del daño, se deberá definir las fuentes de donde proveniente la indemnización, esto es, de un sistema individual que surge de la relación entre víctima y dañador o extensivo a la comunidad, que pone en marcha un sistema distributivo, la previsión social o el seguro privado, pero todos estos van dirigidos a un único fin, la indemnización de la víctima, sin olvidar las diferencias que guardan entre sí, aspecto al que me referí en el capítulo IV 4.1.4.

No se debe perder de vista, que la función principal y primordial de la responsabilidad civil es indemnizatoria, se efectiviza con la reparación del daño

⁷⁶⁷ Ver ALPA Guido. *Nuevo...Ob. Cit.* Pág. 234.

⁷⁶⁸ ALPA Guido. *Nuevo tratado... Ob. Cit.* Pág. 235.

por el dañador, (la empresa, la comunidad o el Estado), acto con el que se restablece el equilibrio y armonía. La función punitiva como medio de desincentivador del daño puede prosperar en los casos en los que un análisis económico muestre la falta de interés del dañador en prevenir el daño, ya que para éste resulta más interesante efectuar la actividad dañosa que prevenirla, circunstancias en la que se podría considerar dolosa su conducta, haciéndose plenamente aplicable el daño punitivo, en la forma desarrollada en el *common law*, como un medio desincentivador del daño, cuya fundamentación está expuesta en el punto 1.2.5.4.3.6, de esta tesis.

2.3.2 Sistemas Alternos de la Responsabilidad Civil.

Bajo el subtítulo de objetivos actuales de la responsabilidad civil, FLEMING, expone los argumentos a favor y en contra de los sistemas alternativos, en general los sistemas de seguros y sistemas *no-fault*; el autor retoma como guía un ensayo de WILLIAM, quién identifica cuatro términos objetivos: - poner fin a la auto tutela y remediar el hecho antisocial constituido por el ilícito. -justicia retributiva, por un lado y gratificación para el agredido por otra. -deterrence, conjunto de técnicas destinadas a desincentivar las actividades dañosas y *compensation* que es, el resarcimiento propiamente dicho, en forma específica o en dinero. WILLIAM apunta, sólo los dos últimos son importantes, el primero para los ilícitos y el segundo para todos los demás.⁷⁶⁹

FLEMING,⁷⁷⁰ considera que el efecto preventivo, desincentivador y la venganza psicológica, son aspectos que no cuentan. Se pregunta si la responsabilidad ha fracasado por haberse ocupado de estos aspectos que han sido superados por el enlace de la responsabilidad con los seguros. La práctica de los seguros tiende a aumentar los precios en conexión con el número y la dimensión de los accidentes provocados por el asegurado, es decir, con la amplitud del riesgo cubierto.

Existen otros objetivos que WILLIAM no pudo reparar: La publicidad negativa de los procedimientos de responsabilidad civil, la velocidad de información lograda por la técnica y sensibilidad de los intereses del consumidor. Las grandes y medianas empresas, están interesadas en prevenir el daño y satisfacer rápidamente a la víctima para evitar que se difunda la noticia. - la eficiente distribución de las pérdidas. El sistema resarcitorio sirve para transferir el riesgo al sujeto que está en mejor condición para soportarlo o al sujeto que puede acudir en mejores condiciones al seguro y contribuir a que el riesgo se distribuya entre toda la colectividad, tesis de CALABRESI, POSNER y otros, para FLEMING el aspecto más problemático de estas posturas, es la suposición de racionalidad del comportamiento humano. El control del mercado no en mayor medida que la eficacia de los sistemas de control de costos proveen una contribución sustancial a la prevención de los accidentes; meta reconocida por ambas teorías

⁷⁶⁹ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob.Cit. Pág. 212-214.

⁷⁷⁰ FLEMING Jon. *C'è un futuro per i torts*. Traducción italiana de Rosello y Pardolesi, en Rev. Crit. Ptriv. D1984 Pág. 271.

económicas.

Entre otros objetivos fijados por FLEMING, tenemos: - la reducción de los contratos de transacción en los sistemas de los no ilícitos. - la distribución correcta de costos (sólo la culpa justifica la imposición de pérdidas del demandado), realizada mediante la “colectivización” de las pérdidas, según la secuencia daño - responsabilidad-seguros-precio del producto o servicio. Este autor propende a varios objetivos y varios sistemas de responsabilidad civil.

POSNER, dedica un ensayo a la función social de la culpa, su intención es retomar cuestiones adormecidas y proyectar soluciones opuestas a las generalmente adoptadas. Sus objetivos: - Criticar la reconstrucción del régimen de la responsabilidad. - elaborar un sistema de reglas jurídicas que sean lo más fiel posible a las directrices del mercado. El método que utiliza, es el *economic analysis of Law*, dicho método consiste en obtener como resultado, mediante definición de reglas jurídicas, el funcionamiento óptimo del sistema de resarcimiento, con eliminación, en la medida que sea posible, de la viscosidad y rémoras propias de todo sistema en el cual no se reflejan las directrices del mercado.

Las sentencias estadounidenses (período 1875-1095), en opinión del POSNER,⁷⁷¹ desincentivan radicalmente la premisa, según la cual, la culpa cumple en aquel período una función de sostén de la industria, al favorecer el proceso de “externalización” de los costos de accidentes internos y externos de la empresa. La relectura de clásicos autores como Holmes, lo inducen a pensar, que en esa época, la función resarcitoria no representa una finalidad esencial de los sistemas de responsabilidad, sino que constituye sólo uno de los muchos factores que permitan realizar un aceptable compromiso entre “nivel de seguridad” y “nivel de los accidentes” y observa que el significado subjetivo y “ético” de la culpa fue rápidamente abandonado, para pasar a un riguroso significado objetivo típico de todo *objective Standard* con el cual medir y evaluar el comportamiento ilícito.⁷⁷²

Ratifica esta percepción, en el modelo de interpretación del fenómeno del ilícito, propuesto por el juez Larnel Hand, que reconocía la existencia de culpa en el agente sólo en la medida en que el daño sufrido por el actor, fuera grave, que las posibilidades del evento fueran amplias y que las medidas para prevenirlo fueran poco costosas. Para descartar el resarcimiento era suficiente demostrar que el sacrificio soportado por la víctima resultaba inferior al sacrificio abstractamente soportado por el demandante para prevenir el evento. De donde la función predominante de la responsabilidad civil no coincidía con el más pleno resarcimiento de las víctimas, sino con el asegurar desde una perspectiva económica, el nivel óptimo de los accidentes y de las medidas de prevención. En definitiva los daños se ponían a cargo del demandado “atendiendo a los resultados

⁷⁷¹ POSNER Richard. A theory of negligence. En Journal of legal studies. 12972. Pág. 36.

⁷⁷² POSNER Richard. A theory of negligence. Ob. Cit. Pág. 34. SS.

de la valoración del costo del accidente”.⁷⁷³

Lo señalado, permite a, POSNER, formular dos corolarios: primero, la violación de un *Standard of care* previsto por ley constituye *negligence* por sí misma y exonera al damnificado de la prueba de la culpa del demandando; segundo, no puede hacerse cargo el demandado, sobre la base de criterios de la diligencia media, no haber adoptado medidas de seguridad o prevención del daño exclusivamente costoso; corolario traducido en fórmulas económicas, entendidas en sentido de que el mercado desincentiva la adopción de nuevas y más perfectas técnicas de prevención de los daños, aún cuando las ventajas que de ella se deriven excedan los costos asumidos. Llevando a extremas consecuencias, este sistema niega el resarcimiento a la víctima que contribuyó a la creación del daño con su comportamiento culposos.⁷⁷⁴

Los resultados obtenidos por el análisis, de POSNER, la minuciosa casuística y estadística sirven para descifrar las tendencias jurisprudenciales y principios que orientan al sistema de responsabilidad civil: - Se caracteriza por ser absolutamente apolítico. - Se rige por principios, que cada parte actúe a instancias de su propio interés económico. - El sistema exonera los incentivos económicos de la tarea de instituir un aparato gubernamental necesario para investigar las causas y las formas de los accidentes. - El conflicto de intereses de los particulares mueve a las partes (*in competition between them*) a presentar al juez el máximo de los datos, a fin de permitirle llegar casi con absoluta certeza a la verdad de los hechos. - La situación entre las partes litigantes puede asemejarse al mercado, lucha de empresarios que persiguen los mismos intereses. - La legislación frena al desarrollo industrial, con la introducción de disposiciones favorables a los agricultores y trabajadores.

El periodo tomado, por POSNER, régimen *laissez faire*; pero a fines del siglo XIX la *infant industry*, vivía su segunda revolución y había alcanzado posiciones tales en el sistema económico, que no tenía por qué pretender otro privilegio. Estaba en condiciones de asumir aquellos costos y cargas para no comprometer su estabilidad en el mercado. En esa época aparece la primera forma de capitalismo monopólico. De ahí la indiferencia que logra la industria frente a todo régimen de responsabilidad civil. Coincidió con las observaciones, que en esa época la industria obtuvo grandes ventajas a diferencia de otros sectores que sufrieron un impacto negativo; cabe recordar que la primera consecuencia de la Revolución Industrial, fue la creación del proletariado, millones de hombre que se mudaron del campo a la ciudad para trabajar en las fábricas por míseros salarios, pactados por la oferta y la demanda (*laissez faire*), la situación, en esa época, es de gran injusticia social; la segunda consecuencia fue la aparición de nuevos daños por la tecnología implementada, los obreros dañados por las máquinas, quedaban sin indemnización debido a pleitos interminables e imposibilidad de poder demostrar

⁷⁷³ CALABRESI y HIRSCHOFF. *Toward a test for Strict Liability in torts*. Yale law journal Vol. 18. 1972. Pág. 1055.

⁷⁷⁴ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág.219-220

la culpa y oponerse al poder económico del empresario, con evidente desigualdad, fueron estos aspectos que motivaron a la tesis de responsabilidad objetiva propugnada por JOSSERAND, en el siglo XIX.

Es difícil afirmar que la legislación en materia de accidentes de trabajo haya obstaculizado el desarrollo de la industria. La reconstrucción histórica da cuenta de la dificultad con la que se introdujeron las leyes sociales de protección del trabajador, fue resultado de conflictos en las fabricas y demandas sindicales. Los primeros intentos legislativos de regulación de la materia, sufrieron una evasión por parte de los tribunales, que continuaban afirmando que el trabajador prestaba su mano de obra a su propio riesgo. Es así que un verdadero sistema uniforme y amplio de resarcimiento de los accidentes entró en vigor muchos años después, en el tercer decenio del siglo XX.

Un realce sociológico permite, a POSNER, enunciar el principio de que los individuos, aún inconscientemente, actúan en el mundo del derecho ateniéndose a los criterios de *homo economicus*, en modo tal, que se hace legítima la aplicación de las reglas económicas incluso al *formally non-economic market of the legal system*.⁷⁷⁵

Algunos enunciados fundamentales contribuyen a precisar el último postulado:

El ordenamiento jurídico ha sido influenciado, desde siempre, por la exigencia de perseguir la eficiencia económica: las reglas de la administración de la propiedad, de la determinación de la responsabilidad, los procedimientos para resolver controversias legales, los métodos para determinar el daño resarcible, son todos factores que registran el uso de las reglas jurídicas desde la perspectiva de la distribución más racional y económica de los recursos.⁷⁷⁶

El análisis económico puede ser un instrumento útil para proyectar reformas del ordenamiento jurídico, apunta que se necesita una revisión de normas antieconómicas para lograr eficacia económica. Con este análisis el Autor, concluye, el ordenamiento jurídico debe inspirarse en reglas de eficiencia económica y debe apuntar entonces a la maximización de las satisfacciones individuales. Dice, parece preferible, justificable y por lo tanto, perfectamente legítimo, fundar las reglas jurídicas exclusivamente en las directrices de mercado, tales propuestas, aparecen en numerosos análisis de la bibliografía estadounidense dedicados al régimen de la responsabilidad civil.

Como es de suponer, lo radical de la propuesta, ha generado objeciones y críticas, replicadas por el mismo POSNER, quien no las admite, las considera genéricas e inconsistentes.

Se critica que habría teorizado una "lectura" de las normas jurídicas, a través del lente deformante de un economista. La imperfección de la ciencia económica ni siquiera permite examinar los fenómenos del mercado. Un sistema tan rígido

⁷⁷⁵ POSNER. Observation: The economic approach to law. Ob. Cit. Pág. 763.

⁷⁷⁶ POSNER. Observation: The economic approach to law. Ob. Cit. Pág. 764.

vinculado con la teoría paretiana de lo “óptimo”, volvería a proponer el empleo de modelos económicos superados, no aplicables a categorías jurídicas. No merece su atención, la objeción de quienes, critican el presupuesto teórico del utilitarismo y consideran que este se encuentra en camino al precipicio, que hará caer el análisis económico del derecho. Tampoco, merecen ser destacadas las objeciones que ponen en duda el carácter científico de su método, la primera se funda en la consideración obvia, el comportamiento del individuo derivado de una pluralidad de motivaciones, no puede ser explicado en términos económicos, ni subestimarse a favor de las directamente influenciadas por valoraciones económicas; el autor, cree que esta crítica es superada si se recuerdan las características de abstracción que son propias de todo método de análisis: *la falta de realismo no invalida una teoría; por el contrario, constituye el presupuesto esencial de tal teoría*. Destaca en definitiva que los aspectos negativos de una teoría, no pueden afectar su coherencia intrínseca; por el contrario pueden cumplir una función de requerimiento.

La segunda crítica, la más insidiosa de todas, denuncia finalidades políticas, más exactamente los presupuestos ideológicos que tienen, ocultamente aproximación económica al derecho. Lejos de presentar apoliticidad, la tesis de POSNER deriva de presupuestos típicos del liberalismo económico, los que terminan dando un terreno conservador al sistema, la respuesta de POSNER, reivindica la autonomía de los economistas y observa que un análisis económico de determinados fenómenos que cobran relevancia en el mundo del derecho, no significa que tales resultados se deben utilizar, ni mucho menos que deban realizarse a través de una norma totalmente adecuada a las directrices del mercado. Para ALPA, posición con la que comparto, esta réplica contradice las premisas del análisis propuesto, perseguir objetivos de “eficiencia económica” en la investigación de las estructuras jurídicas, no significa otra cosa que prefigurar y trazar proyectos de reforma de dichas estructuras según las premisas ideológicas en las que se inspira la búsqueda de la eficiencia económica. El mismo POSNER acepta esta situación cuando observa que el término “justicia” (al que debería uniformarse el ordenamiento jurídico) puede, también, ser atendido como sinónimo de “eficiencia”.

CAPÍTULO III

VISIÓN FILOSÓFICA. LA LEY. SILENCIO DEL LEGISLADOR. SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA. PRINCIPIOS MORALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

3.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

3.1.1 Visión Filosófica.

La exigencia de identificar una red de valores, los fundamentos o bases, mejor aún, expresados en forma de principios que orienten la responsabilidad civil, me lleva a un análisis epistémico, sobre cuya base pretendo poner en evidencia los fines a los que tiende la ciencia jurídica y el ordenamiento jurídico y los cimientos del sector, desde un punto de vista pragmático. Busco apuntar una convergencia de puntos neurálgicos del tema, a partir de legisladores y juristas científicos del derecho. En cuyo camino más discutible es el uso de las expresiones “filosofía”, “filosófico” y similares, aunque en la actualidad es bastante difundido. Se podría hablar, en efecto, de una “filosofía de la responsabilidad civil”, sólo en caso que se quiera hallar en el pensamiento de los filósofos antiguos y modernos indicaciones, directrices, tendencias así como precisiones conceptuales, que son utilizadas por los juristas para proyectar normas, comentar las disposiciones o sentencias del sector.

Con el objeto no tanto de ilustrar con el pensamiento de los filósofos, sino de aclarar las tendencias actuales de la responsabilidad civil, trataré de profundizar el tema buscando justificar la hipótesis de este trabajo, asumiendo además, que la expresión fundamento filosófico de la responsabilidad alude más bien a fundamentos teóricos y a concepciones abstractas, eventualmente a presupuestos ideológicos y directrices políticas.

Los temas comunes de estudio dentro del ámbito filosófico son: las funciones de la responsabilidad civil, los valores cifrados en las reglas de responsabilidad civil, las líneas fundamentales de la evolución de la institución, las propuestas para hacer más racional, óptimo o justo el sistema del resarcimiento del daño. Claro está que la dimensión filosófica va más allá de tales confines y se propone verificar en el pensamiento de los filósofos y juristas de profesión, los orígenes intelectuales de las reglas de responsabilidad civil. El estudio filosófico se centra en la esencia del sector, en ser un instrumento de la realización de justicia.

Para alguna tendencia, los estudios filosóficos de las reglas de responsabilidad civil, a fines del siglo XIX son más frecuentes en la bibliografía alemana, austriaca, italiana y francesa, en tanto y la biografía inglesa y estadounidense es más

reciente.⁷⁷⁷

3.1.2 Orígenes Intelectuales, Base de la Responsabilidad Civil.

En las doctrinas filosóficas de PLATÓN y ARISTÓTELES, se destacan los valores de la responsabilidad civil, que inspiran al régimen, que sirven y son utilizados como fundamento en las sentencias judiciales actuales. ¿Pero cuáles son esos valores que sustentan la responsabilidad civil? Son los valores que surgen de la razón del hombre como necesidad de supervivencia y convivencia en sociedad y se imponen como mecanismo de control para mantener la paz social, resultado del acuerdo básico entre los individuos de -respeto mutuo- como presupuesto esencial del contrato social.

PLATÓN,⁷⁷⁸ establece un principio fundamental para la convivencia pacífica en sociedad: La *justicia* es la virtud por excelencia, consiste en una *relación armónica entre las varias partes de un todo*, esa armonía es el resultado de la aplicación del primer y fundamental principio -el respeto entre individuos-, cada individuo debe cumplir con la tarea asignada; perfecta armonía del conjunto lograda por todos, por cada parte, mediante la realización de su propia obra y absteniéndose de inmiscuirse en la de sus vecinos.

PLATÓN, señala: Dícese que es un bien en sí cometer injusticia y que es un mal sufrirla. Pero más mal hay en sufrirla que bien en cometerla. Por eso habiéndose ensayado los hombres en ambas cosas y habiéndose dañado durante largo tiempo unos a otros, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, estimaron de interés para todos impedir que se hiciese ni recibiese daño alguno. De ahí nacieron las leyes y convenciones. Se calificó de justo y legítimo lo que fue ordenado por la ley. Tal es el origen y la esencia de la justicia, ocupa esta el punto medio entre el mayor bien, que consiste en poder ser injusto impunemente y el mayor mal que es el no poder vengarse de la ofensa sufrida.

El filósofo, equipara la justicia a la armonía, la que dice que se obtiene con la virtud y esa virtud no puede ser otra que el -respeto mutuo-, virtud que atribuye al Estado; lo que significa que el Estado debe practicar y cuidar que la armonía se mantenga en la sociedad. PLATÓN vislumbra una concepción ideal del Estado y la Justicia en el Estado, dice: allí la Justicia se lee más claramente, por estar escrita con grandes caracteres, mientras que en el hombre individual está escrita con caracteres minúsculos.

Postulados que los concreta, al señalar que la Justicia exige que cada cual haga aquello que le corresponde, en conexión al fin común. Para PLATÓN, el Estado tiene por fin la felicidad de todos, mediante la virtud de todos. En consecuencia el Estado, rige la actividad humana en todas sus manifestaciones; le incumbe promover el bien en todas sus formas. Sienta las bases del relacionamiento -hacer

⁷⁷⁷ ALPA Guido. *Nuevo Tratado...* Ob. Cit. Pág. 170.

⁷⁷⁸ PLATON Diálogos, La República. Ed. Porrúa S.A. México 1979.

aquello que corresponda-, -mantenerse en el surco sin interferir en la actividad de otros-, principio fundamental. El fin común, en otras palabras, significa que el -bien común- está sobre el bien particular y el bien común es la -armonía y la paz social-. La sujeción del interés individual al bien común, define los límites de los derechos subjetivos, mis derechos se extienden hasta donde comienzan los derechos de otro, en este ámbito el abuso del derecho, las limitaciones sociales del derecho propietario, etc. son temas propios de la responsabilidad civil.

Cabe destacar que la armonía de las partes de un todo, la felicidad de todos, constituye deber del Estado, así lo expresa PLATÓN, el Estado debe promover el bien y en tal sentido, debe cuidar que cada ciudadano haga lo que le corresponde. A partir de ésta premisa antigua, combinada con las tendencias del mundo moderno, se colige que la primigenia y genuina responsabilidad frente a cualquier interferencia es la armonía y paz social, es atribución del Estado, vale decir que el Estado si no salvaguarda los derechos subjetivos de los ciudadanos y con ello permite la ruptura de la paz social, se hace responsable. Esta responsabilidad surge del origen mismo del Estado, constituido por la transferencia de poderes mediante el contrato social, que tuvo y tiene como fin otorgar las salvaguardias necesarias a los derechos fundamentales del ciudadano y el primero de todos, es vivir en paz, libre de interferencias perjudiciales, sólo así se podría alcanzar la armonía de las partes de un todo.

La relación armónica entre las partes y la correspondencia exacta de lo que debe hacer cada ciudadano, refiere el principio de igualdad base de la justicia, que luego es desarrollada por ARISTÓTELES. La correspondencia exacta señala el límite; cuando el individuo sobrepasa ese límite irrumpe en el campo ajeno, rompiendo el equilibrio armónico y la paz social, este es el fundamento del derecho de daño.

La correspondencia es un término de gran utilidad para la responsabilidad civil, regula la relación de causalidad entre el daño infligido y la reparación por el dañador, que debe guardar una correspondencia exacta, ya que el fundamento y la razón de ser del derecho del daño es volver las cosas como antes del daño o compensar el daño causado en busca del equilibrio y armonía de las partes de un todo.

Para ARISTÓTELES,⁷⁷⁹ lo mismo que para PLATÓN, el sumo bien es la felicidad producida por la virtud. El Estado, tiene por fin la virtud y la felicidad universal y el contenido de las leyes, es la justicia.

El principio de la justicia es la igualdad, la cual se aplica de varias maneras. ARISTÓTELES, distingue varias especies de justicia. La primera entre ellas es la justicia *distributiva*, que regula el reparto de honores y de bienes, y consiste en que cada uno de los asociados reciba, tanto de los primeros como de los

⁷⁷⁹ ARISTÓTELES, discípulo de Platón, sus obras más importantes *Política* y *la Ética Nicomaquea*, edición bilingüe y traducción de María Araujo u Julián Marías, Introducción y notas de Julián Marías, Clásicos políticos. Instituto de Estudios político. Madrid. 1960.

segundos, una porción adecuada a sus méritos.

El principio de igualdad concebido desde la justicia distributiva; sería, violado en su función específica, si se diese un trato igual a meritos desiguales, o se pretendiera tratar en forma igualitaria sin considerar las diferencias. Entendido en su verdadero sentido justifica las objeciones sobre el concepto real y adecuado del valor -igualdad-, la forma de concebir la igualdad en atención a las diferencias, responde a la diversidad que impone un trato igualitario diferente; que fue olvidado en la imposición de igualdades discriminatorias.

La justicia distributiva consiste, en una relación proporcional que, ARISTÓTELES define -como una proporción geométrica-.

La segunda especie, justicia *rectificadora* o *igualadora*, llamada también *sinlagmática*, o sea, reguladora de las relaciones de cambio. También aquí se aplica el principio de la igualdad, pero en forma diversa de la anterior, se trata sólo de medir impersonalmente la ganancia o el daño, esto es, las cosas y las acciones en su valor objetivo, sin tomar en consideración los méritos personales. Según ARISTÓTELES, una medida tal, encuentra su propio tipo en la proporción *aritmética*.

La Justicia, tiende a lograr que cada uno con relación al otro, esté en condición de paridad: de tal suerte que ninguno dé, ni reciba, más ni menos de lo que dé o reciba. Se sigue la definición de justicia, como el punto intermedio o el *medio* entre el daño y la ganancia. Sin embargo, estos términos se entienden en sentido lato, aplicándolos no sólo a las relaciones voluntarias y contractuales, sino también a aquellas que ARISTÓTELES, llama involuntarias y que nacen del delito; para lo cual se requiere una cierta equiparación, esto es, una correspondencia exacta entre el delito y la pena. La justicia igualadora o rectificadora, vale para toda clase de cambios e interferencias, tanto de índole civil, como penal.

En consecuencia, la justicia rectificadora o igualadora, puede mirarse desde un doble punto de vista, bien en cuanto determina la formación de las relaciones de cambio según una cierta medida, y entonces se presenta como justicia *conmutativa*; o bien en cuanto tiende a hacer prevalecer tal medida en caso de controversia mediante la intervención del juez y se presenta entonces, como justicia *judicial*. En materia de delitos, la justicia rectificadora se ejercita de un modo necesario e inmediato en la forma judicial, porque se trata cabalmente de reparar *contra la voluntad de una de las partes* un daño injustamente producido.

Los griegos sientan las bases fundamentales de la responsabilidad civil, a partir de la justicia distributiva y conmutativa, ambas otorgan una base sólida a la reparación o indemnización por el daño.

El primer principio de la justicia es la igualdad sobre cuya base ARISTÓTELES, funda la justicia, claro está en relación con la libertad, valores fundamentales y rectores del derecho privado. Cuyo equilibrio es fundamental para la felicidad a la que se refieren PLATÓN Y ARISTÓTELES, denominado bien común por Santo Tomás.

Los términos distributivos, conmutativos o correctivos que distinguen las dos clases de justicia creadas por ARISTÓTELES, son conceptos íntimamente relacionados con el derecho de daños.

La justicia distributiva, bajo el principio de igualdad propende a un reparto equitativo, -cada uno recibirá una porción de acuerdo a sus meritos-, es aplicable a las hipótesis de responsabilidad por daños. La justicia distributiva sirve de fundamento en la conexión de la concepción de riesgo con las doctrinas económicas de distribución de cargas derivadas del ejercicio de actividades empresariales riesgosas, que distribuyen el riesgo a la sociedad, bajo el principio de solidaridad social, por medio de la socialización de la responsabilidad civil. Sobre este criterio se establecieron sistemas de seguridad social, basados en el principio de solidaridad, el Estado acude en socorro económico de las víctimas de catástrofes, otorgando sumas de dinero que cubren algunos de sus daños.

La justicia distributiva también sustenta la responsabilidad por otro, tal es el caso de la responsabilidad de los padres por los hijos menores, los dueños de establecimientos educativos privados y el Estado en los públicos, por sus alumnos, etc. se impone la responsabilidad de los representantes legales que se constituyen en responsables por los actos de sus representados.

Para ARISTÓTELES, la justicia conmutativa y correctiva tienen que ver con la interacción entre individuos, si un sujeto ocasiona pérdidas o daños a otro o realiza actos incompatibles con el principio de igualdad y libertad, debe reparar o compensar el daño provocado, en aplicación del primer principio: -No debe hacerse mal a nadie-. En relación con el equilibrio patrimonial; la justicia conmutativa actuando como correctiva o rectificatoria, crea la obligación de reparar el daño infligido a la víctima, *contra la voluntad del dañador*, establece la indemnización, restituyendo el bien o bienes que hubieran injustamente salido del patrimonio de una de las partes y restableciendo el equilibrio o compensando el daño psicológico, no hay causa justa para que este no sea reparado.

Como expresé anteriormente, la justicia conmutativa o correctiva, no sólo se aplica a las relaciones voluntarias y contractuales, sino también a las involuntarias dentro de éstas están los actos ilícitos, para toda clase de cambios e interferencias, tanto de índole civil, como penal; tiende a hacer prevalecer el punto intermedio o el *medio* entre el daño y la ganancia, se refiere al equilibrio y armonía de las relaciones intersubjetivas, a la compensación en caso de haberse roto ese equilibrio que de alguna manera hará retornar el justo medio. La aplicación de la justicia correctiva, además, constituye el fundamento de la correspondencia y relación equitativa entre el daño producido y la reparación o compensación, que debe guardar una relación aritmética, característica del derecho de daño, así definido por la doctrina especializada.

Por otra parte, cuando se trata de responsabilidad objetiva por riesgo creado, que atribuye responsabilidad directa al que causó el daño; la justicia conmutativa busca equilibrio patrimonial restableciendo el punto medio entre daño y ganancia y

activando su función compensatoria.

Ambas justicias convergen en la absoluta libertad e igualdad de los hombres, la igualdad como la libertad, son principios rectores del derecho privado, cuyo equilibrio permite definir el alcance del derecho subjetivo, referido muy bien por KANT, –en su imperativo categórico-: *Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad*, acota SPENCER: *Todo hombre es libre de hacer aquello que quiere, mientras no perjudique la igual libertad de ningún otro hombre.*

ARISTÓTELES, en la aplicación de las leyes abstractas a los casos concretos, identifica como medio correctivo de la rigidez, la “equidad”. Refiere la función de la equidad, de adaptar al caso singular la ley abstracta, pero va más allá, le otorga la facultad de crear nuevas normas frente al silencio del legislador.

La equidad, cumple una función fundamental en la responsabilidad civil, algunos tratadistas la incluyen como factor objetivo, otros como fuente de responsabilidad civil, posiciones que no comparto, pero sí considero que la equidad es un instrumento valiosísimo en la aplicación de la norma general abstracta al caso concreto, contribuye a la interpretación creativa del juez, permite flexibilizar la rigidez de la norma. La equidad es la justicia individualizada al caso concreto, corrige y adecua la ley general en la aplicación a cada asunto en particular, en cuya función completa la ley; es una justicia situada al caso particular. El Juez, cuando resuelve un caso, no sólo interpreta la ley, sino que crea la norma particular, llena los vacíos legales, hace que la norma general y abstracta se acomode a las circunstancias propias y específicas del caso, con una ponderación justa y equilibrada.

En cuando a la equidad como fuente creadora de normas, es un tema doctrinalmente debatido, hay tendencias muy fuertes especialmente basadas en el derecho consuetudinario que admite a la equidad como fuente creadora del derecho mediante la interpretación creativa del juez. Otras por el contrario rechazan esta postura,⁷⁸⁰ vereda a la que me adscribo, estoy convencida que el resarcimiento del daño sólo procede de la ley; es la ley que crea la obligación extracontractual y por lo tanto, se debe contar con una legislación *ex ante*, con esto, no quiero decir que cada caso sea taxativamente determinado por ley, sino la necesidad de una norma general que establezca en forma general y abstracta la responsabilidad civil, esto es, un paraguas legal bajo el que pueda moverse el juez en la interpretación creativa. Las competencias guardan estrecha relación con la separación de poderes y con la cualidad de la independencia de estos, en este orden cada uno de los poderes del Estado, debe cumplir las funciones previstas por ley y ejercer sus competencias, entonces el Juez debe aplicar e interpretar la norma general e individualizarla. No hay duda que la interpretación creativa

⁷⁸⁰ BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Función de la equidad en la realización de la justicia*. Ley 1990. E-630. CASTÁN Tobeñas J. *Derecho civil español*. Madrid 1955. Tom. I Pág. 334. TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob. Cit. Tom. I Pág. 766.

permite resolver casos, incluso aquellos que bajo una percepción restrictiva no serían viables, la imaginación creativa del juez, le permite aplicar la norma general en forma amplia y extensiva a todos los casos, función que le permite crear la norma particular y con ella los precedentes, tan útiles para definir los casos difíciles, que se presentan con gran frecuencia en el derecho de daños.

El análisis efectuado, ratifica la importancia fundamental de que las normas sean generales sustentadas en principios morales de justicia, que busquen el equilibrio de las relaciones y la paz social, normas restrictivas o especiales en conflictos intersubjetivos macro legales, empujan al juez a crear normas para no dejar desamparada a la víctima del daño, situación que en los regímenes positivistas crea: incertidumbre, inseguridad jurídica y cuestionamientos sobre la validez y eficacia de las sentencias.

Antes de referirme al *iusnaturalismo* teológico, considero importante detenerme en el modelo romano, que tuvo una importante influencia en el mundo moderno, a través del iusnaturalismo racionalista representado por CICERON,⁷⁸¹ que vincula el pensamiento griego con el derecho romano. Su tesis principal se asienta en que el derecho no constituye un producto del arbitrio, sino que es dado por la naturaleza. Establece el principio, la ley es la razón fundamental ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario. Tal razón, dice, una vez que se concreta y se afirma en la mente humana es ley. Aclara que la comunión superior entre Dios y el hombre es la razón; los participantes de una razón común lo son también de la recta razón; es así que la ley es una recta razón. La igualdad del hombre entre todos los hombres, su común destino en la realización de la justicia, basado en la naturaleza, completa la idea de humanidad. CICERON relaciona el *ius naturale* con el *ius gentium* (base de relaciones recíprocas de los pueblos, fundados sobre sus necesidades comunes) y *ius civile* (vigente para cada pueblo en particular) y concibe al Estado como producto de la naturaleza, como resultado de la sociabilidad y convivencia política.

Es interesante la explicación del fundamento de la razón a partir de la semejanza del hombre con Dios, que hace que los hombres sean también semejantes entre sí, la razón tiene la característica inmutable y eterna, no varía en el tiempo y es válida para todas las naciones. Sienta el principio del carácter general y universal del principio natural, que no puede ser además, modificado por voluntad del hombre. Este análisis lleva a la conclusión, que el primer principio fundamental de la naturaleza radica en “el respeto mutuo”, que reconozca y garantice los derechos de las personas que han sufrido menoscabo en sus derechos subjetivos, con fin de preservar la paz y armonía social, hipótesis que sostengo, y la probaré a la luz del pensamiento de diferentes tendencias filosóficas antiguas y modernas.

En la segunda mitad de la Edad Media, SANTO TOMÁS,⁷⁸² integra la tradición del

⁷⁸¹ CICERON. *De legibus, Las leyes*. Edición bilingüe traducción, introducción y notas de Álvaro D'Ors, Clásicos políticos Instituto de estudios políticos Madrid 1970.

⁷⁸² SANTO TOMAS de Aquino. *La suma Teológica*. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid

pensamiento clásico, con la romana y la cristiana,⁷⁸³ para quién, siguiendo a los filósofos griegos, el Estado tiene la misión de garantizar la seguridad de los hombres asociados y de promover el bien común. SANTO TOMÁS, dotó al pensamiento cristiano de la más orgánica de sus sistematizaciones; en mi criterio, es la mejor ilustración de los principios del derecho de daños desarrollado en uno de los períodos constructivos de la civilización occidental. El núcleo central del modelo tomista propuesto en la magistral obra “la Suma Teológica” que interesa a esta investigación, la sitúo en tomo VI Tratado de la Ley.

SANTO TOMÁS, Sujeta la ley, ante todo, al bien común, cualquier otro precepto sobre un objeto particular no tiene razón de ley, sino en cuanto ordena el bien común. Por eso los objetos particulares pueden ser ordenados a un bien común que es común no por comunicación genérica o específica, -sino por la comunicación de la finalidad; pues el bien común es también fin común-. La ley, propiamente dicha, en primer y principal lugar ordena el bien común. Subordina el bien del hombre al bien común y establece una relación estrecha, entre el bien común y el primer principio del derecho de gentes “el respeto mutuo”, “No debe hacerse mal a nadie “Se debe obrar según la razón”.

Su fundamento, radica en una visión humana del hombre; dice: Nuestra experiencia íntima, nos indica claramente la existencia de la ley natural, cuando distinguimos perfectamente de una manera general el bien del mal, lo justo de lo injusto y sentimos remordimiento o aprobación interior. Por eso, prácticamente, en la vida diaria, todo el mundo, aún el positivista más acérrimo está haciendo uso continuo de la ley natural. De este modo, las leyes civiles son una manifestación del carácter discursivo de la razón humana, ejerciéndose en el orden práctico y por eso pueden llamarse, con toda propiedad: *humanas*.

Coincido con la relación entre ley natural, ley moral y norma positiva. El derecho de daños se fundamenta y argumenta sobre la base de la ley natural, esto es, el primer y fundamental principio, producto de la razón humana, respeto mutuo -no dañar-.

Aclara el Santo, que la razón humana en sí misma considerada no es norma y medida de las cosas; pero al mismo tiempo ratifica que aquellos principios que naturalmente informan esa razón son reglas generales y normas de todas las acciones que el hombre puede realizar y para las cuales, la razón natural es regla y medida, aunque no lo sea para las cosas que tienen su origen en la naturaleza. Por eso, el hombre puede saber sin ningún género de dudas, lo que debe hacer y lo que ha de evitar.⁷⁸⁴

SANTO TOMÁS, Define la ley natural en la distinción entre el bien del mal, lo justo de lo injusto, los principios que naturalmente informan esa razón son reglas

1956.

⁷⁸³ PECES-BARBA Gregorio. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Ed. Debate. Madrid. 1983. Pág. 213.

⁷⁸⁴ SANTO TOMAS de Aquino. *La suma Teológica*. Ob.Cit. Pág. 59

generales y normas para las cuales la razón natural es regla y medida, a fin de que el hombre pueda saber, sin ningún género de dudas, lo que debe hacer y lo que ha de evitar. La ley impone la necesidad de hacer ciertos actos o de evitarlos, y de esta manera dirige y regula esos actos, dándoles bondad moral. Esta doctrina es una consecuencia necesaria de la esencia misma de la ley, que como repite constantemente, es un imperativo que obliga, y obligando ordena el bien común, que es la bienaventuranza o fin último del hombre, fuente primera de donde recibe toda su bondad moral.

La ley tiene que ser al mismo tiempo directiva y preceptiva, dirige y regula, por la misma razón manda e impone, mediante sus preceptos. Para SANTO TOMÁS, no hay discrepancia ni separación alguna entre esos dos efectos principales de la ley. La bondad moral y la obligación o deber. No hay un orden del deber y otro orden del bien que puedan ir separados. La integración entre la ley moral y la ley positiva a la que denomina humana, es una realidad que no puede ser soslayada, el razonamiento lógico nos lleva al convencimiento que las normas positivas surgen de la razón humana, son producto de las necesidades y responden a un primer y fundamental principio, la armonía de un todo, este es el origen de toda norma, así lo señala, PLATON.

Existen varios derechos naturales, además del derecho civil o positivo: uno generalísimo, que se refiere al orden necesario de todos los seres de la naturaleza; otro más estricto, que es común a todos los seres animados - *commune ius animantium*-, y otro más limitado todavía, que es propio de los hombres, de todo el género humano, vivir en sociedad, cuya convivencia exige y el respeto mutuo- *commune ius generis humanis*- dentro del cual va el derecho de gentes.⁷⁸⁵

Estos preceptos son producidos por la razón práctica revestida del hábito de la ciencia moral y jurídica, al menos en un estado rudimentario o del hábito de la prudencia, que los deducen de una manera casi evidente cómo se siguen de ellos necesariamente esas conclusiones. Por ejemplo, de este primer principio: -No debe hacerse mal a nadie-. Se deduce con facilidad e inmediatamente por cualquiera que se fije un poco: no se debe matar a un inocente ni robar a nadie: y del principio también primero, que dice: -Se debe obrar según la razón- se deduce claramente que se debe devolver a su dueño, cuando lo exija, todo lo que ha depositado o prestado,⁷⁸⁶ aplicando al derecho de daños, todo el que provoca un daño debe repararlo.

La ley natural, aunque contiene muchos preceptos, no constituye sino *una* ley, porque todos los preceptos dependen del primer principio, en el cual radican y del cual reciben su unidad. Además, todos sus preceptos se ordenan a un mismo fin último o bien común, la bienaventuranza, que en definitiva es el especificador de la ley natural. SANTO TOMÁS indica una doble universalidad de la ley natural:

⁷⁸⁵ Ibídem 106-107

⁷⁸⁶ Ibídem Pág. 116-117.

universalidad en cuanto a la verdad o validez, la ley natural es universal, es decir, una e idéntica para todos los hombres, de todos los tiempos y lugares, porque se funda en la naturaleza humana, que es siempre una e idéntica, específicamente - *eadem est ubique apud omnes*- conocimiento, que luego se ha llamado cognoscibilidad de la ley natural. Esta universalidad en la verdad y en la rectitud es totalmente absoluta en cuanto se trata de los principios o preceptos, que contienen la ley puramente natural, inmediatamente, como una propiedad, a esa naturaleza, que es siempre la misma en todos-*aequaliter in omnibus invenitur*.⁷⁸⁷

Esta forma de concebir a la ley natural en forma absoluta y universal, justifica el Santo, a partir de su fuente, la naturaleza humana, producto de la razón –no debe hacerse mal a nadie- con el fin del bien común, entendido como paz y armonía de las partes con el todo, del que dice surgen todas las demás normas, que en su conjunto constituyen una sola ley, que se traduciría en la máxima, haz el bien y evita el mal.

Para SANTO TOMÁS, el Estado es necesario, fue creado para satisfacer las necesidades humanas producto de la naturaleza sociable del hombre, siguiendo la línea de los griegos, atribuye al Estado la misión de garantizar la seguridad de los hombres asociados y promover el bien común, con lo se le impone el deber de cuidar el equilibrio y armonía y responder frente a cualquier desequilibrio, bajo cuyo objetivo el Estado se constituye en genuino responsable por los actos dañosos.

SANTO TOMÁS, refiere a CICERON que decía: La ley natural procede de Dios, está fundada en la naturaleza dictada por la razón, que manda lo bueno y prohíbe lo malo; evidente por sí misma, inserta de una manera indeleble en la conciencia valedera para todos los hombres y todos los pueblos, inabrogable por autoridad humana, fuente y justificación de todos los derechos y leyes positivas. Sobre cuya base, el Santo, recalca, entre estos preceptos, los más evidentes y pronto, son los que prohíben el daño que nos puede venir. Por tanto, el primer principio de la razón práctica será el que se funda en la naturaleza del bien: “Bien es lo que todos los seres apetecen”. Este, pues, será el primer precepto de la ley: Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en éste, de suerte que todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto tengan carácter de preceptos de ley natural en cuanto a la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos.⁷⁸⁸ Todos estos preceptos de la ley natural, en cuanto emanan de un primer precepto, tienen carácter de una única ley natural, postulados con sabor platónico.

El Santo, define no sólo la unidad del primer principio, sino la universalidad de su aplicación, esto es, todo hombre, sin importar su cultura su credo, su raza, por el sólo hecho de pertenecer a la raza humana, tienen innato en su ser la razón, esto es, el discernimiento entre lo bueno y lo malo, que le permite distinguir lo que debe

⁷⁸⁷ Ibídem Pág. 120.

⁷⁸⁸ Ibídem Pág. 129.

hacer y lo que debe evitar. Se trata de un aspecto humano básico y por lo tanto no podría ser objeto de discusión ni de revisión por quienes objetan los valores de la ilustración y el concepto de bien común. Al establecer como fin último del hombre, de todas las épocas y de todas partes -el bien, la paz- sienta la base de que a pesar de la diferencia racial, de la cultura, de las ideologías, de las costumbres, etc., todos buscan “el bien común”, entendido como: -respeto mutuo-, -No debe hacerse mal a nadie-, -haz el bien y evita el mal- reglas básicas para la convivencia pacífica en una comunidad, por pequeña que sea y que repercute definitivamente en el -bien común-, valor máximo; que además, está relacionado con otro principio, la sujeción del bien individual al -bien común-, entendido o rectificado por las tendencias modernas, no como un acto de arbitrariedad ni despótico del Estado; sino precautelando el equilibrio en el ejercicio de los derechos intersubjetivos, muy bien definida en la máxima del gran filósofo KANT: “*Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad*” y la función social de la propiedad.

La concepción del -bien y el mal-, del iusnaturalismo teológico, en el que la razón es producto de la creación de Dios, es cambiada por el iusnaturalismo racionalista, que atribuye a la razón la naturaleza humana, estableciendo absoluta autonomía entre la razón y la teología. La polémica se enfrenta entre quienes consideran el bien y el mal, como ideas eternas, esencialidades eternas fundadas en la naturaleza de las cosas, que la misma voluntad de Dios no puede cambiar y que por eso tendrían validez incluso, en el caso de que Dios no existiera.⁷⁸⁹ Vereda en la que lo ubico a GROCIO, quién sentó una sustancial independencia, del derecho y la teología, el derecho natural subsistiría aún cuando no hubiese Dios, o aún cuando éste no cuidase de las cosas humanas;⁷⁹⁰ para este autor, el derecho natural debe valerse por sí mismo, decía: *el derecho natural es una realidad que existe autónoma de Dios.*

No obstante que PUFFENDORF, asume como punto central de su tesis la doctrina de GROCIO: -el derecho natural es común a todos los hombres y no tolera ninguna diferencia de religión-;⁷⁹¹ en su análisis de lo bueno y malo, quiebra la base de un derecho natural racional; apegado a su profunda convicción religiosa, afirma: no hay bueno y malo en sí, sino sólo en relación a un sujeto cuyas acciones pueden ser buenas o malas y este sujeto es el hombre. Bueno y malo son consecuencias de la condición de la naturaleza humana. Agrega: La naturaleza del hombre es eterna, no como si el hombre hubiera existido simultáneamente con Dios desde la eternidad, pero sí en el sentido de que la unión del hombre con la naturaleza como la de un ser racional y social es

⁷⁸⁹ WELZEL Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Traducción del Alemán por Felipe Gonzáles Vicen. 2005. *IB de F* Pág. 181.

⁷⁹⁰ GROCIO Hugo. *De iure Belli Ac Pacis*.. Proleg. N 11.

⁷⁹¹ GROCIO *De iure Belli Ac Pacis*, II Cap XV, 8. WELZEL Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Traducción del Alemán por Felipe Gonzáles Vicen. *IB de F* 2005. Pág. 179.

invariable.⁷⁹² Agrega, porque Dios ha creado un ser así, con naturaleza racional y social, es justo el comportamiento adecuado de tal ser. Esta conexión de “racional” y “social” no contiene, empero, ninguna necesidad lógica, sino que es obra de la voluntad divina.⁷⁹³

WELZEN, considera que un derecho natural racional depende de la aceptación de una idea racional del hombre, dice si esta desaparece, queda quebrantada la base del derecho natural racional, al negar PUFFENDORF un concepto racional de la esencia del hombre, sustrae –y se sustrae a sí mismo- el fundamento sobre el que pudiera apoyarse, un derecho natural racional en sentido propio.⁷⁹⁴

PECES-BARBA,⁷⁹⁵ ante la postura de ruptura del derecho natural con la teología, expuesta por GROCIO, para quien el derecho natural es una realidad que existe autónoma de Dios, opinan: ha roto sus amarras con la revelación y esta ruptura permitirá descubrir por la razón, el contenido de la idea de justicia en la propia naturaleza humana. Agrega, ciertamente será Dios quien había impreso en el hombre ese Derecho Natural, pero será descubrible utilizando el método matemático, que Dios mismo no lo podrá cambiar.

Del mismo modo que ni siquiera Dios puede hacer que dos veces dos no sea cuatro, así Él no puede hacer de modo que lo que es intrínsecamente malo no sea bueno...⁷⁹⁶ ...En verdad yo declaro explícitamente que, como los matemáticos consideran las figuras haciendo abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar del derecho, he separado mi pensamiento de cualquier hecho particular...⁷⁹⁷

La concepción de la razón, como un atributo o característica propia e innata del hombre, parece responder a las duras objeciones hechas por el *iuspositivismo*; corriente, que como expresa el Maestro CISNEROS, en la búsqueda de la validez se ató demasiado a los formalismos de la producción legislativa con la pérdida consiguiente de su valor natural.⁷⁹⁸ La realidad es que el derecho surge y se sustenta del derecho natural, es la respuesta fáctica a las necesidades del hombre en sociedad y está impregnado del valor justicia que se traduce en –aceptación– en el sentido expuesto por HART.⁷⁹⁹

⁷⁹² PUFFENDORF. *Eris Scandica*. Ob.Cit. Pág. 232. ver en, WELZEL Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 184.

⁷⁹³ PUFFENDORF. *Eris Scandica*. Pág. 324

⁷⁹⁴ WELZEL Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 184-185.

⁷⁹⁵ *De iure belli ac pacis* I, 1 X versión castellana del profesor Hurtado, en Passerin Derecho natural. Citado Pág. 67 referida por PECES-BARBA *Introducción a la filosofía*. Ob. Cit. Pág. 225.

⁷⁹⁶ Ver GROCIO Hugo. *De iure belli ac pacis* I, 1 X versión castellana del profesor Hurtado, en Passerin Derecho natural. PECES-BARBA *Introducción a la filosofía*. Ob. Cit. Pág. 224.

⁷⁹⁷ GROCIO *De iure Belli Ac Pacis*. Prolegómenos 58. Pág. 67. PECES-BARBA. Ob. Cit. Pág. 224-225.

⁷⁹⁸ Ver CISNEROS Farías Germán. *Interpretación sistémica del Derecho*. Porrúa. Argentina México. 2008. Pág. 14.

⁷⁹⁹ HART H.L. A. *El concepto del derecho*. Trad. Genaro R. Carrio. Abeledo –Perrot. 2da. Edición. Buenos Aires. 1961. Pág. 145. HART, distingue entre reglas primarias de obligación y reglas secundaria de de reconocimiento, cambio y adjudicación, cuya unión puede ser considerada como

En este ámbito, la primera ley natural es *el respeto mutuo -no hacer mal a nadie-*, como exigencia de paz social, fuente, de la que surgen todas las normas positivas. En esta línea, VOLTAIRE dice:⁸⁰⁰ El derecho humano no puede fundarse en ningún caso, más que en el derecho de la naturaleza, y el gran principio, el principio universal de uno y otro está en toda la tierra: *no hagas lo que no quieres que te hagan*. Para LUCKE,⁸⁰¹ el estado natural tiene una Ley Natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos. La razón que coincide con esta ley enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes nadie debe dañar a otro en su vida, salud libertad o posesiones... HOBBS, por su parte, enuncia la Ley de la naturaleza y la ley civil se contienen una a otra y son de igual extensión. En efecto las leyes de la naturaleza, que consisten en la equidad... La ley de la naturaleza es una parte de la ley civil en todos los Estados del mundo. Recíprocamente también, la ley civil es una parte de los dictados de la naturaleza, ya que la justicia, es decir, el cumplimiento del pacto y el dar a cada uno lo suyo es un dictado de la ley de la naturaleza... *La ley no fue traída al mundo sino para limitar la libertad natural de los hombres individuales, de tal modo que no pudieran dañarse...*⁸⁰².

Entonces, la justicia, bajo una concepción general podría resumirse en la sentencia *no hagas lo que no quieres que te hagan, no dañes a otro*, en sentido positivo, *da a cada uno lo suyo*, principios generales de la ley natural universal y absoluta, que nadie podría negarlo; entonces, pueden haber muchas concepciones de la justicia o muchas justicias como nos dice KELSEN, pero la básica, fundamental y común a todos los hombres, sin importar su credo, su raza, idioma, costumbres, etc. es el -respeto mutuo- -no dañar a otro-, en éste contexto no se puede hablar de relatividad de la justicia, este principio es general y absoluto, porque surge de la ley natural, de la razón humana, de una necesidad de supervivencia.

Postulados que contradicen, el positivismo exacerbado y cerrado de KELSEN, quien en su propósito de separar la norma positiva del derecho natural y de la moral, conduce a una absorbente relatividad de la justicia, de la concepción del bien y del mal-; el filósofo la justifica, en la extraordinaria diferencia de los hombres de distintas épocas y distintos lugares, sobre la concepción de lo bueno y lo malo, lo justo e injusto dice: *no cabe establecer ningún elemento común a todos los*

esencia del derecho. Propone las reglas del reconocimiento, considera que hay dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico, por un lado las reglas de conducta válidas, según el criterio de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La regla del reconocimiento es considerada desde dos puntos de vista, la primera afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.

⁸⁰⁰ VOLTAIRE. *Tratado de la tolerancia*. Edición, prólogo y notas de Palmiro Togliatti. Crítica Barcelona 1999. Pág. 39.

⁸⁰¹ LOCKE *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. De Armando Lázaro Ros. Introducción de Luís Rodríguez Aranda, Aguilar. Madrid 1969 Cap. II, 6 Pág. 6

⁸⁰² HOBBS *Leviathan*. Ed. Libertador. Argentina 2004. Parte II Cap. XXVI. Pág. 183-184.

sistemas morales... el ideal de paz como exigencia de una moral absoluta o como contenido común a todos los sistemas positivos... en este sentido, no constituye un mínimo moral... en especial el valor de la paz no configura un elemento esencial del concepto del derecho.⁸⁰³ Los principios de la ley moral los traduce a normas sociales, que estatuyen mediata o inmediatamente una determinada conducta frente a otros hombres; para KELSEN, es moralmente bueno lo que corresponde a una norma social que estatuye una determinada conducta humana; asimila el carácter normativo con lo debido, todo derecho constituye una moral relativa. La validez no la encuentra en el carácter moral de la norma, sino en el orden coactivo del derecho. Este análisis se queda en la forma y olvida el fondo. A la pregunta ¿para qué se estableció un orden coactivo? la respuesta siempre será *para regular determinada conducta humana frente a otros hombres*, y ¿cuál es el fin de esa norma? la respuesta será única en todos los casos, buscar la paz, el equilibrio, el relacionamiento armónico entre los hombres, traducido en -no dañar a nadie-, este es el primer precepto, ley moral que surge de la razón humana, como necesidad elemental para la convivencia en sociedad, todos sin distinción de raza, ideología, religión, etc., tal cual lo expresa SANTO TOMAS, buscan que nadie interfiera en sus derechos.

Una de las críticas principales del modelo *iusnaturalista*, es la forma en que sitúan las normas fundantes básicas materiales. Al respecto, PECES-BARBA,⁸⁰⁴ refiere la diferenciación, que hace KELSEN, de dos tipos de derecho natural o como él dice de “normas de justicia”, la metafísica y la racional. Distinguirá muchas concepciones según sea la norma fundante básica material. Así se encuentra el *suum cuique* “no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti”; el imperativo categórico Kantiano, que podríamos formular así: *obra de tal modo que puedas querer que la máxima de tu comportamiento se convierta al mismo tiempo en ley universal*, *haz el bien y evita el mal*, la fórmula de los “Mezotes” de observar el justo medio, etc. Por eso se puede decir con Bobbio, que el modelo *iusnaturalista* en realidad no es una moral sino una teoría de la moral, que parte de la existencia del derecho ideal al que debe ajustarse el derecho positivo, que es arbitrario si no se ajusta al modelo, o mejor dicho a los modelos preconizados como ideales, como Derecho Natural.⁸⁰⁵ Lo glosado, no obstante de la diferencia lingüística todos centran la norma básica en el respeto mutuo que se traduce en *-no dañarse-*.

HOBBS, no obstante de su concepción subjetivista de lo bueno y lo malo: bueno y malo son palabras que significan los apetitos y aversiones del hombre, que son diferentes según los distintos temperamentos, usos, doctrinas de los

⁸⁰³ KELSEN *Teoría pura del derecho*. Ob. Cit. Pág. 77-78.

⁸⁰⁴ PECES-BARBA Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Debate. Madrid. 1983. Pág. 235.

⁸⁰⁵ *Vid. Le Droit naturel*. Con participación de KELSEN, BOBBIO, PERELMANN, PASSERIN D'Ń ENTRÉVES, PRELOT, ERSENMANN, EN P.U.F. París. 1959 Trad. Y estudio introductorio de Elías Díaz. Taurus. Madrid 1966. Referido por PECES-BARGA Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Ob. Cit. Pág. 235.

hombres... Incluso el mismo hombre, en tiempos diversos, difiere de sí mismo, una vez, llaman bueno a lo que otra vez desprecian y llaman malo; ⁸⁰⁶ refiriéndose al derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas que genera inseguridad admite categóricamente: *De aquí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual cada hombre debe esforzarse por la paz...* La primera fase de esta regla contiene *la ley primera y fundamental de la naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla.* Segunda ley de la naturaleza... *ordena a los hombres, que tiendan hacia la paz,* de la que se deriva la segunda: renunciar a este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres... dice tal es la ley del Evangelio: *lo que pretendáis que los demás os hagan a vosotros, hacedlo vosotros a ellos.* ⁸⁰⁷

Para PUFFENDORF, ⁸⁰⁸ la norma fundamental básica material que la llama *ley fundamental del derecho natural...* *cada uno debe orientarse a formar o mantener en tanto depende de él, una sociedad pacífica como todos los demás.* ⁸⁰⁹

Para los griegos el derecho natural, es: *relación armónica entre las varias partes de un todo,* resultado de la aplicación del primer y fundamental principio *-respeto entre individuos-*. *El sumo bien, la justicia.* Para la doctrina tomista *el bien común,* bien es lo que todos los seres apetecen. Este, será el primer precepto de la ley: *Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal,* principio fundamental y primera norma, que no ha variado a pesar de las diferentes ideologías.

KANT, en su imperativo categórico: *“Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad.”* ⁸¹⁰ Y así podemos continuar con concepciones similares en el fondo, cuyas variaciones son formales, todos coinciden en el primer principio “la paz” y hacen alusión al primer precepto natural “no dañar” “respeto mutuo”, “no hagas lo que no quieres que te hagan”.

Si bien es cierto que la naturaleza del hombre está sujeta a una dualidad constante, entre el bien y el mal, ello no significa que todos sean malos, hay hombres buenos como los hay malos, esta realidad no cambia la esencia innata del hombre como ser racional, que por ley de la naturaleza está dotado de discernimiento, que le permite distinguir el bien del mal, lo que debe hacer y lo que debe evitar. La razón, es propia de todo ser humano, sin distinción de raza, temperamento, costumbre, credo, etc.; todos los hombres por la razón saben lo que deben hacer y lo que deben evitar. Pero también el hombre por naturaleza es libre de hacer lo que quiera, HOBBS, explica: *El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente ius naturale, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y, por consiguiente, para hacer todo*

⁸⁰⁶ HOBBS *Leviathan*. Ed. Libertador. Ob. Cit. Parte I Cap. XV. Pág. 111.

⁸⁰⁷ HOBBS *Leviatán*. Ed. Libertador. Ob. Cit. Parte I Cap. XIV. Pág. 92.

⁸⁰⁸ PUFFENDORF. Libro II Cap. III Pág. 231.

⁸⁰⁹ PUFFENDORF Libro II Cap. III Pág. 222.

⁸¹⁰ KANT Introducción a la teoría del derecho. Pág. 98.

*aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.*⁸¹¹ Pero el libre albedrío, el derecho de todos a todas las cosas, entra en conflicto, a partir de la relación entre individuos, la coexistencia de este derecho regula la primera norma de la naturaleza, -no dañar-, que desde el punto de vista individualista, también es aplicable, no dañarse así mismo, no ejercitar actos contra la vida o la integridad física, referido por HOBBS.

La norma positiva fue establecida para evitar los ataques de los más fuertes contra los más débiles, tal cual lo expresa PLATÓN, siendo la primera norma -no dañar- y el primer y fundamental principio: -la paz-, -la armonía- -bien común-. Norma y principio propio de la naturaleza humana, de la ley moral, de la que se sirve la norma positiva para hacerse coercitiva, pero, antes de su concepción positiva ya existía en la razón humana; fue a partir de ella que surge la norma positiva, como garantía mutua, con el fin único de preservar la paz social, quién opina lo contrario como dice PUFFENDORF, tendría que estar loco.

Asumiendo la tesis de LOCKE seguido por DEL VECCHIO, cuya base lo sienta SANTO TOMÁS, considero que el hombre por naturaleza es un ser eminentemente social, el instinto social es connatural al hombre,⁸¹² la sociedad es el verdadero estado de la naturaleza para el hombre, afirmación sustentada sobre la observación de las pequeñas comunidades, en las que existe un relacionamiento armónico y paz, todos sus miembros se protegen contra peligros externos y construyen una comunidad, en la que en forma instintiva ejercitan actos de preservación, de poderío y organización; como expresa, LOCKE, el hombre tiene ciertos derechos naturales innatos, tales como la libertad, el trabajo, la propiedad, para garantizar tales derechos, surge el Estado producto del acuerdo voluntario de los hombres,⁸¹³ en consecuencia el contrato social, es resultado de la renuncia y limitación de parte de los derechos naturales del hombre, dirigida a preservar la paz y convivencia armónica en sociedad, garantizando que nadie provoque daño a otro, siendo la primera y fundamental norma que da origen a todas las demás y que se resumen en una, *no dañar a los demás* y el primer y fundamental principio, *la paz*.

3.1.3 Principios de los Valores de la Responsabilidad Civil.

Los valores se presentan, como elementos fundantes y ordenantes del “sistema” jurídico, se pueden hablar de valores de la responsabilidad civil y valores en la responsabilidad civil, los primeros sirven de inspiración al régimen y los segundos son los valores que ésta pretende proteger. La concepción de los valores va variando de acuerdo a la época, a las circunstancias, en consecuencia es relativa. Lo que para uno es bueno puede que para otro no lo sea, sin embargo de esta premisa, existen valores básicos y comunes para todos, ya que de ellos depende

⁸¹¹ HOBBS *Leviatán*. Parte I Capítulo XIV Pág. 90.

⁸¹² DEL VECCHIO Giogio. *Filosofía del derecho*. 9na. Edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 59.

⁸¹³ LOCKE *En sayo sobre el gobierno Civil*. Trad. Armando Lázaro Ros. Introducción de Luís Rodríguez Aranda, Aguilar. Madrid 1969. Cap. II, 6 Pág. 6.

la convivencia en sociedad.

El tema de los valores ha sido abordado por diferentes teorías, desde una visión de principios morales éticos y derechos humanos, como fundamento y contenido general de la concepción liberal, de la moralidad social y política. Los valores son en última instancia derechos morales, ya que derivan de principios que tienen las propiedades de autonomía, finalidad, universalidad y generalidad. La Revolución norteamericana y la Revolución francesa, representaron el triunfo de la idea del derecho natural respecto de la liberación del individuo. Así el Pueblo Francés constituido en asamblea declaró en forma solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre: el pueblo se limita a reconocer y declarar: *los hombres nacen libres e iguales en derechos (Art.1ro.) el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión...Art. 2do.), la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro;...el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tienen otro límite que aquellos que aseguren a los demás miembros de una sociedad el goce de los mismos derechos (Art. 4to).*

El proyecto del código napoleón comenzó con la notable frase: *Il existe un droit universal et immuable, source de toutes les lois positives; el n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes* (Existe un derecho universal e inmutable, frente a todas las leyes positivas, es la razón natural que gobierna a todos los hombres). De la misma manera, la doctrina de los derechos naturales es la base de la Declaración de los derechos de los Estados Unidos de América en la que se afirma el principio fundamental del Estado liberal como Estado limitado. *El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (Art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789).* En la carta de las "libertades" el objeto principal del acuerdo son las formas y límites de la obediencia, o sea, de la obligación política; las formas y límites del derecho de mandar.

La concepción liberal de los derechos humanos, adquiere un sólido fundamento sobre la base de presupuestos de la práctica discursiva, en la manera expuesta por HABERMAS. Los presupuestos de la discusión moral definen la validez de los principios usados en la valoración. La discusión moral está encaminada a obtener consenso, esto es, la aceptación libre y compartida de principios, cuyo elemento constitutivo es el principio de autonomía, entendido como la libre aceptación de los principios morales intersubjetivos, tema que en los últimos años, ha generado una serie de discusiones filosóficas sobre los valores morales y éticos en relación a las culturas particulares, ¿será que los valores de la responsabilidad son objetados? Respuesta que la obtendré partir de las diferentes posturas filosóficas.

Efectivamente, tal como expone IHERING, la noción de la condición de la vida es completamente *relativa*; lo que para uno constituye parte de la vida en su *plenitud*, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Y es esto verdad, tanto para los pueblos como para los individuos y hasta para las diversas fases de

la civilización de un mismo pueblo. Con los intereses del pueblo se modifica también el Derecho, cuya misión consiste precisamente en asegurar por la coacción exterior, las condiciones indispensables de la vida en la sociedad. La medida de los intereses es por tanto, variable y sería realmente desconocer por completo la importancia del asunto, el pretender tratar *abstractamente* la cuestión de los intereses que se deben proteger jurídicamente, como si fuera posible llegar a la misma solución para todos los pueblos y para todos los tiempos.⁸¹⁴

En esta línea DWORKIN, sobre la base de los principios de integridad y coherencia, admite una característica fundamental de la sociedad, la diversidad cultural, su propuesta va dirigida a la búsqueda de acuerdos sobre cuestiones morales y la representación multicultural en las decisiones vinculadas con los valores e intereses; expresa: *Sabemos que personas diferentes tienen opiniones diferentes a cerca de las cuestiones morales. Nuestras convicciones acerca de la equidad, surgen a partir de que la legislación sobre estas cuestiones morales no debería ser sólo una cuestión de hacer cumplir la voluntad de una mayoría numérica, como si su opinión fuera unánime, sino de trueques y compromisos.*⁸¹⁵

Admite cuestiones arbitrarias sobre aspectos administrativos, pero rechaza una división de opiniones sobre cuestiones de principio. Acepta que cada punto de vista tenga voz en el proceso de deliberación, pero que la decisión colectiva debe apuntar a establecer un principio coherente cuya influencia se extienda a los límites naturales de la autoridad. Afirma debe haber un compromiso. Cuando la gente está dividida con respecto a la justicia, el compromiso debe ser externo y no interno; debe ser un compromiso acerca de qué esquema de justicia hay que adoptar en lugar de un esquema de justicia comprometido. Deberíamos buscar la defensa de la integridad alrededor de la fraternidad y la comunidad. Los casos de protección equitativa demuestran, la importancia que adquiere la libertad formal, la integridad y la coherencia lógica, exigen fidelidad, no sólo, a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia.

Esta justificación refuerza la posición de que los derechos e intereses deben surgir como un acuerdo básico de todos los ciudadanos, no obstante de las diferencias que pudieran existir por la diversidad de opiniones, lo importante es encontrar aspectos comunes que tienen que ver con el derecho natural del hombre y los derechos que los protejan contra la arbitrariedad, la tiranía, el abuso del derecho; además esos derechos deben tener carácter coercitivo y fundamental, es decir que todo el ordenamiento legal y el poder del Estado estén sometido al resguardo y protección de esos derechos. La exclusión en la toma de decisiones puede ser funesta para la tranquilidad y paz social, la época actual se caracteriza por el surgimiento de movimientos sociales que reclaman sus derechos a la diferencia y al reconocimiento. Sin embargo coincido con

⁸¹⁴ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Trad. Adolfo Gonzales Posada. Heliasta. Argentina. Pág. 142-143.

⁸¹⁵ DWORKIN Ronald. *Impero de la justicia*. Gedisa. Traducción Claudia Ferrari. 1988 Barcelona. Pág. 133

DWORKIN, en el rechazo en la división de opinión, cuando están en fuego cuestiones de principio, por ejemplo, sería inadmisibles la discusión sobre el primer principio al que los filósofos griegos lo denominan “armonía de las partes de un todo” y SANTO TOMÁS, “bien común”. El primer precepto, “no dañar a nadie”, ley moral que surge de la razón humana, como necesidad elemental para la convivencia en sociedad, todos sin distinción de raza, ideología, religión, etc., desean vivir en paz, *que el ejercicio de sus derechos no sean interferidos por los derechos de otro.*

DWORKIN, criticando posturas sobre legitimidad y consentimiento tácito, usa como ejemplo, el contrato social imaginario, de John RAWLS, como medio para seleccionar la mejor concepción de justicia en el campo de una teoría política utópica, que bajo condiciones especiales de incertidumbre, cualquiera elegiría ciertos principios de justicia que sean de su interés, afirma que éstos son por lo tanto, los principios correctos para nosotros. Considera que esta propuesta no tiene relación directa con el problema de legitimidad en el campo de la política ordinaria, los principios de justicia de RAWLS, están muy lejos del dominio, concluye: sería muy distinto si cada ciudadano estuviera de acuerdo con un pacto histórico de aceptar y obedecer las decisiones políticas que se tomen. Entonces, el hecho del acuerdo histórico proporcionaría por lo menos un buen caso *prima facie* para la coerción aún en la política ordinaria.⁸¹⁶

Efectivamente, la toma de decisión en el contrato social es lo que lo legitima y lo hace efectivo, los ciudadanos la conocen y saben, por haber participado en la toma de decisiones y lo ejecutan. Pero la propuesta de RAWLS, está dirigida a definir principios de justicia que surjan de la esencia misma del ser humano, despojado de toda influencia distorsionante, de ahí el uso del velo de la ignorancia que permite deducir principios de la razón humana, del discurso moral. El autor insiste, en que los principios de justicia deben satisfacer condiciones formales tales como la universalidad, generalidad, publicidad y finalidad,⁸¹⁷ igual análisis hace Victoria CAMPS, en la introducción la obra de RAWLS, al referirse a la llamada “posición original”, opina, la teoría de la justicia aparece, así, como una parte significativa de la teoría de la decisión racional.⁸¹⁸

Sobre el pragmatismo y el relativismo valores universales y formas de vida tradicional, en los últimos años, diferentes filósofos han tratado y dado mucha importancia a la cuestión de si la ética debería ser universalista o debería más bien estar radicada en las formas de vida de tradiciones y culturas particulares; en esta perspectiva PUTMAN, expresa: *no hay nada erróneo con los grandes valores de la ilustración, es sólo el tipo de seguimiento que hace el occidente de esos valores lo que es defectuoso,*⁸¹⁹ objeta el “seguimiento” de los valores y lo califica,

⁸¹⁶ DWORKIN Ronald. *Impero de la justicia*. Gedisa. Ob. Cit. Pág. 142-143.

⁸¹⁷ RAWLS John. *Sobre las libertades*. Paidós. Barcelona- Buenos Aires- México 1990. Pág. 130-136.

⁸¹⁸ RAWLS John. *Sobre las libertades*. Ob. Cit. 1990. Pág. 11.

⁸¹⁹ *Ibidem* Pág. 193

como demasiado simple, opina que en el mundo real, los valores de libertad y de igualdad, entran en conflicto y los conflictos son difíciles de resolver; la búsqueda de la igualdad puede generar conflicto con la libertad o la libertad ampliamente abierta ha conducido a desigualdades masivas. En realidad apunta una visión absoluta y universal de los valores, en relación a la falta de consideración de las diferencias; el absolutismo, no hay duda, genera conflictos, choque del ejercicio de derechos intersubjetivos, pero los derechos no son absolutos, sino más bien relativos, mis derechos concluyen donde empiezan los derechos del otro, y en ese ámbito está el respeto a “las diferencias”.

Observa, que además de la confusión entre ética universal e idea de una forma de vida universal, hay otra confusión entre individualismo y egoísmo; aclara que el individualismo puede significar la idea de la individualidad y ésta es preciosa, incluso sagrada. También, el individualismo puede significar la doctrina de los derechos individuales; y ésta es una doctrina preciosa. Quienes atacan ésta doctrina como burguesa deberían reflexionar más sobre lo que ocurre cuando se suprimen los derechos individuales (un caso útil, revela cómo pueden entrar en conflicto dos tendencias de la Ilustración: el énfasis en los derechos individuales y el énfasis en encontrar una solución a los problemas de la vida mediante el uso de la razón). Pero no hay duda, expresa, que la doctrina de los derechos individuales llegue a ser fácilmente popularizada, como “*el derecho del hombre a hacer todo lo que quiera*”.⁸²⁰ Repito, es una concepción absoluta, efectivamente puedo hacer lo que quiera, siempre que con mi acción no dañe a otro sujeto en sus derechos, toda vez que el límite de los derechos de un sujeto está dado por el ejercicio de similares derechos de otro sujeto y en este ámbito es fundamental el respeto a la diferencia, que también, constituye un derecho fundamental.

PUTMAN, no considera que se pueda resolver las insatisfacciones en un centro de estudio, destaca la posición de DURKHEIM quien afirma: el problema de la alienación sólo puede ser resuelta en la vida, no en el estudio y la pronta solución es eliminar injusticias y exclusiones concretas, posición que enfatiza: *Tenemos que llegar a ser más conscientes del enorme valor de la diversidad cultural, tenemos que reconocer su necesidad y el valor de las raíces culturales, y tenemos que saber y decir, que si todo el mundo debería tener el derecho legal para “hacer casi todo lo que quiera. Alguna gente no es moralmente merecedora de derechos que sería incorrecto negarles. Algunos de nuestros derechos deberían ser ganados, moralmente hablando.*⁸²¹ (La cursiva es mía).

PUTMAN, acepta y respeta los valores de la ilustración y al mismo tiempo realza la necesidad de reconocer y respetar el valor a las diferencias; asienta un pilar fundamental “el respeto entre los individuos” que repercute en el merecimiento del “respeto de los derechos de cada quien” y finalmente la aceptación de valores universales en coherencia con los valores particulares de cada cultura individual, posición ecléctica con la que comparto.

⁸²⁰ Ibidem Pág. 199

⁸²¹ Ibidem Pág. 200 a 201

Con relación a la objeción de medios y fines, y rechazo a la dicotomía hecho/valor de Dewey, PUTMAN, pone en relieve las diversas concepciones sobre “el bien común”, dice: *si tú y yo discrepamos acerca de nuestros “valores”, una resolución no necesita tomar la forma de un principio universalista que tú y yo, y todas las demás personas, puedan aceptar como válido; puede ser que sea bueno para ti vivir tu vida de una forma y para mí vivir la mía de otra... La idea de una objetividad ética no es la misma, y como presupone la idea de una forma de vida universal.*⁸²² Considera que es un problema sin solución filosófica, sino más bien un problema existencial que requiere una solución práctica.

Efectivamente, la diversidad cultural, la educación, la ideología, etc. generan diferentes visiones y concepciones de los valores; pero la concepción del “bien común” entendido como *no dañar a nadie*, concebido como el primer y fundamental precepto de la ley de la naturaleza, producto de la razón humana, no podría de ninguna manera ser objeto de discusión ni objeción. Considero que el autor se refiere a la idea “de la buena vida” coincido que esta concepción puede ser muy diversa, incluso entre sujetos de una misma comunidad, pero el “bien común” entendido en el derecho antiguo y reafirmado por el derecho moderno, en el respeto mutuo, *no dañar a nadie* y el principio de *la paz*, esto es, pacífica convivencia en sociedad, no puede ser diverso para ningún sujeto, sea cualquiera la cultura a la que pertenezca, no puedo concebir a un hombre racional que no quiera vivir en paz, o que acepte que otro sujeto interfiera en sus derechos .

Por su parte Chales TAYLOR,⁸²³ plantea la exigencia del *reconocimiento*, la política del *multiculturalismo*, de la *identidad*. Distingue dos cambios, el primero el desplome de las jerarquías sociales, con base en el honor; antiguo régimen, honor, igual a ostensible desigualdad.⁸²⁴ Contrapone al concepto de honor al moderno concepto de dignidad, que hoy se emplea en sentido universalista e igualitario, inherente a la “dignidad de los seres humanos” o de la dignidad del ciudadano. La premisa subyacente es que todos la compartan, como identidad *individualizada*, que es particularmente mía y que yo descubro en mí mismo y propone una nueva ideal de autenticidad.⁸²⁵

Identifica a Rousseau, como uno de los puntos de origen del moderno discurso sobre la autenticidad, en un revelador pasaje del *Discurso sobre la desigualdad*. Expresa: en el plano íntimo y social nos encontramos con una política ininterrumpida de reconocimiento igualitario y que ambos planos se formaron a partir del ideal de autenticidad y reconocimiento.

Como segundo cambio, identifica al concepto moderno de identidad, dice: *hizo surgir la política de la diferencia,... tiene una base universalista. ... Cada quien debe ser reconocido por su identidad única,... con la política de la diferencia, lo*

⁸²² Ibídem. Pág. 242

⁸²³ TAYLOR Charles *El multiculturalismo “Política del reconocimiento”*. Trad. Mónica Etrilla de Neira.. Ed. Colección popular. México 1993.

⁸²⁴ Ibídem. pág. 45

⁸²⁵ Ibídem. Pág. ver 51-56

*que pedimos, que sea reconocida es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. Justifica que precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria. Y esta asimilación es el pecado cardinal contra el ideal de autenticidad. Afirma que la política de la diferencia está llena de denuncias de discriminación y de rechazo a la ciudadanía de segunda clase.*⁸²⁶

El autor, con la política de la diferencia lo que busca es el reconocimiento de la identidad de las minorías, distintas de los demás y que fueron absorbidas por la identidad mayoritaria. Relaciona la igualdad universal con la política de la diferencia, exigiendo la compatibilidad de ambas, que permitan la participación de las minorías con sus propias identidades junto a las mayorías y que la igualdad no lleve a la discriminación, de manera que se pueda conjugar igualdad con dignidad. El respeto a las diferencias, como exigencia del derecho igualitario, impone la exclusión de toda política de preferencia y todo acto discriminatorio; coincide, que el respeto a la dignidad humana involucra el reconocimiento a la diferencia, pero como contrapartida también va dirigida a la no discriminación y acentúa el respecto a la dignidad humana, a la individualidad. La tendencia actual del derecho de daños, avanza hacia una autonomía del daño de la dignidad humana, del respeto a la intimidad, que debe ser valuada a partir del derecho a la diferencia, por ejemplo la reputación de la mujer, seguramente, será mucho más delicada y de mayor atención, que la del hombre.

TAYLOR para explicar el significado de la política de la dignidad igualitaria, refiere a ROUSSEAU y KANT, los considera los primeros grandes exponentes de ambos modelos. ROUSSEAU estructuró teóricamente la importancia del respeto igualitario y, en realidad, lo consideró indispensable para la libertad. Bajo la égida de la voluntad general todos los ciudadanos serán honrados por igual. Destaca una falla fatal, la tiranía (homogeneizante) y alinear la libertad igualitaria con ausencia de diferenciación.

Hay formas de liberalismo de los derechos igualitarios, que en la mente de sus propios partidarios sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las distintas identidades culturales. Quienes optan por la opinión de que los derechos individuales siempre deben ocupar el primer lugar y junto con las previsiones no discriminatorias deben tener precedencia sobre las metas colectivas, a menudo hablan de la perspectiva liberal que se ha difundido en el mundo angloamericano, defendido por filósofos y juristas como John Rawls, Ronald Dworkin y otros. DWORKIN establece una distinción entre dos tipos de compromiso moral. Todos tenemos opiniones acerca de los fines de la vida, acerca de lo que constituye una vida buena, por la que nosotros y los demás debemos esforzarnos. Pero también reconocemos el compromiso de tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concebimos nuestros fines, con lo

⁸²⁶ Ibídem Pág. 61

que lleva al respeto de la identidad e individualidad del sujeto. Afirma, una sociedad liberal es aquella, que como sociedad no adopta ninguna opinión sustantiva particular a cerca de los fines de la vida; justifica esta posición por la diversidad de criterios y que no se estaría tratando a las minorías con igual respeto.

Siguiendo una línea de liberalismo arraigado, KANT considera que la dignidad humana consiste en gran parte, en la autonomía, en la capacidad de cada quién por determinar por sí mismo su idea de buena vida. Una sociedad liberal debe permanecer neutral ante la concepción de vida buena y limitarse a asegurar que los ciudadanos se traten imparcialmente y el Estado los trate a todos por igual.

TAYLOR, plantea dos tipos de sociedad liberal “A” una sociedad que se organiza en torno a una definición de la vida buena, sin que esto se considere una actitud despreciativa hacia quienes no comparten esa definición y “B” una sociedad con poderosas metas colectivas, puede ser liberal, siempre, que también sea capaz de respetar la diversidad. Acentúa el respeto a los derechos fundamentales, a los que los califica como: decisivos, reconocidos como tales desde el principio mismo de la tradición liberal: el derecho a la vida, a la libertad, al proceso legal, a la libre expresión, a la libre práctica de la religión.⁸²⁷ Profundiza sobre las cuestiones fundamentales y respeto a todas las culturas. Los dos tipos liberales de sociedad propuestos, están orientados al respeto a la diferencia y a la necesidad de un acuerdo básico sobre valores fundamentales, aspecto aceptado por representantes de la ilustración y que reubican la definición del valor de igualdad dándole su verdadero y cabal sentido, yo diría retornando al concepto dado por los griegos.

Según lo expuesto por TAYLOR, observamos que hay dos perspectivas; un principio universalista ampliamente aceptado a la igualdad humana “tratar a todos como seres iguales” y una segunda perspectiva democrática liberal, también universalista, que permite que las instituciones públicas fomenten los valores culturales particulares: - Protección de los derechos básicos de todos los ciudadanos, incluyendo la libertad de expresión, de pensamiento, de religión y de asociación; - No manipulación, no imponer valores culturales que representan a las instituciones públicas; - Los funcionarios y las instituciones públicas, deberán ser democráticamente responsables, no sólo en principio sino también en la práctica.

Posición que comparto, todo acto de discriminación debe dar lugar a la reparación tema importante omitido por el autor, tal cual Susan WOLF lo señala en su comentario del ensayo, cuando dice: *siendo la necesidad de hacer una observación sobre uno de los caminos que se omitieron, hay diferencia en los daños sufridos como en la manera de corregirlos. Sería una vergüenza que reconociéramos la importancia del reconocimiento _específicamente, la importancia de reconocer las diferencias_ sin reconocer las diferencias entre las*

⁸²⁷ Ibídem. Pág. 89

distintas fallas de reconocimiento y entre los daños que de ellas se siguen.

Las objeciones del comunitarismo por TAYLOR, van dirigidas a la práctica actual del discurso moral, que la moral está compuesta por reglas aceptadas por la razón, su requerimiento se orienta a que tales reglas sean neutrales con relación a los intereses de los individuos diferentes, que sean neutrales con relación al bien común. Al mismo tiempo propugna que las reglas morales sean aplicadas en forma igualitaria a todos, mediante auténticos juicios de valor igualitario independientemente de la cultura, la ideología, costumbres y religión, de la diversidad cultural. Esta contradicción parece hacer incongruente su postura. Sin embargo un análisis sobre los valores de libertad e igualdad desde una óptica general, entendida para todos sin discriminación, como derecho a la diferencia y respeto a la diversidad, es una necesidad que requiere la reformulación del concepto del valor "igualdad", de manera que el ejercicio de este derecho sea respetado para todos, incluso por aquellos que opinan de diferente manera, porque todos somos iguales y merecemos igual atención.

Cabe destacar que toda discusión moral, implica un problema que debe ser solucionado a través del consenso, más propiamente del *reconocimiento*, que según HART, presupone no sólo la aceptación sino la práctica. En consecuencia la concepción de los derechos, como derechos legales, implica el reconocimiento del ordenamiento jurídico, bajo cuya óptica detrás de los derechos individuales hay diferentes tipos de obligaciones, que implican abstenciones de hacer algo que afecte el derecho ajeno o que interfiera al derecho a la diferencia, autolimitación del valor autonomía, que está sustentado por el principio del "justo medio" de los Mesotes, dando equilibrio a los derechos subjetivos, y al mismo tiempo la obligación del Estado de proveer al titular de esos derechos el uso coercitivo del poder contra aquellos que no cumplan sus obligaciones correlativas, Postulados Filosóficos.

3.1.4 Postulados Filosóficos

Analizaré el tema a través de las diferentes ópticas filosóficas del constructivismo epistemológico, de los postulados planteados en el debate entre pensadores: *neoiusnaturalistas*, neopositivistas, neocontractualista y contractualistas, que me permitan esbozar postulados filosóficos de los valores de la responsabilidad civil y los valores en la responsabilidad civil.

Las diferentes corrientes *iusfilosóficas*, en la actualidad, coinciden en los derechos básicos comunes, con características de integración, consenso y acuerdo de todos los individuos que conforman y son parte de la sociedad. Vivimos una época del pluralismo, del respeto a la diversidad y al consenso, lo que si bien resulta un avance fundamental en la participación ciudadana en la vida pública del Estado; el problema se centra en la dificultad de establecer valores comunes que puedan definir en forma integrada las bases elementales que deben regir a todos los ciudadanos, los paradigmas de universalidad, bipolaridad, moral/norma, coercitivo/legitimidad (reconocimiento), llevan a posturas contrapuestas e incluso

radicales, que podrían conducirnos a un relativismo absoluto. La convicción de la necesidad de normas mínimas básicas que regulen la vida en sociedad, el convencimiento de que los ciudadanos necesitamos protección contra la tiranía del Estado, son elementos que nos conducen a un criterio común no obstante de las diferencias.

En principio se aceptan los derechos humanos concebidos por el liberalismo como buenos, sobre cuya base se deben completar algunos conceptos que permitan el reconocimiento y el respeto a la pluralidad, a la diversidad cultural y control equitativo. Sabemos que personas diferentes tenemos opiniones diferentes, lo cierto es, que todos debemos integrarnos y participar para establecer principio coherentes, que permitan estructurar un conjunto de normas, que garanticen los derechos fundamentales del ser humano, sobre la base del respeto al pluralismo, diversidad cultural e integridad.

3.1.5 Valores de la Responsabilidad Civil.

Los valores que inspiran a la responsabilidad civil surgen de los griegos y la teoría tomista, que coinciden en una primera y fundamental ley de la naturaleza producto de la razón del hombre, la armonía, el bien común, no dañar a nadie. SAGREBELSKY,⁸²⁸ señala: La concepción “antigua” se reduce a exigir a cada uno que respete su lugar y el de los demás, y este “lugar” es sólo el punto de convergencia de un complejo de deberes. Ello implica en general “principio de responsabilidad”, de todos y cada uno en relación con todo y con todos. Este principio cuya importancia se ve redescubierta hoy para asociarlo a la categoría de los derechos es altamente significativo, porque comporta -con el significado hoy posible- la recuperación de exigencias propias de la concepción antigua.

ROSS,⁸²⁹ objeta el principio del derecho natural, considera un engaño, alcanza la apariencia de algo obvio pero no dice nada: “Dar a cada uno lo suyo” suena espléndidamente. ¿Quién va a discutirlo? La única dificultad es que esta fórmula presupone que yo sé qué es lo que se debe a cada persona como “lo suyo” (es decir, como *su derecho*). La fórmula carece así de significado, puesto que presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento. Lo mismo pasa con la exigencia de no dañar a otro. ¿Qué es “dañar”? No es posible que quiera decir actuar de tal manera que perjudique los intereses o frustre los deseos de otros. En este sentido el acreedor “daña” al deudor al exigirle el pago de su crédito, un comerciante “daña” a otro cuando le hace competencia, y la comunidad “daña” al delincuente al castigarlo. No, el significado sólo puede ser que no *debo interferir ilícitamente en los intereses de otro, o que no debo violar sus derechos* y aquí, también, el razonamiento es claramente circular. Una de las formulaciones más famosas del principio supremo del derecho lo enseña KANT: “*un comportamiento es lícito si la libertad para realizarlo es compatible con la libertad*

⁸²⁸ SAGREBELSKY Gustavo. El derecho dúctil, ley, derechos y justicia. Ob. Cit. Pág. 86.

⁸²⁹ ROSS Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrión. Editorial Universitaria Buenos Aires 1963. Pág. 268-269.

de todas las otras personas bajo una regla general".⁸³⁰

Siguiendo con dicho razonamiento expone, lo único que puede justificar una restricción a la libertad, es que ella sea necesaria para *la libertad de los demás, si la misma regla ha de aplicarse a todos. La libertad de "A" es así compatible con la libertad de todos los demás, de acuerdo con la misma regla general*. El hecho de que por otros fundamentos pensemos que tal regla no es recomendable, no afecta la aplicación del principio de KANT. Si este principio ha de tener algún significado y contenido, *la idea debe ser que la libertad está restringida en vista de los derechos de los demás, y así de nuevo, el pensamiento vuelve a moverse en forma circular*.⁸³¹

Expresa: una concepción muy difundida, que refleja temor el aforismo de KANT, la conciencia de legos y jurista, sostienen que la justicia significa el aparejo equilibrio de todos los intereses aceptados por una cierta decisión; nadie ha desarrollado esa idea en forma más cabal y penetrante que el filósofo alemán Lonard NELSON. Utilizando como puntos de partida la conciencia moral general y la jurídica, sostiene que la suprema norma de acción que determina el deber del hombre se caracteriza como sigue:

Es restrictiva, esto es, no nos ordena positivamente realizar ciertos fines, sino que pone límites a nuestra libertad de realizar aquello hacia lo que tendemos por naturaleza.

Este límite restrictivo, consiste en la exigencia de que en la persecución de nuestros intereses debemos también tener en cuenta los intereses de los demás.

Esto último se expresa en la exigencia de que la persona que realiza la acción tome en consideración los intereses afectados por ella, sean propios o ajenos. Debe pesarlos entre sí sin atender a las personas, o como si fueran todos, intereses propios.

Estos tres factores son luego unidos por NELSON en la siguiente formulación de la norma de justicia: *"nunca actúes de manera tal que no aprobarías la acción si todos los intereses afectados fueran tuyos"*.⁸³²

Los imperativos "dar a cada uno lo suyo", "no dañar a otro", sin el análisis de los precedentes que les dieron origen, podrían efectivamente ser inicuos o no decir nada, pero su sentido profundo y su esencia de *_principio fundamental de la razón humanidad_* surge a partir de la concepción de la sociedad, esto es del relacionamiento entre libertades ilimitadas de hacer todo aquello que se les antoje; como dice HOBBS: "hacer cuanto quiera y cuanto fuera", "el derecho de todos a todas las cosas". La libertad concebida con ausencia de impedimento externo, es una posición insostenible, cuando dos, varios o muchos sujetos, ejercitan irrestricta libertad y con ello interfieren en los derechos subjetivos ajenos; la

⁸³⁰ROSS Alf. Sobre el Derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 269

⁸³¹Ibídem Pág. 269

⁸³²Ibídem Pág. 270

interferencia genera conflicto que muchos autores la denominan guerra. Frente a una vida insostenible, es que surge el acuerdo social, producto de la razón, con lo que sí tiene sentido el imperativo “dar a cada uno lo suyo” en respuesta del “derecho de todos a todas las cosas”, limita los derechos.

Desde un punto de vista formal, la construcción teórica de la noción de daño, se ha visto afectada por dudas y críticas en torno a su concepción ontológica. La noción ontológica del daño no es más ni menos que “la lesión de un interés protegido”, esto es, la salud, la vida, la propiedad, el honor, en general los derechos subjetivos. El daño entendido desde un punto de vista individualista, también impone límites a la libertad, reduciéndole parte del poder que el hombre tiene de hacer lo que quiere y ese límite surge de la ley de la naturaleza; es un precepto general de la razón, que prohíbe al hombre hacer lo que puede destruir su vida, o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante el cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada, así lo expresa HOBBS,⁸³³ límite, estrechamente ligado a la supervivencia del hombre; límite que, además, se extiende, cuando éstos deben relacionarse con otros sujetos que tienen iguales libertades; en cuyo caso el acuerdo se impone como una necesidad de supervivencia y de convivencia pacífica. PLATÓN nos dice: habiéndose dañado, durante largo tiempo, unos a otros, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, estimaron de interés para todos impedir que se hiciese ni recibiese daño alguno, de ahí surge la justicia que ocupa el punto medio entre el mayor bien y el mayor mal, agrega: los hombres se han abrazado a la justicia no por ser ésta un bien en sí misma, sino por la impotencia en que se encuentran de no hacer daño a los demás, les mueve a considerar la justicia como el bien; los hombres acatan la justicia a pesar suyo.⁸³⁴

El imperativo “no dañar a nadie” está dirigido a no lesionar los derechos subjetivos de otro, esto es, la vida, la salud, la integridad física, los bienes materiales, el honor, etc., circunstancia referida por el imperativo categórico de KANT: *no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan*,⁸³⁵ que previene, la forma de actuar *haz el bien y evita el mal*; pero el imperativo “no dañar” también va dirigido, a que, el ejercicio de un derecho legítimo no interfiera en el ejercicio del derecho de otro sujeto, expresado por KANT: *Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad*, en similar sentido LUCKE expresa: *Enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones*. Directriz fundamental que señala el límite del ejercicio de la libertad que es compatible al ejercicio de los derechos, mis derechos se extienden hasta donde comienzan los derechos de otros, se trata del ejercicio de actos lícitos, que al colisionarse con otros derechos, provoca un desequilibrio.

⁸³³ HOBBS Thomas. *Leviatán*. Ob. Cit. Pág. 91

⁸³⁴ Platón *Diálogos*. Porrúa, Argentina México. 1979 Pág. 455.

⁸³⁵ KANT E. Introducción a la teoría del derecho. Ob. Cit. Pág. 98.

La noción jurídica de daño, se configura en términos de daño injusto, constituyéndose el ilícito, porque importa la lesión de un interés protegido, en ese contexto las hipótesis referidas como vulneraciones de los derechos naturales subjetivos siempre serán actos ilícitos y alinean al daño injusto, mientras que en el caso de interferencia de derechos se estará más bien ante una figura típica de abuso del derecho, los actos en si son legales, sólo al producirse la colisión y el desequilibrio generan la ilicitud sujeta a responsabilidad.

Con relación a la interferencia de derechos, DWORKIN, lo desarrolla en forma sistemática permitiendo una comprensión cabal y desglosando las diferentes contingencias de la responsabilidad civil; a partir de la integridad presupone que cada ciudadano debe aceptar exigencias y puede tener exigencias con otros, decidir cómo debe tratar a su vecino cuando sus intereses entran en conflicto, que interprete el esquema común de justicia con el cual ambos están comprometidos en virtud de su ciudadanía.⁸³⁶ Resalta que el *compromiso de mutua tolerancia y respeto tiene como base el acuerdo de vivir en sociedad*, que la denomina esquema común de justicia, entendida de la misma manera que en el derecho antiguo.

Refiere que existen innumerables, tipos de circunstancias en las que una persona que persigue una actividad, por otra parte legal, puede causar un daño no intencional a otra persona. Un músico ejecuta música de rock, cuando su vecino está estudiando álgebra. Cualquier persona cuya actividad provoque daños no intencionales a otra persona o a sus bienes, será responsable del daño si su actividad, bajo esas circunstancias no era razonable y una actividad no es razonable, si el costo marginal de evitar esa actividad es menor que el costo del daño que dicha actividad amenaza causar a otros.⁸³⁷ Ingresamos a una concepción utilitarista, costo beneficio.

Dice: supongan que los trenes corren a una velocidad de 240 Km por hora, lo que no es razonable pues es poner en peligro las cosechas que son más valiosas que las ganancias marginales obtenidas por correr a esa velocidad. Las chispas incendian los cultivos pero sólo porque el granjero había esparcido un fluido más liviano en la zona. Nuestro legislador podría considerar tres disposiciones para ese tipo de situaciones: en primer lugar que como la actividad del tren no era razonable, tendría que hacerse responsable de todos los daños que dicha actividad ha causado, incluso el daño que no habría sucedido si el granjero no hubiera actuado con tanta negligencia. Segundo, podría decir como la negligencia del granjero fue una parte importante de la cadena causal, tendría que soportar toda la pérdida porque ha actuado, tal como lo expresa la frase desarrollada para explicar este punto: con “negligencia contribuyente” la cual asigna la pérdida a todas las partes que se hayan comportado en forma irrazonable en una situación particular según lo irrazonable que se haya comportado cada uno, hasta que punto esa conducta irrazonable contribuyó al accidente o una combinación de ambas.

⁸³⁶ ROSS Alf. Sobre el Derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 141

⁸³⁷ Ibídem Pág. 2001

Una pregunta interesante y compleja de economía es saber cuál de esas distintas disposiciones acerca de la compensación, cuando más de una parte se comporta en forma irrazonable, contribuiría más al bienestar de la comunidad.⁸³⁸

La relación costo beneficio, que hace sobre el daño y las contingencias ilustran, por una parte la posición seguida por la teoría utilitaria del daño, cuyos principales exponentes son Jeremías Bentham y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar de la social (*aggregate social welfare*), se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión. Para los utilitaristas, el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado. El claro ejemplo de esta teoría la encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades tales como la navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual, quienes sufran daños aeronáuticos deben percibir una indemnización no integral, de no ser así dichas actividades pueden directamente no desarrollarse y eso trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral, la merma de indemnización se justifica por el bienestar general que produce el desarrollo de esta actividad, la responsabilidad funciona en estos casos como una redistribución de la riqueza.

En su análisis DWORKIN, enfoca un tema fundamental para la responsabilidad, la participación de la víctima, que puede ser utilizada como eximente de responsabilidad o disminución equitativa del resarcimiento, esto en base a la justicia distributiva, *rectificadora o igualadora*, llamada también *senalagmática*; que establece una medida en proporción *aritmética*, vinculada a la relación de causalidad entre el daño infligido y la reparación por parte del dañador, de tal manera que la participación de la víctima interrumpe el nexo causal, si la culpa es exclusiva de ésta o si existe concurrencia de culpas; aspecto fundamental para imputar la responsabilidad.

Continúa, podríamos asumir que las personas siempre tienen responsabilidad igualitaria, siempre en todo lo que hacen consideran los intereses de los demás tan importantes como los propios; entonces la responsabilidad igualitaria, que pone en vigor la ley sobre accidentes, no es más que una instancia especial de responsabilidad moral penetrante; a pesar de que las personas no tienen esa responsabilidad lo hacen en los casos de negligencia o perjuicio.⁸³⁹

Las circunstancias de negligencia y perjuicio son especiales, en una forma particular, hace que nuestras responsabilidades morales sean sensibles a nuestras responsabilidades legales, el autor explica que nuestra práctica legal reconoce aquello que a menudo se denomina derechos legales *prima facie* a la propiedad, a los que llama derechos abstractos. Tengo el derecho abstracto de hacer correr mis trenes a lo largo de las vías de la misma manera que otra persona tiene el derecho de cultivar su maíz cerca de las vías. Tengo derecho

⁸³⁸ Ibídem Pág. 202-203

⁸³⁹ Ibídem Pág. 208

legal abstracto de utilizar mi apartamento como quiera y por lo tanto de tocar la trompa, del mismo modo que otra persona tiene los suyos y por lo tanto la libertad de estudiar algebra en paz. Denomina a estos derechos *prima facie* o abstractos, dice porque sabemos que pueden estar en pugna, el ejercicio de mi derecho puede invadir o restringir el derecho de otra persona, en cuyo caso surge la pregunta ¿quién de nosotros tiene el derecho real o concreto a hacer lo que desea? Es bajo estas circunstancias (el campo de la negligencia, el perjuicio y otras formas de derecho por daños no intencionales) que creemos surge la responsabilidad igualitaria. Debo decidir según mis derechos concretos (¿puedo hacer correr mi tren o tocar mi trompeta aquí y ahora?), en una forma que respete tanto los intereses del otro como los propios, no porque siempre debo actuar de esa forma, sino porque debe hacerlo cuando nuestros derechos abstractos se enfrentan. Debemos preguntarnos si consideramos los intereses de los demás con la misma importancia que los propios. Una persona que se abstiene de hacer algo sobre la base de que le costaría a su vecino más de lo que se beneficiaría asimismo, tiene en cuenta el bienestar de su vecino.⁸⁴⁰

La colusión o choque de derechos, en sí mismo no es un acto ilícito, sino el resultado del ejercicio de derechos abstractos, el límite lo establece el derecho de otro. Es interesante la concepción del daño, referida por DWORKIN, *ambos sujetos tienen igual derecho real concreto, de hacer lo que sea, siempre que ese su accionar no dañe a otros*, principio aplicable a todos sin excepción, la formula de respeto tanto de los intereses de otro, como de los propios; considerar los intereses ajenos con la misma importancia de los propios, tiene un efecto circular, de ahí su característica de igualitario. El choque de derechos provoca un desequilibrio, del que surge la responsabilidad. Pero eso no es todo, completa la idea con la noción utilitarista, que es un aspecto importante al momento de la toma de decisión por el Juez.

Uno de los presupuestos de la responsabilidad, es la causalidad entre el daño y la reparación, debe guardar una estricta correspondencia, bajo la fórmula daño=reparación. Siguiendo la teoría de la igualdad, DWORKIN, la información concerniente a la justicia de distribución de riqueza permanece entre el demandante y alguien que sabe que su actividad le hará daño o le hará correr un riesgo, podría incluir distintas doctrinas de la razonabilidad, la negligencia contribuyente y los demás elementos pertenecientes a la ley de agravios. El legislador en atención a la igualdad de la responsabilidad, permitiría que las personas basaran sus decisiones sobre el riesgo; pero a pesar de que la elaboración práctica usaría normas “objetivas”, también estaría alerta a circunstancias especiales, donde el principio de daño financiero comparativo ignoraría derechos o demostraría ser injusto. Insistiría en que la responsabilidad para ciertos tipos de daños (amenazas a la vida, por ejemplo y daños como consecuencia del perjuicio racial) no esté sujeta a las pruebas financieras directas de ese principio.

⁸⁴⁰ Ibídem Pág. 209

DWORKIN, desarrolla dos aspectos interesantes, el primero relativo a la previsión del daño mediante sistemas preventivos que establezcan de ante mano la definición o catalogación de la actividad peligrosa o dañosa, según su planteamiento es una forma de igualdad establecida por el legislador y por otra el carácter objetivo de este tipo de responsabilidad, pero también aclara que éste sistema no es aplicable a las hipótesis en las que la culpa es un elemento determinante, como el caso del daño a la vida. El enfoque global muestra ya la necesidad de establecer un sistema binario de responsabilidad.

Por su parte, RAWLS, construye una teoría capaz de proporcionar principios materiales de justicia, aplica la denominada “posición original”, a la que concurren sujetos racionales libres e iguales, caracterizada porque están cubiertos por un “velo de ignorancia”, se presume que éstos no obedecen a ningún tipo de motivación moral, sino a máximas prudenciales, acordadas unánimemente y están orientados a proteger sus intereses pero al mismo tiempo colocados en una situación equitativa; garantía de imparcialidad, son individuos racionales, que tomarán una decisión y llegarán a un acuerdo sobre el tipo de sociedad en la que quieren vivir. La teoría de la justicia aparece así como una parte significativa de la teoría de la decisión racional. RAWLS, supone que cualquier teoría ética razonablemente completa, tiene que incluir principios distributivos para la estructura básica de la sociedad, que lo considera un problema fundamental y que esos principios, cualesquiera que fuesen constituyen la doctrina de la justicia. Entonces, el concepto de justicia ha de ser definido por principios; al asignar derechos y deberes y definir la división correcta de las ventajas sociales. Una concepción de justicia es una interpretación de este papel. El sentido más específico que ARISTÓTELES da a la justicia y de la cual se derivan las formulaciones más familiares, abstenerse de la *pleonexia*, esto es, de obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que le es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc.⁸⁴¹

Lo expuesto, permite a RAWLS, formular dos principios fundamentales de la justicia, sobre los que supone hubo acuerdo en la posición original:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sean compatibles con un esquema semejante de libertades para los demás. La cursiva es mía.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

Estos principios son: 1.- el principio de la libertad igualitaria. 2.- el principio de igualdad de oportunidades y el llamado principio de diferencia, en beneficio de los menos favorecidos.

⁸⁴¹ Ibídem Pág. 23.

Es importante destacar, que el establecimiento de principios fundamentales permite definir la base sobre la que se sustenta el derecho y *el primero es el de la libertad igualitaria, tan extenso posible al ejercicio de iguales libertades básicas de otros sujetos, de tal manera que el ejercicio de la libertad no perjudique al esquema de iguales libertades básicas*. Es justo anotar, para entender el principio de prioridad de la libertad, como dice RAWLS, estos principios habrán de ser dispuestos en un orden serial dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Este orden significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio, no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas. Estas libertades tienen un ámbito central de aplicación dentro del cual, pueden ser objeto de límites y compromisos solamente cuando entran en conflicto con otras libertades básicas, ninguna de estas libertades es absoluta; sin embargo, están proyectadas para formar un sistema y este sistema ha de ser el mismo para todos.⁸⁴²

Su explicación nos hace ver que no se justificaría la defensa del segundo principio sin antes haber garantizado el primero, ni el tercero sin haber garantizado el segundo, la prioridad es lexicográfica, serial. De donde se tiene que el primero y fundamental principio es la libertad, pero aclara que la libertad no es absoluta ya que se encuentra sujeta o limitada por al ejercicio de otras libertades básicas, con lo que hace hincapié en la armonía que debe existir, ya que considera que la aceptación de los principios sería una aceptación de la noción de bien común, expresa: *aplicar los principios de justicia consiste en invocar el principio de interés común (el bien común creo que consiste en condiciones generales que producen el mismo beneficio a todos)*.⁸⁴³ Aspecto ya referido por los filósofos griegos y la teoría tomista, que asimilan la justicia al bien común, entendido como no dañar a nadie, aplicable a todos, sin distinción de raza, religión, etc.

Pero hay algo más, en la teoría de justicia ideada por RAWLS, el respeto incondicional de los principios definidos en la posición original; siendo deber natural de justicia el primero y fundamental, pero qué entiende por deber natural de justicia, el deber de ayuda mutua, el deber de no dañar ni perjudicar a otro, siendo el primero el de ayuda mutua, hacer algo bueno por otro y el segundo negativo no hacer algo que sea malo. Señala: la mayoría de las veces el deber natural de justicia es el más fundamental, ya que en general obliga a los ciudadanos y no requiere ningún acto voluntario para ser aplicable.⁸⁴⁴ Con lo que se acerca a la teoría tomista y al derecho natural antiguo, “no dañar a otro”, principio natural de justicia no sujeto a cambios ni modificaciones por voluntad de los sujetos, entonces las objeciones de los comunitaristas y pragmatistas no le alcanzan, en tal sentido, todos los valores pueden ser redefinidos, ajustados, etc., menos el primero y fundamental principio de la justicia natural, que tiene como fin

⁸⁴² RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Trad. María Dolores Gonzales. Fondo de Cultura económica. México. 1995. Pág. 68-69.

⁸⁴³ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 232.

⁸⁴⁴ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 115 y 117.

la paz social, dice: Naturalmente la racionalidad de la elección de los principios de la justicia en la situación original, no se hallan en discusión.⁸⁴⁵

RAWLS, adelantándose a una posible crítica, respecto a que los principios de justicia no se derivan del concepto de respeto a la persona, de un reconocimiento a su valor y dignidad inherentes. Dice: yo creo que los principios de justicia sólo serán efectivos si los hombres tienen un sentido de justicia y se respetan entre sí, por tanto, el concepto de respeto o del valor intrínseco de las personas no es bastante adecuado para llegar a esos principios. Sin embargo, una vez que se dispone la concepción de la justicia, las ideas de respeto y de dignidad humana pueden adquirir un significado más definido, respetar a las personas es reconocer que poseen una inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en su conjunto puede atropellar. Esto significa que la pérdida de la libertad por parte de algunos no se compensa por el hecho de que otros gocen de un mayor bienestar. Las prioridades lexicales de la justicia representan el valor de las personas del que KANT dice que es superior a todo precio. La teoría de la justicia ofrece una versión de estas ideas, pero no podemos partir de ella. No hay modo de evitar las complicaciones de la situación original o de alguna interpretación similar si nuestros conceptos de respeto y la base natural de la igualdad han de ser presentadas sistemáticamente.⁸⁴⁶

La primacía de la libertad, su característica como primera virtud, se refleja por su inviolabilidad fundada en la justicia, ésta no puede ser rota ni por el bienestar de la sociedad en su conjunto, dándose resonancia -la libertad está sobre todo y sobre todos- definida así en la prioridad lexicográfica: la libertad igualitaria ocupa el primer y fundamental lugar, esto es, el primero, el respeto y la igualdad surge en caso de la interferencia de libertades básicas iguales, las que se limitan mutuamente y se autolimitan, con lo que mantienen un equilibrio, sin el cual no sería posible el ejercicio de ninguna de ellas. La coherencia planteada por RAWLS, tiene como fin, que una libertad básica sea limitada o negada sólo para procurar otra igual, no por razones del bien público o por otro tipo de valores, bajo cuya óptica la prioridad permite elevar al máximo el bien común, que es la justicia misma. La libertad garantiza por un lado la igualdad, ya que la sociedad bien ordenada, es para cada ciudadano un bien más amplio que el bien determinado por los intereses privados de los individuos, la libertad es la base del respeto, sin la cual no es posible atender al propósito racional, que consiste en acceder a los bienes y al plan de vida particular, mantiene por una parte la cooperación y por otra la autonomía de cada uno para construir su propia vida, de acuerdo con sus gustos preferentes.

El establecimiento de un ordenamiento político apto para asegurar la paz entre los sujetos, en sus recíprocas relaciones; puesto para dirimir las controversias y promover la composición, en lugar de la venganza privada, surge lentamente y se va imponiendo paulatinamente, circunstancia por la que como contrapeso se lo

⁸⁴⁵ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 512.

⁸⁴⁶ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 529.

concibe como a un soberano con un poder irresponsable, de tal manera que en el derecho antiguo, se impone la obligación de obedecer las leyes así estas fueran injustas y acatar las órdenes del soberano o quién cumpla la función de mandar, así estas fueran injustas, arbitrarias o abusivas. En este orden GROCCIO admite *si recibimos malos tratos (de parte del que goce del poder soberano) debemos resistirlos antes de oponernos por la fuerza.*⁸⁴⁷ *Uno no puede oponerse a lo que determina el poder soberano*⁸⁴⁸.

En el siglo XVIII, por reclamos del iluminismo en favor de la liberación del individuo frente al poder gubernamental opresivo y frente a la tradición feudal con sus vínculos y sistemas de privilegios. La ideología del derecho natural se hizo individualista y liberal. El Estado debería interferir lo menos posible en la vida de los ciudadanos. Su acción debería limitarse a preservar la paz interna y externa y a garantizar la propiedad y la libertad contractual. Debía abolirse los privilegios de la nobleza, el poder de las corporaciones y otras restricciones arbitrarias a la libertad. KANT, define la libertad como el derecho originario del hombre y expresa la suprema exigencia del derecho natural en el famoso enunciado -el imperativo categórico-: “una conducta es lícita, si la libertad de realizarla es compatible con la libertad de todas las demás personas de acuerdo con una regla general”.⁸⁴⁹ La intención del autor, es claramente asegurar un máximo de libertad, limitándola únicamente en interés de ésta, lo que equivale decir que el Estado no puede interferir ni restringir la libertad, sin que se haga responsable por esa intromisión.

Los derechos naturales originales del hombre en principio, fueron restringidos por propia voluntad del hombre, por el contrato social que dio origen al Estado, con el fin único de resguardar la paz social, constituyendo al Estado en garante del libre ejercicio de los derechos intersubjetivos, en consecuencia es responsable de cualquier interferencia o daño. La renuncia hecha por el individuo de sus derechos naturales, alcanza al ejercicio de iguales derechos subjetivos, lo que vale decir, que el Estado no puede limitar el libre ejercicio de los derechos y libertades.

La conexión del racionalismo iusnaturalista con el contractualismo, se da por la justificación del origen del Estado moderno, de la doctrina de los derechos del hombre y también del positivismo jurídico, que hace coercible el ejercicio de los derechos subjetivos.

En esta línea RAWLS, al establecer la prioridad de la libertad de acuerdo al orden lexicográfico, impone que este principio no puede ser limitado ni restringido por el interés común, ni por ninguna institución del Estado, menos compensada económicamente; dice: *Las restricciones contenidas en el principio de la justicia garantizan a todos una libertad igual y nos aseguran que nuestros derechos no serán menospreciados ni conculcados a cambio de una suma más elevada de*

⁸⁴⁷ GROCCIO. Ob. Cit. Tom. I Cap. IV. Sec. 1.

⁸⁴⁸ GROCCIO. Ob. Cit. Tom. I Cap. IV. Sec. 7.

⁸⁴⁹ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 242.

*beneficios, ni siquiera para toda la sociedad,*⁸⁵⁰ con lo que ratifica el límite del ejercicio del Estado, con respecto a los derechos subjetivos de los administrados. Al respecto BOBBIO, justifica y lo hace siguiendo la línea de KELSEN: los derechos subjetivos deben estar contenidos en normas positivas de naturaleza coercitiva, lleva el sometimiento del Estado a los derechos individuales y al uso de la fuerza para imponer su cumplimiento contra terceros y contra el propio Estado.

Esta tendencia de defensa del ciudadano frente a los actos injustos y arbitrarios del soberano cambia el paradigma del respeto irrestricto y absoluto sometimiento, así considerado por GROCIO, PUFFENDORF, y otros autores. PUFFENDORF, nos dice: en caso de actos hostiles y de perjuicios más terribles, es mejor irse del país o huir antes que levantar las armas contra un monarca. Contraponiéndose a esta postura HOBBS, no obstante de su visión absolutista, que propugna la sumisión del individuo al poder, su tendencia subjetivista de los derechos naturales lo llevan a sostener que el Estado no puede perjudicar al ciudadano, en cuyo contexto establece límites del poder del soberano y obediencia, realza el derecho que el hombre tiene por naturaleza a protegerse asimismo. La libertad de desobedecer alcanza a no ser obligado a declarar en su contra. La libertad del súbdito, de demandar al soberano: *Si un súbdito tiene una controversia con su soberano a cerca de una deuda o el derecho de poseer tierras o bienes, o acerca de cualquier servicio requerido de sus manos o respecto a cualquier pena corporal o penuria fundada en una ley precedente, su súbdito tiene la misma libertad para defender su derecho como si su antagonista fuera otro súbdito.*⁸⁵¹

LOCKE, sirviéndose de la hipótesis de HOBBS (estado de naturaleza, consiguiente pacto social para fundar el absolutismo del príncipe y límites jurídicos del poder del soberano) sostiene que el hombre es esencialmente sociable; que el Estado fue constituido como tutela de los derechos subjetivos, de manera que si el Estado, abusa o viola el contrato social, el pueblo recobra *ipso facto* su soberanía originaria. El vínculo de obediencia de los súbditos está subordinado a la observación del contrato social, por parte de los gobernantes. Su concepto contractualista se halla inmerso en la reciprocidad o bilateralidad de las obligaciones políticas. Concibe al Estado como un medio de la reafirmación de la libertad, no como una negación de este valor esencial a la naturaleza humana, en consecuencia, cualquier interferencia a la libertad, cualquier acto que contradiga la garantía de su existencia, toda ruptura del equilibrio de los derechos subjetivos, que ponga en peligro la paz social, es de responsabilidad del Estado, toda vez, que el primigenio y fundamental fin de su creación fue la cautela del ejercicio de los derechos intersubjetivos y asegurar la armonía y paz social. La ruptura del contrato social, lo hace responsable,

Por su parte IHERING, al referirse a la lucha por del derecho en la esfera social, hace hincapié en que el derecho no será letra muerta y se realizará, si las autoridades y funcionarios del Estado cumplen con su deber; acota: *la existencia*

⁸⁵⁰ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 451.

⁸⁵¹ HOBBS. *Leviatán*. Ob. Cit. Parte II Cap. XXI. Pág. 152

de todos los principios del derecho público descansan sobre la fidelidad de los empleados en el cumplimiento de sus deberes. El incumplimiento de esos deberes supone, también, la responsabilidad por actos omisivos; dice: cuando la arbitrariedad, la ilegalidad, osan levantar afrentosa e impudicamente, su cabeza, se puede reconocer en este signo que los que están llamados a defender la ley no cumplen con su deber. Agrega: no son los que cometen trasgresión legal los que principalmente asumen la responsabilidad en semejantes casos, sino los que no tienen el valor de defenderla. No acusamos a la injusticia de suplantar el derecho, sino a éste, que la deja obrar, porque si llegase al caso de clasificar, según la importancia, estas Dos máximas: “no cometas una injusticia” y “no sufras alguna”, se debiera dar, como primera regla, “no sufras ninguna injusticia”, y como segunda, “no cometas ninguna”.⁸⁵²

Una resistencia firme y resuelta será el mejor medio, para hacer que no se cometa una injusticia; para el Autor queda sentado que defendiendo el individuo su derecho, defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público, resalta cuanto ennoblece, desde este punto de vista, la obligación en que cada uno se encuentre de hacer valer su derecho,⁸⁵³ la protección del derecho contra la arbitrariedad.

La lucha por el Derecho es pues, a un mismo tiempo, una lucha por la ley; no se trata solamente de un interés personal, de un hecho aislado en que la ley toma cuerpo de daguerrotipo, en el que se fije al paso de uno de sus rayos luminosos, que se puede dividir sin herirla a ella misma, sino que se trata de la ley que se ha menospreciado y hollado, y que debe ser defendida so pena de cambiarla en una frase vacía de sentido. El derecho personal no puede ser sacrificado sin que la ley lo sea igualmente.⁸⁵⁴ Sentencia: toda disposición arbitraria o injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la nación, y por consecuencia contra su misma fuerza.⁸⁵⁵

BOBBIO, en su obra *Liberalismo y Democracia*,⁸⁵⁶ refiere al Estado liberal entendido como Estado limitado, en contraposición al Estado absoluto. Postula la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural, todos los hombres sin importar su voluntad, tienen por naturaleza algunos derechos como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que los mandatarios deben respetar y garantizar frente a cualquier intervención por parte de los demás, todo ser humano tiene derecho a hacer o no hacer lo que le plazca y derecho a resistir contra el trasgresor, al mismo tiempo tiene el deber u obligación de abstenerse de cualquier acto que pudiere interferir las facultades de hacer o no hacer de otro sujeto con iguales derechos subjetivos.

⁸⁵² IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 48-49.

⁸⁵³ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 50.

⁸⁵⁴ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 54.

⁸⁵⁵ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 67.

⁸⁵⁶ BOBBIO Norberto. *Liberalismo y Democracia*. trac. José F. Fernández Santillán. Fondo de Culturas económicas México 1989.

“Derecho” y “deber” son dos nociones prescriptivas que presuponen la existencia de una norma, que atribuyen a un sujeto la facultad de hacer o de no hacer algo e impone al Estado abstenerse de toda acción, que pueda en cualquier forma impedir el ejercicio de tal facultad. La interferencia, hace que surja la responsabilidad del Estado que debe responder de sus actos arbitrarios.

BOBBIO, refiere que el estado liberal, nace de una continua y progresiva erosión del poder absoluto del rey, y en periodos históricos de crisis aguda, de una ruptura revolucionaria (son ejemplares los casos de Inglaterra en el siglo XVII y Francia a finales del XVIII). Mientras el curso histórico camina de un estado inicial de servidumbre a estados sucesivos de conquista de espacios de libertad por parte de los sujetos, mediante un proceso de liberación gradual, la doctrina transita el camino inverso; parte de la hipótesis de un estado inicial de libertad, y sólo en cuanto concibe al hombre naturalmente llega a constituir la sociedad política como una sociedad con soberanía limitada.

Los derechos naturales y la teoría del contrato social, o el contractualismo, están estrechamente vinculados a la concepción, que sólo es legítimo el poder político si se basa en el consenso de quienes la constituyen, (también es tesis Lockiana), por tanto, un acuerdo entre quienes deciden someterse a un poder superior conlleva el presupuesto de que los individuos tengan derechos que no dependan de la institución de un soberano y que éste, como función principal permita el desarrollo máximo de estos derechos compatibles con la seguridad social.

Para BOBBIO, lo que une a la doctrina de los derechos del hombre al contractualismo, es la común concepción individualista de la sociedad, la concepción de acuerdo con la cual, primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de la naturaleza, y luego la sociedad, no como sostiene el organicismo en todas sus formas, de acuerdo con el cual la sociedad es primero que los individuos, o con la fórmula aristotélica, destinada a tener un gran éxito a lo largo de los siglos, el todo es primero que las partes. Es una concepción a la inversa de la sostenida por los griegos y la teoría tomista, realza al hombre y con él a sus derechos subjetivos, es una respuesta al poder absoluto del Estado y al sojuzgamiento que se impuso, por el realce al poder del soberano.

El contractualismo moderno cambia la relación entre individuo y sociedad, no hace de la sociedad un hecho natural que exista independientemente de la voluntad de los individuos, sino un cuerpo artificial creado por los individuos a su imagen y semejanza, para la satisfacción de sus intereses y necesidades y el más amplio ejercicio de sus derechos; el acuerdo que da origen al Estado es posible porque de conformidad con la teoría del derecho natural, existe por naturaleza una ley que atribuye a todos los individuos derechos fundamentales de los cuales el individuo puede desprenderse sólo voluntariamente, dentro de los límites bajo los que esta renuncia acordada con la renuncia de todos los demás permita la composición de

una convivencia libre y ordenada.⁸⁵⁷ Así concebida la relación individuo y Estado, cualquier vulneración arbitraria de los derechos subjetivos, abre la vía del resarcimiento del Estado, él que bajo una nueva visión se encuentra despojado de todo privilegio e inmunidad, que en la época antigua hacía imposible que responda por los daños infligidos a los ciudadanos.

El liberalismo es una doctrina del Estado, limita tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones. La noción común que sirve para representar al primero es el *Estado de Derecho*; la noción común para representar al segundo es el *estado mínimo*. Aunque el liberalismo conciba al Estado tanto como Estado de Derecho, cuanto como Estado mínimo, se puede dar un Estado de Derecho que no sea mínimo (por ejemplo, el estado social contemporáneo) y también se puede concebir un Estado mínimo que no sea un Estado de Derecho (como el Leviatán Hobbesiano, respecto a la esfera económica que al mismo tiempo es absoluta en el más amplio sentido de la palabra y liberal en economía). Mientras el Estado de Derecho se contrapone al Estado absoluto, entendido como *legibus solutus*, el Estado mínimo se contrapone al Estado máximo, entonces se debe decir que el Estado liberal se afirma en la lucha contra el Estado absoluto, en defensa del Estado de Derecho y contra el Estado máximo en defensa del Estado mínimo.⁸⁵⁸

BOBBIO, considera que el Estado de Derecho implica la constitucionalización de los derechos naturales, o sea, la transformación de esos derechos en derechos protegidos jurídicamente, en verdaderos y propios derechos positivos. En la doctrina liberal, Estado de Derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país que es un límite puramente formal, sino también, subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente y por tanto, en principio “inviolables”.

De manera que BOBBIO, pone en relieve, primero la transformación de los derechos naturales a derechos positivos, esto es, que éstos estén regulados por el ordenamiento legal de un país y tengan la característica de coercitivos; además, que todo el ordenamiento legal éste subordinado a esos derechos y sean reconocidos como *inviolables*, carácter propio de un Estado de Derecho. Bajo cuya concepción sólo se puede hablar de derechos fundamentales de aquellos que tienen carácter obligatorio y como lógica consecuencia, se encuentren regulados por una norma legal. Siguiendo esta línea, también, el derecho de daños debe ser regulado por normas coercitivas positivas que impongan el respeto intersubjetivo y en caso de ruptura, la reparación.

Por otra parte el Estado, tiene el propósito de defender al individuo de los abusos del poder; al que BOBBIO llama garantías de libertad, de la llamada libertad negativa, entendida como la esfera de acción en la que el individuo *no está constreñido por quien detenta el poder coactivo a hacer lo que no quiere y a la vez*

⁸⁵⁷ BOBBIO Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Ob. Cit. Pág. 15-16.

⁸⁵⁸ *Ibidem* Pág. 18

no es obstaculizado para hacer lo que quiere, claro está, siempre que no perjudique el derecho similar de otro sujeto. Hay una acepción de libertad y es la acepción preponderante en la tradición liberal, de acuerdo con la cual “libertad” y “poder” son dos términos antitéticos que denotan dos realidades contrastantes entre ellas y por tanto incompatibles.⁸⁵⁹

El Autor, al referirse al paternalismo lo hace bajo la concepción de KANT. *Un gobierno basado en el principio de la benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un padre sobre los hijos, es decir, un gobierno paternalista (inperium paternale), en el que los súbditos, como hijos menores de edad, que no pueden distinguir lo que les es útil o dañoso, son constreñidos a comportarse tan sólo pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manea en que ellos deben ser felices y a esperar, que por su bondad él lo quiera, es el peor despotismo que pueda imaginarse.*⁸⁶⁰

Esa posición no puede ser admitida ya que a título de protección, el Estado puede sojuzgar la libertad individual, contraponiéndose a ese valor fundamental. El paternalismo, como no podía ser de otra manera, es rechazado y en contraposición se busca mayor participación en la toma de decisiones públicas, la sociedad civil debe organizarse y constituirse en un órgano de control y decisión.

La libertad es el máximo bien y debe ser resguardado contra toda intromisión; Al respecto KANT define, que las funciones del Estado se basan en la primacía de la libertad del individuo frente al poder soberano y en consecuencia, en la subordinación de los deberes del soberano a los derechos o intereses del individuo.

La concepción utilitarista de la libertad lo desarrolla BOBBIO, con MILL, quién refiere a la libertad negativa, o sea, la situación en la que un sujeto o un grupo que actúa como un todo, no es impedido por una fuerza externa para hacer lo que él desea y no es constreñido a hacer lo que no desea. MILL trata de formular un principio que establezca límites del poder público, a restringir la libertad de los individuos y correlativamente, el ámbito de los individuos o grupos que pueden actuar sin encontrar obstáculos en el poder del Estado, de manera, que el individuo pueda gozar de una libertad garantizada contra la invasión del poder del Estado, y esa libertad sea lo más amplia posible dentro de la convivencia entre el interés individual y el interés colectivo. Este principio lo concreta: “*La humanidad está justificada, individual y colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualquiera, sólo con el fin de protegerse*”. La única legitimación del poder es evitar el daño a los demás, en consecuencia, “si alguien comete un acto que dañe a otros, hay motivo evidente para castigarlo con sanciones legales o, en el caso,

⁸⁵⁹ Ibídem. Pág. 2

⁸⁶⁰ E. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) (tr. It. *Sopra el detto comune: “Queste può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”*, en E KANT, *Seritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Turín, 1956, p. 255) anotado por BOBBIO

en que sea incierta la aplicación, con la desaprobación general”.⁸⁶¹ El objeto de MILL, es limitar el derecho del Estado a restringir la libertad individual, salvaguardar al sujeto de la injerencia del poder público en todas las acciones, como la esfera de la conciencia interior y la libertad de pensamiento y de opinión.

ROSS, al referirse a las normas de competencia de la administración, mientras que varios órdenes jurídicos resuelven la cuestión de otra manera cuando se tratan de las normas que regulan la competencia del poder legislativo. La interpretación es posible, también, si las normas de competencia tienen como efecto la responsabilidad. Esto significa que los tribunales -quizás un tribunal especial- deben ordenar sanciones contra el responsable por el exceso en la competencia. Tal es el caso cuando se ha instituido un procedimiento especial para hacer efectiva la responsabilidad de un ministro por trasgresión a reglas constitucionales.⁸⁶²

El Autor, en su relación de derecho y poder, apartándose de la posición metafísica que concibe al derecho y poder diametralmente opuestos, considera que el derecho es un instrumento del poder: el poder no es algo que se encuentre detrás del derecho sino algo que funciona por medio del derecho, el poder de aquellos que controlan el aparato del Estado, están supeditados al hecho de que ellos ocupan las posiciones claves que según la Constitución, otorgan competencias jurídicas para ejercer dicho poder. Todo poder político es competencia jurídica. No existe un poder desnudo, independiente del derecho y de su funcionamiento.⁸⁶³ ROSS, ubica al Estado como sujeto de derecho, por tal circunstancia, está sometido a las responsabilidades del ejercicio de sus competencias.

En el ámbito de la responsabilidad del Estado, por actos u omisiones de los funcionarios públicos o servidores públicos, está la responsabilidad del órgano jurisdiccional. Para DWORKIN, importa la forma en que los jueces deciden los casos. Es inevitable la dimensión moral de una acción ante la justicia, el riesgo de alguna forma distinta de injusticia pública. Un juez no sólo debe decidir quién recibirá, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano y quién en forma intencional o por codicia o insensibilidad, ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a sí mismo. Si este juicio no es justo entonces la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros, porque en cierto grado o cierta dimensión lo ha asignado como un proscrito. El daño es aún mayor, cuando se condena por un crimen a una persona inocente, pero es bastante sustancial cuando un demandante con un reclamo justo es echado de la corte o un acusado sale con un estigma que no merece.

La concepción del daño infligido por la comunidad a uno de sus miembros por un juicio injusto, es precisamente el fundamento, de la responsabilidad de Estado

⁸⁶¹ *Ibidem*. Pág. 72

⁸⁶² ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 50.

⁸⁶³ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 56-57.

frente a la víctima.

Cualquiera que sea la injusticia que nosotros hayamos de sufrir, por violenta que sea, no hay para el hombre alguna que pueda ser comparada a la que comete la autoridad por Dios establecida cuando viola la ley. El asesinato judicial, como lo llama perfectamente nuestra lengua alemana, es el verdadero pecado mortal del Derecho. El que estando encargado de la administración de justicia se hace asesino, es como el médico que envenena al enfermo, como el tutor que hace desaparecer a su pupilo. El juez que se dejaba corromper, en los primeros tiempos de Roma, era castigado con la pena de muerte.⁸⁶⁴

La doctrina moderna seguida por la legislación y jurisprudencia, muestran tendencia a ampliar cada vez más la responsabilidad del Estado, incluso en aspectos que eran derivados en forma exclusiva a la vía administrativa y a eliminar las inmunidades, abriendo el abanico de los casos en los que el ciudadano tiene derecho al resarcimiento.

3.1.6 Valores en la Responsabilidad Civil.

Entendemos por valores en la responsabilidad civil, aquellos valores que son protegidos y cuya vulneración importa la imposición de la reparación o resarcimiento, pero cuáles son esos valores protegidos por la responsabilidad civil, son los derechos subjetivos y como dice IHERING,⁸⁶⁵ la esencia de un derecho subjetivo, es el interés jurídicamente protegido. Hay posturas que pretenden sustentar la esencia de los derechos subjetivos, en un poder o primacía de la voluntad; otros, con una posición ecléctica, combinan el interés protegido y la voluntad,⁸⁶⁶ en este trabajo, no me detendré en dicha polémica, porque, considero, que no nos lleva a ninguna parte. Para efectos de esta tesis, los valores del derecho de daños son los intereses protegidos por ley, en consecuencia me circunscribiré a estos.

Pero qué entendemos por intereses, IHERING,⁸⁶⁷ nos dice, interés, en sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo *siento* que dependo de ella desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida

⁸⁶⁴ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 59

⁸⁶⁵ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 39 y 142.

⁸⁶⁶ Las objeciones hechas a la esencia del derecho subjetivo, cuya esencia es entendida como poder o supremacía de la voluntad, una de las objeciones descansa en que el interés está separado por ejemplo cuando la propiedad se halla limitada por cargas en beneficios de otros, o en contratos celebrados a favor de terceros y que sólo pueden ser exigibles por el co-contratante, otra objeción es en sentido de que la teoría de Ihering hace difícil distinguir entre el derecho subjetivo mismo y sus efectos reflejos, esto es, beneficio de otros. En contra de la teoría de la voluntad se afirma que las personas que carecen de voluntad o de voluntad racional (como las personas por nacer, los niños y los demandantes), pueden sin embargo ser sujetos de derecho, muchos autores han considerado que la esencialidad del derecho subjetivo es una combinación entre intereses y voluntad. ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 182.

⁸⁶⁷ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 142.

en un sentido lato; esta concepción pone en relieve la relatividad de los intereses y por consiguiente, la apertura a las diferentes percepciones de intereses que se pudiera tener, no obstante de la relatividad aparente. El interés enfocado por IHERING, es el bien máximo del ser humano “la felicidad”, el “bienestar”. Es el interés digno de protección jurídica: la paz, la armonía, que guardan relación con dos máximas: “no cometas una injusticia” y “no sufras alguna”, se debiera dar, como primera regla, “no sufras ninguna injusticia”, y como segunda, “no cometas ninguna”.⁸⁶⁸

La concepción utilitarista nos la refiere BOBBIO, al glosarlo a Mill, quién admite como fundamento de la moral, la utilidad o el principio de la máxima felicidad, sostiene: *las acciones humanas son justas, en la medida en que tienden a promover la felicidad e injustas en cuanto tienden a promover lo opuesto de la felicidad.*⁸⁶⁹

La concepción moderna de los derechos fundamentales, resulta del paso del derecho natural a derechos jurídicamente protegidos, con una visión subjetivista y expresión del individualismo, característico de la cultura del mundo moderno.

HOBBS, con una visión subjetivista e individualista, ubica al hombre en el centro del mundo, dotado de libertad absoluta, señala: la naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas. El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente *ius naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. Esta visión resulta insostenible en una sociedad donde existen iguales sujetos con iguales libertades.⁸⁷⁰

Al referirse a la ley de la naturaleza, establecida por la razón, precisa la necesidad de distinguir los términos *jus* y *lex*, derecho y ley, dice: *porque derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas cosas. Así la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia.*⁸⁷¹ La diferencia efectuada por HOBBS, acentúa el valor de la libertad absoluta, sin ningún límite, de *hacer cuanto quisiera y contra quién fuera*, derecho natural que es limitado por la ley positiva, en función del ejercicio de las libertades similares del derecho natural, del que son titulares otros sujetos.

Por su parte, LOCKE, expresa: *El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes*

⁸⁶⁸ IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Ob. Cit. Pág. 49

⁸⁶⁹ J. S. MILL, *Utilitarianism* (1863) (Trad. It. a cargo de E Musacchio, Cappelli, Bolonia, 1981, Pág. 58). citado por BOBBIO Pág. 70

⁸⁷⁰ HOBBS. *Leviatán*. Ob. Cit. XIV Pág. 90.

⁸⁷¹ HOBBS. *Leviatán*. Ob. Cit. XIV Pág. 91

*nadie debe dañar a otro en su vida, salud o posesiones.*⁸⁷² La doctrina de LOCKE, descansa en su postulado: *el más importante derecho natural de la libertad es la propiedad*, cabe aclarar, que por propiedad no sólo comprenden los bienes materiales, sino también la vida, la salud, el cuerpo, esto es, la integridad del ser humano y sus pertenencias.

WELZEL,⁸⁷³ en el tema derecho natural moderno lo refiere, PUFFENDORF, autor que se destacó por su concepción sistemática del derecho natural, con tendencia subjetivista, que sentó las bases de la declaración de los derechos de Norteamérica. Los principios materiales sustentadores de derecho natural, según este filósofo, encuentran su expresión en el concepto de *socialitas*, integrados por la idea de la libertad y la idea de la igualdad de todos los hombres. Este Autor, edifica la filosofía de la cultura sobre el principio de libertad, en contraposición a la causalidad natural. En su análisis, la dignidad de la naturaleza humana exige una libertad vinculada éticamente, sin la cual, no serían posibles, el orden valor y belleza de la vida humana. Precisamente en ello descansa la máxima valoración *dignatio* del hombre: en que posee un alma inmortal, dotada con la luz del entendimiento, la capacidad de distinguir y de elegir.⁸⁷⁴ Refiere a la igualdad natural entendida como igualdad en el derecho, su fundamento se halla, en que el deber de sociabilidad une igualmente a todos los hombres ya que está dada por la naturaleza como tal.⁸⁷⁵

PUFFENDORF, considera, que de la libertad ética que constituye la dignidad del hombre, se deriva la igualdad del Derecho natural y de éste, la libertad del Derecho natural. La idea contractual asume el aseguramiento de los derechos de la libertad. Destaca la igualdad natural.⁸⁷⁶ La idea de la dignidad humana fundada en la libertad ética se halla en el centro del derecho natural. Esta idea llena la noción de sociabilidad con contenido propio. Considera que la dignidad del hombre éticamente libre, otorga el soporte a todo el derecho natural y deduce también de ella la noción de los derechos del hombre. La justificación más profunda de los derechos de libertad basándose en la idea de la libertad ética y dignidad humana.

La relación de los intereses con la protección de la norma legal, me ubica en el contrato social, cuya concepción a decir de HABERMAS, sirve a la institucionalización del único derecho *innato* que es el derecho a iguales libertades de acción, ese derecho original concebido por KANT, ve fundado en la voluntad autónoma de los individuos, que como personas morales disponen de esa perspectiva social que representa una razón examinadora de normas, que éste y único derecho del hombre puede diferenciarse en *un sistema de derechos* mediante el que puede cobrar forma positiva, tanto "la libertad de cada miembro

⁸⁷² LOCKE *En sayo sobre el gobierno Civil*. Ob. Cit. Cap. II, 6 Pág. 6.

⁸⁷³ WELZEL Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ob. Cit. Pág. 187-189

⁸⁷⁴ PUFFENDORF. *De iuris naturaenet ngentium*. Ob. Cit. III. Cap. II. 5.

⁸⁷⁵ PUFFENDORF. *De iuris naturaenet ngentium*. Ob. Cit. III. Cap. II 1 y 2.

⁸⁷⁶ PUFFENDORF. *De iuris naturaenet ngentium*. Ob. Cit. III. Cap. II. 9.

de la sociedad, como hombre”, como también “su igualdad con todos los demás, como súbdito”; enfoque individualista. La legitimidad de las leyes garantizadoras de la libertad tiene que encontrar respuesta *dentro* del derecho positivo. El contrato social no puede imponer y hacer valer derechos positivos. El “principio del derecho” está ligando a la formación de la voluntad política del legislador y condicionado a un *procedimiento democrático*.

El punto de vista contractual se define a partir del consenso y acuerdo de los ciudadanos, sin suyo elemento, no se podría hablar de legitimidad; la legitimidad surge de la voluntad declarada y contenida en una norma de conducta que regula para todos por igual. Esta igualdad no se contrapone al derecho a la diferencia, ya que todos los ciudadanos sin importar su cultura son iguales ante la ley y por lo tanto, gozan de la protección del Estado, igualdad que va dirigida también a que todos tienen derecho a su diferencia, con lo que el principio de igualdad se reafirma.

En consecuencia, el derecho se presenta como un sistema de derechos y los derechos subjetivos sólo y únicamente pueden ser exigibles si fueran aprobados por organizaciones con decisiones colectivamente vinculantes y guardando las formas exigidas. La *interna conexión del derecho con el poder político*, nos dice *HABERMAS*, se refleja en las implicaciones del derecho objetivo con el derecho subjetivo.

Por lo tanto, el derecho a iguales libertades subjetivas de acción se concretizan en derechos fundamentales, contenidos en derechos positivos que conllevan amenazas de sanción contra las vulneraciones de las normas o contra quienes se resisten. Presupone, capacidad de sanción, de una organización con medios para el empleo legítimo de la violencia. Presupone un Estado con un poder de mando.⁸⁷⁷

El derecho a iguales derechos de una comunidad jurídica, implica un organismo colectivo delimitado en el espacio y en el tiempo, con el que sus miembros se identifiquen y al que puedan imputar sus acciones; su calidad de comunidad jurídica le impone una instancia central con facultad para actuar en nombre de todos, el Estado pone en juego su capacidad de organización y auto organización para mantenerse hacia el exterior.

Además estos derechos, presuponen el establecimiento de una administración de justicia estatalmente organizada, que haga uso del poder de sanción del Estado para decidir autoritativamente los casos en litigio y una capacidad de organización del Estado para proteger, desarrollar, perfeccionar y precisar los derechos.⁸⁷⁸ *HABERMAS*, considera necesario un Estado como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución, porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora, de su identidad, cuanto de una administración organizada de

⁸⁷⁷ HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 200

⁸⁷⁸ HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 201.

justicia y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que han de implementarse.

HABERMAS,⁸⁷⁹ en su obra “Factibilidad y Validez” trata como tema central “el sistema de los derechos”, la construcción del sistema de derechos; lo inicia a partir del contenido en las constituciones históricas del mundo moderno. Introduce la categoría de derecho y en particular la de derecho moderno, desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa. Para ello parte de los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente, si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. En esta ordenación, muestra que el sistema de los derechos en conjunto, está transido por esa tensión interna entre facticidad y validez que caracteriza al ambivalente modo de validez que es la validez jurídica.

HABERMAS, después de haber aclarado la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad, haber desarrollado el concepto de la autonomía en términos de teoría de *discurso* que permite reconocer la conexión interna entre derechos del hombre y soberanía popular y haber estudiado la relación y complementariedad entre derecho y moral, aclara los rasgos formales por los que las normas jurídicas se distinguen de las normas generales de acción, argumentos que establecen, que para que sea posible una construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas, los sujetos deben presuponerse recíprocamente autónomos.

Introduce su primer principio: el derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, tiene también, que satisfacer las condiciones de una integración social que se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, a través de la aceptabilidad de pretensiones de validez. Con lo que sienta la esencia del derecho como elemento integrador de la sociedad cuya comunicación no sólo permite el entendimiento, sino la validez de las pretensiones, las que se limitan recíprocamente, como elemento de equilibrio intersubjetivo y legitimado por el órgano legislativo, referido en su segundo principio, *las leyes han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción, que reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo* que se apoya a su vez en el principio de soberanía popular. Del ejercicio de la autonomía política del ciudadano, surge la legitimidad a partir de la legalidad.⁸⁸⁰

Al detectar la falta de acuerdo en la conexión entre libertades subjetivas-privadas y autonomía ciudadana; autonomía privada y autonomía pública; afirma que ni la dogmática jurídica interna pudo aclarar la conexión entre derecho subjetivo y derecho público y dentro de la tradición del derecho natural racional, la competencia aún no resuelta, entre derechos del hombre y soberanía popular.

Con la ayuda de los principios generales del derecho, busca aclarar por qué en la

⁸⁷⁹ HABERLAS Jürgen. *Factibilidad y Validez*. Trotta S.A. España. 1998

⁸⁸⁰ HABERLAS Jürgen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 148

autonomía privada y pública los derechos del hombre y la soberanía popular, se presuponen mutuamente. Hace un repaso de la evolución de la teoría de los derechos subjetivos, desde una conexión de libertades subjetivas de acción; con el reconocimiento intersubjetivo de los miembros de la comunidad jurídica, a partir del cual el derecho privado cobra un valor intrínseco; resulta legítimo *per se*, por la inviolabilidad de la persona que garantiza la libre actividad de la voluntad del individuo, en cuyo análisis cita a PUCHTA, para quien el derecho es esencialmente derecho subjetivo: “El derecho es el reconocimiento de la libertad que compete por igual a los hombres como sujetos del poder de su voluntad”.⁸⁸¹ Al referirse a la legitimación del derecho privado, acepta que éste sólo puede legitimarse desde sí mismo, siempre que la autonomía privada del sujeto de derecho encuentre su fundamento en la autonomía moral de la persona.

HABERMAS afirma, los derechos subjetivos se consideran desde WINDSCHEID, como reflejo de un orden jurídico que trasciende a los individuos, el poder o soberanía de la voluntad, que objetivamente encara: “*un derecho es un poder, soberanía o dominio de la voluntad, conferido por el orden público*”, axioma integrado con la concepción utilitaria de IHERING, la sustancia del derecho no es la voluntad sino la utilidad: “*El derecho subjetivo es conceptualmente una facultad jurídica, conferida al individuo por el orden jurídico*”.⁸⁸² Siguiendo a SHMIDT expresa, la doctrina de los derechos subjetivos pasan el relevo a un funcionalismo sistémico, mediante decisiones metodológicas se desprenden de todas las consideraciones de tipo normativo y RAISER, en la tentativa de corregir el planteamiento individualista en términos de derecho social y devolver al derecho privado su contenido moral, define: *estos derechos fundamentales seguirían asegurando “la auto afirmación y auto responsabilidad de la persona en la sociedad”*.⁸⁸³ *Pero tienen que complementarse con derechos sociales*. El reconocimiento de tales posiciones jurídicas privadas, integran al individuo en los contextos de la acción y operación que lo vinculan con los demás, su fin es asegurar que en las instituciones jurídicas el individuo ocupe la posición de *miembro*.⁸⁸⁴

El derecho, es una relación y una práctica social, y estos dos aspectos esenciales constituyen la expresión de la conexión entre individuos. Los derechos son obligaciones públicas con los demás, presuponen la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derecho libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros, matiz que dirige la teoría de los derechos a una función social, que no sólo integra al individuo a su comunidad, sino que la hace parte de ella, de donde surge el principio, “mis derechos se extienden hasta donde no afecten los derechos de los demás”.

Es fundamental el reconocimiento de los derechos y deberes, genera respeto y

⁸⁸¹ HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 150.

⁸⁸² HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 151

⁸⁸³ HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 1543

⁸⁸⁴ HABERLAS Jüngen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 153

cumplimiento, ya que su trasgresión será tarea del órgano jurisdiccional que imponga su reparación. El término de *reconocimiento*, implica obligatoriedad y es en ese sentido que lo formula HABERMAS, cuando expresa que los derechos subjetivos son judicialmente exigibles, la exigibilidad constituye un elemento fundamental de la legitimidad de los derechos, sólo los derechos regulados por una norma pueden generar sanción o vulneración por su incumplimiento, justificación suficiente para asentar el principio de que los derechos humanos deben ser contenidos en normas coercitivas, elemento fundamental del derecho de daños.

Para la comprensión moderna del derecho, el concepto de derecho subjetivo desempeña un papel central de su justificación.⁸⁸⁵ Corresponde con el concepto de libertad subjetiva de acción; los derechos subjetivos (en inglés *Rights*) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad; tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos.⁸⁸⁶ HABERMAS, glosa el Art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro”; justifica, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos y esos límites sólo pueden establecerse por la ley, con lo que se conecta a KANT en su principio general del Derecho, “*el Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales al arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de todos los demás, según una ley universal de libertad*”, y a RAWLS, en la formulación de su primer principio de justicia: “*Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás*”.⁸⁸⁷ Sobre cuya base argumenta, que el concepto de la ley aclara y explícita la idea de trato igual, contenido ya en el concepto de derecho: *en la forma de leyes abstractas y generales, competen a todos los sujetos, los mismos derechos*. Completando estos valores fundamentales de la responsabilidad civil, DEL VECCHIO, acota: *Por eso los actos del pensamiento constituyen el objeto de un verdadero derecho de libertad, que se traduce en la exigencia de respeto frente a los demás, y de tutela en caso de lesión consumada o de amenaza de ésta*.⁸⁸⁸ Con lo que se establece, la línea fundamental del instituto de la responsabilidad civil: todo acto que provoque perjuicio a otro da lugar a la acción de responsabilidad y con ella a la reparación del daño.

Los principios de justicia desarrollados por RAWLS, garantizan una protección segura de libertades equitativas.⁸⁸⁹ De tal manera que cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatibles con un

⁸⁸⁵ Ver el capítulo 1ro. en el que HABERMAS, desarrolla en forma precisa el tema de derechos subjetivos.

⁸⁸⁶ HABERMAS Jürgen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 147.

⁸⁸⁷ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. México 1979 p. 821.

⁸⁸⁸ DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 314-115.

⁸⁸⁹ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 196.

sistema similar de libertad para todos. Sobre cuya base elabora la “Regla de prioridad” los principios de la justicia, han de ser clasificados en un orden lexicográfico y por tanto, la libertad sólo puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma: a. una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertad compartida por todos; b. una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para aquellos ciudadanos con una libertad menor.⁸⁹⁰

Las limitaciones de la libertad valor primero y fundamental, surgen en relación de iguales libertades básicas, para RAWLS, si bien las libertades iguales para todos pueden restringirse, estos límites están sujetos a determinados criterios expresados por el significado de libertad igual y el orden lexicográfico de los dos principios de la justicia. Todas las libertades ciudadanas tienen que ser idénticas para cada miembro de la sociedad. Las diversas libertades podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con la forma en que se afecten mutuamente. Una libertad básica cubierta por el primer principio, sólo puede ser limitada en favor de la libertad misma, esto es, sólo para asegurar que la misma libertad básica u otra libertad básica diferente sea debidamente protegida y para justificar el sistema de libertades de la mejor manera.⁸⁹¹ El ajuste del esquema total de la libertad depende únicamente de la definición y extensión de las libertades particulares.⁸⁹²

El Autor detalla el concepto de la libertad, sus alcances y restricciones, opina que cualquier libertad puede ser explicada con referencia a tres cosas: los agentes que son libres, las restricciones o límites de los que están libres y aquellos que tienen libertad de hacer o no hacer.⁸⁹³ Muy a menudo ciertas cuestiones son claras a partir del contexto y no es necesaria una explicación completa. La descripción general de la libertad tiene entonces, la siguiente forma; ésta o aquella persona (o personas) están libres (o no están libres) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa. Las asociaciones al igual que las personas naturales, pueden ser libres o no, y las restricciones pueden ir desde deberes y prohibiciones establecidas o por el derecho hasta influencias coercitivas que surgen de la opinión pública y de presiones sociales. Sostiene, la mayoría de las veces se discutirá la libertad, en relación con las restricciones constitucionales y jurídicas. En estos casos, la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes. Colocadas en este ámbito, las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas. Si, por ejemplo, consideramos la libertad de conciencia definida por el derecho, entonces los individuos tienen esta libertad básica cuando están en libertad de promover sus intereses morales, filosóficos o religiosos, sin que existan restricciones legales que les exijan participar o no en cualquier forma de prácticas

⁸⁹⁰ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 235.

⁸⁹¹ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 194-195.

⁸⁹² RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 195.

⁸⁹³ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 821

religiosas o de otro tipo, y cuando los demás tienen un deber jurídico de no interferir. Una libertad básica está caracterizada mediante una estructura muy complicada de derechos y deberes. No sólo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen que tener el deber jurídico de no obstaculizar.⁸⁹⁴

Por tanto, si bien las libertades iguales para todos pueden restringirse, estos límites están sujetos a determinados criterios expresados por el significado de libertad igual y el orden lexicográfico de los dos principios de justicia. A primera vista existen dos modos de violar el primer principio. La libertad es desigual, tanto cuando una clase de personas tiene mayor libertad que otras, como cuando la libertad es menos extensa de lo que debería ser. Ahora bien, todas las libertades ciudadanas tienen que ser idénticas para cada miembro de la sociedad.⁸⁹⁵

HABERMAS, para fundamentar un sistema de derechos que haga valer equilibradamente la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos, considera que, habrá de contener, precisamente, aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente y han de regular su convivencia en términos legítimos con los medios del derecho positivo.

El principio del derecho no solamente exige el derecho a las libertades subjetivas en general, sino a iguales libertades subjetivas en general. La libertad de cada uno ha de poder ser compatible con igual libertad de todos, conforme a una ley general. Los derechos de los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo.⁸⁹⁶

BOBBIO, en su concepción positivista del derecho, toma a Humboldt por tratarse de un pensador muy firme sobre el individuo en su singularidad y variedad: *El hombre verdaderamente razonable no puede desear otro Estado, más que aquel en el cual, no sólo cada individuo pueda gozar de la libertad más irrestricta para desarrollarse en su singularidad inconfundible, sino también aquel, en el que la naturaleza física no reciba de la mano del hombre otra forma que la que cada individuo a medida de sus necesidades y de sus inclinaciones, le pueda dar a su arbitrio, con la única restricción que derive de los límites de su fuerza y derecho.*⁸⁹⁷ Haciendo referencia a las concepciones de la libertad e igualdad de las diferentes corrientes, concluye: la única forma de igualdad que no sólo es compatible con la libertad, tal como es entendida por la doctrina liberal, sino que incluso es exigida por ella, es la igualdad en la libertad; *cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no*

⁸⁹⁴ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 193.

⁸⁹⁵ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 194.

⁸⁹⁶ HABERMAS Jürgen. *Factibilidad y Validez*. Ob. Cit. Pág. 188.

⁸⁹⁷ W. von HUMBOLDT, *Ideen zu einem "Versuch die Grenzen des Staates zu bestimmen"* (1792) (tr. It. *Idee per "Saggio sui limiti dell'azione dello stato"*, a cargo de Serra, Il Mulino. Bolonia. 1961. p. 62). Citado por BOBBIO Pág. 25-26

*dañe la libertad de los demás.*⁸⁹⁸

Destaca que desde el origen del Estado liberal, esta forma de igualdad inspira dos principios fundamentales enunciados en normas constitucionales: a) la igualdad frente a la ley; b) la igualdad de derechos. El primero se encuentra en las constituciones francesas de 1791, de 1793 y de 1795; luego, en el artículo 1 de la Carta de 1814, en el artículo 6 de la constitución Belga de 1830, en el artículo 24 del estatuto Albertino (1848). Así como en la enmienda XIV de la constitución de los Estados Unidos, que asegura a cada ciudadano “la protección equitativa de la ley”. El segundo se encuentra solemnemente afirmando en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”. Ambos principios corren a lo largo de toda la historia del constitucionalismo moderno y están conjuntamente expresados en la primera fracción del artículo 3 de la constitución italiana vigente: “*Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales frente a la ley.*”

El principio de la igualdad frente a la ley, puede ser interpretado restrictivamente como una formulación diferente del principio, que campea en todos los tribunales: “La ley es igual para todos.”⁸⁹⁹ Esto significa que todos los ciudadanos deben ser sometidos a las mismas leyes, principio igualitario que excluye toda discriminación, situación que se refleja en el preámbulo de la Constitución Francesa, de 1791: *ya no hay en ninguna parte de la nación, ni para el individuo, algún privilegio o excepción al derecho común de todos los franceses*” que muestra al contrario, como no se podría hacer mejor, el significado del principio de la igualdad frente a la ley como rechazo a la sociedad estamental.

La igualdad frente a la ley, entendida como exclusión de toda discriminación, *significa el disfrute equitativo por parte de los ciudadanos de algunos derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados*. Importa el derecho de todos al acceso de la jurisdicción común y a los principales cargos civiles y militares, *independientemente del origen*. La igualdad de derechos comprende la igualdad de todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución, de los que deben gozar todos los ciudadanos, sin discriminaciones derivadas de la clase social, el sexo, la religión, etc. La igualdad implica exclusión de toda discriminación y de toda preferencia, combinado con la libertad, significa respeto por la diferencia y respeto por el derecho ajeno, mis derechos se prolongan hasta donde se inician los derechos de los demás, es la combinación de libertad e igualdad referida por DWORKIN.

La comprensión articulada de la teoría del discurso propuesto por HABERMAS, de los derechos fundamentales, tiene la finalidad de aclarar la conexión interna entre derechos del hombre y la soberanía popular, y resolver la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad. La cuestión de cuáles de estas leyes son

⁸⁹⁸ BOBBIO Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Ob.cit. Pág. 41.

⁸⁹⁹ Ver Pág. 42

legítimas no es posible responder atendiendo sólo a la forma de derechos subjetivos, sino con la ayuda del principio discursivo, cualquiera tiene derecho a la mayor medida posible de *iguales* libertades subjetivas de acción y sólo son legítimas las regulaciones que satisfagan la condición de compatibilidad de los derechos de cada uno con iguales derechos de los otros.

Mientras que el principio de imparcialidad examina todas las obligaciones, existen muchos deberes naturales positivos y negativos. Los siguientes son ejemplos de deberes naturales: el deber de ayudar a otro cuando lo necesita o está en peligro, siempre y cuando puede hacerlo sin riesgo o pérdida excesiva; el deber de no dañar o perjudicar a otro, el deber de no causar sufrimientos innecesarios. El primero de estos deberes, el de ayuda mutua, es un deber positivo, es el deber de hacer algo bueno por otro, mientras que los dos últimos son negativos, exigen no hacer algo que sea malo. La distinción entre deberes positivos y negativos es en muchos casos intuitivamente clara, aunque a menudo difícil. La distinción es importante únicamente en conexión con el problema de la prioridad, ya que parece plausible sostener que, cuando es clara, los deberes negativos tienen más valor que los positivos.⁹⁰⁰ Desarrolla los deberes naturales de hacer y no hacer, cuya vulneración u omisión son fuentes de responsabilidad, el deber de hacer lo sujeta a no poner en riesgo su vida o pérdida excesiva, propios de los actos omisivos.

Otra visión de los derechos subjetivos nos lo da ROSS, abarca la idea de una colección de efectos jurídicos, cada uno de los cuales puede ser expresado en modalidades comunes, el derecho de propiedad, por ejemplo, incluye un conjunto de facultades, libertades, competencias e inmunidades. Un “derecho” (tal como la propiedad, los diferentes *jura in re aliena*, derecho de propiedad intelectual, etc.) no es una modalidad jurídica mediante la cual se expresa las particulares reglas temáticas del derecho vigente.⁹⁰¹ Cuyo contenido incluye, tanto la facultad que el poseedor del derecho tiene contra todos, como su potestad para hacer valer esa facultad mediante la iniciación de procedimientos y la potestad para disponer del derecho. El contenido específico de un derecho subjetivo, es pues, la restricción de la libertad de acción de otra persona o correlativa facultad del titular del derecho. En consecuencia, el problema de la protección, nace del hecho de que las reglas del orden jurídico están formuladas en grupos, que en forma aislada regulan la transmisión de derechos. Estos conjuntos aislados, presuponen suplementarias e integradoras que gobiernan la “colisión” entre “derechos”. Estas reglas suplementarias definen la protección dinámica del sucesor del derecho.⁹⁰²

ROSS, haciendo una referencia a la concepción de la antigüedad sobre el derecho, lo clasifica en derecho de contenido patrimonial, dentro del que ubicada a dos grupos principales de derechos subjetivos: derecho *in rem* y derecho *in personam*, el primero derecho sobre una cosa, protección *in rem* y el segundo

⁹⁰⁰ RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 115.

⁹⁰¹ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 163.

⁹⁰² ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 179

derecho frente a una persona, *protección in personam*.⁹⁰³

La protección estática de estos derechos contra toda interferencia, da al titular potestad de utilizar los remedios jurídicos, sea con la imposición de sanciones penales o de obtener daños y perjuicios. La facultad de obtener compensación por enriquecimiento indebido y las *injunctio*ns se cuentan también, entre los actos jurídicos con cuyo auxilio el orden jurídico intenta asegurar a una determinada persona una cierta posición fáctica.⁹⁰⁴ La protección estática, define, que las sanciones pueden ser aplicadas en caso de violación del derecho subjetivo. Estas sanciones pueden ser más o menos efectivas, según cuales sean las condiciones para el castigo de la trasgresión, la magnitud de la pena y las condiciones para que el titular del derecho pueda obtener restitución o daños y perjuicios. Mientras más efectivas sean las sanciones, mayor será la protección del derecho subjetivo, esto es, mayor la probabilidad de que el titular del mismo obtenga realmente el goce económico pacífico, que el orden jurídico desea proporcionarle. Claro está que este tipo de protección, no puede nunca ser absoluto.⁹⁰⁵ Postulados que comparto.

3.2 LA LEY. SUS CARACTERÍSTICAS. SILENCIO DEL LEGISLADOR.

SANTO TOMÁS, destaca como esenciales tres características de la ley humana, de las cuales reduce las demás: su dependencia de la ley eterna como primera regla, su derivación de la ley natural y su relación al fin propio que es la utilidad de los hombres, o sea el bien común civil. De ahí brotan las demás condiciones de la ley honesta, justa, posible, conforme a las costumbres de la patria, adaptada a las circunstancias de tiempo y lugar, necesaria, útil y clara.

El Santo, pone hincapié en el *objeto o contenido de la ley humana (a.1-3)*.- Este contenido se caracteriza primero por su generalidad fundada en las exigencias del bien común, objeto primario de la ley humana, luego por vicios que prohíben y virtudes que imponen, por la *generalidad de la ley humana (a.1)*.- Siguiendo una sabia idea del derecho romano, recogida en el *Sed*, señala como primera nota del contenido de la ley humana su generalidad o universalidad. La ley (-ad 2-) es un precepto común que no se refiere a los actos singulares y concretos para los que se dan los preceptos particulares de los hombres prudentes, sino a los actos o hechos más generalmente repetidos. Justifica: *Es imposible que la sabiduría y prudencia humana puedan prever todos los sucesos futuros, y, aunque el legislador pudiera conocer todos los casos que posiblemente han de surgir en la aplicación de la ley, no debe expresarlos en ella, porque eso originaría una confusión que dañaría su eficacia y valor*. La ley debe mantenerse en un tono

⁹⁰³ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 184-185.

⁹⁰⁴ . ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 191-192

⁹⁰⁵ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 179. La protección jurídica se distingue en estática y dinámica. La protección dinámica, regula la competencia de los diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa de la sucesión. “Esta protección, según las circunstancias, puede ser absoluta, porque el orden jurídico, bajo ciertas condiciones, hace indiscutible la posición jurídica que resulta de una sucesión.

equilibrado entre la excesiva universalidad y el minucioso particularismo.

Por eso dice, SANTO TOMÁS, que la tranquilidad pública, la paz y unidad que crean el orden social, son prácticamente los elementos principales *-praecipuum-* de la sociedad civil y aquello que sobre todo *-maxime-* debe intentar el gobernante. Esa tranquilidad, unidad y paz sociales, son fruto de la justicia y de la amistad o amor entre los hombres; justicia y amistad que serán valores de primer orden en el bien común social.⁹⁰⁶

El énfasis puesto en la caracterización de la ley como: general, universal y abstracta, en mi concepto, es fundamental, permite al Juez la interpretación creativa, llevar la norma general abstracta al caso particular; como dice el Santo: *es imposible que la sabiduría y prudencia humana puedan prever todos los sucesos futuros*. Sólo una norma general sobre la base de principios de justicia, puede alcanzar a todas las hipótesis en conflicto, de lo contrario se crea un sistema jurídico lleno de vacíos legales y lagunas, que obligan al Juez salir del marco de sus competencias y crear una nueva norma cada que resuelve un caso particular.

En el tema objeto de estudio, debido a que las normas especiales dictadas para cada caso de responsabilidad objetiva, son insuficientes por la diversidad de esta categoría de hipótesis, el Juez en la vía interpretativa crea nuevas normas, al resolver cada caso de responsabilidad objetiva no prevista por el legislador. Esta nueva forma de creación de normas por el órgano judicial sin competencia para ello, es muy objetada, sin embargo, necesaria, frente al silencio del legislador. Las hipótesis de responsabilidad objetiva se van reproduciendo en forma incontrolable e imprevisible, de ahí la necesidad y urgencia de establecer normas generales y abstractas que regulen la responsabilidad civil objetiva, que absuelva todas las posibles hipótesis de este tipo responsabilidad. Se hace necesario un cambio de concepción de la responsabilidad civil extracontractual, se debe pasar de un sistema único basado en la culpa a un sistema de principios y normas generales, organizadas sistemática y lógicamente para satisfacer las necesidades de la vida social, sustentadas en el primer y fundamental principio del derecho natural, esto es, el respeto mutuo, “no dañar a nadie”, hecho norma objetiva, con un sistema binario general subjetivo y objetivo de idéntico valor, sobre el que descansa la responsabilidad civil extracontractual, con lo que se adecuará el sistema normativo a las necesidades y de un mundo cada vez más riesgoso.

La sistematización de principios y normas generales, son objetadas por IHERING, cuando estas no responden a la vida real, para él el derecho auténtico, no es el que aparece formulado en términos abstractos por normas generales, sino el que se vive de un modo real por la gente, y el que se aplica en las sentencias y resoluciones; los conceptos abstractos y generales no han constituido el punto de partida en la elaboración del derecho positivo. Por el contrario las más de las veces, la creación del derecho ha tenido a la vista determinadas situaciones

⁹⁰⁶ Ibídem Pág. 153.

reales; ha concebido como fin ciertos resultados para tales situaciones; y ha buscado los medios eficaces para realizar tal propósito. Esta posición, es propia de un sistema consuetudinario, en el que el derecho surge de la práctica legal, en tanto que el sistema positivo requiere una legislación *ex ante*, es bajo esta óptica que dirijo mi hipótesis, de la necesidad de una norma general, que regule en forma adecuada la responsabilidad civil y que sea una respuesta a las necesidades de la realidad actual, habida cuenta, que las normas especiales, típicas, para resolver los casos de responsabilidad objetiva son insuficientes.

IHERING, hace hincapié en el ajuste de las normas a las necesidades de cada época y circunstancias de la sociedad, pone relieve en que el derecho es un medio al servicio de un fin, y ese fin es la existencia de la sociedad, la protección de los intereses.

La propuesta de IHERING, va dirigido a la actualización del derecho, considera que el libre desenvolvimiento lógico de muchas máximas jurídicas, si no van acordes a la realidad de la vida social, serán simples deducciones lógicas ajenas a un lugar y un espacio, postura con la que comparto, las meras declaraciones abstractas no hacen a la norma legal, ya que su validez, surge del reconocimiento, de la aplicación en los tribunales; el uso tiene que ver con el reconocimiento en la forma propuesta por HART. En el ámbito de la responsabilidad civil, la máxima “no hay responsabilidad sin culpa” no responde a un mundo esencialmente riesgoso, en el que los daños sin culpa se van produciendo en forma incontrolable, por ello el derecho viviente ha dejado de lado tal principio, para resolver casos difíciles con una visión objetiva del daño. Lo que parece óptimo, sin embargo, en un Estado de Derecho, no lo es, toda vez que las reglas jurídicas deben otorgar seguridad jurídica; todo ciudadano tiene derecho a la certeza jurídica, que con esta forma de proceder no la tiene. Al no ser obligatorios los precedentes dejan al descubierto, no hay seguridad jurídica, menos previsibilidad, todo está sujeto a la discrecionalidad del juez, de ahí la necesidad del establecimiento de normas generales que se abran a todas las hipótesis posibles y que permitan al individuo prever el resultado de la contienda, sobre bases objetivas.

Reitero, el carácter general y abstracto de las normas legales abre un gran abanico normativo para resolver todos los casos que pudieran presentarse sobre cualquier conflicto intersubjetivo o del individuo con el Estado. Permiten al Juez, cumplir a cabalidad su función de interpretación creativa de la norma particular, esto es, la aplicación de la norma abstracta y general al caso concreto. La forma en la que se está procediendo, de dictar normas especiales para cada caso, torna a la responsabilidad objetiva en un sistema típico, no acorde a las necesidades de la sociedad, no responde a la proliferación de nuevas figuras y al mismo tiempo se contraponen a un sistema general de normas de responsabilidad subjetiva, cuando las acciones de responsabilidad objetiva superan en cantidad, esta forma de tratamiento, por supuesto no es lógica y dista mucho del derecho viviente.

Pero, el problema en la interpretación de la ley, no sólo se da por el silencio del legislador, sino por la ambigüedad de la norma, por el significado semántico de las

palabras, para ROOS, desde el punto de vista de la semántica, en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad del significado de las palabras y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Esto significa que siempre pueden surgir situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si el texto se aplica o no. Por otra parte, ello no excluye que en otras situaciones de carácter típico, no haya lugar a dudas. Pero la certeza de aplicación en algunas situaciones, no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo.⁹⁰⁷

Otro defecto fundamental de la terminología es su carga ideológica. Lo explica, con el concepto de deber. Cuando una ley enuncia que A tiene un cierto deber, esto normalmente quiere decir que A puede ser condenado a una pena o a realizar un determinado acto o a pagar daños y perjuicios. Pero no es posible decir a la inversa que las reacciones jurídicas de este tipo presuponen la trasgresión de un deber. Puntualiza, la responsabilidad por daños y perjuicios no proviene necesariamente de un deber. Por ejemplo, si A hace una promesa de cumplimiento imposible, será condenado, según las circunstancias, a pagar daños y perjuicios aunque su ignorancia de la imposibilidad sea excusable; pero nadie diría que tenía el deber de ejecutar lo prometido. Algo similar ocurre en el caso de responsabilidad estricta u objetiva por conducta peligrosa. No obstante haber responsabilidad por daños, no hay trasgresión de un deber; la conducta peligrosa es considerada lícita.⁹⁰⁸ Yo diría, efectivamente el acto peligroso es lícito, pero al mismo tiempo tiene la característica de ser riesgoso, de ahí que se hace susceptible de responsabilidad, la falta de ilicitud no es lo que le da el carácter de objetivo, sino la innecesaria calificación valorativa de la conducta, en este caso al provocarse el daño por la cosa o actividad riesgosa surge la ilicitud concretada por la vulneración de un derecho subjetivo y con ella el deber de reparar.

El Autor, apunta que la relación entre el deber y la reacción jurídica es el resultado de la función ideológica del concepto de deber. Este concepto sólo se aplica cuando la reacción condicionada es vivida (*experienced*) con desaprobación social. Esta función ideológica creadora de motivos, da al derecho su “carácter sagrado” o “validez”, sin ello no puede crearse un orden social (par. XI). Tal dependencia ideológica, por otra parte, hace que el concepto de deber no sea muy adecuado como instrumento para la ciencia del derecho.⁹⁰⁹

El valor del sistema de modalidades, depende de una definición razonablemente libre de ambigüedad del término “deber”. Lo más adecuado será aplicar el término “deber”, a situaciones en las cuales una persona puede ser objeto de una pena o condenada a realizar cierto acto o al pago de daños y perjuicios. Una definición de este tipo, sin embargo, no sería compatible con la función ideológica tradicional del término.⁹¹⁰ Se refiere al deber del sujeto, que sin existir culpa, ni

⁹⁰⁷ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 124.

⁹⁰⁸ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 153-154.

⁹⁰⁹ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 154

⁹¹⁰ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 156

“desaprobación social” se hace responsable por el daño provocado por el riesgo creado, en cuyo caso, es lógico que no se puede hablar de deber incumplido, con la carga de valoración de la conducta, sino de riesgo creado, el que vinculado al daño a derechos subjetivos, hace surgir la ilicitud, que es fuente generadora de obligaciones.

Es así que no hablaremos, dice, de deber, por ejemplo en los casos de excusable imposibilidad de cumplimiento o en los de responsabilidad objetiva. Concluye, la palabra “deber” puede ser remplazada por “prescripción” o por “prohibición”, según las siguientes reglas. Afirmar que un acto está prescripto quiere decir que hay el deber de realizarlo; afirmar que un acto está prohibido quiere decir que hay el deber de no realizarlo.⁹¹¹ En el caso de la responsabilidad objetiva, en el orden propuesto por el Autor debe ser objeto de prescripción, posición con la que comparto, e insisto, que ésta debe ser regulada mediante norma general abstracta, que involucre en forma general todas las hipótesis de responsabilidad objetiva.

El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces, se identifiquen con los deberes y derechos legales hasta donde sea posible, esto implica una correcta concepción de justicia y equidad. Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencias de principios de justicia, equidad y debido proceso, que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.⁹¹²

DWORKIN, frente al silencio del derecho, confusión o ambigüedad, considera que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva. Afirma, en los casos difíciles la razón y la imaginación deben buscar la respuesta correcta. Hace un verdadero debate sobre las teorías semánticas para lo que utiliza tres casos difíciles. Plantea los conceptos interpretativos como preámbulo del desarrollo de tres concepciones rivales del derecho, tres interpretaciones abstractas de la práctica legal y las denomina convencionalismo, pragmatismo legal y derecho como integridad; las analiza a partir del derecho consuetudinario, los estatutos y el derecho constitucional; usa a un juez imaginario con cualidades especiales cuya intervención y puntos de vista se van desarrollando sobre los casos planteados a lo largo de su obra. En este trabajo sólo tomaré el caso sobre responsabilidad civil.

Para DWORKIN, abogados y jueces suelen estar en desacuerdo sobre lo correcto e incorrecto, desde el punto de vista moral, ejemplo, discrepan sobre qué es en realidad el derecho de compensación; sobre si los códigos de leyes y decisiones judiciales agotan los campos pertinentes del derecho, al que denomina, desacuerdo “teórico” sobre el derecho”.⁹¹³

El derecho es sólo aquello que han decidido en el pasado. Si la ley ha decidido que los trabajadores pueden cobrar compensación por lesiones ocasionadas por

⁹¹¹ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 156

⁹¹² DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 164.

⁹¹³ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 18

la negligencia de un compañero de trabajo, entonces esa es la ley. Si ha decidido lo contrario, esa es la ley. El derecho existe como hecho evidente y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. La opinión más popular, es que los jueces siempre deberían seguir la ley, pero, puede ser que la ley no diga nada o estipule pautas vagas; entonces al juez no le queda, sino ejercitar la discrecionalidad de hacer una nueva ley y llenar vacíos allí donde la ley permanece en silencio o hacerla más precisa donde es vaga.⁹¹⁴

En el caso de la responsabilidad civil el abandono del legislador, más preocupado por el aspecto económico, tal cual lo expresa POUND, ha dado lugar a que el Juez por medio de su discrecionalidad creativa dicte nuevas leyes, solución necesaria, no legítima, especialmente en países positivistas, en los que los precedentes no forman parte de la ley ni su aplicación es obligatoria, situación, que sin duda, genera un grave problema de seguridad jurídica, resoluciones diferentes sobre asuntos idénticos.

DWORKIN, trata de demostrar, cómo tesis, que el hecho evidente distorsiona la práctica legal, utilizando casos reales. Caso McLoughlin; el esposo y los cuatro hijos de la Sra. McLoughlin, resultaron heridos en un accidente automovilístico, a las dos horas, en el hospital, al saber de la muerte de su hija y la gravedad de su esposo y sus otros hijos, sufre un colapso nervioso. Luego inicia una acción de compensación por daño emocional, acusando al conductor de negligencia; sobre la base de precedentes que forman parte de la ley, fallos favorables por daño emocional. Pero en todos estos casos el demandante había estado presente en la escena del accidente o llegado allí a pocos minutos.⁹¹⁵

La doctrina distingue: el precedente estricto (exige a los jueces seguir las decisiones anteriores) y precedente moderado (exige al juez dé alguna importancia). En el caso de la Sra. McLoughlin, el juez decidió en forma negativa; con el argumento que no coincidía con los precedentes, porque el colapso había sido después de dos horas y en lugar diferente. El tribunal de alzada dijo que era razonablemente predecible que una madre corriera al hospital para ver a su familia herida y sufra un colapso emocional. Distinguió los precedentes con una razón diferente, denominada "política", no obstante de reconocer un campo de responsabilidad más amplio, esto es, incluir daños de familiares no presentes en la escena, justificó la decisión de precedentes restringidos, por las consecuencias adversas a la comunidad, la admisión del daño emocional por familiares, daría lugar a muchos procesos por daños y perjuicios, congestionando los estrados judiciales, darían lugar al fraude, aumentaría el costo del seguro de responsabilidad civil e impedirían que personas de pocos recursos conduzcan.

En una segunda apelación, los Lores, revocaron la resolución, señalando que las razones políticas, podrían en algunas circunstancias ser suficientes como para distinguir una línea de precedentes y justificar así el rechazo de un juez para

⁹¹⁴ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 19-20.

⁹¹⁵ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 30.

extender el principio en el área de responsabilidad más extenso. No creían que una inundación de procesos fuera tan grave; que las cortes deberían distinguir reglamos legítimos de fraudulentos, siendo atendible el pago de daños, incluso en aquellos que sufran un daño varias horas después del accidente y a distancia. Dos de sus señorías adoptaron un punto de vista muy diferente del derecho, dijeron que sería un error que las cortes negaran el cobro, los precedentes deben ser considerados como distinguibles sólo si los *principios* morales asumidos en casos anteriores por alguna razón, no se aplicaban al demandante de la misma forma. Y que el daño causado a una madre en el hospital varias horas después del accidente, es razonablemente previsible para un conductor descuidado y no hay ninguna diferencia moral entre ambos casos. El argumento reveló una diferencia de opinión importante sobre el rol apropiado de consideraciones de política.⁹¹⁶

Las diferentes tendencias de interpretación, son desarrolladas por DWORKIN a partir de la teoría semántica del derecho, dentro de cuyo ámbito, el positivismo legal, supone que los abogados están de acuerdo sobre los fundamentos del derecho, refiere a AUSTIN, quién definió, al soberano como aquella persona o grupo de personas cuyas órdenes son obedecidas y que no está acostumbrada a obedecer a nadie, HART, introduce una variante y la denomina regla del reconocimiento, hace que las declaraciones del juez, estén sometidas al poder de otros funcionarios que puedan anular esa ley si lo deciden. Para la Escuela del derecho natural, cualquier interpretación que sea moralmente superior es la manifestación más precisa del derecho. Para la Escuela del realismo jurídico, la ley que existe, es lo que los jueces deciden.

El convencionalismo, corrige la opinión popular del lego acerca de que siempre existe una ley para hacer cumplir. La ley, por convención nunca es completa, porque constantemente surgen nuevas cuestiones que aún no han sido resueltas en ninguna forma por la institución que posee la autoridad convencional para resolverlas. Los jueces, deben decidir esos casos nuevos de la mejor forma posible. Es así como la decisión que debe tomar un juez en los casos difíciles es discrecional. Un juez debe hallar algún otro tipo de justificación, además de la garantía de la ley y de cualquier requisito de coherencia con decisiones tomadas en el pasado, para apoyar lo que haga después.⁹¹⁷

En el caso de la Sra. McLoughlin, la convención, requiere que se siga los precedentes, pero sólo, cuando el nuevo caso sea igual a los precedentes en sus hechos relevantes. En ningún caso anterior, se decidió otorgar la compensación

⁹¹⁶ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 32-33.

⁹¹⁷ *Ibidem* Pág. 91- 92. Reclamos del Convencionalismo: una positiva corresponde en su mayoría, al lema de que los jueces, deben obedecer la ley y no crear una nueva en su lugar y una negativa, declara que no hay ley (ningún derecho que surja de decisiones políticas del pasado)...no existe ningún tipo de ley. Por ejemplo, no existe ninguna ley sobre daños emocionales si no se ha decidido a través de un tipo de precedente... es este el tipo de caso donde los jueces deben ejercitar el poder discrecional para usar normas extralegales y hacer lo que el convencionalismo declara que es una nueva ley. En casos futuros la convención de precedentes hará que esta nueva ley se convierta en vieja.

por daños y perjuicios por daño emocional fuera de la escena del accidente. El reclamo negativo del convencionalismo sirve al ideal popular, sobre como los jueces deberían decidir los casos difíciles, cuando se ha agotado la convención. El convencionalismo sostiene que no existe una ley para un caso como el de la Sra. McLoughlin, por lo tanto, un juez debe tener discreción al crear una nueva ley, que luego aplica en forma retroactiva a las partes del caso.⁹¹⁸

El convencionalismo en la búsqueda de la coherencia puede explicar la razón por la cual los jueces se preocupan tanto por el pasado, por los estatutos y precedentes que crean para los casos difíciles. Esta sugerencia tiene sentido, pero no podemos verlo a menos que hagamos una cuidadosa distinción entre los dos tipos de coherencia que debe buscar un legislador, debe preocuparse por la coherencia de estrategia y coherencia de principio. Tiene que cuidar que las nuevas reglas se ajusten lo suficiente a las reglas establecidas por otras personas o que puedan ser establecidas en el futuro, de forma tal, que todo el conjunto de reglas funcionen unidas y mejoren la situación en lugar de tirar hacia la dirección contraria.

El juez convencionalista que ejerza discreción en la creación de una nueva ley, debe prestar particular atención a éste peligro, porque su poder para cambiar la ley es bastante limitado. Para explicar la coherencia de estrategia, toma como ejemplo el caso de la Sra. McLoughlin, antes de revisar el expediente se considera que lo mejor, es fallar en favor del demandado por ser más económico para la comunidad, de manera, que las presuntas víctimas se aseguren contra daños emocionales, en lugar de que lo hagan los conductores. Pero, cuando los precedentes admiten que las madres ya poseen un derecho legal a la compensación por daños emocionales sufridos al ver el accidente en forma directa, los conductores deben asegurarse contra el hecho de causar daños emocionales, en cuya hipótesis los costos del seguro se tornan más complejos. Si los conductores deben asegurarse de todas maneras, sería menos costoso forzar a las víctimas potenciales asegurarse contra daños emocionales, para dividir el riesgo.⁹¹⁹

Fallar en contra de la Sra. MacLoughlin sería eficiente, en virtud de los precedentes, las madres deben cobrar compensación por daños emocionales sufridos en la escena del accidente, no tienen necesidad de buscar otro principio subyacente "fijo". Su interés en los precedentes se agota una vez que se convencen, que sólo las madres presentes en la escena del accidente tienen derecho a cobrar compensación, esto queda firme sin necesidad de reflexión sobre los principios subyacentes de naturaleza discutibles.⁹²⁰

Un juez cuyo objetivo sea la coherencia se preocupará, acerca de los principios asentados en los estatutos y precedentes. Si se viera tentado a fallar en contra de

⁹¹⁸ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 93

⁹¹⁹ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 102-103

⁹²⁰ *Ibidem* Pág. 103.

la Sra. MacLoughlin, se preguntaría, si podría hacer una distinción basada en principios, entre un caso y el caso de las madres que recibieron compensación por daños emocionales causados en la escena del accidente. El convencionalismo difiere del derecho como integridad, precisamente, porque el primero rechaza el principio de la coherencia como fuente de derecho legal, en tanto que el segundo la acepta; el derecho como integridad supone que las personas poseen derechos legales (derechos provenientes de decisiones anteriores y por lo tanto permiten coerción). El derecho como integridad supone que las personas tienen derecho a una extensión coherente sobre la base de los principios de las decisiones políticas del pasado, incluso cuando los jueces disientan en gran medida sobre lo que ello significa. Un juez convencionalista no tiene razón alguna para aceptar la coherencia de principio como virtud judicial, o para analizar estatutos ambiguos o precedentes inexactos.⁹²¹

En ningún régimen convencionalista, los jueces se considerarían con la libertad de cambiar reglas adoptadas según las convenciones legales en vigencia, sólo porque una regla diferente sería más justa o eficiente. En un régimen pragmático no se reconocería ninguna convención de ese tipo y a pesar de que los jueces, normalmente, harían cumplir las decisiones tomadas por otras instituciones políticas en el pasado, reconocerían que no es un deber hacerlo. El pragmatismo adoptaría una actitud escéptica, negando que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación, ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado.⁹²² Encontraría justificación para la coerción, en la justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma. Algunos pensaban que una buena comunidad, no establece reglas coercitivas a menos que sea para hacer cumplir deberes morales. El pragmatismo no analiza sobre las versiones de una buena comunidad. Alienta a los jueces a decidir y actuar según sus propios puntos de vista, supone que esta práctica servirá mejor a la comunidad, que cualquier otro programa alternativo, que requiera coherencia con decisiones tomadas por otros jueces y otras legislaturas. El pragmatismo es una concepción interpretativa del derecho, no es una teoría semántica. En el caso de la Sra. MacLoughlin, deja de lado la pregunta sobre si existe una diferencia importante de principio entre el caso de una madre que sufre daños emocionales al ver a su hijo atropellado por un automóvil y una madre que sufre el mismo tipo de lesión al ver a su hijo ensangrentado en un hospital. Insiste en que se deben separar los dos casos. En el primero existe un precedente directo; en el segundo no existe ningún precedente, de modo que se siente libre para decidir si existe o no una diferencia de principio entre los dos casos.⁹²³

En tanto que la integridad, propende a que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral y principio adjudicativo, concibe al

⁹²¹ Id ídem. Pág. 103

⁹²² Ibídem ver Pág. 115

⁹²³ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 120

derecho lo más coherente posible.⁹²⁴ DWORKIN afirma: *el principio legislativo forma una parte importante de nuestra práctica política, que ninguna interpretación competente puede ignorar.* Su objetivo, es demostrar que las prácticas políticas, aceptan a la integridad como una clara virtud. Sostiene: *todos creemos en la equidad política, aceptamos que cada persona o grupo de personas, dentro de la comunidad, tenga un control equitativo sobre las decisiones que toma el parlamento, el congreso o cualquier otra legislatura.*⁹²⁵

El argumento utilitario, tomado por DWORKIN, define que cualquier interpretación razonable sobre las decisiones acerca de accidentes u otros daños no intencionales, debe comenzar en alguna teoría sobre responsabilidad individual por actos y riesgos, para lo que: - todos tienen el deber moral de actuar como si los intereses de los demás fueran tan importantes como los propios-, se deben tomar decisiones que mejoren la felicidad promedio de la comunidad, intercambiando las pérdidas de felicidad de alguna persona, contra las ganancias de otra, el deber de incrementar al máximo la felicidad promedio, adquiere la forma de reglas que simulan mercados de responsabilidad personal.⁹²⁶

Sienta el principio: *a veces la certeza del derecho es más importante que aquello que el derecho es. El derecho como integridad es sensible al diferente valor marginal de la certeza y el grado de predicción en distintas circunstancias.*⁹²⁷

DWORKIN concluye, tenemos buenas razones, entonces, provenientes de las ambiciones del derecho como integridad, para preferir la justificación igualitaria al utilitarismo de la ley sobre accidentes; es mucho más exitosa en las dimensiones sustantivas de la interpretación. Una interpretación de la ley sobre accidentes debe desplegar un esquema de responsabilidad personal y descubrir que el argumento igualitario proporcione un esquema de responsabilidad que sea atractivo en sí mismo y también reconozca la dinámica interacción entre el derecho, la virtud pública y la responsabilidad privada, que es una de las características más interesantes de una comunidad de principio.⁹²⁸

El desarrollo magistral efectuado por DWORKIN, de las concepciones del derecho, da una visión completa de las posturas sobre la interpretación en los casos difíciles. La concepción dada por el derecho como integridad, une la jurisprudencia y la adjudicación, y da como resultado: interpretaciones claramente legales, dominadas por el principio adjudicativo de integridad inclusiva, que permite un análisis coherente a la luz de la equidad y la justicia distributiva.

La diversidad de criterios, en el caso de la Sra. MacLoughlin, muestra la inseguridad jurídica y la consiguiente falta de predecibilidad, ya que el juez, con una interpretación restrictiva del precedente, toma aspectos formales (el lugar y la

⁹²⁴ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 132

⁹²⁵ *Ibidem* Pág. 138

⁹²⁶ *Ibidem* Pág. 206

⁹²⁷ *Ibidem* Pág. 259

⁹²⁸ *Ibidem* Pág. 219-220

hora) no esenciales. Su decisión carece de un análisis de justicia del caso. El tribunal de alzada, no obstante de mejorar su argumentación y análisis sobre el derecho moral, falla en contra con un fundamento económico que es destruido por la corte de casación, los tres fallos son absolutamente discrecionales, debido a la falta de normas generales que regulen la responsabilidad objetiva y en particular el daño moral; apreciación que se repite en las diferentes hipótesis planteadas en los estrados judiciales, cuando el asunto es dejado, en forma exclusiva, en manos de la discrecionalidad del juez, definitivamente se hace necesaria la creación de una norma general que establezca el derecho de daños objetivos y daños emocionales.

3.3 SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA.

La certeza jurídica es un componente esencial de la seguridad jurídica, la teoría predictiva, permite definir la obligación en términos de probabilidad con respecto a ciertas líneas de conducta, cálculos de riesgo, criterios o pautas para valorar una conducta y la de los demás.

En la sociedad moderna, la certeza incluye dos elementos diferentes:

El razonamiento jurídico debe evitar la arbitrariedad, y la decisión misma, el resultado debe ser correcto; las decisiones judiciales no sólo deben conformarse con el derecho, (formal) sino, deben satisfacer ciertos criterios axiológicos (morales). El procedimiento del razonamiento (interpretación) tiene que ser racional y sus resultados satisfacer la exigencia de justicia. El nivel de certeza es uno de los elementos más importantes para medir la legitimidad.⁹²⁹ Posición a la que plenamente me adhiero, haciendo mío dicho postulado.

La predecibilidad es concebida desde una aproximación sistemática interna (precedentes) y una aproximación sistemática externa (normas legales)⁹³⁰ a partir del ordenamiento legal (normas primarias) y precedentes (sentencias judiciales) puede el individuo hacer un análisis de las probabilidades del resultado en las contingencias que tuviera, dándole una buena dosis de seguridad jurídica.

El aspecto externo, lo encontramos muy bien estructurado en la hipótesis del trabajo de ROOS, para quien las normas jurídicas, como las normas de ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto de actos sociales, derecho en acción; de manera tal, que hacen posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación, y predecirlos dentro de las normas, si son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias.⁹³¹

La predecibilidad de normas propuesta por ROOS, no sólo reflejan la existencia legislativa sino el reconocimiento de la norma, “regla del reconocimiento” de la

⁹²⁹ AARNIO Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación socia. Ob. Cit. Pág. 52-53.

⁹³⁰ HART. H.L.A. *El concepto del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 110- 122, la distinción de interno y externo y sus efectos.

⁹³¹ ROOS Alf. Sobre el derecho y la justicia .Ob. Cit. Pág. 29.

manera conceptualizada por HART, con lo que le agrega la cualidad de eficiencia de la norma legal, que queda muy bien explicada en su asimilación a las reglas de ajedrez, cuando dice: *un orden jurídico nacional, como las normas de ajedrez, constituyen un sistema individual determinado por “una coherencia interna de significado”*. Explica: nuestra tarea es indicar en qué consiste esto. En lo que hace a las reglas de ajedrez, el caso es simple, la coherencia de significado está dada por el hecho de que todas ellas, directa o indirectamente, se refieren a las movidas hechas por los jugadores. Si las reglas de derecho han de constituir de la misma manera un sistema, ellas tienen que referirse, igualmente, a acciones definidas, realizadas por personas definidas.⁹³² Aspecto que tiene directa relación con la eficacia de la norma “reglas de reconocimiento”.

El aspecto interno, esto es, los precedentes se dan por las decisiones judiciales significativas que revisten gran importancia, cuando se trata de casos difíciles en los que la norma es ambigua, oscura o no existe (laguna jurídica). Relacionado íntimamente con la facultad creativa de nueva norma por el Juez, frente al silencio del legislador, tema polémico sobre el que ya di mi posición. Considero, que la división de poderes hace que cada órgano del Estado tenga sus propias facultades, siendo atribución exclusiva del órgano legislativo la creación de normas jurídicas y del judicial la interpretación creativa, llevar la norma abstracta y general a una norma particular y específica. La confusión de atribuciones puede llevar a dificultades en cuanto a la legitimidad y validez de la regla particular (sentencia), la sola aplicación de reglas de competencia, genera peligro y distorsión en el Estado de Derecho, cuya característica fundamental es la garantía de imparcialidad, legalidad y legitimidad.

Las técnicas de aplicación de los precedentes los desarrolla, DWORKIN, en su concepción, de derecho como integridad, requiere que el juez que decide un caso de derecho consuetudinario como el de la Sra. McLoughlin, se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario. Sabe que otros jueces han decidido casos, que a pesar de no ser iguales, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio a cerca de cómo desarrollar lo mejor posible.⁹³³ La cadena de precedentes constituye un medio eficiente de control social de los fallos y de la transparencia del Juez, toda vez que los precedentes permiten establecer la coherencia en fallos similares, impidiendo al Juez resolverlos casos similares de manera diferente, salvo que hubiera incurrido en error, en cuyo caso debe fundamentar en forma adecuada su sentencia, justificando en forma precisa y transparente su decisión contraria.

Pero, DWORKIN, no sólo refiere la coherencia entre precedentes, sino que el Juez debe aplicar el precedente a cuestiones diferentes en consideración a una larga historia. El Autor va más allá aún, busca la justicia; por ejemplo en el caso de la Sra. McLoughlin, no obstante de no existir similitud en tiempos y lugares, admite la

⁹³² *Ibidem* Pág. 32.

⁹³³ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 173

justeza de la pretensión por la coherencia del daño infligido. Por ello el derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios de justicia, equidad y debido proceso.

Las características de coherencia, exigen que la interpretación se inicie a partir del caso inmediato en una serie de círculos concéntricos. Hércules, el juez imaginario, hace una lista con los casos de daños morales que concuerdan con daños por accidentes en forma general, los que, a su vez, concuerdan con daños económicos y así sucesivamente, de los que resultan una serie de principios, a los que, DWORKIN llama departamentos de derecho. Si Hércules, establece que en su jurisdicción, los daños por accidente no contradicen a ninguno de los dos principios, amplía su estudio e incluye casos contractuales, para ver cuál de esos principios o ninguno concuerda. Si los principios no concuerdan en absoluto con la ley sobre accidentes, y si cada decisión la contradice. No considerará que esta doctrina de prioridad local sea absoluta, estará dispuesto a pasar por alto.

Esta forma sistemática de establecer círculos concéntricos de interpretación creativa, en mi concepto, es fundamental para la construcción de la predecibilidad, requisito de la seguridad jurídica, que además, permite un seguimiento de los casos resueltos por un juez, para establecer la coherencia y la transparencia de sus decisiones, importante para la paz social y definitiva exigencia de un Estado de Derecho, por AARNIO.

Pero las resoluciones judiciales deben reunir ciertos presupuestos que las distinguen de la actividad legislativa. El legislador no necesita razones de principio para justificar las reglas que sanciona, así sean reglas de compensación por accidentes, a pesar de que esas reglas crearan derechos y deberes para el futuro y fueran puestas en vigor por medio de la amenaza coercitiva. En tanto que los jueces se hallan sujetos en una situación muy diferente. No encaja en el carácter de una comunidad de principio, el hecho de que un juez, tenga la autoridad de hacer responsables a personas por daños y perjuicios, por actuar en una forma que, según él mismo acepta, no tienen ningún derecho legal que les prohíba hacerlo. De modo que cuando los jueces redactan reglas de responsabilidad, antes no reconocidas, no tienen la misma libertad que los legisladores. Los jueces deben tomar sus decisiones sobre la base del derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principios, no de política; deben presentar argumentos, de por qué las partes tienen derechos y deberes legales “nuevos” que pusieron en vigor en el momento en que las partes actuaban, o en algún otro momento del pasado. Requieren una interpretación, acerca de lo que hicieron los jueces en casos anteriores de daños morales.⁹³⁴ El derecho como integridad expuesto por DWORKIN, exige al Juez no sólo la justificación de su decisión, sino el apego al derecho consuetudinario y en tal circunstancia a los precedentes, exigencia que tiene que ver con la seguridad jurídica, las decisiones deben ser de acuerdo a los

⁹³⁴ *Ibidem* Pág. 176-177.

principios y estar debidamente fundamentadas.

Sin embargo, como expresa HART, el reconocimiento de precedentes como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferentes sistemas y aún en el mismo sistema en distintas épocas, las descripciones de la “teoría inglesa” del precedente, son *todavía en ciertos puntos altamente debatidas,...* tienen su propia penumbra de incertidumbre, explica, no hay un método único para determinar la regla, ninguna formulación de la regla tiene que ser extraída de los casos pretendidos como única respuesta correcta, *los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringido. Refiere, en Inglaterra los jueces niegan cumplir la función creadora, e insisten en que la área propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la “intención del legislador” y el derecho que ya existe.*⁹³⁵

AARNIO, nos dice: *la protección jurídica, es una virtud inviolable del Estado de Derecho y la certeza jurídica se garantiza por los principios formales del procedimiento discursivo, que garantizan el tratamiento objetivo del caso.* Para el Autor, la estructura de las normas legales positivas, (órdenes, prohibiciones, permisiones), es fundamental para una noción de Estado de Derecho, Los principios jurídicos son un mero paraguas que cubre el sistema de reglas, sin embargo, en el caso de presentarse, algunos admiten la aplicación de principios; postura que se contrapone al sistema idealista de Estado de Derecho, claramente subordinado a las normas. También la estructura de argumentación es de naturaleza formal, la decisión judicial la describe como un silogismo, la conclusión puede deducirse de las premisas, esta formula la presenta tanto como una forma hermenéutica y como una formula justificatoria⁹³⁶ Para AARNIO, el razonamiento jurídico, tanto en la toma de decisiones judiciales, como en la interpretación en el nivel teórico, se pueden ver al menos desde tres perspectivas: - descripción heurística, (da información acerca del procedimiento real del razonamiento jurídico); - explicación causal o intencional (responde porque sucedieron las cosas de tal manera; - justificativo, argumentación razonable, bases de la respuesta (interpretación correcta de la ley)⁹³⁷

Coincido en que la certeza jurídica, es una expectativa de primer orden de los miembros de la sociedad, que debe ser satisfecha por el Estado. No podría hablarse de Estado de Derecho, en circunstancias en las que los vacíos o lagunas jurídicas, imponen la creación de la norma por la vía de la interpretación creativa del Juez. Pero es lógico suponer, que si el Juez está obligado por ley a resolver todos los casos planteados, está al mismo tiempo autorizado implícitamente por ley a hacer uso de su discrecionalidad, y en caso del silencio del legislador, crear una nueva ley llenando el vacío jurídico, ésta es la realidad, queramos o no

⁹³⁵ HART H.L. A. *El concepto del derecho*. Ob. Cit. Pág. 167-169.

⁹³⁶ AARNIO Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación social*. Ensayos sobre filosofía. Ob. Cit. Pág. 38-39.

⁹³⁷ *Ibidem*. Pág. 51.

aceptar. La falta de normas impone esta solución en aras de la justicia, para lo que los principios generales pueden ser la tabla de salvación, claro está, no bajo la concepción de AARNIO, sino en una concepción realista del derecho, en la que el juez acude a la aplicación de principios morales generales para resolver un caso difícil. En el capítulo primero, hice referencia a diferentes países, con sistemas de responsabilidad subjetiva, esto es, basados en la culpa, en los que los jueces, en aplicación práctica de la vida del derecho, fallan como si la responsabilidad civil objetiva fuera una norma general, con evidente ausencia de seguridad jurídica que supuestamente el Estado debería garantizar a todos los ciudadanos.

Los legisladores, tienen la obligación de estar atentos a las necesidades de la sociedad y dar respuestas oportunas y eficientes, que satisfagan los requerimientos y prevengan situaciones problemáticas que pongan en peligro la paz social. Exigencia, que tiene que ver con normas legales generales y abstractas aplicables a una infinidad de hipótesis de responsabilidad objetiva, la restricción a un sólo tipo de responsabilidad civil extracontractual de naturaleza "subjetivo", bajo el principio "no hay responsabilidad sin culpa", deja fuera a todas las hipótesis de responsabilidad objetiva, en las que la culpa no es el factor de imputación, sino otro diferente; entonces el principio general subjetivo, no satisface los requerimientos de un mundo lleno de contingencias peligrosas y riesgosas, tornándose el sistema jurídico en inadecuado; análisis que impone un cambio profundo en la política del derecho del daño, aspecto así señalado por diferentes doctrinarios del derecho. El legislador lejos de ir por el cambio, se limitó a establecer normas especiales insuficientes para resolver caos típicos, haciendo cada vez más recurrente la creación de normas por vía interpretativa, con la consiguiente falta de seguridad jurídica e inexistencia de previsibilidad, garantía que el Estado debe otorgar a todo sujeto de derecho.

Otro aspecto de gran importancia para la seguridad jurídica, es que el legislador, otorgue al precedente carácter obligatorio, esto es, que el Juez esté obligado a ser coherente con sus fallos, esté obligado por los precedentes. Pero no, en el sentido entendido y admitido, por los jueces de los países anglo-americanos, que consideran al precedente, fuente del derecho, a decir de ROSS, el derecho se desarrolla a través de la práctica de los tribunales, en tanto que la legislación desempeña un papel secundario.⁹³⁸

En esta línea, el derecho como integridad, contribuye a la eficacia del derecho. Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores, sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios, que las decisiones judiciales, supone, entonces, que el conjunto de normas reconocidas pueden expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornen más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin necesidad de una

⁹³⁸ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob .Cit. Pág. 88.

legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto.⁹³⁹

Esta propuesta, en el derecho de daños parece adecuada. Pero la aplicación de principios generales debe surgir de la ley, de manera que, frente al silencio o ambigüedad de la ley, el juez esté autorizado a aplicar principios generales del derecho de daños y establecer en forma complementaria, el carácter vinculante de los precedentes. Lo expuesto en este acápite, parece justificar y confirmar mi hipótesis: la necesidad de un cambio de paradigmas, una apertura fundamental, de manera que las normas que regulen a la responsabilidad civil, provengan del principio general *alterum non laedere*, hecho norma positiva, integrada por un sistema mixto bipolar de responsabilidad subjetiva y objetiva, que permita al juez, una verdadera interpretación creativa, con un valor esencial en los precedentes, lo que no sólo repercutirá en la eficacia y seguridad jurídica, sino en la transparencia de las decisiones y control social de los fallos; los principios restringidos a la culpa en materia de responsabilidad civil, son insuficientes y dan lugar a injusticias.

3.4 PRINCIPIOS MORALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los principios morales son parte fundamental de la discusión y fundamentación de cualquier contingencia sobre responsabilidad civil, ya que ésta, tiene como base principios morales, que no obstante de haberse construido como normas positivas, su esencia la encontramos en el primer y fundamental principio “respeto mutuo” “no dañar a otro”, que sustentan, y sobre cuya base descansa la vida en sociedad, en otras palabras, son normas básica humanas dictadas por la razón, con el fin de mantener y preservar, sobre todo, la paz en la sociedad; fueron estos principios que dieron origen a todas las normas legales, ya que todas son medios tendientes a una pacífica convivencia en sociedad, surgen para regular la no interferencia en el derecho ajeno, en este orden es imposible separar estos principios del derecho de daños, existen y nacen como derecho natural, como principios morales y se imponen no sólo por coercitividad del derecho, sino por respeto hacia la autoridad interna (validez del derecho) tal cual lo señala ROSS, para quien, el derecho natural y la filosofía moral, están conectados estrechamente, ya sea que se conciba al derecho natural como una parte de la moral, o como una independiente región de ética, coordinada con la moral.⁹⁴⁰

Adviértase que las relaciones entre Moral y Derecho son tan estrechas y categóricas, que una y otra tienen necesariamente el mismo grado de verdad, el mismo valor, a la Moral y al Derecho debe atribuírseles, lógicamente, el mismo carácter absoluto o relativo. No es posible una contradicción o disparidad en este aspecto, porque se trata igualmente de normas del obrar, que se suponen y se integran recíprocamente y tienen un único fundamento.⁹⁴¹

La evolución del derecho muestra una constante e inevitable conexión, entre la moral y el derecho positivo, su separación resulta imposible, cuando se habla del

⁹³⁹ DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia*. Ob. Cit. Pág. 140.

⁹⁴⁰ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 256.

⁹⁴¹ DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit.. Pág. 329.

derecho subjetivo natural del hombre vinculado a la convivencia pacífica en sociedad, fin que da origen a las normas jurídicas coercibles, que tienden precisamente a alcanzar la paz social.

El proceso de deducción de un sistema jurídico sobre bases iusnaturalistas, tuvo como consecuencia inevitable, considerar al derecho natural, como un conjunto de derechos y deberes, que tienen una aplicación válida directa a los ciudadanos en sus relaciones recíprocas, tal como ocurre con el derecho positivo. El derecho natural dejó de ser una disciplina moral y se transformó en una genuina disciplina jurídica.⁹⁴² En tal contexto el derecho positivo estaba sometido a ciertos principios morales que eran condición para su fuerza moral obligatoria, con la consiguiente duplicación del sistema jurídico; por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas (derecho subjetivo) existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos naturales. Como resultado de la liberación del individuo frente al poder gubernamental opresivo y tradición feudal con sus vínculos y sistemas de privilegios, la ideología del derecho natural se hizo individualista y liberal. El Estado debía interferir lo menos posible en la vida de los ciudadanos. Su acción debía limitarse a preservar la paz interna y externa y garantizar la propiedad y la libertad contractual. Esta ideología, a decir de ROSS, halló su expresión más notable en KANT, quién definió la libertad como el derecho original del hombre y expresó la suprema exigencia del derecho natural en el famoso enunciado –el imperativo categórico- *Una conducta es ilícita si la libertad de realizarla es compatible con la libertad de todas las demás personas de acuerdo con una regla general.* Dejando a un lado el hecho de que esta proposición carezca de significado, su intención es claramente asegurar un máximo de libertad, restringiéndola únicamente en interés de ésta.⁹⁴³

Bajo esta concepción el valor de libertad es la máxima y genuina expresión de la naturaleza racional del hombre, que tiene una extensión ilimitada, pero relativa por el ejercicio de otra libertad básica de iguales características, que para evitar el choque o interferencia, activa su auto limitación recíproca.

En la filosofía más antigua, la justicia es la virtud suprema, omnicomprensiva, sin distinción entre el derecho y la moral. Como principio de derecho, la justicia delimita y armoniza los deseos, las pretensiones e intereses en conflicto. Adoptando la idea, de que, todos los problemas jurídicos son problemas de distribución, el postulado de justicia, equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas o cargas. La justicia es igualdad. Este pensamiento fue formulado en el siglo IV antes de Cristo por los pitagóricos, quienes simbolizaron a la justicia, mediante el número cuadrado, en el que lo igual está unido a lo igual.⁹⁴⁴

Para el estado de bienestar, el objetivo ya no es sólo la igualdad formal, sino la

⁹⁴² ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Ob. Cit. Pág. 241.

⁹⁴³ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Ob. Cit. Pág. 242.

⁹⁴⁴ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Ob. Cit. Pág. 261.

igualdad material entre las personas, el objetivo es garantizar cierta calidad de vida, proteger al más débil en las relaciones sociales, esto significa que la separación entre moral y derecho es imposible. La justicia, la racionalidad y la equidad son conceptos claves del sistema del estado de bienestar, por lo tanto, son necesarios como criterios de decisiones judiciales.⁹⁴⁵

Mientras el derecho natural fue simplemente una filosofía moral para justificar el derecho positivo y para guiar al legislador, no pudo perturbar seriamente el pensamiento jurídico genuino. Sus postulados, de que el derecho debe tener conformidad con la naturaleza del hombre o con los principios de justicia, no impedían por sí solos un tratamiento realista de los problemas de política jurídica. En razón de su generalidad los principios supremos no fueron otra cosa que una amplia capa que daba al derecho un ropaje moral, sin importar necesariamente una restricción a la libertad de pensamiento. El racionalismo, como dice ROOS, aparejó un cambio decisivo; el derecho natural que era una filosofía moral se convirtió en una disciplina jurídica, duplicó el sistema jurídico, al concebir al derecho natural como un conjunto de derechos naturales por encima o por detrás de los derechos subjetivos positivos, lo que, según expresa el Autor, se tradujo en una confusión de conceptos y en el deterioro definitivo del análisis jurídico y tratamiento de los problemas político-jurídicos.⁹⁴⁶ Agregaría, la esencia del concepto de derecho subjetivo ha sido siempre la potestad coercitiva, que es sólo posible en el derecho positivo, válido por el respeto (autoridad interna).

La relación real es que el derecho subjetivo no es más que la unidad súperimpuesta en una totalidad de reglas jurídicas. Porque está en vigencia un conjunto de reglas que me autorizan, en razón de ciertos hechos, a reclamar daños, restitución. La facultad de reclamar daños y perjuicios, por ejemplo, se funda en el hecho de que se ha transgredido mi derecho. El daño, en principio, justifica la facultad de reclamar la reparación. Del mismo modo todas las otras sanciones se presuponen dependientes de transgresiones previas a los derechos subjetivos materiales de otra persona. De esta manera se hace imposible un examen realista de la función social del pago de daños y perjuicios o de otras instituciones jurídicas.⁹⁴⁷ La habitual crítica de que el error del derecho natural consistió en presentar sus propias exigencias ideales como derecho vigente, no es correcta. El derecho natural ha sido típicamente no revolucionario. Ha reconocido expresamente que los ciudadanos deben obediencia a las leyes del país, aunque no estén de acuerdo con el derecho natural. Porque las leyes del país son siempre válidas en razón del contrato social y del principio: *pacta sunt servanda*.⁹⁴⁸ En este orden recordemos a SÓCRATES, quién postuló que el derecho es obligatorio incluso cuando es injusto.

Algunos sistemas, como Estados Unidos, en los criterios últimos de validez,

⁹⁴⁵ AARNIO Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación social. Ob. Cit. Pág. 52

⁹⁴⁶ ROSS Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ob. Cit. Pág. 258

⁹⁴⁷ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 259.

⁹⁴⁸ ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Pág. 259-260

incorporan, explícitamente, principios de justicia o valores morales sustantivos. Las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; la responsabilidad por delitos civiles y criminales, puede estar adecuada a los puntos de vista predominantemente sobre responsabilidad moral. Ningún positivista podría negar que estos, sean hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos, dependan en parte de tales tipos de concordancias con la moral.⁹⁴⁹

El contenido mínimo del derecho natural, HART,⁹⁵⁰ lo explica con cinco reglas derivadas de:

La vulnerabilidad humana, vulnerabilidad recíproca, respecto de los ataques mutuos que conducen a la necesidad de restringir “el uso de la violencia, que se traduce en no matar y en no causar daños corporales”.

La igualdad aproximada de los hombres, los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad, y aún más en capacidad intelectual, sin embargo existen similitudes naturales que los hace deleznable, esta igualdad aproximada hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones u concesiones mutuas base tanto de la obligación jurídica, como en la obligación moral.

Del altruismo limitado. Los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, dado el objetivo de supervivencia, las reglas básicas del derecho y de la moral son necesarias, al no ser demonios ni ángeles, conducen a la necesidad de un sistema de abstenciones mutuas, sea a la vez necesario y posible, para controlar las tendencias a la agresión.

Recursos limitados, la obtención de recursos materiales son producto del esfuerzo humano. La forma mínima de la institución de la propiedad, impide a la generalidad de las personas, salvo al propietario, el acceso a la tierra y uso de ella, tipo distintivo de reglas que exigen se las respete.

Comprensión y fuerza de la voluntad limitadas, no todos los hombres comparten por igual la comprensión de los intereses de largo alcance, ni la fuerza o bondad de voluntad. Salvo en sociedades con una cohesión estrecha la sumisión al sistema de limitaciones; sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratan de obtener ventajas sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta sanciones como garantía frente aquellos que obedecen.

El contenido mínimo de derecho natural expuesto por HART, en los cinco aspectos a las que las denomina verdades obvias, nos ubica en el tema objeto de estudio, los sistemas de abstenciones mutuas, respeto y sanción, están dirigidas al equilibrio social, que en otras palabras se resumen en “el respeto mutuo”, en “no dañarse”, dirigido al fin de la paz social, con lo que además el Autor muestra la conexión estrecha entre reglas jurídicas y moral,

⁹⁴⁹ HART H.L.A. *El concepto del derecho*. Ob. Cit. Pág. 252.

⁹⁵⁰ HART H.L.A. *El concepto del derecho*. Ob. Cit. Pág. 241-243.

Todo aquello que se infiere y deduce, como buena consecuencia de principios por sí mismos conocidos, es también derecho natural, tales son los mandamientos del decálogo, como no matar, etc. que se deducen de un principio conocido por sí mismo, esto es, “no hagas a otro lo que no quieres para ti”; ahora bien, tu no querrías ser matado por otro; luego tu tampoco debes matar a otro. Este es el segundo grado del derecho natural; y en esto están de acuerdo, todos.⁹⁵¹

Principios generales del Derecho. Los principios que pueden recabarse de las normas ya existentes por medio de un proceso de generalización que no diferiría, en sustancia, de la analogía.⁹⁵² Se ha intentado, también ingeniosamente, sostener que todo sistema jurídico está *completo*, o sea *exento de lagunas*, porque cabalmente partiendo de las normas existentes, sería siempre posible argumentar al *contrario* respecto a los casos no previstos. Pero si la argumentación *a contrario* puede valer en algunas materias (por ejemplo en el Derecho Penal, donde hasta el uso de la analogía se halla excluido), en cambio es insuficiente en otras materias, en las cuales el juez puede y debe siempre encontrar una norma para regular cualquier relación, señalando para cada uno el límite de lo lícito y de lo ilícito. Y entonces el criterio no puede ser puramente negativo.⁹⁵³ DEL VECCHIO afirma, en todo sistema jurídico existen lagunas (en nuestro Derecho se puede recordar, por ejemplo, que hasta hace pocos años faltaban normas reguladoras del derecho a la propia imagen o relativas a la validez o invalidez de las llamadas cláusulas de concurrencia); pero que en cambio, el mismo sistema positivo ofrece el medio para poder llenar tales lagunas, merced al recurso de la analogía y en última instancia, a los “principios generales del Derecho”, que es lo mismo que decir al Derecho Natural, recurso que es lícito y obligatorio incluso cuando no esté explícitamente declarado, pues el juez tiene necesidad de resolver toda posible controversia.⁹⁵⁴

La norma jurídica pone siempre en relación a varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad o pretensión y a la otra una obligación correlativa. La *relación jurídica* puede, pues, definirse: *un vínculo entre personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada.* Advirtamos que la relación jurídica tiene siempre un substrato real en las cosas y en las personas. El derecho no crea los elementos o términos de la relación, sino que los encuentra ya naturalmente constituidos y no hace más que determinarlos y disciplinarlos: reconoce algo preexistente a lo que da o imprime su forma, *fijando los límites de las exigibilidades recíprocas.*

La revalorización de los derechos subjetivos naturales del hombre podrían ser considerados un retorno al iusnaturalismo. Más que del renacimiento del iusnaturalismo, se podría hablar del retorno a los valores, la necesidad de libertad contra la opresión, de igualdad contra la desigualdad, la paz contra la guerra, que

⁹⁵¹ DE VICTORIA Francisco. *La justicia*. Trad. Luís Frayle Delgado. Tecnos. Madrid. 2001. Pág. 17.

⁹⁵² DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 343.

⁹⁵³ DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 344.

⁹⁵⁴ DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 344.

conviertan a la vida humana en digna de ser vivida, expresa BOBBIO, con lo que se integra el derecho natural a los valores. Los valores fundamentales del ser humano surgen del derecho natural, no obstante de estar regulados por una norma positiva, no dejan de pertenecer por esencia al derecho natural, al igual que los principios fundamentales y la primera norma “no dañar”, por lo tanto en el derecho de daños no podemos separar los valores nacidos en el derecho natural, estos siempre son de esa naturaleza, por eso, cuando se trata de mostrar y exponer razones, la argumentación y discusión se lo hace siempre alrededor y a partir del derecho natural, siendo éste el fundamento de toda pretensión.

CAPITULO IV

ANÁLISIS NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

4.1 LEGISLACIÓN EXTRAJERA

4.1.1 Ley Antigua

SANTO TOMÁS, en su estudio incluye la ley antigua del oriente. Glosaré algunas normas antiguas,⁹⁵⁵ en las que ya se observa la compensación por el daño infligido, se imponía y graduaba el resarcimiento.

“Si uno, empujando a la hija de un hombre (libre), le causare el aborto, pagará diez siclos de plata”. “Si uno, hiriendo a la hija de un hombre (libre), le causare el aborto, pagará un tercio de mina de plata” (20 siclos). En el código de la alianza, la pena en estos casos queda menos precisa, dejándola a las exigencias del marido y al fallo de los jueces (Ex 21,22).

Oigamos ahora las normas justas que pronuncia: “Si un hombre acusa al otro de homicidio y no lo puede probar, será reo de muerte” (a. 1). “Si en un proceso depone uno falsamente, si el proceso es capital, el hombre será reo de muerte” (a. 3). Es sencillamente la ley del talión sancionada por el Deuteronomio I 9. 16 ss. La acusación y la testificación falsa, eran sancionadas con la pena capital.

“Si un hombre en el campo se apodera de un esclavo o esclava fugitivos y los devuelve a su amo, éste le remunerará con dos siclos de plata” (a. 17). “Si lo guarda en su casa y más tarde el esclavo es cogido en casa de él, ese hombre será reo de muerte” (a. 19). La ley mosaica, más humana, ordena no entregar a ese siervo, aunque sea contra los intereses del amo, que supone extranjero: *No entregarás a su amo un esclavo huido que se haya refugiado en tu casa. Tenlo contigo en medio de la tierra, en el lugar que él elija* (Deut. 23, 15 s.).

Las tres normas glosadas son de naturaleza objetiva, el sólo hecho de provocar el daño genera la responsabilidad al resarcimiento.

En el código del gran monarca Hammurabi,⁹⁵⁶ En su epílogo, declara que con estos decretos equitativos ha procurado a su reino un orden tranquilo y un régimen feliz. Sus sentencias son preciosas; su sabiduría, sin rival. Por orden de Samas, el gran juez del cielo y de la tierra la justicia brilla en la tierra. Es el mismo Dios quien

⁹⁵⁵ Son las más antiguas leyes sumerias. Nada más que tres colecciones han sido halladas y publicadas que se remontan al tercer milenio antes de Cristo, por lo tanto muchos siglos antes de Moisés (1-2 q.98-108).

⁹⁵⁶ En 1902, fue hallado en Susa un bloque de diorita que los reyes de Elem habían llevado allí desde Babilonia como trofeo. En éste bloque estaban escritos el código del gran monarca babilónico Hammurabi (s. XVIII a. c.) que fue traducido y publicado por el P. Vic. Scheil.O.P. *La loi de Hammurabi* (París 1906). Forlani o.c. 955. Referido en el tomo VI Tratado de la Ley Antigua versión e introducción del Fr. Alberto Colunga O.P. del libro Suma Teológica de SANTO TOMAS.

ha otorgado el espíritu de rectitud. Por esto exhorta a sus sucesores a mantener las leyes dadas por él bajo la inspiración de Dios. Si así lo hicieren, que Dios les otorgue larga vida y feliz reinado; pero, si obraren en contra de esa ley, Hammurabi pide para ellos todo género de males, rebeliones contra su autoridad, años de miseria, oscuridad sin luz, vida corta, muerte acelerada. “Que Dios, con una maldición eficaz de su palabra irrevocable, le maldiga y la maldición le alcance prontamente”. Con estas terribles palabras termina el código Hammurabi.

La cantidad de leyes, más de 200 artículos hallados en 1996, se remontan al siglo XIV antes de Jesucristo, época de mayor florecimiento del reino Hetiteo, versan principalmente sobre materia penal y ofrecen en particular las atenuaciones introducidas por el legislador, buscando sanciones más equitativas, por ejemplo: “Si una persona hiere a un hombre y le salta los dientes, antes debía dar una mina de plata; ahora serán veinte siclos (un tercio de mina), y perderá su casa” (a. 7). “Si uno corta una oreja a una persona, entregará doce siclos y perderá la casa”. Si el mutilado es un esclavo o esclava, pagará sólo tres siclos (a. 15-16). “Si uno hace abortar a una mujer libre en el mes décimo (lunar), pagará dieciséis siclos; si en el mes sexto, dará cinco siclos y perderá la casa”. Si uno hace abortar a una esclava en el décimo mes, pagará cinco siclos” (a. 17- 18).

Es curioso ver cómo precisan el sentido de los términos y gradúan la pena: “Si uno roba un buey grande- si es de menos de un año, no en un buey grande; tampoco si es de un año; pero, si es de dos años ya es un buey grande-. Por él se daban primero treinta bueyes, pero ahora se darán quince, cinco de dos años, cinco de un año y cinco de menos de un año, y perderá su casa” (a. 57). Lo mismo establece el artículo 58 para el robo de un caballo. De la nación asiría poseemos, no un código, pero si buena cantidad de leyes que se remontan al siglo XII antes de Cristo. Se distinguen por la dureza de sus sanciones y dice mucho de la moralidad del pueblo asirio.

Los generales son los que se tienen con todos, no infiriéndoles daño alguno, ni de obra, ni de palabra, ni de pensamiento. De obra se infiere daño al prójimo, bien sea contra la propia persona, privándole la vida, y a esto mira el precepto que dice: No matarás”; bien sea contra la persona a él allegada para la propagación de la prole, y esto se prohíbe en el precepto “No adulterarás”; bien sea contra los bienes que posee, necesarios para el sustento suyo y de su familia, y a esto mira el precepto “No hurtarás”.- Los daños de palabra se prohíben por el precepto “No proferirás falso testimonio contra tu prójimo”.- Finalmente, los daños de pensamiento se prohíben cuando se dice: “No codiciarás”.

Observamos que todas las normas giran y surgen del primer principio “No debe hacerse mal a nadie” y buscan como fin “el bien común”, en cuyo camino las sanciones no siempre son equitativas, ya en esa época, aparentemente, eran disuasivas, todas las sanciones impuestas son una forma de resarcimiento por el daño, normas de carácter objetivo,

4.1.2 La Ley Romana.

El derecho romano, antiguo está contenido en la Ley de las XII Tablas, con respecto a la responsabilidad civil, se encuentran limitaciones a la venganza privada, así... la víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario, del interés permitido (Tab. VII. 18), o el depositario infiel, debía indemnizar el doble del valor depositado (Tab. VIII.19). La víctima era obligada a aceptar la composición y renunciar a la venganza, en el derecho romano permaneció como una pena privada (*poena*).⁹⁵⁷ Ouliac y Malafosse, expresan: *La ley de las doce tablas comprendía cierto número de delitos a los que la población agrícola era particularmente sensible: cortar árboles ajenos, apacentar ganado en tierra de otro, accidente causado por una animal, incendio.*⁹⁵⁸

La Ley Aquilia, fue un plebiscito con fuerza de ley, rogado, votado a propuesta del tribuno Aquilio, su contenido lo conocemos en las obras de los juriconsultos. GAYO, nos dice que ninguna otra ley castiga el perjuicio causado injustamente. La ley Aquilia, consta de tres capítulos, me referiré al primero y tercero, ya que el segundo cayó en desuso. El primero se refiere a la muerte de los esclavos y animales, que forman parte del ganado; el causante estaba obligado a pagar al dueño el valor máximo que haya obtenido en el año, el tercero de cualquier otro daño como heridas causadas a un esclavo o a un animal y daños a las cosas, tomándose como base para la reparación el valor de la cosa en los treinta últimos días.⁹⁵⁹ La Ley Aquilia solamente comprende al daño causado injustamente, el daño injusto.⁹⁶⁰

La Ley Aquilia, define la responsabilidad por omisión: sí el médico, después de haber operado a un esclavo abandona el cuidado de su curación, por cuya causa muere el esclavo, será, también, reo de culpa. I, 4, 3, 6. Y extendió el delito como fuente de las obligaciones.

La *Lex Aquilia* es un precedente como modelo unificador de todos los sistemas modernos de la responsabilidad civil.⁹⁶¹

Para Justiniano, las fuentes de las obligaciones son cuatro: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito, con lo crea el sistema mixto de responsabilidad civil, uno que surgen del contrato y otro fuera de la voluntad de la ley, se trata de

⁹⁵⁷ MAZEAUD Henri Y León-MAZEAUD Jean. *La responsabilidad civil...* Ob. Cit. Parte segunda Vol. II No 337. Pág. 15

⁹⁵⁸ OURLIAC Paúl y MALAFOSSE J. Tomo I P. 578, referido por MOGUER Caballero Manuel. *La Ley Aquila y los derechos de la personalidad*. Ob. Cit. Pág. 15.

⁹⁵⁹ La ley Aquilia fue dada a finales de la ley arcaica del Derecho Romano. Para Faustino Gutiérrez Alviz y Armario la sitúa en el año 287 A.C. (*Vide vox: Lex Aquilia*) en cambio para J. Ortalán fue el año 468 de Roma (livre III, p. 430, No 1746) CABALLERO Mongüelo Manuel. *La Ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Ob. Cit. Pág. 15.

⁹⁶⁰ MOGUER Caballero Manuel. *La Ley Aquila y los derechos de la personalidad*. Ob. Cit. Pág., 16.

⁹⁶¹ MASSETO. *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, en Inc. Dir, Vol. XXXIX. Milán. 1988. Pág. 1099.

la responsabilidad extracontractual, sistema muy debatido en la actualidad, con tendencias contrapuestas, unas unificadoras y otras tradicionales.

4.1.3 Legislación francesa e italiana.

La cultura jurídica da origen a la estructura formal del texto normativo condicionado a la elaboración conceptual y jurisprudencial, relación cíclica que se presenta en la experiencia actual, el texto se traduce tanto en disposiciones, cuanto en texto formal dado por principios, reglas y soluciones a casos concretos, este capítulo guarda estrecha relación con los capítulos I y II de este trabajo, en los que desarrollo la parte doctrinal y jurisprudencial francesa e italiana, junto a normas del *common law*, legislación española y alemana, que enriquecieron el avance de la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, en este acápite, me circunscribiré al análisis de las normas legales fuentes del derecho civil boliviano, esto es, legislación francesa e italiana, que me permitan esclarecer el Art. 984 del código civil, norma general que regula la responsabilidad civil en Bolivia, dirigida a mi propuesta.

4.1.3.1 Responsabilidad Extracontractual.

El modelo francés, en el libro III, título IV regula, *De las obligaciones que se contraen sin convenio*, capítulo II *De los delitos y de los cuasidelitos*, inicia con el artículo 1382: *Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.*

Norma general que es complementada con el Art. 1383,⁹⁶² que define, el alcance de la culpa no sólo a acciones sino a omisiones: *del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por imprudencia*; concepción subjetivista del daño que sirvió de base a las diferentes legislaciones y generó la política del derecho de la responsabilidad civil, sustentada sobre la base de la imputación, que DOMAT lo sintetiza en su célebre fórmula *pas de responsabilité sans faute* (no hay responsabilidad sin culpa), que estableció el principio de la responsabilidad, seguida por las diferentes legislaciones del mundo.

Cabe destacar que en la norma general, se acoge una amplia noción de la culpa, de tal manera que el principio *faute commissive* y *faute d'abstention*, obedece a la regla general de la responsabilidad civil. Por lo tanto, al interpretar el Art. 1382 del *code civil* y en lo sucesivo el Art. 1383, el juez está legitimado a resolver equitativamente, en todos los casos, las controversias que se someta a su decisión.⁹⁶³

Se destacan por su importancia la sentencia, que se ha convertido en precedente de la interpretación del Art. 1382, del *code civil*. La Corte de casación formuló el principio “según el cual, si alguien es responsable por su negligencia, la omisión no puede comportar responsabilidad a menos que exista para el sujeto, el deber

⁹⁶² Art. 1382. Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.

⁹⁶³ MAZEAUD Y TUNC. Ob. Cit. Pág. 622-623.

de cumplir el hecho omitido”.⁹⁶⁴ Se observa que la palabra “deber” no es fruto de la descripción de la norma positiva, puede referirse más bien al deber de todos, de comportarse como miembros de una comunidad social, con dicho fallo se trata de superar el rigor con el que se suele restringir el área de la culpa omisiva, ampliándose su acción a hipótesis de inobservancia de una obligación reglamentaria o basada en la costumbre.

La legislación italiana refleja casi literalmente las disposiciones y contenidos de el modelo anterior, se usa en la cláusula normativa general,⁹⁶⁵ no obstante que en el *nomen iuris* se utiliza la expresión “ilícito” su contenido se refiere tanto al hecho doloso, al hecho culposo, cuanto al daño injusto, en el término “daño injusto” cohabitan las dos especies de responsabilidad, esto es, la subjetiva y la objetiva, aunque por el texto del artículo, se estaría ante una norma general de tipo subjetivo, la jurisprudencia admite la responsabilidad objetiva generando una apertura importante que no se puede negar.⁹⁶⁶

Una sentencia, describe la omisión legal, reglamentaria o convencional o incluso del *ordre professionnel*, también en este caso se erosiona el esquema típico del ilícito omisiva, a través de una multiplicación de los deberes de actuar,⁹⁶⁷ En cambio la cláusula normativa general del Art. 2043 del C.C. italiano encuentra una serie de limitaciones específicas que, en materia de omisiones, parecen poner en duda incluso su naturaleza de “norma en blanco”; en el uso jurisprudencial la noción “culpa omisiva”, distingue dos aspectos del término, la primera empleada en sentido lato, implica todo comportamiento no realizado por el agente, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo; la segunda en sentido restrictivo, indica más bien el comportamiento que el sujeto tenía, deber jurídico de realizar en las circunstancias del evento específico, pero que no llevó a cabo. Con relación a la omisión en sentido lato, una sentencia parte de la premisa: “toda omisión culpable generadora del evento sufriente para fundar la responsabilidad por el daño”, para calificar la omisión culpable puede ser suficiente invocar, junto con las normas reglamentarias, las normas de experiencia común”.⁹⁶⁸ En el mismo sentido, la corte de Cassazione, observó que se puede identificar una violación del *nemen laedere* no sólo en el comportamiento activo, sino también en el comportamiento omisivo, cuando “la observancia de dicha norma, según el caso, exija abstenerse prudentemente de hacer algo que pueda resultar perjudicial para otro o exija, por el contrario, una intervención pronta para hacer lo necesario para erradicar una situación de peligro”.⁹⁶⁹ Las percepciones de la omisión en sentido restringido, la

⁹⁶⁴ Cour de cassation. Sentencia de de diciembre de 1924, en Dalloz Hebdomadaire, 1925, 120. ALPA Guido. Ob. Cit. Pág. 371.

⁹⁶⁵ Art. 2043. Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiono a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir.

⁹⁶⁶ ALPA Guido. Ob. Cit. Pág. 155 (iv).

⁹⁶⁷ Cour de Cassation, sentencia de 27 de febrero de 1951. en Dalloz 1951, 329.

⁹⁶⁸ Corte di Cassazione. Sentencia No 1643 de 8 de julio de 1961, en Giur. it. Rep. 1961, voz Resp. Civ. No 28, citado por ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 348-349.

⁹⁶⁹ Corte di Cassazione. Sentencia de 24 de febrero de 1942, en foro it. Rep. 1942, voz Resp. Civ.

encontramos en la jurisprudencia ordinaria, no sólo adopta una noción restrictiva de “omisión”, sino que descarta la operación autónoma del Art. 2043 del Código Civil italiano, ella se encuentra subordinada a la existencia de una norma que obligue al sujeto a actuar.⁹⁷⁰

El Art. 2043, configura una hipótesis de culpa desde la perspectiva de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar y disminuir el daño, las cuales aún no traducidas en leyes o reglamentos hayan entrado en uso corriente y sean de aplicación habitual.⁹⁷¹ En el plano procesal la culpa genérica se determina según el criterio de previsibilidad y la culpa específica, por el contrario es la violación de normas, reglamentos, ordenamientos o regímenes prescritos por la autoridad.

En Francia como en Italia se ha debatido ampliamente la cuestión de acreditar una noción de culpa de carácter objetivo, frente a la culpa en sentido subjetivo. El juez francés que tiene a su disposición un instrumental de normas muy similares a las italianas, no deduce los deberes de comportamiento de las leyes especiales, sino de los principios generales del derecho, de los usos normativos, de los usos comerciales o de reglamentos de naturaleza privada deontológico, etc. Resulta singular coincidencia entre los modelos argumentativos franceses e italianos. Se ha precisado al respecto, que conlleva una hipótesis de culpa, según el Art. 2043 del Código Civil italiano, desde el punto de vista de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar o disminuir el daño, aún cuando estas no deriven de leyes o reglamentos, pero sí estén en uso. La jurisprudencia francesa a propósito de la evaluación, sentó precedente que era indiferente que se tratara del autor o de la víctima del daño, o que se estuviera en presencia de un menor o mayor de edad, pues la apreciación de la culpa es objetiva, la llama *faute objective*.⁹⁷²

Mucho más convincente es el llamado que muchos autores de hoy hacen al principio de solidaridad, cuya huella se detecta en la cláusula normativa general del Art. 1382 del *Code civil*, se resalta que toda interpretación restrictiva es fruto de una concepción “*exagérément individualista*” propia de un siglo fundado en *laissez faire*.⁹⁷³

No 17, citado por ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 348.

⁹⁷⁰ Corte di Cassazione. Sentencia de 8 de febrero de 1946, en foro it. Rep. 1946, No 20. Sentencia No 1452 del 30 de abril de 1957, en Guist Civ. Rep. 1967. Pág. 145. Tribunal de Milán. Sentencia de 17 de noviembre de 1958, en Dir. Autom. 1959. Pág. 226. La posición sustentada de la exigencia de norma expresa que regule la *culpa in omitiendo*, ha llevado a la relación con una restringida gama de hipótesis de delito de omisión, que corresponden al delito de omisión de socorro, relacionado al Art. 593 del Código Penal italiano con el Art. 2043, que da como resultado resarcir el daño por la omisión de socorro. Ver sentencia No 3642 de 27 de noviembre de 1972, emitida por la Corte di Cassazione en Giur it. Rep. 1972.

⁹⁷¹ Tribunal de Nápoles. Sentencia de 9 de octubre de 1986, en Rep.civ. prev. 1988. Pág. 407.

⁹⁷² Cour de Cassation. Sentencia de 9 de enero de 1984. Dalloz. 1984. 525.

⁹⁷³ ALPA Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 373.

El Código Francés, en el Cap. II Título IV del libro III, intitulado de los delitos y cuasidelitos, destaca que hay delito cuando el daño es causado con intención, se trata del delito doloso; cuasidelito cuando es causado sin intención, esto es por culpa. Distinción que además pone en relieve la diferencia de los actos contractuales de los extracontractuales, siguiendo la tradición romana.

La experiencia italiana presenta una fuerte armadura conceptual que se superpone a pocas reglas del Código Civil. En tal armadura cohabitan la concepción analítica y la concepción empírica, la instancia sistemática y la instancia práctica, tomaré la codificación de 1942, titulada “hechos ilícitos”, grupo de reglas que gobiernan la responsabilidad civil.

El Art. 2043 del Código Civil italiano, atribuye la característica del ilícito, al, “hecho”, sin embargo parte de la doctrina la atribuye al acto. Para el texto normativo francés (Art. 1382), al igual que el italiano, lo ilícito es el “hecho”, concepción seguida por las diferentes legislaciones, entre las que se encuentra la nuestra.

El Artículo 2043, bajo el *nomen iuris*, *resarcimiento por hecho ilícito*, define el texto de la cláusula general normativa, tanto al *hecho doloso* como el *culposo*, cuanto al *daño injusto*. El término “injusto” vincula la lesión al interés protegido, la sola vulneración comporta resarcimiento. La injusticia guarda relación con el daño, no con el acto o la conducta, habida cuenta, que sólo el daño injusto legitima la acción resarcitoria. Bajo cuya óptica la norma general abarcaría tanto el acto ilícito (culpa) como el acto riesgoso, no asociado a la imputación subjetiva, sino a otro de naturaleza objetiva, en el que la valoración de la conducta resulta irrelevante. Bajo esta visión, el *nomen iuris*, de ilicitud estaría enmarcado en el concepto de la ilicitud objetiva, independiente de la valoración de la conducta de los sujetos que realizan la acción.

Tomando las disposiciones transcritas observamos que ambos regímenes, el francés y el italiano, se refieren a: *...cualquier hecho de la persona... su actuación...su negligencia o su imprudencia...circunscribiendo la responsabilidad por acto u omisión propia, generadora de responsabilidad, siendo en consecuencia la regla general, la responsabilidad por hecho propio.*

4.1.3.2 Excluyentes de Responsabilidad.

La legislación francesa dentro de su ordenamiento legal no incluye eximente de responsabilidad extracontractual, que sí lo hace la italiana, la regula en dos artículos eximentes de la responsabilidad civil extracontractual: legítima defensa y estado de necesidad.

La legítima defensa Art. 2044,⁹⁷⁴ un sector en el análisis de esta norma, admite que hay conexión íntima entre legítima defensa y ejercicio del derecho, en su interpretación, sostiene, hay ante todo una cuestión de carácter dogmático, la

⁹⁷⁴ Art. 2044.-*Legítima defensa.*- No es responsable quien ocasiona el daño para legítima defensa de sí mismo o de otro.

reacción de por sí, en tanto dañosa debería adscribirse al área de la injusticia; pero si el daño “injusto” es el daño ocasionado “*non iure*”, la reacción es conforme al Art. 2044, que legitima la acción siempre será admisible, porque el acto escapa al área de los daños resarcibles. Si el daño “injusto” es el daño ocasionado “*contra ius*”, es decir, la violación de la disposición introduce una excepción, de una situación subjetiva protegida, constituida precisamente por la legítima defensa.⁹⁷⁵ Será que el daño inflingido por legítima defensa no pertenece al área de los daños resarcibles, lo admitiría únicamente si el daño fuera atribuible a la culpa de la víctima, de otro modo no.

En el estado de necesidad Art. 2045,⁹⁷⁶ Se debe considerar la inevitabilidad del acto, que deriva del indomable instinto de conservación propio o de solidaridad para con el tercero en peligro; el instituto puede funcionar, entonces, como un caso fortuito. En la segunda parte del artículo, establece la resarcibilidad equitativa del damnificado, dejando a la discrecionalidad del Juez que debe ser gravado con el riesgo del estado de necesidad. Pero será que la necesidad de uno, puede recaer en el patrimonio de otro y que esté justificado que el primero, no responda por el daño inflingido al segundo; al respecto tengo serios reparos y objeciones expuestas en el Cap. I 1.2.6.5.2.

4.1.3.3 Imputabilidad del Acto Dañoso.

El modelo francés, en el Art. 1384,⁹⁷⁷ relativo a la responsabilidad por otro, incluye la de los padres con relación a sus hijos menores, asentado como requisito la minoridad del hijo, capacidad legal, no natural.

En tanto que la legislación italiana, primero, bajo el *nomen iures imputabilidad de hecho dañoso*, la incluye en forma expresa, y segundo, establece la imputabilidad natural, es decir, la valoración de la aptitud del sujeto para entender lo que se debe hacer y para querer y determinar sobre el comportamiento (la capacidad de entender y de querer). Si se enlazan los Arts. 2046 y 2047,⁹⁷⁸ que han sido redactados teniendo en cuenta el daño provocado por un sujeto agente al cual, por sus condiciones psíquicas no se puede imputar un hecho dañoso -aunque ha sido él quien lo ha ocasionado- ni tampoco, por lo tanto sus consecuencias. El acto realizado por el incapaz es siempre ilícito, aunque él no responda, sino terceros (padres o preceptores) a quienes se les asigna el deber de brindar compensación a la víctima.

⁹⁷⁵ ALPA Guido. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Ob. Cit. Pág. 443.

⁹⁷⁶ Art. 2045.- *Estado de necesidad*.- Cuando quien ha cometido el hecho dañoso ha sido constreñido a ello por la necesidad de salvar a sí mismo o a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él ni era evitable de otra manera, al perjudicado se le debe una indemnización cuya medida se deja a la equitativa apreciación del juez.

⁹⁷⁷ Art. 1384 El padre y la madre, en tanto que ejercen la patria potestad, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos.

⁹⁷⁸ Art. 2046. *Imputabilidad del hecho dañoso*. No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad derive de culpa suya.

La doctrina jurisprudencial postula una capacidad de entender y de querer, “en la atribución del agente mismo para determinarse psicológicamente, atendiendo al ambiente social y al ordenamiento jurídico”. La norma civil deja libre al juez, para evaluar la existencia de capacidad, de tal manera que el menor de edad puede ser incapaz para efectos penales, pero capaz para efectos civiles y por lo tanto es exonerado de responsabilidad por daños morales.⁹⁷⁹

El código civil italiano, agrega a la incapacidad de los impúberes e interdictos o dementes, la de los hijos menores no emancipados, por los que responden los padres, preceptores y maestros; sin embargo, no aclara esta distinción, y en vista de que éste régimen no admite la responsabilidad indirecta parece ser inicua. En todos los casos, del daño cometido por el incapaz, responde en forma directa quien lo tiene bajo su cuidado o guarda, las legislaciones: francesa e italiana no admiten la acción de regreso.

4.1.3.4 Responsabilidad por Hecho Ajeno.

En el modelo francés original, los redactores sólo contemplaron dos disposiciones, el Art. 1385, que consagra la responsabilidad por hecho de los animales y el Art. 1386 que habla de los daños provocados por edificio en ruina, ambas hipótesis están sujetas a la culpa, deriva de los Arts. 1382 y 1383.

En cambio, en la legislación italiana, junto a la norma general prevista en el Art. 2043, se suman figuras “típicas” (por ejemplo, la legal sobre los actos perjudiciales realizados por el propietario, a los que se refiere el artículo 833 del Código Civil), están en condición de privar de fundamento a la concepción unitaria y monolítica heredada de la tradición.

En un sistema centrado exclusivamente en la culpa, paulatinamente se introdujo el “riesgo” prescindiendo de la culpa, la que se presume por la sola concurrencia del daño, de manera que al lado de la responsabilidad por culpa coexisten otros sistemas de responsabilidad, al Art. 1384, se incorporan normas que definen que la persona será responsable no sólo del daño que cause por su propia actuación, sino también, por el que causare por la actuación de personas de las que deba responder o de cosas de su propiedad o que permanezcan bajo su guarda.

El Art. 2051,⁹⁸⁰ de la norma civil italiana, regula el principio general de responsabilidad objetiva por hecho de las cosas que se tiene bajo su custodia, similar al francés, incluso en no exigir que la cosa sea riesgosa.

La legislación francesa con la modificación introducida por diferentes leyes,⁹⁸¹ extiende la responsabilidad del acto propio al hecho de terceros, por los cuales

⁹⁷⁹ Corte di Cassazione. Sentencia No 1056 del 4 de abril de 1959. Giur. It. 1959, I 1 c. 619

⁹⁸⁰ Art. 2051. *Daño ocasionado por cosa en custodia*.- Cada uno es responsable del daño ocasionado por las cosas que tiene en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito.

⁹⁸¹ (Ley de 7 de noviembre de 1922 Diario Oficial de 9 de noviembre de 1922) ((Ley de 7 de abril de 1937 Diario Oficial de 6 de abril de 1937 rectificativo DORF 12 de mayo de 1937), (Ley n° 70-459 de 4 de junio de 1970 Diario Oficial de 5 de junio de 1970 en vigor el 1 de enero de 1971) y (Ley n° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 8 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002)

debe responder y de las cosas que están bajo su guarda, (Art. 1384);⁹⁸² En la categoría del hecho de terceros incluye:

Al padre y la madre, en tanto que ejercen la patria potestad, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. La jurisprudencia francesa ha concluido que del texto de la norma se infiere que la responsabilidad de los padres es de pleno derecho y no está subordinada a la culpa del hijo. La corte de casación francesa considera que la responsabilidad del padre y de la madre, por los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, no está subordinada a la existencia de culpa del menor.⁹⁸³ Sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima pueden exonerar al padre y la madre de la responsabilidad de pleno derecho, en que incurren por el hecho de los daños causados por sus hijos menores, que habitan con ellos.⁹⁸⁴ En esta línea la Corte de Casación francesa, adoptó un criterio objetivo, consagrando una responsabilidad paterna de pleno derecho,⁹⁸⁵ y atribuyendo la responsabilidad al padre que habita con el menor.

La solución jurisprudencial francesa, otorga autonomía a la responsabilidad de los padres, con relación a la responsabilidad personal de los infantes, no subordina la responsabilidad de los padres a la existencia de culpa de los hijos menores, ni les atribuye culpa, concretando una base sólida de objetivación de la responsabilidad de los padres,⁹⁸⁶ situación en la que la culpa *in vigilando* y la culpa *in educando* no tienen cabida; sin embargo observamos, que continúa sujetando la responsabilidad del padre y de la madre a la cohabitación con el hijo menor, eximiendo de responsabilidad al progenitor que no vive con el menor; reitero mi disenso con este presupuesto, lo considero inadecuado, sería válido y lógico en una atribución de responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in educando*, pero a partir de su objetivación, resulta inícuo, ambos progenitores tienen la patria potestad *in natura*, independientemente de su ejercicio, por tal circunstancia deben responder en forma solidaria por los actos dañosos de sus hijos.

Si la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores, no es una sanción a la falta de vigilancia o de educación, entonces, resulta que la autoridad legal del padre o madre, con posibilidad jurídica de dirigir y orientar la educación de sus hijos, de impedir que se causen daño a sí mismos o perjudiquen a los demás, no es objeto de análisis para la atribución de responsabilidad, toda vez que conforme a la jurisprudencia dicha responsabilidad surge de pleno

⁹⁸² Art.1384 La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda.

⁹⁸³ Casación, 2da. Cám. Civ. 10/05/01, caso No 99-11.287 Recueil Dalloz T. 2001, Sec. *Jurisprudence* pág. 2851.

⁹⁸⁴ Casación, 2da. Cám. Civ. 29/03/01, caso No 98-20.721 Recueil Dalloz T. 2002, Sec. *Sommaires Commentes*. Pág. 1309.

⁹⁸⁵ Casación, 2da. Cám. Civ. 19/02/97, in re Bertrand, publicado en Bulletin civ. Tom. 1997-II No 56.

⁹⁸⁶ Arrêt del 10/05/01 Revue Trimestrielle de Droit Civ. Tom. 2001 Pág. 601.

derecho, entonces, no hay motivo para cargar con dicha responsabilidad al padre que habita con el menor, la responsabilidad debe recaer en ambos progenitores, quienes deben responder en forma solidaria de los hechos de sus hijos menores, independientemente que habiten o no con ellos.

A los propietarios y los comitentes, del daño causado por sus criados y encargados en el desarrollo de las funciones que les hubieran encargado; El desarrollo jurisprudencial amparado en la primera parte del Art. 1384 del *Code Civil*, dispone: *no sólo por el daño causado por hecho propio, sino, también, del causado por personas de las cuales se debe responder.* No obstante, que doctrinalmente, se trató de incluir la teoría de la culpa en la elección y en la vigilancia en Francia, esta teoría fue duramente criticada, toda vez que el Art. 1384 del Código Napoleón, establece en relación a los dueños y comitentes – a diferencia de lo que dispone para los padres, tutores o maestros, etc.- una responsabilidad absoluta, no susceptible de ser salvada ni aún mediante la prueba de la imposibilidad de impedir o prever el daño.⁹⁸⁷ Se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva y absoluta.

A los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que permanezcan bajo su vigilancia. Norma modificada por ley de 20 de julio 1899, que establece la responsabilidad del Estado en sustitución de los docentes públicos, la que a su vez fue modificada por la Ley de 5 de abril de 1937, con lo que se abroga el Art. 1384, atribuye al Estado la responsabilidad por actos dañosos de alumnos. En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias, invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas, conforme al derecho común, por el demandante, en la instancia. Este cambio fue producto de las acciones ejercitadas por los maestros sancionados por daños provocados a los alumnos. La jurisprudencia ha atribuido responsabilidad de pleno derecho a los establecimientos privados.⁹⁸⁸ Esto es, responsabilidad objetiva.

La responsabilidad por otro sólo puede eximirse por la imposibilidad de haberlo impedido.⁹⁸⁹ La jurisprudencia al definir la responsabilidad por otro *de puro derecho*, coloca esta norma como una modalidad. La responsabilidad de los padres no es más una responsabilidad por culpa presunta, sino una responsabilidad sin culpa, una responsabilidad de pleno derecho de la cual no pueden librarse, sino demostrando que el daño fue producto por fuerza mayor o

⁹⁸⁷ Corte de Casación, Cám. Crim. 23/03/98, *Recueil Dalloz T. 1998, Sec. Informations rapides*, p. 157. La Corte de Casación responsabilizó civilmente a un empleador por la actuación de su asalariado, culpable de homicidio voluntario de otro asalariado, crimen que tuvo un a relación más que discutible con el trabajo, pero que hizo responsable al empleador, al producirse con ocasión de las funciones, comprometiendo la responsabilidad el empleador de pleno derecho.

⁹⁸⁸ Corte de Casación francesa, 2da. Cám. Civ. 06/06/02, caso No 00-18.286 *Recueil Dalloz T. 2002, Sec. Informations rapides*. Pág. 2029.

⁹⁸⁹ Art. 1384, (penúltimo párrafo) La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad.

culpa de la víctima.⁹⁹⁰ Lo propio en el caso del dependiente.

En cambio la jurisprudencia italiana, se centra en la responsabilidad en la llamada *culpa in vigilando* o *culpa in educando*, el guarda responde por su *status*, por su calificación, tal cual ocurre con los padres, patronos o comitentes, maestros etc. El Art. 2047,⁹⁹¹ hace recaer la responsabilidad en los sujetos que tienen el deber de cuidado,⁹⁹² los guardas responden de los daños ocasionados, por los incapaces, atendiendo a su oficio o específica actividad profesional. Se sostiene comúnmente que el Art. 2048,⁹⁹³ constituye una forma de responsabilidad presunta de los padres y preceptores.

El texto del Art. 2048 difiere del 2049,⁹⁹⁴ se refiere a la habilidad del padre o preceptor, para demostrar no haber podido impedir el evento, que da cuenta de la presunción simple de culpa, en tal sentido la jurisprudencia ha definido que los padres responden como guardianes, si el menor es incapaz y como educadores si el hijo es capaz.⁹⁹⁵

Sobre la concurrencia de responsabilidad entre padre y preceptores, la jurisprudencia define, la responsabilidad de los padres según el Art. 2048, fundada exclusivamente en la presunción de *culpa in educando* y no en *culpa in vigilando*, los padres se liberan con haber demostrado que dieron al menor una educación adecuada y que el hecho dañoso, resulta atribuible al defecto de vigilancia, por parte de la persona a la que ha sido confiado.⁹⁹⁶ Sin embargo los daños derivados por hecho ilícito de los alumnos debe entenderse, no en sentido absoluto, sino

⁹⁹⁰ Corte de Casación francesa, 2da. Cám. Civ. 19/02/97. Recueil Dalloz T. 1997, Sec. *Jurisprudence* pág. 265. *Arrét* de 10 de mayo de 2001. *Revue Trimestrielle de Droit Civ.* Tom. 2001. Pág. 601 y Sgtes.

⁹⁹¹ Art. 2047.- *Daño ocasionado por el incapaz.* En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o de querer, el resarcimiento se debe por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe que no ha podido impedir el hecho.

En el caso en que el perjudicado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

⁹⁹² Corte de Cassazione. Sentencia No 3617, de 15 de diciembre de 1992, en *Giur. It.* 1973, I. Pág. 418.

⁹⁹³ Art. 2048. *Responsabilidad de los padres de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte.*- El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a la tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante.

Los preceptores y aquellos que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices en el tiempo en que han estado bajos su vigilancia.

Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el hecho.

⁹⁹⁴ Art. 2049.- *Responsabilidad de los patronos y de los comitentes.*- Los patronos y los comitentes son responsables por los daños originados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos a que están adscritos..

⁹⁹⁵ Corte de Cassazione. Sentencia No. 1008 de 10 de abril de 1970.

⁹⁹⁶ Corte de Cassazione. Sentencia No. 1501 de 22 de abril de 1977.

relativo, dicha responsabilidad guarda relación con la madurez de los alumnos.⁹⁹⁷

El Art. 2049 del código civil italiano, no deja espacio para prueba en contrario. La responsabilidad imputada a patrones y comitentes es objetiva y directa. La jurisprudencia es uniforme al señalar que se trata siempre de una responsabilidad objetiva.⁹⁹⁸ Pero también destaca la importancia de definir la conexión entre daños y comisiones, para configurar el ilícito y la autonomía del comportamiento del dependiente o subordinado, que rompe el nexo y descarta la responsabilidad del comitente. Al respecto, no obstante que la legislación italiana, no admite la responsabilidad indirecta, hay discusión sobre el problema de la responsabilidad del empleador en el caso de dolo del dependiente, y si la disposición examinada implica una responsabilidad directa o indirecta, algunas sentencias le atribuyen una responsabilidad directa, en tanto el hecho del dependiente es directamente atribuible al empleador, el cual debe imputar el daño a sí mismo, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad del dependiente frente a su patrón.⁹⁹⁹ No faltan sentencias que le atribuyen una responsabilidad *indirecta*.¹⁰⁰⁰

Los presupuestos para imputar la responsabilidad al empleador es el nexo entre éste y el dependiente, que actúe en ocasión o durante el ejercicio de los encargos confiados.

En la experiencia francesa ha caído el requisito de la elección del subordinado realizado por el comitente, es suficiente que éste ejerza sobre el primero un poder de dirección, supervisión y control, la jurisprudencia admite la responsabilidad incluso para el daño ocasionado por dependientes especializados, en cuanto tales escapan de todo control.¹⁰⁰¹ La jurisprudencia francesa, el término dirección, lo aplica de manera abstracta, en el traspaso o préstamo de dependientes, el que toma la dirección es responsable del segundo siendo liberado el primero.¹⁰⁰²

La legislación italiana ha adoptado los términos franceses. Para la jurisprudencia es relevante el poder de dirección y supervisión.¹⁰⁰³ En la hipótesis del préstamo o puesta a disposición de dependientes, hay que determinar cuál de los dos comitentes tienen la dirección y control.¹⁰⁰⁴ Se instaura una relación de subordinación en el ámbito de la relación laboral, sin distinción entre la realización de una obra o de obras. Ha perdido valor el criterio de la elección del dependiente, porque en esta puede tener incidencia las listas de las agencias de colocación. Lo

⁹⁹⁷ Corte de Cassazione. Sentencia No. 369 de 15 de enero de 1980.

⁹⁹⁸ Tribunal de Milán. Sentencia del 23 de mayo de 1995, en Foro Pand. 1996. I. Col. 321.

⁹⁹⁹ Corte de Cassazione sentencia No. 11807, de 14 de noviembre de 1995, en Dir. Ec. Ass. 1996 Pág., 1074

¹⁰⁰⁰ Corte de Cassazione sentencia. No. 7331, de 7 de agosto de 1997. También referida por ALPA. Ob. Cit. Pág. 861.

¹⁰⁰¹ Corte de Cassazione Civil. Sentencia de 12 de enero de 1977, en Dalos 1977, I.R.330.

¹⁰⁰² Corte de Cassazione Chambre Comerciales. Sentencia de 26 de enero de 1977, en Dalos 1976. Pág. 449.

¹⁰⁰³ Corte de Cassazione. Sezioni unite. Sentencia No 703 de 15 de febrero de 1978, en Arch. Civ. 1980 Pág. 29.

¹⁰⁰⁴ Corte di Cassazione. Sentencia No. 2288 de 25 de abril de 1979.

que la jurisprudencia considera relevante es el poder de dirección y supervisión.¹⁰⁰⁵

En la interpretación del Art. 2050, a la diligencia del *bonus pater familias*, se ha añadido, para aquel que ejerza una determinada actividad, un deber de observancia de específicas precauciones, idóneas para evitar la producción de daños a los demás.¹⁰⁰⁶

En todos los casos, es razonable descartar si en la responsabilidad existe dolo o culpa intencional del subordinado.¹⁰⁰⁷ Sin embargo la jurisprudencia francesa jamás ha consagrado este principio. Ni siquiera cuando el dependiente comete delitos.¹⁰⁰⁸

4.1.3.5 Responsabilidad por Daño de Animal.

La legislación francesa establece la responsabilidad del daño que provoque un animal, a su propietario o a quien se sirva de éste, atribuyéndole un factor objetivo, en contra del titular, así se hubiera extraviado al animal. Esta norma responde a la tendencia moderna del derecho de daños, que se fue apartando de la presunción de culpa, cuidado o vigilancia necesaria para que no dañe a terceros, tendencia subjetivista.

La legislación francesa, siguiendo su razonamiento sobre la responsabilidad de las cosas, establece la responsabilidad del propietario o guarda del animal, independientemente de la culpa, responsabilidad de naturaleza objetiva.¹⁰⁰⁹

La jurisprudencia en materia de custodia de animales, siguiendo la norma positiva Art. 2052,¹⁰¹⁰ ha reconocido la preeminencia de carácter objetivo,¹⁰¹¹ justificado, más que por la culpa o negligencia *in vigilando*, por la exigencia social de hacer soportar los daños procurados por animales a quien saca ventaja de estos y al riesgo que implica el animal.

En la legislación italiana, los supuestos de daños causados por animales integran, de igual forma, una hipótesis de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia dejó de hacer referencia a la culpa, reconociendo que se trata de responsabilidad de preeminente e íntegro carácter objetivo, justificado, más que por la culpa o negligencia *in vigilando*, por la exigencia social de hacer soportar los daños

¹⁰⁰⁵ Corte di Cassazione. Sentencia No. 2288 de 25 de abril de 1979

¹⁰⁰⁶ Tribunale de Lucca. Sentencia de 30 de octubre de 1974.

¹⁰⁰⁷ Cuor de Cassation Civil. Sentencia de 9 de febrero de 1967 en Gazzette du Palais, 1967 I. Pág. 224.

¹⁰⁰⁸ Chambre criminelle. Sentencia de 30 de abril de 1980, en J.C.P. 1980. IV. 262.

¹⁰⁰⁹ Art. 1385 El propietario de un animal, o quien se sirva de éste, mientras estuviera usándolo, será responsable del daño que el animal haya causado, bien que el animal estuviera bajo su guarda, o bien que se hubiera extraviado o escapado.

¹⁰¹⁰ Art. 2052. Daño ocasionado por animales. El propietario de un animal o quién se sirve de él por el tiempo que lo tiene en uso, es responsable de los daños ocasionados por el animal, ya estuviere bajo su custodia, ya se hubiera extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito.

¹⁰¹¹ Tribunal de Verona. Sentencia de 26 de abril de 1979.

procurados por los animales a quien saca ventaja de estos: *id est cuius cómoda eius et incommodo*, Se ha sentado que *el caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad, se refiere a toda hipótesis en la que no existe ninguna razón de imputación jurídica del daño, al sujeto que tiene la custodia del animal y que lo usó, por lo tanto, comprende también la figura de la culpa exclusiva del damnificado, los jueces descartaron la responsabilidad del propietario.*¹⁰¹²

Al respecto VISINTINI, señala:... la responsabilidad se funda en criterios de imputación distintos de los precedentemente examinados (factores subjetivos (dolo y culpa), ya sea en relación con la naturaleza de la actividad desarrollada (Art. 2050), o bien, en dependencia de la relación en que se halla el sujeto responsable con respecto a la cosa (Art. 2051, 2054, 3er párrafo), el edificio (Art. 2053), o el animal (Art. 2052). Estás son hipótesis de responsabilidad sin culpa – a las cuales se suma la responsabilidad de los comitentes- para los cuales la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la teoría de la llamada responsabilidad *Objetiva*.¹⁰¹³

Aquellos eventos esencialmente debidos, no a fuerzas incoercibles de la naturaleza externa, ni a los hechos imprevisibles e inevitables de terceros, sino a impulsos internos, propios de la naturaleza de los animales, no puede considerarse caso fortuito, por más que sean imprevisibles e inevitables con la común diligencia de quien tiene bajo su cuidado al animal. La razón de esta premisa – según la corte de *cassazione*- es que los animales *aún cuando son mansos, conservan siempre algo de salvaje y feroces y ello determina, a veces, manifestaciones incoercibles de violencia y agresividad física. Estos comportamientos, justamente en cuanto expresión de dicha esencia y naturaleza, se imputan, a quien conociendo o teniendo posibilidad de desarrollo y de manifestación- por más imprevisibles, y en el plano concreto, o inevitables que sean- deviene al propietario o simple usuario de los animales y asumen por consiguiente la responsabilidad por tales comportamientos.*¹⁰¹⁴ La corte de *cassazione* ha afirmado que la responsabilidad por daños ocasionados por animales queda a cargo del propietario y se transfiere al tercero si éste se sirve del animal y sólo por el tiempo que lo tenga en uso. Por consiguiente el puro hecho de confiar un animal, por razones de custodia, de cuidado, de control o mantenimiento no traslada hacia el tercero la responsabilidad por daños causados por dicho animal.¹⁰¹⁵

4.1.3.6 Responsabilidad por Custodia de Cosa.

Art. 1384 del *Code Civil*,¹⁰¹⁶ segunda parte: *o de las cosas que se tiene bajo su*

¹⁰¹² Corte di Cassazione. Sentencia No 4160 del 26 de junio de 1981.

¹⁰¹³ VISINTINI Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Ob. Cit. Pág. 128-129.

¹⁰¹⁴ Corte di Cassazione. Sentencia NO 2333 del 7 de Septiembre de 1966

¹⁰¹⁵ Corte di Cassazione. Sentencia NO 5226 del 20 de noviembre de 1977.

¹⁰¹⁶ Artículo 1384. (*Ley de 7 de noviembre de 1922 Diario Oficial de 9 de noviembre de 1922*), (*Ley de 7 de de abril de 1937 Diario Oficial de 6 de abril de 1937 rectificativo DORF 12 de mayo de*

guarda; pone de manifiesto la condena del guardián de la cosa sin que la culpa sea demostrada, con la sola prueba del vicio, no siendo causal de exoneración la culpa del constructor de la cosa o el carácter oculto del vicio.¹⁰¹⁷ Posteriores fallos consagran la responsabilidad objetiva por el hecho de la cosa.¹⁰¹⁸ No es necesario que la cosa tenga vicio susceptible de causar daño, la ley liga la responsabilidad no a la cosa misma, que pudo no haber sido más que un agente de transmisión, sino a su guarda.¹⁰¹⁹

En la legislación italiana, el espíritu del Art. 2051, con el que se ha dispuesto que cada cual es responsable del daño ocasionado por la cosa que tiene bajo su custodia “a menos que pruebe caso fortuito”, regula la hipótesis de un daño producido por cosas, pero en tanto y cuanto el custodio haya omitido las medidas necesarias para evitar que el daño se produzca. La causa del daño, definitivamente, no es la cosa, sino el comportamiento humano negativo. El artículo referido no está, necesariamente, ligado a la intrínseca peligrosidad de la cosa, entendida como aptitud objetiva para producir el daño, es suficiente que éste sea suscitado por el surgimiento de un agente dañoso, aunque fuera ocasional, en la cosa misma.¹⁰²⁰

La jurisprudencia no es uniforme en la atribución objetiva, esta coexiste con esquemas tradicionales de culpa, que tienen el primado entre los criterios de responsabilidad, aún a costa de emitir juicios que no son del todo correctos en el plano lógico-formal, porque no es posible imputar a un sujeto (en caso concreto al custodio de la cosa), una culpa presunta *iuris tantum* y luego afirmar que dicha presunción no puede ser superada con un tipo de cualquier prueba, sino sólo con la prueba del caso fortuito;¹⁰²¹ de ser así, se estaría incuestionablemente, frente a una responsabilidad de naturaleza objetiva, sin embargo, la naturaleza de esta responsabilidad continúa siendo controvertida. En las instancias inferiores se admite como hipótesis de responsabilidad objetiva. En cambio en la Corte di

1937), (Ley nº 70-459 de 4 de junio de 1970 Diario Oficial de 5 de junio de 1970 en vigor el 1 de enero de 1971) y (Ley nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 8 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002). La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causare por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda...

¹⁰¹⁷ Corte de casación de 18 de junio de 1896, relata el hecho de que un empleado mecánico había perdido la vida, por la explosión de una máquina de remolcador a vapor, debido a un vicio de construcción, en términos del Art. 1384 del Code civil, esta constatación excluye el caso fortuito y fuerza mayor, establece la responsabilidad del propietario del remolcador, sin que puede sustraerse a ella probando la culpa del constructor, sea de carácter oculto el vicio..caso Teffaine vs. Oriolle, Guissez et Cousin, Dalloz Périodique Tom. 1897 1ra. Parte. Pág. 433.

¹⁰¹⁸ Caso Lise Jand’heur, menor que resultó herida por un camión de la empresa, que fue demandada por la madre de la menor, pero no probó el vicio de la cosa, aunque sí ofreció la prueba de culpa, recibiendo fallos contradictorios

¹⁰¹⁹ Corte de Casación de Francia. 16/11/1920. Dalloz Périodique Tom. 1920, 1ra parte Pág. 169. Corte de Casación francesa plenario de 12 febrero de 1930.

¹⁰²⁰ Pretore de Milán, sentencia de 5 de enero de 1970.

¹⁰²¹ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 875.

Cassazione, se adhiere la tesis de responsabilidad presunta *iuris tantum*.¹⁰²²

La doctrina se ha detenido en el análisis de la peligrosidad de la cosa, como justificativo de la responsabilidad del titular o guarda de la cosa, hipótesis inicialmente admitida como justificación del Art. 1384 del Code, pero luego rechazada, sentando el principio, que no es preciso distinguir entre cosas inertes o peligrosas, posición que comparto, puede que existan cosas que por sí sean peligrosas o revistan vicio susceptible de provocar un daño, pero también, las hay inicuas, que bajo ciertas circunstancias, pueden ser altamente peligrosas, entonces es inútil el distingo entre cosas peligrosas y cosas inicuas, unas y otras pueden provocar daño.

Lo que sí importa es la presencia y participación del agente, en la estructura del proceso causal, la norma comentada imputa responsabilidad “al guardián” de la cosa, dice: *La persona será responsable... de las cosas que permanezcan bajo su guarda*, entonces, el guardián, responde por toda cosa, que esté bajo su guarda, sin considerar la peligrosidad o no de la cosa. ¿Pero quién es el guardián?, generalmente el “guardián de una cosa”, es el propietario. Entonces la configuración del hecho ilícito, susceptible de responsabilidad extracontractual, se genera por la relación causal del daño provocado por una cosa, que se encuentra bajo la guarda de un sujeto, quien resulta ser el obligado frente a terceros. Es lógico suponer que si el daño es provocado por una cosa, el titular o guarda, no puede sustraerse de la responsabilidad, arguyendo falta de culpa o imposibilidad de evitar el daño, su responsabilidad es objetiva, en consecuencia, debe resarcir el daño provocado, la solución dada por la legislación francesa, prescindiendo de toda apreciación de la conducta del dueño o guardián desde el punto subjetivo, e independientemente de la peligrosidad o no de la cosa, sin duda es la adecuada.

El sistema de peligrosidad de la cosa rechazado por la doctrina y jurisprudencia francesa fue adoptado por algunas legislaciones entre las que se encuentra la mexicana (Art. 1913 y 1914) y la peruana (1940).

4.1.3.7 Responsabilidad Por Ruina De Edificio

El Art. 1386,¹⁰²³ delimita la responsabilidad del propietario por daño causado por ruina de edificio, debido a la falta de mantenimiento o vicio de construcción. Se han emitido fallos haciendo responsable al propietario por no haber colocado las barandas para impedir la caída, al piso inferior.¹⁰²⁴ O por los daños causados, por la caída de cúmulos de nieve formados en los tejados, en estos casos se ha destacado, la omisión tanto de falta de control de la nieve concentrada en el tejado, en forma tal de impedir la creación del peligro para peatones o

¹⁰²² Corte di Cassazione. Sentencia No 9568 del 1 de octubre de 1997.

¹⁰²³ Art. 1386 El propietario de un edificio será responsable del daño causado por su ruina, cuando ésta se hubiera producido como consecuencia de su falta de mantenimiento o por el vicio de su construcción.

¹⁰²⁴ Cuor de Cassation, sentencia de 7 de junio de 1962. en Dalloz 1962, Pág. 721.

automovilistas, cuanto la falta de advertencia del peligro.¹⁰²⁵ La norma define la responsabilidad por omisión o vicio de la construcción del edificio.

Se trata de medios formales para evitar, cuando sea posible hacerlo, la aplicación de reglas de responsabilidad del propietario de edificio, las cuales comportan la asunción de algún riesgo con independencia de toda culpa y en virtud del Art. 1384 del *Code Civil*. La tendencia sostiene la tesis, de que la ley, (al codificar el artículo 1382 del *Code civil*) ha impuesto a todos una *obligation de sécurité* frente a los demás: un deber que consistiría en la asunción del riesgo de que otro tenga que soportar un daño a causa de nuestra actividad o inercia.¹⁰²⁶

La responsabilidad por ruina de edificio, es de responsabilidad exclusiva del propietario, independientemente a que el inmueble se encuentre arrendado, no obstante de que el arrendatario se encuentre en custodia del inmueble y se sirva de él; las consecuencias de la guarda, no son aplicables a las relaciones entre propietarios y arrendatarios, contempladas en los artículos 1733 y 1734 del *Code Civil*.

Pero si el daño es provocado por el arrendatario, éste responde, así lo expresa un caso de jurisprudencia: Aquél que detente, en virtud de cualquier título, todo o parte del inmueble o de los bienes mobiliarios en los que hubiera nacido un incendio, sólo será responsable frente a terceros, de los daños causados por este incendio si se prueba que éste se produjo por su culpa o por culpa de las personas de las que fuera responsable.

La jurisprudencia italiana, siguiendo la línea francesa, hace hincapié en la responsabilidad del propietario, del daño que derive del defecto de manutención o vicio de la construcción, en tal sentido regula el Art. 2053,¹⁰²⁷ con la diferencia de que en el caso de la legislación francesa identifica a la responsabilidad como objetiva.

Los confines de la responsabilidad del propietario con relación al arrendatario, se extienden, no obstante de que el inquilino es el custodio del inmueble, el propietario es quien responde frente a terceros. La relación entre propietario y arrendatario es interna, el daño debe ser reparado por el propietario y no puede éste alegar la falta de manutención por parte del arrendatario.¹⁰²⁸

Si son varios los titulares del inmueble, estos responden en forma solidaria por el daño, la víctima puede instaurar acción contra uno de los titulares y exigir la indemnización total, sin perjuicio de la acción de regreso. La hipótesis de varios dañadores es resuelta en la legislación Italia en su Art. 2055.¹⁰²⁹

¹⁰²⁵ Cuor de Cassation, sentencia de 18 de junio de 1963. en J.C.P. 1963, 13316.

¹⁰²⁶ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob. Cit. Pág. 373.

¹⁰²⁷ Art. 2053 Ruina de edificio. El propietario de un edificio de otra construcción es responsable de los daños ocasionados por su ruina, salvo que puede que ésta no se debe a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción.

¹⁰²⁸ Corte di Cassazione. Sentencia No 4384 de 21 de Julio de 1979.

¹⁰²⁹ 2055 *Responsabilidad solidaria*.- Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas

4.1.3.8 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.

El giro más significativo lo configura la sanción de la ley francesa sobre accidentes de trabajo de 1898, que establece por primera vez, el deber del patrón de indemnizar al trabajador por las lesiones que este sufriera durante su desempeño laboral, sin otras excepciones que la fuerza mayor, extraña al trabajo y la culpa del perjudicado.¹⁰³⁰ Responsabilidad de naturaleza objetiva, siguen la misma línea: la Ley Badinter de 5 de julio de 1985, sobre accidentes de tránsito, que consagra la obligatoriedad del seguro. La *Responsabilidad por productos defectuosos*, incorporado en el Code Civil, por Ley No 98-389 de 19 de mayo de 1998, en dieciocho incisos, Ley del sistema sanitario de 5 de marzo de 2002, que introduce los daños producidos por actos médicos.

La responsabilidad objetiva, en la legislación italiana, es consagrada en el Art. 2050.¹⁰³¹ La definición de actividad peligrosa, no es dada por el legislador, ésta debe deducirse de la naturaleza de la actividad misma, o de la naturaleza de los medios adoptados; así se considera peligrosa una fosa en la vía pública sin ninguna señalización. La jurisprudencia ha extendido el significado de peligrosidad, comprendiendo incluso actividades que no se caracterizan por el riesgo.¹⁰³² Por el contrario, también hay jurisprudencia que señala que “por actividad peligrosa”, deben entenderse aquellas que son tales según la calificación de la legislación de seguridad pública, o por otras normas especiales.¹⁰³³ Otros casos donde se discute si una actividad puede tornarse riesgosa o peligrosa y aplicar el Art. 2050, considerándose peligrosa la organización de actividades deportivas de natación y la extracción de minerales de un yacimiento, no se aplica en cambio a la circulación de vehículos ni navegación aérea.¹⁰³⁴ Se ha incluido, también, como actividad peligrosa el suministro de energía eléctrica,¹⁰³⁵ el transporte de petróleo crudo,¹⁰³⁶ la utilización de máquina para amasar, en panificación.¹⁰³⁷ Casos referidos por ALPA.¹⁰³⁸

están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño.

Aquel que ha resarcido el daño tiene acción de repetición contra cada uno de los otros, en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y de la importancia de las consecuencias que se han derivado de ella.

En la duda, las culpas singulares se presumen iguales.

¹⁰³⁰ DÍEZ Picazo. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. En la responsabilidad en el derecho. Anuario de la facultad de derecho de la universidad Autónoma de Madrid. No 4 (año 2000) Ob. Cit. Pág. 153.

¹⁰³¹ Art. 2050.- *Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas*.- Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, sino prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

¹⁰³² Corte de Cassazione. Sentencia 702 del 30 de marzo de 1968. Giur. It. 1968 I.1 Col 364.

¹⁰³³ Corte de Cassazione. Sentencia 1712 del 29 de mayo de 1972. Giur. It. 1972.

¹⁰³⁴ Corte de Cassazione. Sentencia 3642 del 27 de noviembre de 1972.

¹⁰³⁵ Corte de Cassazione. Sentencia 4893 del 11 de noviembre de 1977.

¹⁰³⁶ Corte de Cassazione. Sentencia 662 del 13 de febrero de 1978.

¹⁰³⁷ Corte de Cassazione. Sentencia 1191 del 9 de marzo de 1978.

¹⁰³⁸ ALPA Guido. Nuevo tratado de responsabilidad civil. Ob.Cit. Pág. 866.

La jurisprudencia insiste en la distinción entre actividades peligrosas en sí y actividades inicuas que pueden volverse peligrosas, a las cuales se aplica el régimen especial,¹⁰³⁹ la categorización de actividades peligrosas, es propia de un sistema típico especial, no acorde con los cambios vertiginosos que se van operando en el mundo, con la consiguiente reproducción de situaciones riesgosas y peligrosas que estarían fuera de los casos típicos, y que por lo tanto, requerirían de nuevas normas especiales para resolverlos; por otra parte, la distinción con las inicuas, deja afuera a todas las actividades que sin ser riesgosas o peligrosas, en ciertas situaciones, pueden generar un alto riesgo o peligrosidad, entonces un sistema típico no parece ser la respuesta adecuada, sino más bien, una norma general bajo cuyo amparo puedan coexistir todas las situaciones que aún no siendo peligrosas en sí puedan tornarse peligrosas y que acojan a las futuras situaciones o acciones peligrosas, sin necesidad de la intervención del legislador.

4.1.3.9 Responsabilidad por Daño Moral.

El daño moral no se encuentra regulado en el *Code Civil*, en tanto que en la legislación italiana fue incluida en el Art. 2059,¹⁰⁴⁰ la jurisprudencia da cuenta de un tratamiento completamente dispar, sin embargo existe tendencia en la aplicación de tablas incluso a daños morales, una sentencia inédita fue la dictada en el tribunal de Génova.¹⁰⁴¹ La jurisprudencia ha determinado aspectos que deben ser tomados en cuenta al momento de la calificación del daño moral: la gravedad del daño,¹⁰⁴² la intensidad del padecimiento anímico,¹⁰⁴³ el nivel intelectual y moral de la víctima, cuanto más alto sea éste, mayor será el dolor, el estado de convivencia (entre parientes legítimos),¹⁰⁴⁴ la edad de la persona que sufre, etc.¹⁰⁴⁵

4.1.3.10 Responsabilidad por Abuso del Derecho.

Ni en la legislación francesa ni en la italiana, existe una norma general que contemple el abuso del derecho.

El abuso del derecho, en el derecho francés, surgió y se desarrolló, no por cambios legislativos, sino a partir de una interpretación doctrinal y jurisprudencial, es uno de los países con mayor número de aplicaciones jurisprudenciales, son innumerables los fallos relacionados a actos abusivos del ejercicio del derecho propietario, los que sientan el principio: *el derecho de propiedad encuentra necesariamente un límite, en la obligación de permitir al vecino gozar de su*

¹⁰³⁹ Corte di cassazione. Sentencia No 12193 de 2 de diciembre de 1997, a propósito de un centro de belleza, referido también por ALPA Ob.Cit. Pág. 871.

¹⁰⁴⁰ El artículo referido expresa: *Daños no patrimoniales* El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por ley.

¹⁰⁴¹ Tribunale de Génova. Sentencia de 13/01/1988.

¹⁰⁴² Corte di cassazione. Sentencia No 537, 7/10/1980, en foro it. 1980

¹⁰⁴³ Corte di cassazione. Sentencia No 4947, 11/10/1985, en Arch. Giur. Circ. 1986. Pág. 110.

¹⁰⁴⁴ Corte di cassazione. Sentencia No 3116, 7/05/1983, en foro it. 1980. Resp. Civ. Prev. 1984. Pág. 375.

¹⁰⁴⁵ Tribunale de Milán, Sentencia de 18/02/1988, en Rep. Civ. Prev. Pág. 454.

propiedad, a manera de ejemplo cito el caso de las fuente de Saint-Galmier, Corte de Lyon, basado en el Art. 1382 del Code Napoleón, en el aforismo *malits non est indulgentum*, consideró que el propietario del terreno se había servido del poder de abusar de su cosa....¹⁰⁴⁶

Se destaca que en el proyecto ítalo-francés,¹⁰⁴⁷ Art. 74, párrafo segundo, se define el principio: aquel que ejerciendo un derecho propio, realiza actos contrarios a la “buena fe” o al fin para el cual le fue concedido el derecho, excediendo los límites de éste, debe resarcir los daños provocados por su proceder.

No obstante de que el proyecto ítalo-francés, en muchos aspectos resulta ser preparatorio de la compilación de las reglas de la responsabilidad civil, el código Civil italiano, de 1942, no ha introducido una norma general que regule el abuso del derecho, refiriéndose tan sólo a algunos casos concretos, Art. 833 actos de emulación en el ejercicio del derecho propietario, en perjuicio de los demás Art. 1015 abuso del usufructo que hace cesar dicho derecho y Art. 2793, secuestro por abuso de la prenda por parte el acreedor.

4.1.3.11 Responsabilidad del Estado

La jurisprudencia francesa, a partir de la segunda década del siglo XX, admitió la llamada responsabilidad sin culpa, en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. El consejo de Estado receptó en tres rubros el principio de la responsabilidad del Estado sin falta: - Servicio público, en situaciones “excepcionalmente peligrosa” la responsabilidad puede en principio comprometerse aún en ausencia de todo defecto de mantenimiento.¹⁰⁴⁸ – Cosas y actividades peligrosas, explosión de municiones,¹⁰⁴⁹ por contaminación de VIH con sangre infectada se ha condenado al Estado.¹⁰⁵⁰ El uso de armas de fuego por los servicios de seguridad, conllevan la responsabilidad del Estado por riesgo y no por culpa de la víctima.¹⁰⁵¹ Se trata de una responsabilidad objetiva y directa.

La responsabilidad del Estado por la actividad legislativa, que obligó al Estado a pagar,¹⁰⁵² se observa en tres fallos. Uno referente de la responsabilidad del Estado legislador en Francia, lo encontramos en los fallos de La Fleurette de 14 de enero de 1938, se demandó la ley de 1934 que había prohibido la fabricación y

¹⁰⁴⁶ JOSSERAND. *De l'esprit des droit*. Ob.Cit. Pág. 30-32, SPOTA. *Tratado*. Ob. Cit. Tom. I Vol. II. Pág. 191 No 247.

¹⁰⁴⁷ Proyecto, ítalo-francés de Código de obligaciones y contratos. Preparado por una comisión paritaria, integrada por juristas franceses e italianos, redactado en 1928.

¹⁰⁴⁸ Un arrét del consejo de Estado, admitió en 1978, luego lo confirmó en 1992.

¹⁰⁴⁹ Un arrét del consejo de Estado, de 28 de marzo de 1919, in re Renault-Desrosiers en Recueil Sirey, 1919-3-25.

¹⁰⁵⁰ Un arrét del consejo de Estado, de 9 de abril de 1993, Dalloz 1993. se refiere a la contaminación de sida por transfusión de sangre.

¹⁰⁵¹ Un arrét del consejo de Estado, de 24 de junio 1949. citado por TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de la responsabilidad vicil*. Ob.Cit. tom. IV Pág. 62.

¹⁰⁵² De Luís y Lorenzo J.F “Artículo 24 de la Constitución y poder legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del poder legislativo”. Tomo XVI. Pág. 641. 1989.

venta de cualquier crema sustitutiva de la leche lo que obligó al cierre de la empresa demandante, el Consejo de Estado definió que el hecho de que la indemnización no estuviera consagrada en la ley acusada, no podía ser un obstáculo para que los perjuicios ocasionados al demandante fueran resarcidos. Fallo de 21 de enero de 1944, se demandó la ley que prohibía la utilización de glucosa en lugar de cereales en la producción de cerveza y el fallo Bovero de 1963, sobre locales arrendados a militares de la guerra de Argelia, el máximo Tribunal puntualizó en los sujetos del daño, determinando que no debía tratarse de destinatarios específicos, sino que los afectados podrían ser *un amplio sector de la población francesa...* Con este fallo, la omisión legislativa dejó de ser un obstáculo, y la no inclusión de indemnización por el legislador debía interpretarse favorablemente al demandante.¹⁰⁵³

Los fundamentos sobre los que descansa la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa en Francia son: norma arbitraria o discriminatoria, que vulnera el principio de igualdad, o la imposición de un sacrificio anormal que no está en la obligación de soportar el ciudadano.

En Italia se observa un desarrollo importante con las abrogaciones del Art. 89, 2º párrafo del R.D. No 1198 de 19 de julio de 1941, en torno a las limitaciones de la responsabilidad del concesionario del servicio telefónico por interrupciones indebidas atribuibles a su culpa y la derogación del Art. 6 y siguientes del D.P.R. No 156 de 29 de marzo de 1973, sobre limitación de responsabilidad del ministerio de correos por pérdida de correspondencia.¹⁰⁵⁴ Son muy ilustrativas las sentencias dictadas sobre: falta de colaboración de fuerza pública,¹⁰⁵⁵ retraso en el pago de la pensión de jubilación.¹⁰⁵⁶ Omisión de vigilancia en la construcción de un terreno inestable.¹⁰⁵⁷ La figura legislativa de responsabilidad de la administración pública, se la introdujo por ley 675 de 31 de diciembre de 1996, sustituida por el código en materia de datos personales de 2003, norma que en su Art. 27 señala: *todo aquel que ocasione daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales está obligado al resarcimiento, según el Art. 2050 del Código Civil.*

La Corte *di cassazione*, consideró que el acto administrativo ilegítimo, era de por sí fuente de responsabilidad, sin necesidad de determinar la culpa o dolo de la administración pública.¹⁰⁵⁸ El principio general que sigue es que el artículo 28 de la Constitución, postula dos normas; una establece el principio de la responsabilidad *in proprio* de las personas que actúan como órganos de la administración; la otra determina la responsabilidad de la Administración por los actos ilícitos cometidos

¹⁰⁵³ Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Diciembre de 4 2005, Pág. 3.

¹⁰⁵⁴ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob.Cit. Pág. 676.

¹⁰⁵⁵ Tribunale de Bolonia. Sentencia de 22 de mayo de 1986, *en archivio delle locazioni 1986, pág. 281.*

¹⁰⁵⁶ Corte di Cassazione. Sentencia No 1808, del 4 de marzo de 1985.

¹⁰⁵⁷ Corte di Cassazione. Sentencia No 3939, del 29 de abril de 1986.

¹⁰⁵⁸ Corte di Cassazione. Sentencia No 6542, de 9 de junio de 1995.

por los funcionarios dependientes; responsabilidad de la que se dice, tiene naturaleza “directa en virtud de la llamada relación orgánica, que fusiona la actividad de los órganos con la de las regla del derecho común en materia de comisión de acto ilícito. Sin embargo, se deja sin perjuicio toda limitación que derive de la ley, o la existencia de una incompatibilidad con la naturaleza subjetiva del ente público o con su actividad.”¹⁰⁵⁹

En cuanto a la responsabilidad del Juez, mediante régimen especial, ley 117 de 13 de abril de 1988, se pone a cargo del Estado el daño sufrido, sin perjuicio de la acción de regreso. Establece: quién ha sufrido un daño injusto respecto de un comportamiento, de un acto o de una decisión judicial, realizado por un magistrado con dolo o culpa, en el ejercicio de sus funciones, o por denegación de justicia, puede accionar contra el Estado, subordinado a que se hubiera ejercitado los medios ordinarios de imputación o los demás remedios previstos por ley, mediante los procedimientos cautelares y sumarios, que no fuera posible la modificación ni la revocación de la decisión judicial, que se hayan agotado los procedimientos en el ámbito en el cual se ha verificado el hecho que ha ocasionado el daño.¹⁰⁶⁰

Ambas legislaciones tienden a una responsabilidad objetiva del Estado por los actos dañosos de sus funcionarios, pertenezcan estos al ejecutivo, legislativo o judicial y una aplicación subjetiva interna para la acción de regreso.

4.1.3.12 Responsabilidad del Médico.

La jurisprudencia francesa, fijó la responsabilidad contractual del médico,¹⁰⁶¹ en esta misma línea la jurisprudencia italiana. No obstante que éste trabajo se circunscribe a un estudio de la responsabilidad civil extracontractual, analizaré los aspectos resaltantes de esta figura, bajo la premisa de que esta responsabilidad puede ser concebida como extracontractual, según la tendencia doctrinal expuesta en el capítulo segundo.

La jurisprudencia italiana, aplica los Arts. 1175 y 1176, en relación con el Art. 2236 y el régimen general previsto por el Art. 2043 del Código civil italiano. La jurisprudencia, siguiendo la tendencia de la doctrina y jurisprudencia francesa, se ha propuesto distinguir entre las hipótesis en las que la relación obligatoria sólo implica el desarrollo de medios y de aquella que debe garantizar el resultado, aspecto duramente objetado por la doctrina italiana y sin embargo asumida como naturaleza de la relación médico paciente. La naturaleza de la actividad profesional médica, se concentra en la calificación de la culpa y sólo otorga una prestación “de medios”, aspecto rechazado a tal punto, que la jurisprudencia asentada destaca la exigencia de resultados,¹⁰⁶² va camino a desechar la norma

¹⁰⁵⁹ Corte di Cassazione. Sentencia No 330, del 7 de febrero de 1974, en Giur.Civ. 1974 I, 1 Pág. 1158.

¹⁰⁶⁰ ALPA Guido. *Nuevo...* Ob.Cit. Pág. 725.

¹⁰⁶¹ Corte de Casación francesa Cámara Civil Arrét de 20/05/36. Dalloz Périodique. Tom. 1936. Pág. 88, referida por TRIGO-LÓPEZ. *Tratado...* Ob.Cit. Tom. II Pág. 307.

¹⁰⁶² Corte di Cassazione. Sentencia No 4394, del 8 de agosto de 1986, en Giur. It. 1987. I 1 col. 1137.

especial para aplicar la general, con una visión de responsabilidad objetiva, vinculada al uso de técnicas, destrezas, habilidades y aptitudes (éticas) y no a la culpa del profesional en sí, sino a su falta de preparación, bajo cuya visión, opino, que se debe hacer responsable al Estado, que otorga la autorización del ejercicio profesional, a personas no siempre idóneas para ejercer la profesión, máxime, si además, la educación está bajo la tutela del Estado.

Otro elemento compulsado es el de la información adecuada por parte del médico al paciente,¹⁰⁶³ Hay sentencias que agravan la culpa del médico a la categoría de leve,¹⁰⁶⁴ no obstante, que la norma exige culpa grave; asimismo la carga de la prueba la transfieren al médico. Decisión más equitativa, que realza el valor del ser humano.

Los cambios operados sobre la responsabilidad civil extracontractual, hacia un sistema binario de responsabilidad subjetiva y objetiva, permiten abrir compuertas como la de la responsabilidad del profesional liberal y la del médico en particular, a una responsabilidad objetiva de naturaleza extracontractual, toda vez que la relación médico paciente no siempre surge de un contrato sino de un seguro social público. Por otra parte es conveniente desde un punto de vista de accesibilidad y eficacia que la carga de la prueba recaiga en el profesional, estos cambios priorizan la vida y salud, a intereses de naturaleza particular.

4.1.3.13 Responsabilidad del Productor.

La comunidad Europea, resolvió el problema de la responsabilidad del productor emitiendo la directiva No 374 de 25 de julio de 1985,¹⁰⁶⁵ comienza con el principio general, en virtud del cual “la comunidad fija una responsabilidad objetiva. El productor es responsable del daño causado por el defecto de su producto”, con la introducción de la directiva los Estados miembros, quedan comprometidos a adecuar su ordenamiento interno a los principios contenidos en la directiva.

En un sistema codificado la implementación de una directiva, sólo podría realizarse mediante técnicas de legislación especial (es decir, manteniendo el lugar central del Código Civil, y enriqueciendo el elenco de las normas especiales, con la preeminencia de éstas sobre las normas del código, pero con la consecuencia, por un lado, de una interpretación restrictiva de las nuevas normas, en tanto sean consideradas excepcionales, y por otro lado, del carácter sectorial de su eficacia), o con la técnica de las adiciones, opción que implica la adquisición de principios de carácter general contenidos en el código Civil. El proyecto italiano adopta la primera técnica y el francés sigue la segunda.¹⁰⁶⁶

La legislación francesa, en el capítulo IV del Código Civil desarrolla la responsabilidad por productos defectuosos, incluye dieciocho nuevos párrafos en

¹⁰⁶³ Corte di Cassazione. Sentencia No 3046, del 8 de abril de 1997, en Foro it. 1997 I. col. 801.

¹⁰⁶⁴ Corte di Cassazione. Sentencia No 9705, del 6 de octubre de 1997, en Giur. It. 1998. I 1. col. 1816.

¹⁰⁶⁵ Publicado en la gaceta oficial el 12 de septiembre de 1985, No 215 bis.

¹⁰⁶⁶ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob.Cit. Pág. 1060.

el Art. 1386,¹⁰⁶⁷ norma que reitera sustancialmente el texto de la Directiva; tomando el primer principio de la Directiva, establece, que el productor será responsable del daño causado por un defecto de su producto, esté o no ligado por un contrato con la víctima. Con lo que marca su campo de acción a actos contractuales y extracontractuales (Art.1386-1) y la relación con el Inc. -9, *El demandante deberá probar el daño, el defecto y el vínculo de causalidad entre el defecto y el daño*, fija una responsabilidad de naturaleza objetiva.

La legislación italiana, en aplicación de la directiva comunitaria No 768 de 1976, al igual que la francesa, comienza con el enunciado general (Art. 1) que retoma lo dispuesto por el Art. 1 de la Directiva: el productor “es responsable del daño ocasionado por defectos de su producto”, en relación con el Art. 8, señala: - el damnificado debe probar el daño, el defecto y el nexo causal entre el defecto y daño; - el productor debe probar los hechos que pueden exonerarlo de responsabilidad, según las disposiciones del Art. 6. Para que tenga el efecto exoneratorio la letra (b) del citado artículo establece que es suficiente demostrar, tomando en cuenta las circunstancias, que el defecto todavía no existía, en el momento en que el producto fue puesto en circulación; - si resulta verosímil que el daño ha sido causado por un defecto del producto y las causas de exoneración de la responsabilidad Art. 7 de la Directiva, sientan el principio de la responsabilidad objetiva.

En el proyecto francés, se distingue la carga de la prueba relativa a la responsabilidad de orden general, del productor y la carga de la prueba a la que está obligado el adquirente en caso de relación de causalidad entre el defecto y el daño (Art. 1387, adición 9 del *Code civil*).

En el Art. 2, en relación al texto de la directiva se ha añadido, la definición de “transformación” del producto y se ha excluido la aplicación de la Directiva los productos agrícolas y de crianza. En el texto francés no se incluye. Es un producto todo bien mueble, incluso si estuviera incorporado a un bien inmueble, comprendidos los productos de la tierra, del ganado, de la caza y de la pesca. La electricidad será considerada como un producto. En el Art. 3 la definición del productor retoma casi literalmente el texto de la directiva (Art. 2), al igual que la francesa, la italiana define al “proveedor” (Art. 4). Mientras que en el proyecto francés el Art. 1387-4 se limita a repetir el texto de la Directiva (Art. 3).

El Art. 5 del texto retoma la dirección del Art. 6 de la Directiva, limitándose a aportar algunas correcciones, en el texto francés se repite la fórmula ya dispuesta por la Directiva, de noción de “defecto” se centra en la disconformidad entre el estado del producto y seguridad del usuario. Se precisa que dicha disconformidad hace responsable al productor, esté o no ligado por un contrato con la víctima (Art. 1387-1). El texto italiano invoca el criterio de la racionalidad referido a la destinación del producto, evitar demandas por usos anormales del producto y

¹⁰⁶⁷ Mediante la emisión de la Ley nº 98-389 de 19 de mayo de 1998, que en su Art. 1 y art. 2 Diario Oficial de 21 de mayo de 1998

comportamientos previsibles, en conexión con el uso, Art. 6. Se propone una apreciación abstracta de la peligrosidad del producto, atenuado por la apariencia, es decir, la evidencia del defecto, vicio o peligrosidad. “La reconocibilidad de los riesgos derivados del uso del producto, cumple un papel importante, no sólo para evaluar la eventual concurrencia de culpa del damnificado, sino también, y principalmente, en la indicación del nivel de riesgo, debajo del cual el producto puede ser considerado socialmente aceptable y no defectuoso”. Similares criterios son utilizados en el proyecto francés: “Un producto es defectuoso en el sentido del presente título cuando no ofrezca la seguridad que legítimamente se puede esperar de él. En la apreciación de la seguridad que legítimamente se puede esperar de él, deberán ser tenidas en cuenta, todas las circunstancias y especialmente la presentación del producto, el uso que puede ser esperado razonablemente de él y el momento de su puesta en circulación. Un producto no podrá ser considerado como defectuoso por el sólo hecho de que otro, más perfeccionado, haya sido puesto posteriormente en circulación,” (inclusión 4, Art. 1386).

El requisito de seguridad del producto, es entendido en Francia, incluso cuando el producto hubiera sido fabricado respetando las reglas del oficio o las normas existentes o habiendo sido objeto de una autorización administrativa, (inclusión 10-Art. 387). Numerosos casos de jurisprudencia han declarado que la obligación de seguridad del vendedor es autónoma, y que puede ser demanda por acto extracontractual.¹⁰⁶⁸

Las inclusiones 11 y 12 del Art. 1386, son como implementación de la Directiva de la Unión Europea No 85/374, limitan la responsabilidad de pleno derecho, si se prueba: - que no había puesto el producto en circulación; - que, el defecto, no existía en el momento en que el producto fue puesto en circulación o que el defecto hubiera nacido posteriormente; - que el producto no estaba destinado a la venta o a cualquier otra forma de distribución; - que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento en que puso el producto en circulación, no permitió descubrir la existencia del defecto; - o que el defecto fuera debido a la conformidad del producto con las reglas imperativas de orden legislativo o reglamentario.

El productor, no será tampoco responsable si estableciera que el defecto fuera imputable a la concepción del producto en el cual ésta parte hubiera sido incorporado o a las instrucciones proporcionadas por el productor de ese producto. (Art. 1386-11). Sin embargo la exoneración no es aplicable cuando el daño hubiera sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos resultantes de éste o si un defecto hubiera sido revelado en un plazo de diez años, después de la puesta en circulación del producto y no hubiera adoptado las previsiones apropiadas para prevenir las consecuencias dañosas. (Art. 1386-12).

El Art. 1387-15 hace recaer la responsabilidad en el productor o en el “proveedor

¹⁰⁶⁸ CARBONIER Jean. *Droit Civil. Les obligations*. Ob.Cit. Pág. 522.

profesional” la prueba del conocimiento del defecto del producto por parte del damnificado (adquirente) vinculada a que el adquirente “no podía legítimamente ignorar” del defecto del producto. A la definición del producto defectuoso introduce una serie de reglas dedicadas a “la responsabilidad por falta de seguridad de los productos”, se intenta coordinar los principios de la directiva con la legislación ya existente; en Francia, especialmente, en los Arts. 1 y 2 de la ley 83-660 de 21 de julio de 1983, se consideran las condiciones normales de utilización del producto, sin embargo, el texto italiano sólo toma en cuenta el comportamiento abstracto del consumidor medio y el comportamiento concreto del damnificado; en cambio el modelo francés añade otro criterio con el cual se ha pasaba a centrar la atención en el comportamiento del productor, según el texto de condiciones razonablemente previsibles por parte del productor. Se facilita la carga de la prueba para el consumidor y se admite el uso normal del producto, siempre que ello sea previsible para el productor; al mismo tiempo se precisa que los productos no pueden ser peligrosos para la salud de la persona y que aquel que produce un artículo, se somete a una obligación general de seguridad.

Las inclusiones 14-15-y 16, del Art. 1387, en el *Code Civil*, referidas a cláusulas exoneratorias y de limitación de la responsabilidad, muestran la presencia de relaciones extracontractuales. En similar sentido el Art. 12 del P.D.R. de 1988, sólo puede ser alusiva a la responsabilidad de tipo *Aquiliano*.

El análisis comparativo de los textos francés e italiano, muestran que han seguido criterios bastante homogéneos, se hace alusión al tipo de responsabilidad extracontractual, sin embargo se ha realizado una coordinación con el régimen contractual de la responsabilidad. En algunos aspectos se ha asegurado al consumidor una posición más fuerte.¹⁰⁶⁹

En materia agraria o ganadera transgénica, en Francia, con la nueva regulación, en la CEE: una papa, un tomate, un “producto” genéticamente modificado, a la luz de la normativa especial incorporado al *Code Civil*, lanzado al mercado aún sea con previa autorización, es un producto defectuoso, si no es etiquetado, la seguridad le otorga la forma de presentación requerida por la Directiva, concebida como deber de información.¹⁰⁷⁰

El Consejo del Estado Francés, *Greenpeace c. Francia*, el 25/02/1998, hizo el reclamo de la asociación ecologista *Greenpeace*, solicitando se suspenda la autorización del cultivo en Francia de tres especies de maíz transgénico, basándose explícitamente en el principio de precaución con sustento normativo en el Art. 200-1 del Código Rural (texto según ley *Barnier*)¹⁰⁷¹

Un segundo caso referido por ANDORNO, el caso de las “vacas locas”, 24/07/99,

¹⁰⁶⁹ ALPA Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad...* Ob.Cit. Pág. 1080-1081.

¹⁰⁷⁰ MODICA Doná Alle Rose Chiara. *Gli organismo genéticamente modificati e la responsabilità dei produttori del diritto francese*, en *responsabilità civil e previdenza* anno 2001. Vol. LXVI Pág. 1325.

¹⁰⁷¹ ANDORNO Roberto. Ob.Cit. la Ley 18/07/2002.

un recurso contra un decreto del gobierno que prohibía la elaboración de alimentos para bebés en base a ciertos tejidos o líquidos corporales de origen bovino, que presentaban riesgos potenciales de transmisión de virus EEB (encefalopatía espongiforme bovina). El tribunal sostuvo la aplicabilidad del principio de precaución que se imponía en materia de salud pública.

4.1.3.14 Responsabilidad por Daño Ambiental.

La concepción francesa, reivindica bajo la óptica de la responsabilidad civil, a un ser humano desdoblado jurídicamente en derechos patrimoniales tradicionales y subjetivos, pero también en derechos patrimoniales que trascienden la órbita egocéntrica por tener en su haber los derechos colectivos. Queremos con ello significar que patrimonio "es el conjunto de bienes y obligaciones de una persona".¹⁰⁷²

La precisión es importante porque cierto sector de la doctrina francesa ha definido el daño ambiental no sólo como aquel que lesiona el derecho colectivo del medio ambiente, sino como aquel que lesiona derechos individuales apropiables. Es decir, que dicho daño "puede lesionar a un propietario o a un poseedor así como a una persona que sólo posea el derecho de vivir sin molestias".¹⁰⁷³

El principio adoptado por Francia, "quien contamina paga"¹⁰⁷⁴ es aplicado en su jurisprudencia, sobre la base de la norma general que sienta el carácter objetivo de la responsabilidad por daño ambiental.

En Francia se destacan dos fallos del Consejo de Estado, dictados en los casos *Breenpeace et autres* y *Société Pro. NAT*, del 11/12/98 y 24/02/99, respectivamente, con relación a maíces transgénicos y prohibición de comercializar carne vacuna por riesgo de transmisión de la enfermedad EEB encefalopatía espongiforme bovina o mal de vaca loca.

En el modelo italiano, la Ley No 349 de 1986, en su Art. 18, incluye al daño ecológico, daño a la salubridad del medio ambiente, daño a la salubridad del área del agua del suelo, etc. Las diversas interpretaciones y tendencias sobre la concepción de la responsabilidad por daño al medio ambiente, dan cuenta de una protección al interés salud y el medio ambiente, dicho interés pertenece a la comunidad, para lo que se había subrayado la posibilidad de emplear el Art. 2043. Son varias las sentencias que relacionan daño al medio ambiente, con protección a la salud, no sólo física sino moral, aprecia al medio ambiente, como derecho

¹⁰⁷² GUILLIEN Raymond y VINCENT Jean. "Lexique de termes juridiques", 5ª edición. París, Dalloz, 1981.

¹⁰⁷³ TRICOT Daniel. "Rapport de synthèse", publicado en Cahiers de Droit de l'Entreprise, en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, París, como Suplemento Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron las ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental", p. 39.

¹⁰⁷⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM (2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 4 y 34.

fundamental.¹⁰⁷⁵ Luego se emitió el Decreto No 39 de 1973 que concebía al daño ambiental al erario como daño público de la colectividad organizada. La Concepción de intereses difusos sostenidos, son aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador, son los intereses que tienen como centro de referencia a un ente expotencial de un grupo no ocasional, extremo incluido en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano.¹⁰⁷⁶

4.1.3.15 Responsabilidad por Actividad Nuclear.

En la legislación italiana la responsabilidad civil, por el ejercicio de actividades nucleares, está regulada por ley,¹⁰⁷⁷ imputa la responsabilidad al dueño de la planta nuclear, al medio de transporte autorizado, a la compañía de seguro social o facultativo y a las personas que hubieran otorgado garantías financieras, estas son solidariamente responsables, Art. 15. El resarcimiento se reduce al seguro social o facultativo (Art. 17)... Además se fija un límite de indemnización. Si el daño supera el límite fijado por ley, el Estado responde por el exceso, hasta otro límite fijado para cada persona damnificada. Las acciones prescriben a los tres años a partir de que el damnificado supo del daño y caduca el derecho a reclamo a los diez años del accidente nuclear; si fuera de este plazo se hubiera descubierto el daño, se paga una indemnización equitativa.

4.1.4 Legislación Avanzada Sobre Responsabilidad Objetiva.

Frente al problema de la indefensión de la víctima del daño, en algunos casos imposibles de determinar el vínculo obligatorio, ha surgido una corriente doctrinal, que propugna incluir junto a la reparación individual de daños, la reparación colectiva. Dejar en manos del dañador la resolución del daño, significa desconocer la importancia del problema de reparación de actos no culpables, además de soslayar, que las indemnizaciones exigen garantías de solvencia superior a la que puede ofrecer un patrimonio individual, aspectos todos que impelen a la socialización de la responsabilidad.¹⁰⁷⁸

Estos mecanismo no requieren que la conducta dañosa sea antijurídica, ni que sea imputable a un autor mostrado como responsable, ya que a toda la colectividad le incumbe la responsabilidad por permitir actividades o uso de cosas que resultan peligrosas; ello equivale decir, que todos somos culpables en alguna medida, partícipes y responsables de los daños y riesgos que genera la vida

¹⁰⁷⁵ ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob.Cit. Pág. 1012.

¹⁰⁷⁶ Consejo de Estado, Decreto 24 del 19 de octubre de 1979.

¹⁰⁷⁷ Ley No 1860 de 31 de diciembre de 1962.

¹⁰⁷⁸ MIR Puigpelat Orión. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. Civitas. Madrid. 2002. Pág. 159. VINEY Geneviève. La déclin de la responsabilité individuelle. París. 1965. Pág. 382. ZABALA de Gonzales Matilde. Resarcimiento de daños. Ob. Cit. Tom. 4. Pág. 73. STIGLITZ Gabriel. La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas. La Ley Buenos Aires. 1984. Pág. 9 No 4,

económica social.¹⁰⁷⁹

Se justifica esta posición, ya que con frecuencia los daños no derivan del obrar particular de sujetos, sino de actividades grupales. Los daños causados colectivamente pueden ser fuente de responsabilidad. Daños causados por un integrante no identificado de un grupo bien delimitado, etc.¹⁰⁸⁰

En aplicación de esta corriente se establecerían sistemas de seguridad social basados en el principio de solidaridad, en cuya virtud el Estado acude en socorro económico de la víctima de catástrofes, otorgando una suma de dinero que cubra alguno de sus daños. Se reparte así en la sociedad (por vía de impuestos) la carga del perjuicio derivado de graves sucesos lesivos. Se alude entonces a un deber del Estado edificado sobre el fundamento de un *seguro social soportado por la caja colectiva en provecho de aquéllos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de servicios públicos ... el Estado es de alguna forma asegurador de lo que a menudo, se llama el riesgo social.*¹⁰⁸¹

Sin embargo, de lo positivo de esta corriente se hace difícil implementarla, menos en países donde aún no se han satisfecho las necesidades básicas, como sucede en nuestro país. TUNC, al respecto dice: No se ha podido lograr en ninguna parte del mundo, salvo Nueva Zelanda, en la que la *accident compensation act* del daño 1972, cubrió holgadamente por medio de un *fondo de garantías*, sucesivas y suplementarias, sustentadas con tasas y recursos del tesoro nacional.

Hace unos años, por el alto costo de llevar procesos judiciales, países como Suecia, Francia, España y otros, han adoptado una concepción distinta de la responsabilidad a través de la creación de fondos especiales de reparos.¹⁰⁸² En Suecia se estableció un mecanismo de seguridad social para la actividad médica hospitalaria, resarcimiento prácticamente autónomo, en la *patient insurant act*, consiste en reparar totalmente el resarcimiento del daño sufrido por el paciente de todo lo que se refiera a la prueba de la culpa del médico.¹⁰⁸³ Este seguro es opcional, vale decir la víctima tiene la facultad de acogerse al seguro o en forma alternativa acudir a los tribunales para exigir la reparación.

Bajo el desarrollo de la responsabilidad civil solidaria y la justicia distributiva, existen diferentes modelos que externalizan la reparación del daño provocado, estableciendo seguros que cubren daños infligidos, en situaciones consideradas de gravedad para cada país, dentro de esta órbita, tenemos a legislaciones que establecen ciertos aspectos que deben ser cubiertos por el Estado, con recursos de la sociedad, haciendo efectivo el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados, en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado la

¹⁰⁷⁹ STIGLITZ Gabriel. *Daños y perjuicios*. Ed. La Rocca. Buenos Aires. 1987. Pág. 159.

¹⁰⁸⁰ MOSSET Iturraspe Jorge. Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinada, en JA Doctrina. 1973 Pág. 1 SS.

¹⁰⁸¹ Ver ZABALA de Gonzales Matilde. Resarcimiento... Ob. Cit. Tom. 4. Pág. 72.

¹⁰⁸² LÓPEZ Mesa Marcelo. La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado, Revista de derecho Administrativo. Ed. Desalma Buenos Aires Nos 27/29 enero-diciembre 1998.

¹⁰⁸³ *Ibidem*. Ob. Cit. Pág. 73.

obligación al pago, en este caso la órbita de comparación la amplió a países europeos y Sudamericanos.

La legislación Sueca, establece un mecanismo de seguridad social, garantizando a los pacientes, que hayan sufrido un daño en ocasión de una actividad médico hospitalaria, un resarcimiento prácticamente automático; este régimen establecido en la “*Patient Insurance Act*” consiste en reparar totalmente el daño sufrido por el paciente, atribuido a culpa médica.¹⁰⁸⁴ Dicho fondo se financia a partir del pago de una tasa anual por parte de los 26 condados en que se divide administrativamente el país, y no es obligatorio para el paciente, quien puede libremente decidir si utiliza o no los beneficios de este fondo o recurre a los tribunales, camino normal de la responsabilidad civil.¹⁰⁸⁵

El intento más ambicioso de establecer una reparación automática de daños, la encontramos en las leyes neozelandesas, una de octubre de 1972 y otra de noviembre de 1973, que crean tres fondos públicos compensatorios eliminando el sistema tradicional de responsabilidad civil por accidentes.¹⁰⁸⁶ El primer fondo cubre todos los daños corporales derivados de accidentes laborales y enfermedades profesionales de los trabajadores –incluidos los independientes– que pudieran sufrir y se nutre de las cantidades aportadas, por el empresario (porcentaje sobre el salario del trabajador, que varía según el tipo de actividad).¹⁰⁸⁷ El segundo fondo cubre a las víctimas de accidentes de la circulación; es subsidiario respecto al primero (sólo entra en juego cuando la víctima no es trabajadora) y se alimenta de los gravámenes anuales sobre los vehículos.¹⁰⁸⁸ El tercero, financiado a cargo de presupuestos públicos, compensa a toda víctima de accidente, ocurrida en Nueva Zelanda, no cubierto por los dos fondos precedentes.¹⁰⁸⁹

Es dable aclarar, como lo hace MIR Puigpelat, que este sistema neozelandés de asistencia a las víctimas de accidentes, no fue nunca un sistema de responsabilidad civil de la Administración, sino un mecanismo público de compensación de daños que carece de la nota de bilateralidad que caracteriza a la responsabilidad civil; en efecto cuando la víctima de un accidente recibe, en Nueva Zelanda, la compensación prevista en dichos fondos, no está obteniendo una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración (de hecho, muchos de los daños que dichos fondos indemnizan desencadenarían –de aplicarse los criterios habituales de imputación de la responsabilidad civil – la responsabilidad civil de los particulares), sino que ve

¹⁰⁸⁴ PONZANELLI, G., *La responsabilità civile (Profili di diritto comparato)*, Bologna 1992, pp. 133/134.

¹⁰⁸⁵ PONZANELLI, G., *La responsabilità civile (Profili di diritto comparato)*, Bologna 1992, pp. 133/134.

¹⁰⁸⁶ MIR Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Ob. Cit., p. 161.

¹⁰⁸⁷ El porcentaje era de un 0,5% en el caso de las empresas de contabilidad, un 5% en la actividad minera, un 1% sobre sus ingresos en el caso del trabajador independiente, etc.

¹⁰⁸⁸ MIR Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., p. 161.

¹⁰⁸⁹ TUNC, André, *La responsabilità civile*, cit. pp. 79-81.

cumplida, en realidad, una especie de prestación de seguridad social garantizada por el ordenamiento de ese país.¹⁰⁹⁰

En Francia el fondo para las víctimas del sida (ley 91-1406 de 31/12/1991),¹⁰⁹¹ en el mundo éstas se han constituido en un agudísimo problema que va en crecimiento, la norma referida expresa en su, Art. 47: *víctimas de daños resultantes de la contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana causada por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre realizada en el territorio de la República francesa. Es aplicable a las víctimas de daños resultantes de contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana, causados por transfusión de sangre o inyección de productos derivados de la sangre realizados en el territorio de la República de Francia.*¹⁰⁹²

En España, se ha establecido un fondo de indemnización para las víctimas del terrorismo, de ayudas públicas destinadas a este fin.¹⁰⁹³ Se fundamenta en la insuficiencia de la norma civil para regular este extremo, en ese sentido SANTOS Briz, expresa: *La época actual ha hecho necesaria una regulación específica del resarcimiento de daños causados por elementos terroristas a favor de las víctimas de estos delitos.*¹⁰⁹⁴ El objeto de la ley va dirigido a satisfacer a las víctimas del terrorismo (Art. 1ro.),¹⁰⁹⁵ el Art. 2 establece el derecho de las víctimas a ser resarcidas de los actos de terrorismo de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaron con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana por el Estado y ámbito temporal de aplicación.¹⁰⁹⁶ La aplicación de la norma y sus contingencias en

¹⁰⁹⁰ MIR Puigpelat, O., La responsabilidad patrimonial de la Administración, cit., p. 161 nota 271. TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad civil*. Tom I Ob.Cit. Pág. 95

¹⁰⁹¹ Dicho Fondo se financia en parte por un aporte del Estado francés y en parte otra contribuciones voluntarias de las compañías de seguros (vid. LAMBERT – FAIVRE, Yvonne, Principes d'indemnisation des vecteurs post- transfusionnelles du sida par la cour d'appel de Paris, Recueil Dalloz, t. 1993, sec. Chroniques, p 67 ; PRETOT, Xavier, L'indemnisation de la victime d'un accident du travail contaminée par le virus VIH, Recueil Dalloz, t. 1996, sec. Sommaires commentés, p. 40) ; su monto asciende a los mil doscientos millones de francos, conforme el acta de su creación (Cr LE TOURNEAU- cadiet, Droit de la responsabilité, cit., p. 956, N° 4009).

¹⁰⁹² Ver el Art. 47 de la Ley No 91-1406 de 31 de diciembre de 1991.

¹⁰⁹³ La Ley 32/1999 fue aprobada el 8 de octubre de 1999 y publicada el 9 de octubre de 1999, en el BOE N° 242 (Cfr. Sistema informático BOSCH S. A., base de datos de legislación y jurisprudencia, sección II/02, Ley 32/1999).

¹⁰⁹⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil. Temas actuales, Ed. Montecoro, Madrid, 20041, p. 164.

¹⁰⁹⁵ La norma referida expresa: Mediante la presente Ley, el Estado rinde testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de tales actos.

¹⁰⁹⁶ Por la Disposición Adicional novena de la Ley 14/2000, del 29 de diciembre de 2000, de Medida fiscales, administrativas y del orden social y el art. 44 de la Ley 24/2001, del 27 de diciembre de 2001, que modificó aquella, se dispuso que el ámbito temporal de aplicación de la Ley 32/1999 se extiende a los hechos previstos en dicha Ley, acaecidos entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2002, sin perjuicio de las demás ayudas que pudieran corresponder

consideración a la temporalidad fijada por ley.¹⁰⁹⁷ La legitimación activa,¹⁰⁹⁸ los requisitos para que ésta prospere,¹⁰⁹⁹ y la indemnización corresponderá a la cantidad fijada por sentencia firme ejecutoriada, las diferencias de los montos límites son cubiertos por el Estado. La extensión de la obligación asumida por el Estado se extiende al pago de las indemnizaciones y compensaciones establecidas por daños físicos o psíquicos por fallecimiento, invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial y lesiones permanentes. La norma regula la transmisión de la acción civil, al Estado.¹¹⁰⁰ Finalmente las indemnizaciones otorgadas son compatibilizadas con las pensiones, ayudas compensaciones, resarcimientos que hubiera recibido la víctima.

por los mismos con arreglo al ordenamiento jurídico (Sist. Infom. BOSCH S.A., base de datos de legislación y jurisprudencia, II/02. Ley 14/2000).

¹⁰⁹⁷ La Ley 32/1999 trajo como consecuencia la presentación –hasta 25 de abril de 2001 – de 5.250 solicitudes de indemnización, de las cuales trescientas fueron rechazadas sin mayor análisis y a las demás se dio trámite; hasta esa fecha se había pagado a víctimas y familiares la suma de 39-400 millones de pesetas y se preveía llegar al final de año 2001 a una suma abonada de 41.500 millones de pesetas (Cfr. FUSTER- FABRA TORRELLAS, José Maria, Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo, cit., pp. 233/235).

¹⁰⁹⁸ El art. 3: “Serán beneficiarios de las indemnizaciones previstas en el artículo anterior: Las víctimas de actos de terrorismo. En el supuesto de fallecimiento de las víctimas: Las personas que hubiesen sido designadas derechos habientes en la correspondiente sentencia firme o sus herederos. Cuando no hubiera recaído sentencia, el cónyuge no separado legalmente o en su caso, la persona que hubiera venido conviviendo con la víctima de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso. Bastará la mera convivencia, y los herederos en línea recta descendiente o ascendiente hasta el segundo grado de parentesco. El orden de prelación y los principios de concurrencia de los distintos beneficiarios serán los establecidos en el Reglamento de Ayudas Resarcimientos a las víctimas de Delitos de Terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio

¹⁰⁹⁹ El art. 5 de la norma establece los requisitos para el reconocimiento de las indemnizaciones: “1. Procederá el abono a los interesados de las indemnizaciones reguladas en la presente Ley: Cuando, en virtud de sentencia firme, se les hubiere reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el artículo 2 de esta Ley. Cuando, sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En estos casos, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Las resoluciones administrativas por las que se hubiese reconocido a los interesados la condición de víctimas del terrorismo tendrán eficacia, en todo caso, para la tramitación y resolución de los correspondientes expedientes administrativos.

¹¹⁰⁰ Art. 8. 1. El Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios, contra los obligados inicialmente el resarcimiento como autores de los delitos, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. 2. con carácter previo a la percepción de las indemnizaciones establecidas en esta ley, los beneficiarios deberán transmitir al Estado las acciones civiles de las que fuesen titulares. 3. Si no hubiere recaído sentencia firme, la víctima o, en su caso, los derechohabientes transmitirán al Estado su expectativa de derecho fundada en la futura fijación judicial de responsabilidad civil.

Algunos países sudamericanos, también han adoptado seguros por actos que provocan daño, así en Argentina se han establecido fondos de indemnización por accidentes de trabajo, denominado *fondo de garantía*,¹¹⁰¹ destinado a cubrir toda indemnización *que dejare de abonarse por insolvencia absoluta de los empleadores; con cuyos recursos se abonarán las prestaciones en caso de insuficiencia patrimonial del empleador, judicialmente declarada* (Art. 33, inc. 1, ley 24.557-¹¹⁰²).

El sistema de asistencia social de la Argentina, se sienta sobre un criterio de justicia distributiva. La ley 23.661, del Seguro Nacional de Salud: *procura el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país* (art. 1), con residencia permanente (art. 5, inc. C), a través de un *servicio de asistencia social*.” el que se financia con un fondo al que aportan, fundamentalmente, las obras sociales y el Estado (art. 21).

La ley 20.007, faculta al poder ejecutivo, otorgar subsidios a las víctimas de *hechos terroristas de los que no fueren autores o partícipes*, y la ley 23.466 concede pensiones en favor de familiares de las víctimas de hechos de desaparición forzada de personas, anteriores al 10 de diciembre de 1983. En igual sentido la ley 24.156 establece: *El poder ejecutivo podrá disponer autorizaciones para gastar, no incluidas en la ley de presupuesto general, para atender el socorro inmediato por parte del gobierno en casos de epidemias, inundaciones, terremotos y otros de fuerza mayor*” (Art.3), habiéndose concedido subsidios en uso de esas atribuciones, en favor de los damnificados –por daños materiales y personales-, por el atentado terrorista perpetrado en Buenos Aires en julio de 1994, contra las sedes de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentina (DAIA) y de Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) – decretos 1216/94 y 1252/94-¹¹⁰³

Frente a los atentados a la libertad y la vida perpetrados en la época de dictadura, en Argentina, se emitió la ley 24.043, que dispone otorgar beneficios a personas puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, Durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sido detenidos en virtud de actos emanados de tribunales militares.¹¹⁰⁴ El Art.1° enmarca su ámbito de aplicación,¹¹⁰⁵ cuyo alcance en el tiempo es completado por la ley 24.411, Ley de beneficio a las personas ausentes por desaparición forzada y a las fallecidas por el accionar de

¹¹⁰¹ fondo de Garantía” de la ley de riesgos de trabajo 24.557

¹¹⁰² TRIGO REPRESAS, Félix, Lineamientos actuales de la responsabilidad civil, en revista “Ley, Razón y Justicia”, año 1, N° 1, Neuquén, 1999, p. 60.

¹¹⁰³ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, Derecho de obligaciones, cit., p. 202, N° 473-d y e.

¹¹⁰⁴ Esta Ley sancionada con fecha 27/11/91, promulgada el 23/12/91 y publicada en el Boletín Oficial el 2/1/92.

¹¹⁰⁵ La norma citada consagra: Las personas que durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición de Poder Ejecutivo Nacional, por decreto de éste, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares, hayan o no iniciado juicio por daños y perjuicios podrán acogerse a los beneficios de esta ley, siempre que no hubiesen percibido indemnización alguna en virtud de sentencia judicial, con motivo de los hechos contemplados en la *presente*.

las fuerzas armadas.¹¹⁰⁶

En Argentina, existen muchas normas que exigen el deber de mantener un seguro de garantía financiera, así: el código Civil, en su Art. 1117, exige a los establecimientos educativos la constitución de un seguro de responsabilidad. En igual sentido la ley de tránsito 24.449 Art. 40, impone al automotor el seguro de responsabilidad en favor de terceros.

En Bolivia no se ha dictado norma alguna que cubra daños especiales considerados de gravedad, es un tema que debe ser analizado bajo el concepto de solidaridad y justicia distributiva, con el fin de externalizar la reparación del daño provocado en situaciones en las que no es posible identificar al dañador o que sea atribuible a un conjunto de sujetos que si bien se sabe su tendencia, no es posible identificarlos, en perjuicio de la víctima, tal como acontece, con frecuencia, en las marchas o concentraciones de protesta, que generan una serie de daños materiales, los que deberían ser cubiertos por el Estado, con recursos de la sociedad, haciendo efectivo el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados, habida cuenta que al Estado, le incumbe el deber de otorgar seguridad ciudadana; no es admisible que los daños perpetrados por las turbas queden impunes, el Estado debe responder por ellos y generar mecanismos identificadores de los dañadores para repetir el pago.

La relación de las características de la responsabilidad civil extracontractual con los sistemas de compensación estatal en favor de las víctimas de catástrofes, permiten definir la naturaleza jurídica de este último.

Responsabilidad Civil	Sistemas De Compensación
Bilateral, relación entre víctima y dañador.	Sistema unilateral, no hay relación entre víctima y dañador
Relación, imputación, justifica el deber indemnizatorio.	No se imputa el daño a ninguna persona.
Se persigue reparar el daño y prevenir el comportamiento negligente de la víctima.	Busca tan sólo reparar el daño y se centra en la víctima,

¹¹⁰⁶Art. 1º - Las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada, tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100. A los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción.

Cumple funciones: reparatoria, preventiva, demarcatoria y de control.	Cumple función de reparación.
La víctima interpone acción judicial para obtener el pago de indemnización	El Estado asiste a las víctimas, se prescinde de la indagación de eventuales responsables. ¹¹⁰⁷
Debe existir un nexo de causalidad adecuado entre el hecho dañoso, víctima e indemnización.	Carencia de un factor atributivo de responsabilidad contra el Estado. Falta de nexo adecuado entre causalidad del daño. ¹¹⁰⁸
Relación de causalidad entre daño e indemnización	La cobertura de los perjuicios no es plena, sino tarifada. ¹¹⁰⁹

Las diferencias me permiten concluir junto a los tratadistas glosados, en sentido de que los fondos de reparación tienen naturaleza y efectos diferentes a la responsabilidad civil, se trataría en realidad de sistemas de seguridad social, que no deben ser confundidos con el derecho de daños, menos utilizados como argumento para sustentar la desaparición de la responsabilidad civil. Los fondos de reparación o compensatorios están dirigidos a casos concretos que tienden a resolver cuestiones muy específicas y de mayor preocupación del Estado por el daño social o de gran magnitud, esto incluso, en aquellos países de mayor desarrollo económico.

Coincido con MIR,¹¹¹⁰ en sentido de que en la actualidad se constata la convivencia de la responsabilidad civil con sistemas alternativos públicos de compensación de daño y la consolidación de la responsabilidad civil como instrumento en cierta forma ecléctico, que proteja, al mismo tiempo, los intereses de la víctima y de quienes irrogan el daño.

La falta de coordinación entre los diferentes mecanismos reparatorios es un problema que debe ser resuelto, al respecto REGLERO Campos,¹¹¹¹ dice: *con el actual sistema de la responsabilidad civil vigente en España y su "coordinación" con el de la seguridad social y otros mecanismos complementarios las posibilidades tanto de infraindemnización como de sobreindemnización son muy elevadas.*

¹¹⁰⁷ ZABALA de González Matilde. *Resarcimiento de daños*. Ob. Cit. Tom. 4. Pág. 73. Salvo en algunos casos en los que Estado se subroga los derechos de la víctima, pudiendo ejercer su derecho de repetición (caso del fondo sueco).

¹¹⁰⁸ ZABALA de González Matilde. *Resarcimiento de daños*. Ob. Cit. Pág. 74

¹¹⁰⁹ Ibidem. Ob. Cit. Pág. 73

¹¹¹⁰ MIR Puigpelat O. La responsabilidad patrimonial de la administración. Ob. Cit. Pág. 161

¹¹¹¹ REGLERO Campos F. *Tratado de responsabilidad civil*. Ob. Cit. Pág. 47 No 6.

Pero, la complementación de los sistemas de reparación, llevan consigo una necesidad fundamental, esto es, la coordinación entre los diferentes mecanismos de reparación, de lo contrario podemos tener situaciones extremas de quienes obtienen en exceso la reparación y de quienes no reciben nada, lo que contradice el principio de la *reparación justa*. Se requiere que exista conexión necesaria entre todos los sistemas, esto es, de seguro obligatorio, seguros personales del damnificado y que al momento de definir los daños el Juez tenga una información amplia al respecto, que le permita compulsar hasta donde alcanza el daño y cuál debe ser la reparación, ya que la reparación no puede constituirse en un mecanismo de enriquecimiento injusto.

4.1.5 Legislación de Países Sudamericanos y México.

Será esclarecedor un análisis de de las legislaciones extranjeras de los países sudamericanos que en alguna medida tienen situaciones similares a las de Bolivia, desenmarañar el contenido de cada una de las normas de responsabilidad civil, me permitirá verificar la tendencia subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual, basada en la imputación de la culpa, siguiendo el modelo francés antiguo, en algunos casos mucho más rígido que su fuente que tuvo un cambio importante hacia un sistema bipolar, tal cual lo tengo expuesto en el acápite 4.1.3.

4.1.5.1 La Responsabilidad Civil Extracontractual. Cláusula General.

Las disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual, en la legislación argentina, son reguladas en la sección segunda, dentro de los hechos y actos jurídicos, título VIII, con el *nommen iuris* de los actos ilícitos, se ubica al resarcimiento por delitos contra la persona y la propiedad; el título IX regula las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito, sentando la norma general de responsabilidad por culpa.¹¹¹² el que por *culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*, y un sistema típico por omisión: sólo cuando una disposición legal impusiera la obligación.¹¹¹³

La brasilera dentro de libro III de los actos jurídicos en el título II trata a los actos ilícitos, su norma general hace referencia al acto u omisión, negligencia o imprudencia que viola derechos o causa perjuicio, está obligado a reparar el daño;¹¹¹⁴ regla complementada, con el título VII de las obligaciones por acto ilícitos, establece que la ofensa o violación del derecho de otro, está sujeto a la reparación del daño causado. En caso de varios dañadores establece la solidaridad de estos.¹¹¹⁵ Responsabilidad de naturaleza objetiva, ofrece un

¹¹¹² Art. 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

¹¹¹³ Art.1074.- Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

¹¹¹⁴ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹¹¹⁵ ART. 1518. OS BENS DO RESPONSÁVEL PELA OFENSA OU VIOLAÇÃO DO DIREITO DE OUTREM FICAM SUJEITOS À

sistema binario subjetivo por culpa y objetivo por abuso del derecho, acorde al derecho moderno de la responsabilidad civil extracontractual.

La chilena, libro cuarto, de las obligaciones en general y de los contratos, título XXXV, regula los delitos y cuasidelitos, ordenamiento legal que tiene como cláusula general la responsabilidad por culpa *el que ha cometido delito o cuasidelito....*¹¹¹⁶ Cabe destacar que el Art. 2284 distingue entre “delito” y “cuasidelito”, si bien, ambas expresiones significan hechos ilícitos que causan daño, en verdad en éste ordenamiento legal tal distinción, atiende al elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual, en consecuencia, carece de importancia práctica, salvo lo expresado en el art. 2316 inc. 2°, que atribuye responsabilidad a los terceros que se aprovechan del dolo ajeno hasta la concurrencia de su provecho.

La responsabilidad por hecho propio consagra la regla general de responsabilidad, “todo daño, imputable a malicia o negligencia, debe ser reparado”, y luego enumera los casos por daño por cosa, especialmente obligados a reparación:¹¹¹⁷ el disparo de arma de fuego, acequias abiertas en la calle, el acueducto. Se trata de situaciones de riesgo creado, por lo que deberían corresponder a una responsabilidad de naturaleza objetiva, sin embargo están sujetas a la norma general por culpa presunta, *malicia o negligencia*.

El Art. 2329 Código Civil del país en estudio, establece una presunción general de culpabilidad en todos aquellos casos en que por la naturaleza de la actividad desarrollada puede atribuírsele culpa a su autor. Por lo tanto, no es una enumeración taxativa de responsabilidad por hecho propio, los numerales del artículo comentado serían sólo ejemplos. Se trata de presunciones de culpa fundadas precisamente en el riesgo creado.

La ecuatoriana en el libro cuatro de las obligaciones en general y de los contratos, título XXXIII, bajo el *nomen iuris* delitos y cuasidelitos, regula los actos ilícitos. Establece dos normas generales, una de naturaleza subjetiva responsabilidad por acto propio,¹¹¹⁸ y responsabilidad por otro, a manera de ejemplo bajo el adjetivo

REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO, E, SE TIVER MAIS DE UM AUTOR A OFENSA, TODOS RESPONDERÃO SOLIDARIAMENTE PELA REPARAÇÃO.

Parágrafo único. São *solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521.*

¹¹¹⁶ Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito de cuasidelito

¹¹¹⁷ Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, deben ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación: 1° El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2° El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche. 3° El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

¹¹¹⁸ Art. 2241 Responsabilidad Extracontractual. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las

“así” incluye entre otros la responsabilidad de los padres.¹¹¹⁹

En idéntico sentido, casi textual, regula la legislación colombiana bajo el título XXXIV, *nomen iures* responsabilidad común por los delitos y la culpa, la norma referida es completada por los actos dañosos producto de imprudencia y negligencia.¹¹²⁰

El modelo mexicano, en el libro cuarto, parte primera, título primero capítulo V, bajo el *nomen iuris* De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, establece normas generales, en el Art. 1910,¹¹²¹ combina la responsabilidad por el *acto ilícito o contra las buenas costumbre*; con el *uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas... aunque no obre ilícitamente...*¹¹²² responsabilidad de naturaleza objetiva por cosas o actividades riesgosas; abuso del derecho, configurado por el ejercicio con el único fin de causar daño.¹¹²³

Se trata de un sistema completamente diferente que establece tres principios rectores de naturaleza objetivo, la responsabilidad por acto ilícito, la responsabilidad por abuso del derecho y la responsabilidad por actividad y tenencia de cosas riesgosas.

El modelo peruano, en el libro VII, “Fuentes de las obligaciones”, sección sexta, regula el acto ilícito, bajo la denominación “responsabilidad extracontractual”. Este ordenamiento tiene diferentes cláusulas generales, la responsabilidad por dolo o culpa,¹¹²⁴ la responsabilidad por posesión de un bien riesgoso y peligroso y la

leyes por el delito o cuasidelito)

¹¹¹⁹ Art. 2247. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren en su cuidado, (seguido como ejemplo de varios casos), entre los que figura: Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso

¹¹²⁰ Art.2359 Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente. Que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

¹¹²¹ El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

¹¹²² Art.1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por si explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

¹¹²³ Art. 1912. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

¹¹²⁴ Art. 1969 Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

actividad riesgosa o peligrosa,¹¹²⁵ y la responsabilidad del representante legal del incapaz,¹¹²⁶ combinando de esa manera en forma adecuada la responsabilidad, subjetiva y objetiva.

La jurisprudencia peruana establece: De acuerdo a los Art. 1969, 1970 y 1985 del Código Civil para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual deben concurrir los siguientes requisitos a) la antijuricidad de la conducta, b) el daño causado, c) relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y d) los factores de atribución.¹¹²⁷

En el derecho panameño, la norma general de responsabilidad por hecho propio está contemplado en el Art. 1644 del Código Civil, norma de naturaleza subjetiva, sujeta a la culpa o negligencia.¹¹²⁸

La legislación Venezolana en el título III de las obligaciones, sección V, regula los hechos ilícitos, define la cláusula general, en similar sentido de la Argentina: *el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia*. Pero incluye en su segundo párrafo otra norma general: *Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho. Los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.*¹¹²⁹ Combina una responsabilidad subjetiva basada en la culpa y una objetiva, el abuso del derecho.

Los modelos: argentino, chileno, ecuatoriano, colombiano, mexicano, panameño peruano, y venezolano, tienen un sistema mixto, doble régimen, esto es, responsabilidad civil contractual y extracontractual, la mayoría los titula “actos ilícitos” “delitos y cuasidelitos”. Sólo el sistema brasileño lo ubica en el libro de los contratos como categoría de obligaciones, una voluntaria y otra por actos ilícitos. La peruana la denomina responsabilidad extracontractual.

La Argentina exige un nexo adecuado de causalidad.¹¹³⁰

La glosa de las normas legales y el estudio comparado me llevan a establecer que

¹¹²⁵ Art. 1970 Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo.

¹¹²⁶ Art. 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. Art. 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

¹¹²⁷ Cas No 1072-2003-Ica www.pj.gob.pe

¹¹²⁸ El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

¹¹²⁹ Art. 1185. El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho. Los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

¹¹³⁰ Art.906.- En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

cinco de las nueve normas examinadas tienen una única norma general, la responsabilidad por culpa. La legislación mexicana establece normas generales objetivas y algunos casos de responsabilidad subjetiva, la peruana tiene un doble régimen con dos principios rectores, la responsabilidad subjetiva, por culpa y la objetiva por riesgo, la venezolana y brasilera presentan dos cláusulas generales una subjetiva por culpa y otra objetiva por abuso del derecho. La mayoría de las legislaciones estudiadas, se rigen por el principio general de la culpa, introduciendo, algunas normas especiales que establecen supuestos particulares de responsabilidad civil objetivo, que no corresponden a una serie de derivaciones lógicas que emanen de un principio general.

Resulta muy interesante para este estudio, el avance de la responsabilidad civil en las legislaciones brasileña, venezolana, mexicana y peruana, muestran la concreción de los avances doctrinales, sobre responsabilidad civil, que serán de gran utilidad para mi propuesta, en el modelo boliviano.

4.1.5.2 Excluyentes de Responsabilidad

La legislación argentina, en forma general exime de responsabilidad, los actos en los que al agente, no se le pueda imputar dolo, culpa o negligencia,¹¹³¹ y el ejercicio regular de un derecho, en contraposición al abuso del derecho.¹¹³²

El modelo peruano establece en forma expresa los casos en los que no hay responsabilidad: ejercicio regular del derecho, legítima defensa o de otro, pérdida, destrucción o deterioro de bien, por estado de necesidad equitativo al bien sacrificado y bien salvado.¹¹³³ Y como eximentes caso fortuito o fuera mayor y hecho de tercero.¹¹³⁴

La venezolana, exime de responsabilidad a quién actúa en su legítima defensa o de un tercer, otorgándole al juez la facultad de definir una indemnización equitativa.¹¹³⁵

¹¹³¹ Art.1067.- No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

¹¹³² Art.1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

¹¹³³ Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

¹¹³⁴ Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

¹¹³⁵ Art.1.188. No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa

El derecho civil argentino, chileno, brasilero, colombiano, ecuatoriano y mexicano, no incluyen disposición que establezca expresamente con carácter general excluyentes de responsabilidad civil, en ninguna de estos ordenamientos se incluye a la legítima defensa y estado de necesidad, en las cinco legislaciones, tampoco se incluye el ejercicio regular del derecho, como eximente de responsabilidad.

4.1.5.3 Imputabilidad del Acto Dañoso.

Para el modelo argentino, el discernimiento marca la diferencia de la responsabilidad por los actos de los impúberes, interdictos o dementes, fijando la edad de diez años. Los impúberes, menores a diez años, dementes o interdictos no son responsables de sus actos, la acción se la dirige directamente contra los padres e indirectamente contra el menor.¹¹³⁶ En cambio cuando son mayores de 10 años, responden con su patrimonio, la acción es dirigida, indirectamente, contra los padres y directamente contra el menor.¹¹³⁷

La legislación brasilera si bien en el título de las obligaciones por actos ilícitos, no incluye la incapacidad, lo hace en el capítulo de la capacidad, Art. 5.- son absolutamente incapaces los menores de dieciséis años, incapacidad legal.

La chilena sigue la misma línea de la Argentina, no son capaces de delito y cuasidelito los menores de siete años,¹¹³⁸ Para la venezolana el incapaz es responsable siempre que hubiera actuado con discernimiento.¹¹³⁹

Para todas estas legislaciones el incapaz total de obrar, no es responsable de sus actos dañosos, algunas refieren una edad, en tanto que otras dejan al legislador tal definición.

A diferencia de las legislaciones referidas en el acápite anterior, la mexicana,

de un tercero.

El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el juez lo estime equitativo.

¹¹³⁶ Art. 921. Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

¹¹³⁷ Art. 1114.- El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

¹¹³⁸ Art. 2319. No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del Juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.

¹¹³⁹ Art. 1.186.- El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos, siempre que haya obrado con discernimiento.

como norma general, atribuye responsabilidad al incapaz por sus actos dañosos; ¹¹⁴⁰ responsabilidad directa del incapaz, que puede tornarse en refleja, si el menor se encuentra bajo la patria potestad de sus padres y habite con ellos, ¹¹⁴¹ o esté bajo el cuidado de directores y maestros, con lo que además transfiere la responsabilidad de los padres a los maestros o directores. ¹¹⁴²

La peruana tiene idéntica solución a la Argentina, se refiere a la falta de discernimiento, en cuyo caso el incapaz no es responsable de sus actos dañosos, ¹¹⁴³ a esta categoría pertenecen los casos de responsabilidad por actos de los incapaces (impúberes, interdictos o dementes), en cuyo caso responden los representantes legales, pero si la pérdida de conciencia es provocada por otro ése es el responsable por los daños provocados por el incapaz. ¹¹⁴⁴ Libera de responsabilidad al sujeto que ha perdido la conciencia, sin culpa, norma similar a la consagrada por las legislaciones: chilena, ecuatoriana y colombiana, que atribuyen responsabilidad al ebrio. A diferencia de la responsabilidad de los incapaces totales; los incapaces de ejercicio, responden por el daño, en forma solidaria con su representante legal. ¹¹⁴⁵

La diferencia de la resolución de la hipótesis de incapacidad, en el derecho comparado, me lleva a formular el cuestionamiento, ¿Será que el incapaz es responsable por el daño infligido? Si para la imputación del daño se requiere la capacidad natural de querer y entender, resulta lógico suponer que el incapaz absoluto de obrar no es responsable de sus actos y por lo tanto no se le puede imputar culpa para efectos de responsabilidad, aunque efectivamente hubiera incurrido en un hecho ilícito.

La mayoría de las legislaciones han resuelto que la responsabilidad del incapaz por los actos dañosos es a partir del “discernimiento”, capacidad de querer y entender, de manera que los incapaces totales de obrar (impúberes, interdictos o dementes), no son responsables de sus actos, imponiendo dicha responsabilidad a sus representantes legales (padres, tutores y curadores), en cuyo caso la responsabilidad sería directa, salvando la acción abierta a la víctima contra el

¹¹⁴⁰ Art. 1911. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921, 1922.

¹¹⁴¹ Art. 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

¹¹⁴² Art. 1920. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

¹¹⁴³ Art. 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal

¹¹⁴⁴ Art. 1974.- Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona. Esta última es responsable por el daño que cause aquella.

¹¹⁴⁵ Art. 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasionen, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

directo responsable, cuando el representante no pudo satisfacer el resarcimiento.

En cuanto a la segunda categoría a la que pertenecen los incapaces parciales de obrar, esto es, los púberes, si bien, tienen plena capacidad de querer y entender, no poseen la capacidad de disposición legal de sus bienes, y en la mayoría de los casos son insolventes, por lo que no obstante de ser responsables por los daños infligidos, los padres y maestros asumen dicha responsabilidad frente a la víctima, sin embargo esta responsabilidad, es indirecta, refleja, subsidiaria, solidaria y sujeta a la acción de regreso. La distinción entre incapacidad de obrar total y parcial, en la legislación comparada, lleva el régimen de responsabilidad civil, en el primer caso directa y en el segundo indirecta, con todos sus efectos. Sobre esta solución, tengo ya expuestas mis objeciones, reitero se debe magnificar a la víctima y asumir la realidad de la imposibilidad del menor de cubrir el costo de sus daños por su insolvencia, bajo cuya circunstancia una acción de repetición parece superflua.

Queda una última categoría, los alienados mentales, no obstante de contar con el discernimiento son incapaces de obrar, en forma transitoria, momentáneamente se encuentran privados de discernimiento, generalmente por efectos del consumo de alcohol o estupefaciente, convirtiéndose en agentes riesgosos propensos al daño, estos son responsables de sus actos, salvo el concurso de un tercero que los incitó a dicho estado, en contra de su voluntad.

4.1.5.4 Responsabilidad por Hecho Ajeno

La legislación Argentina, incluye una norma general por hecho propio, la responsabilidad refleja por hecho ajeno, estableciendo que la responsabilidad se extiende a los daños causados por las personas que están bajo su dependencia.¹¹⁴⁶ Dentro de esta categoría incluye la responsabilidad del comitente por el hecho de sus dependientes, la de los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y establecimientos públicos de todo género,¹¹⁴⁷ la de los capitanes y patronos de embarcaciones y empresarios de transporte terrestre, la de los padres de familia o inquilinos de una cosa, por una cosa arrojada peligrosamente de manera que puedan dañar a los demás.¹¹⁴⁸ Todas estas hipótesis asientan una

¹¹⁴⁶ Art.1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

¹¹⁴⁷ Art.1118.- Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño.

¹¹⁴⁸ Art.1119.- El artículo anterior es aplicable a los capitanes de buques y patronos de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían: A los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar. A los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre el tránsito. Cuando dos o más son los

presunción *iuris et de iure*, en contra del principal, responsabilidad absoluta.

Sin embargo a la luz de la cláusula general, se trató de justificar esta responsabilidad en la culpa del comitente (fundamento subjetivo), culpa *in vigilando y culpa in eligendo*.¹¹⁴⁹ En la jurisprudencia reciente paulatinamente se ha acogido la teoría de la obligación legal de garantía,¹¹⁵⁰ con lo que se reafirma el carácter objeto de la responsabilidad.

La reforma introducida por el decreto-Ley 17.711/68, al Art. 43 del Código Civil, aclara la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio de sus funciones, extendiendo la responsabilidad Aquilia por actos de sus dependientes y cosas.¹¹⁵¹ La jurisprudencia es conteste con la norma positiva.¹¹⁵²

El sistema brasileño, regula un régimen de responsabilidad objetivo, en todos los casos de responsabilidad por otro.¹¹⁵³ Aclarando, que se exceptúa la responsabilidad por otro si se probase la culpa o negligencia de su parte.¹¹⁵⁴ Se refiere a culpa o negligencia de la víctima.

Las legislaciones chilena, colombiana. y ecuatoriana, todas casi en forma textual¹¹⁵⁵ enuncian como norma general: toda *persona es responsable no sólo de*

que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él sólo será responsable.

¹¹⁴⁹ Cám 2ª CC La Plata, Sala 3ª 20/06/91. Álvarez Leonardo y otra vs. Provincia de Buenos Aires y otros. Juba 7 Sum. B351102. En la decisión se expuso la responsabilidad de patrones y principales, fundadas en la presunción de culpa en al elección y en la vigilancia de sus subordinados, agregándose que la misma puede ser *iuris tantum* puede destruirse mediante prueba en contrario.

¹¹⁵⁰ CN Com. Sala A 20/10/80 Bazzala Osvaldo vs. Rodríguez Ferreyro Jorge. ED, 92-168. Cam. Nac. Fed. CC. Sala II, 26/10/80 Freire vs. Gobierno Nacional JA, 1981-III-638. Cam. CC 7ª Córdoba 12/11/98, La metro SRL vs. Ducal Suites Hotel S.A. y otro LLC, 1999-1465.

¹¹⁵¹ Art.43.- Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

¹¹⁵² CN CIV. Sala D, 22/04/97 V.E.O. vs. Editorial Perfil S.A.. La Ley 1998-B-703, la Ley 1998-D-40 Ydj 1998-2-1197, citado por TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de Responsabilidad..* Ob. Cit. Tom. III Pág. 108.

¹¹⁵³ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparaco civil:

1. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.
2. O tutor e o curador pelos pupilos e tutelados, que se acharem nas mesmas condioes,
3. O patrão, amo ou comitente por seus empregados, servial e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).
4. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educao, pelos seus hóspedes, moradores e educando.
5. Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

¹¹⁵⁴ Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, n V, s serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpas, ou negligncia de sua parte.

¹¹⁵⁵ Art. 2247.- Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de

sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, agregando a continuación los casos específicos, a manera de ejemplo que pueden ingresar dentro de la norma general. Presentan en su ordenamiento dos normas generales una por hecho propio y otra por hecho ajeno.

En el modelo chileno, la exigencia de un doble ilícito y de una doble culpa (la del hechor, y la del que debiendo precaver o impedir el hecho lesivo, no lo hizo), y la inexistencia de responsabilidad cuando la segunda culpa no existe (en los casos en que se probare que las funciones ejecutadas bajo autoridad "se han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente"), dejan meridianamente claro que lo que convencionalmente denominamos responsabilidad por hecho ajeno no es tal, sino que más bien se trata de una responsabilidad por hecho propio (el descuido o falta de previsión), situación en que la víctima se encuentra favorecida por una presunción de culpa. Así lo tiene establecido, desde hace tiempo, la jurisprudencia de los tribunales.¹¹⁵⁶

Atribuir la responsabilidad al principal por hecho propio, en mi concepto es incompatible con el Art. 2325,¹¹⁵⁷ que regula la repetición, si se tratara de una responsabilidad directa del principal no existe motivo de que éste repita o ejercite la acción de regreso por el resarcimiento efectuado a cuenta del dependiente, tampoco debería estar incluido dentro de la responsabilidad refleja o por hecho ajeno, sino por hecho propio, la verdad es que se trata de una norma general que involucra a todas las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro. La salida jurisprudencial se asimila a la italiana, con la diferencia de que esta, no admite la responsabilidad indirecta y por lo tanto no existe acción de regreso.

La solución de atribuir al principal *culpa in vigilando o in eligendo*, la considero incongruente y contradictoria, si el principal incurrió en culpa, no debería hablarse de responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio, en cuyo caso la responsabilidad debe ser asumida por el principal. En el caso del impúber, no es

los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

¹¹⁵⁶ Sentencia sobre responsabilidad Civil del obispo por los hechos de sus clérigos (Corte Suprema), Iván Ponce Lovera y Jacqueline Contreras Rodríguez, padres legítimos de las ofendidas V.P.C. y T.P.C., Vs. Aguirre Ovalle y el Arzobispado de Santiago. 23/06/ 2003, *Comentario de Juan Andrés Varas Braun*. Santiago e Chile.

¹¹⁵⁷ Art. 2325. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319.

posible atribuirle culpa, en consecuencia, la responsabilidad por otro, rompe con el principio de la personalidad de la culpa, así lo ha entendido el derecho francés, para el que el concepto *la imposibilidad de impedir el hecho*, no es considerada una atribución de culpa, sino una situación de la fuerza mayor.

La mexicana, en cuanto a los dependientes, regula tres categorías, hipótesis en las que se exime de responsabilidad por la imposibilidad de impedir el daño,¹¹⁵⁸ dueños de establecimientos mercantiles por sus obreros, se liberan de responsabilidad si demuestra que no hubo culpa o negligencia,¹¹⁵⁹ y dueños de hoteles o casas de hospedaje, la responsabilidad es objetiva.¹¹⁶⁰ Sin perjuicio de la responsabilidad del principal por sus dependientes, la víctima está facultada para dirigir la acción contra el responsable.¹¹⁶¹

La diferencia de tratamiento en los tres casos de responsabilidad por dependiente, en mi concepto, no se justifica y parece ser incongruente, no es lógico que la responsabilidad de los dueños de establecimientos mercantiles esté sujeta a un factor de atribución subjetivo y que puedan liberarse de la responsabilidad con uso de la culpa, cuando la responsabilidad de la empresa, fue considerada por la doctrina de naturaleza objetiva y, en la mayoría de los casos, absoluta, justificada por el riesgo creado, explicado a partir del riesgo-beneficio, (ver la teoría del riesgo capítulo 2do). No existe equilibrio en la solución dada por el legislador, cuando lo lógico sería que todos los casos por hecho ajeno tengan el mismo tratamiento, además, considero, que la solución no es acorde con el sistema de responsabilidad civil mexicano, con clara tendencia objetiva.

La legislación panameña, el principio general de responsabilidad por hecho ajeno, lo consagra en el Art. 1645, inciso I del Código Civil.¹¹⁶² El fundamento se encuentra en la vigilancia, la prudencia en elegir a sus intermediarios, operarios o servidores, no toma en cuenta si el daño es producto de culpa, descuido o negligencia,¹¹⁶³ se trata de una responsabilidad objetiva. La posición adoptada por la legislación francesa, al respecto, es mucho más precisa, considera la

¹¹⁵⁸ Art. 1923. Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior

¹¹⁵⁹ Art. 1924. Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros a dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

¹¹⁶⁰ Artículo 1925. Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

¹¹⁶¹ Art. 1926. En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo.

¹¹⁶² Art.1645. La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propias sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

¹¹⁶³ Corte Suprema sentencia de 26 de octubre de 1942. ...Y cuando se trata de personas que han de responder de actos dañosos ejecutados por aquellos que les están subordinados en alguna forma, a base de la culpabilidad indirecta, el dolo o la culpa han de consistir, por una extensión de su concepto, en el *descuido al escoger* o vigilar a sus subordinados o agentes"

responsabilidad por otro de puro derecho, en cuyo caso la culpa no tiene cabida.

Las disposiciones de responsabilidad por otro, se complementan con el Art. 1981,¹¹⁶⁴ que consagra la responsabilidad por el dependiente, por actos ejercitados en el ejercicio de su cargo, estableciendo la responsabilidad solidaria del autor directo e indirecto. Los tres casos de responsabilidad por otro son de naturaleza objetiva, directa, en el caso de los incapaces totales de obrar y subsidiaria en los otros dos casos.

La legislación venezolana sigue esta línea con la diferencia, que a la hipótesis de responsabilidad por dependiente, le atribuye una responsabilidad objetiva.¹¹⁶⁵ Coincide la chilena aclarando que la responsabilidad se limita al ejercicio de sus funciones.¹¹⁶⁶

En la legislación brasilera, la imputación por responsabilidad de dependientes es objetiva,¹¹⁶⁷ de igual manera en la peruana, en ésta, se establece la responsabilidad solidaria entre el autor directo e indirecto.¹¹⁶⁸

En el sistema chileno, el empresario es objetivamente responsable de los daños que con dolo o culpa causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, el empresario no puede eximirse de responsabilidad civil alegando haber empleado la debida diligencia en la elección, vigilancia, dirección y control de sus dependientes. El empresario es un verdadero garante de los actos de sus dependientes y debe responder a la víctima.

En la responsabilidad por otro, las diferentes legislaciones consagran hipótesis de responsabilidad indirecta, refleja o sustituta, todas en normas especiales. Bajo este concepto se agrupan todos los casos prácticos en los que el daño es causado por un agente directo en el ejercicio o con ocasión de sus funciones encomendadas por un empresario o principal, que guardan tres elementos comunes: - un agente directo y material del daño, denominado indistintamente

¹¹⁶⁴ Art. 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

¹¹⁶⁵ Art. 1191.- Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado

¹¹⁶⁶ Art. 2322. Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista. Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes.

¹¹⁶⁷ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparacão civil: III O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

¹¹⁶⁸ Art. 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

"dependiente", "encargado", "comisionado", "agente", etc.; - una relación o vínculo entre este agente directo y el empresario civilmente responsable, denominada comúnmente vínculo de "subordinación y dependencia"; - que el daño haya sido causado en el ejercicio, durante o en ocasión de las funciones.

Dentro de la responsabilidad por otro, está la del Estado/Administrador y de las Municipalidades. Puede obedecer a un esquema de responsabilidad, por daño causado por la actividad material de algún funcionario, empleado o dependiente, en este campo es riquísima la experiencia colombiana, como veremos al abordar este tema.

En el Derecho comparado, los supuestos legales son conocidos con el nombre genérico de "Responsabilidad indirecta del principal por el hecho de sus encargados o dependientes".

En forma coincidente la legislación Argentina,¹¹⁶⁹ brasilera,¹¹⁷⁰ chilena,¹¹⁷¹ colombiana,¹¹⁷² ecuatoriana,¹¹⁷³ panameña,¹¹⁷⁴ y mexicana,¹¹⁷⁵ refieren la acción de repetición o regreso de lo pagado por actos ilícitos de los dependientes, propia de una responsabilidad por acto de otro. En la mayoría de las legislaciones se sujeta la acción de regreso, a que el acto fuera imputable a: culpa, negligencia, o en contra de las órdenes a quién le debía obediencia el dependiente, la atribución es de naturaleza subjetiva.

La única legislación que no regula la acción de repetición, es la peruana, sin embargo, la solidaridad entre el representante legal y los incapaces de obrar o dependientes, muestran una responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a la responsabilidad por el dependiente, las legislaciones: argentina, ecuatoriana y mexicana, le otorgan una atribución de naturaleza subjetiva, en

¹¹⁶⁹ Art. 1123. El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia.

¹¹⁷⁰ Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.

¹¹⁷¹ Art. 2325. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetro el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319.

¹¹⁷² Art. 2352 Indemnización por preparación de los daños causados por el dependiente.- las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causo el daño lo hizo sin orden de la persona quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346.

¹¹⁷³ Art. 2252. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las de que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas con los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perdió el daño lo hizo sin orden de la persona a quién debía obedecer y era capaz de delito y cuasidelito, según el Art. 2246.

¹¹⁷⁴ Art. 1646

¹¹⁷⁵ Artículo 1928. El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

tanto que las legislaciones: brasilera, colombiana, venezolana, panameña y peruana, una atribución objetiva. La argentina en su desarrollo jurisprudencial, ha impuesto una atribución objetiva.

La responsabilidad objetiva por terceros se reafirma, con la acción de regreso, prevista en forma coincidente en todas las legislaciones objeto de estudio comparado, con excepción de la peruana; refieren la acción de repetición o regreso de lo pagado a nombre de los dependientes, propia de la responsabilidad por tercero. Sin embargo ésta acción sólo prospera por imputación subjetiva del dependiente, esto es, como excepción, lo que nos lleva a concluir que la responsabilidad por actos de tercero corresponde a un régimen de responsabilidad directa.

La incompatibilidad de culpa en el principal por responsabilidad por otro, la obligación de pleno derecho que surge en forma inexcusable por los actos de los dependientes, efectuados durante o en el ejercicio de sus funciones del principal, en consideración al estatus, hace que esta responsabilidad sea objetiva y directa, la acción de repetición es excepcional, está condicionada a la culpa del dependiente.

La exigencia de mayor claridad, impone que la responsabilidad por otro sea contenida en una norma general, con especificación de sus presupuestos, sin tipificar caso por caso y se regule como excepción la acción de repetición, sujeta a la culpa del dependiente.

4.1.5.5 Responsabilidad de los Incapaces.

El legislador argentino, agrega otra categoría de responsabilidad por otro, la responsabilidad de los padres, estableciendo las condiciones de solidaridad y alcance,¹¹⁷⁶ entre los requisitos, se destaca la tenencia del menor, resultado de la patria potestad, en relación a la supervisión y control del comportamiento y educación del hijo, son ilustrativos los fallos jurisprudenciales.¹¹⁷⁷ El texto del artículo lleva a considerar, que el legislador estructuró una norma objetiva, sin embargo siguiendo el modelo francés,¹¹⁷⁸ atenúa la responsabilidad de los padres tutores y curadores, agregando como eximente *la imposibilidad impedir el daño*,¹¹⁷⁹ la que a la luz de la cláusula general de naturaleza subjetiva, es

¹¹⁷⁶ Art.1114.- El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

¹¹⁷⁷ Frente a la ruptura matrimonial, la responsabilidad de soportarla quién ejerció la patria potestad al momento del hecho dañoso. Cám. 1. CC Bahía Blanca, sala I 21/11/96. D.S. c.P.H.

¹¹⁷⁸ Art. 1384 La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad.

¹¹⁷⁹ Art.1116.- Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera

interpretada bajo ese velo.

En consecuencia la tendencia jurisprudencial, en la responsabilidad refleja, reposa en la presunción de culpa *in vigilando y culpa in educando*, bajo cuya óptica la responsabilidad está sujeta a la omisión de diligencia en el ejercicio debido de la patria potestad.¹¹⁸⁰ Posición subjetivista con lo que se aleja de la solución francesa, fuente del derecho argentino. Recordemos que la jurisprudencia francesa considera a esta hipótesis, responsabilidad de pleno derecho, no subordinada a la existencia de culpa del menor ni de sus progenitores, adoptando un sistema objetivo, en consecuencia sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima pueden exonerar a los padres de la responsabilidad de pleno derecho que se les atribuye por el hecho de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos.¹¹⁸¹

Apartándose de este fundamento, la jurisprudencia argentina, en los últimos tiempos, sigue la tendencia doctrinal, que plantea la teoría de la obligación legal de garantía, como fundamento de la responsabilidad de los padres, impuesta en consideración de la justicia y del interés social, en cuyo contexto la responsabilidad es de naturaleza objetiva.

El sistema de la responsabilidad de los padres, en la legislación argentina, es aplicada a todas las otras hipótesis de responsabilidad por otro, (tutores, curadores, maestros, empleadores, de dependientes, dueños de barcos, hoteleros en este caso responde aún en caso de que hubiera sido imposible evitar el daño Etc.)¹¹⁸² La legitimación pasiva corresponde a los civilmente responsables, la víctima no está obligada a demandar a los autores del daño.¹¹⁸³ En ese sentido coinciden todas las legislaciones con excepción de la peruana que define como sujetos pasivos al principal e incapaz, principal y dependiente, en forma solidaria.¹¹⁸⁴

La legislación argentina, en la hipótesis de responsabilidad de establecimientos educativos, directores de colegios, maestros de artesanos, que originalmente

circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.

¹¹⁸⁰ Cám. CC Junín 14/04/94, caso Falabella Alberto vs. Bisio Juan JA. 1995-2-228. Cám. 1º CC, Minas, Paz. Trib. Mendoza, 12/11/79 Romo vs. Calean. JA, 1980-III-437.

¹¹⁸¹ Corte de Casación 2ª Cámara Civ. 29/03/01, caso 98-20-721 Recueil Dalloz. Tom. 2002 sec. Sommaires comentés. Pág. 1309.

¹¹⁸² Art.1117.- Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices, mayores de diez años, y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner.

¹¹⁸³ Art.1122.- Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos, pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho.

¹¹⁸⁴ Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

tenían idéntica solución a tutores y curados, (Art. 1117) fue modificado; el texto vigente, introduce una reforma sustancial con respecto a los propietarios de establecimientos educativos, su texto expresa: *Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.*

Los Establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

*La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario.*¹¹⁸⁵ Modificación que consagra la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos educativos, bajo el fundamento de obligación de seguridad,¹¹⁸⁶ y garantía creada por Ley, cabe recordar que la legislación francesa atribuye responsabilidad al Estado, por los establecimientos públicos.

Las legislaciones: chilena,¹¹⁸⁷ ecuatoriana,¹¹⁸⁸ y venezolana,¹¹⁸⁹ guardan relación con el texto francés, incluyen como factor eximente *no haber podido impedir el hecho*, pero se apartan de su modelo en la concepción de esta eximente, la imposibilidad de impedir el hecho, la admiten como presunción *iuris tantum* contra el principal, éstas legislaciones asimilan los casos por actos de terceros a la cláusula general de responsabilidad por culpa, atribuyendo responsabilidad por culpa *in vigilando* y culpa *in educando*, a los padres por los actos dañosos, de sus hijos menores.

En el sistema chileno, la doctrina tiene largamente establecido que la configuración razonable de esa clase de responsabilidad, es aquella que se la entiende como una clase especial de responsabilidad por culpa propia, consistente

¹¹⁸⁵ Modificación introducida por ley 24.830. 1997.

¹¹⁸⁶ CNCiv. Sala H 30/04/02. Gómez Irene Vs. Instituto San Roberto Arzobispado de Buenos Aires y otro. RCyS, 2002-IV-112.

¹¹⁸⁷ Art. 2320. (segundo párrafo). Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho. Art. 2322 (segundo párrafo). En cuanto a los empleados domésticos, se exige la responsabilidad del empleador por el ejercicio impropio, o cuando los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando su cuidado ordinario.

¹¹⁸⁸ Art. 2247... Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Art. 2249 (segundo párrafo). Pero no responderán de lo que hayan hecho sus empleados domésticos en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los empleadores no tenían medio de prever o impedir, empleando su autoridad y el cuidado ordinario. En este caso, toda la responsabilidad recaerá empleados domésticos.

¹¹⁸⁹ Art. 1.190.- El padre, la madre, y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos. Los preceptores y artesanos son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su vigilancia. La responsabilidad de estas personas no tiene efecto cuando ellas prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado origen a esa irresponsable por falta de discernimiento.

en la falta de cuidado o diligencia, en la supervisión de aquellos a los que se tiene bajo su control.

Las legislaciones chilena, ecuatoriana y venezolana, incluyen la responsabilidad inexcusable de los padres, por actos de sus hijos menores, que provengan de mala educación o hábitos viciosos, con lo que agravan la responsabilidad sobre la base de culpa presunta de los padres, diferencia que ratifica la falta de culpa en la primera hipótesis, la que definitivamente no puede estar sujeta a la culpa y por lo tanto corresponde a un sistema de naturaleza objetivo, sin embargo el tratamiento es diverso.

El modelo colombiana,¹¹⁹⁰ en su texto normativo da cuenta de una responsabilidad de naturaleza objetiva, no incluye la eximente de imposibilidad de impedir el daño. Lo que sí llama la atención, y puede llevar a confusión, es que al igual que las anteriores incluye la diferencia, cuando los actos de los hijos menores provenientes de mala educación, hábitos o vicios.¹¹⁹¹ Podría admitirse, como agravante de la responsabilidad de los padres, pero de ninguna manera, como una modificación del factor de atribución objetivo, justificado con la responsabilidad fijada por el legislador de puro derecho y de naturaleza objetiva. La jurisprudencia ha sostenido, en sus partes salientes que la responsabilidad por hecho ajeno regulado por el Art. 2347, no mira para efectos de la responsabilidad que se deba a la culpa, descuido o negligencia;¹¹⁹² ratificándose la naturaleza de esta responsabilidad como objetiva.

La mexicana atribuye responsabilidad, a quienes tienen la patria potestad de sus hijos menores.¹¹⁹³ Se eximen de responsabilidad al probar que fue imposible evitar el daño, sin embargo, el legislador aclara que esta imposibilidad no resulta de la

¹¹⁹⁰ Art. 2347 responsabilidad por, el hecho propio y de las personas a cargo.- toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren en su cuidado. (Inciso segundo modificado por el artículo 65 del decreto 2820 de 1974). el nuevo texto es el siguiente. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. (Inciso cuarto derogado por el artículo 70 del decreto 2820 de 1974).

¹¹⁹¹ Art. 2348 responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos.- los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir

¹¹⁹² "...La responsabilidad para efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otra. Se regula por el Art. 2347 del Código Civil, disposición está que no mira, para los efectos de la responsabilidad, si el daño causado por el dependiente, por el criado, por el hijo, por el pupilo. Etc., se deba a culpa, descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material del daño. Téngase en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios y servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esas menesteres..." ORTEGA Torres Jorge. Código Civil anotado. Pág. 1038

¹¹⁹³ Art. 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

falta de presencia ni suficiente vigilancia,¹¹⁹⁴ con lo que liberan de culpa al principal, asimilan la imposibilidad a fuerza mayor y atribuyen una responsabilidad de pleno derecho y de naturaleza objetiva, siguiendo la solución francesa. En caso de que los menores estén bajo el cuidado y guarda de directores o profesores, se traspasa la responsabilidad por daños provocados por los menores.¹¹⁹⁵

En la mexicana, las normas previstas para la responsabilidad de los padres, es aplicado a tutores y maestros.¹¹⁹⁶

El modelo peruano, atribuye al representante legal la responsabilidad por incapaz,¹¹⁹⁷ categoría a la que pertenecen todos los casos de responsabilidad por actos de los incapaces (impúberes, tutela y curatela), aunque la norma no incluye estas categorías, refieren a quienes no tienen discernimiento de querer y entender.

Diferenciando a los incapaces totales de obrar, con los púberes que si tienen capacidad de querer y entender, pero que no están dotados de la capacidad legal para ejercer por sí mismos sus derechos, también en este caso, atribuye responsabilidad a sus representantes legales, introduciendo la variante de la solidaridad del representante legal y el incapaz.¹¹⁹⁸

Las legislaciones: argentina, chilena, ecuatoriana y venezolana, atribuyen a los padres del menor, una responsabilidad de naturaleza subjetiva, en tanto que las legislaciones: brasilera, colombiana, panameña, peruana y mexicana una atribución objetiva. La argentina en su desarrollo jurisprudencial tiene tendencias objetivas.

Las legislaciones: argentina, colombiana, chilena, ecuatoriana, mexicana y venezolana, sujetan la responsabilidad del padre y de la madre, a la condición, que: “habiten en la misma casa”, “que estén bajo su poder y que habiten con ellos” “que habiten con ellos”, con excepción de la peruana que hace responsable al representante legal, que en el caso de los hijos, son los padres.

La responsabilidad por hecho de los menores, es incompatible con un fundamento

¹¹⁹⁴ Art. 1922. Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

¹¹⁹⁵ Art. 1920. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

¹¹⁹⁶ Art. 1921. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

¹¹⁹⁷ Art. 1976. No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

¹¹⁹⁸ Art. 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasionen, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

de culpa *in educando* o *in vigilando*, si la acción de los padres fuera calificada en forma negativa por negligencia, descuido o desidia, entonces éstos deberían asumir la responsabilidad por sus actos, pero, por cuenta propia y directa, no por actos de otro, sino por propios actos. Sólo se puede hablar de responsabilidad por otro, cuando la conducta del principal no está sujeta a una ponderación valorativa, y ésta responde a una obligación legal, relacionada a su status, responsabilidad que al ser de puro derecho, es objetiva.

Asumiendo que la responsabilidad de los padres es objetiva, el presupuesto de la cohabitación, para generar la obligación resarcitoria, no es lógica, menos justa; la incompatibilidad de la culpa del principal, en la responsabilidad por acto de tercero, hace que la presunción de culpa *in vigilando* o *in educando*, no tenga razón de ser; justificándose plenamente la responsabilidad de pleno derecho, en la forma resuelta por la legislación francesa, fuente de las legislaciones objeto del estudio comparado; en consecuencia no existe motivo lógico para que la responsabilidad sólo recaiga en uno de los progenitores, la atribución de la responsabilidad corresponde a ambos padres en forma solidaria e indivisible, por los actos dañosos de sus hijos menores, independientemente de que estos habiten o no con ellos, responsabilidad que surge por el status legal de la patria potestad independientemente de su ejercicio.

Finalmente, la realidad de las sociedades sudamericanas, muestran, en general, que el menor de edad es insolvente, por lo que la diferenciación de impúberes y púberes, para efectos del régimen de la responsabilidad directa e indirecta, parece superflua, será muy difícil, sino imposible, que el menor responda frente al daño infligido en forma solidaria con el principal, o que sus padres puedan repetir lo pagado por ellos, se trata de un aspecto netamente económico y que tiene que ver con la solvencia, por lo tanto, considero que esta responsabilidad es directa, no es indirecta o subsidiaria y por lo tanto no está sujeta a repetición, salvo algunos casos excepciones, que podría el juez definir.

La responsabilidad de los padres se traspassa a los profesores, establecimientos educativos, talleres o guarderías, las que tienen una responsabilidad de naturaleza objetiva y directa, así lo definen las legislaciones: brasilera, boliviana, chilena, ecuatoriana, mexicana y venezolana, no así la colombiana, ni la peruana. La argentina, rectifica atribuyendo responsabilidad a los directores y propietarios de establecimientos educativos.

4.1.5.6 Responsabilidad por Daño de Animal.

En el modelo argentino, todo perjuicio causado por un animal genera una acción resarcitoria, en contra de su dueño,¹¹⁹⁹ pero el régimen de responsabilidad no es

¹¹⁹⁹ Art.1124.- El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario.

igual en todos los casos.¹²⁰⁰ En el caso de animal doméstico el propietario puede eximirse de responsabilidad, si demuestra que se perdió o extravió sin culpa del personal encargado de guardarlo. Pero si se trata de animal feroz será siempre responsable, aún frente a la imposibilidad de evitar el daño. La distinción hecha por el legislador hace que los fundamentos de la responsabilidad sean dos, uno subjetivo (animal doméstico) basado en la presunción de que los cuidados o vigilancia han sido omitidos o resultaron insuficientes, orientación que no abandona la idea de la culpa y otro objetivo (animal salvaje). La legitimación pasiva se le atribuye al dueño, al guardián, y contra el que excitó al animal.¹²⁰¹

Las legislaciones brasilera,¹²⁰² y mexicana,¹²⁰³ condicionan el resarcimiento a la vigilancia y cuidado, a la no provocación por otro, a la inexistencia de culpa de la víctima y que no fuera producto de caso fortuito o fuerza mayor, no se refieren al animal feroz. Ambas fundamentan la responsabilidad en la culpa, factor de atribución subjetivo.

En igual sentido la chilena, pero agrega la hipótesis del vicio del animal, en cuyo caso la responsabilidad es del propietario que guardó silencio sobre el vicio, liberando de responsabilidad al que se sirve del animal ajeno.¹²⁰⁴ En idéntico sentido, incluso gramatical, la ecuatoriana,¹²⁰⁵ y colombiana. En estas

¹²⁰⁰ Art.1127.- Si el animal que causó el daño, se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la responsabilidad del dueño.

Art.1129.- El daño causado por un animal feroz, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban.

¹²⁰¹ Art.1125.- Si el animal que hubiere causado el daño, fue excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste, y no del dueño del animal.

¹²⁰² Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

1. Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso.
2. Que o animal foi provocado por outro.
3. Que houve imprudência do ofendido.
4. Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

¹²⁰³ Art. 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario; II. Que el animal fue provocado; III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido; IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

¹²⁰⁴ Art. 2326. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado prudencia debió conocer o prever, y de que le dio conocimiento.

Art. 2327. El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta de un predio, será siempre imputable el que o tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

¹²⁰⁵ Art. 2253.- El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

legislaciones sucede lo mismo que en la Argentina no existe un único fundamento sino dos, en consideración a la clasificación de los animales uno subjetivo (animal doméstico) basado en la culpa presunta del propietario o guardián y otro de naturaleza objetiva (animal salvaje), el poseedor del animal responde por el daño causado, independientemente de su comportamiento.

El texto de las legislaciones peruana,¹²⁰⁶ y venezolana,¹²⁰⁷ son idénticos, ambas imputan responsabilidad al propietario o guardián, independientemente de su comportamiento, responsabilidad de naturaleza objetiva, solución acorde con el desarrollo moderno de la doctrina, bajo cuya visión resulta superflua la diferenciación de animal doméstico y feroz, ambos corresponden a una responsabilidad de naturaleza objetiva, su fundamento está en la peligrosidad del animal y es acorde al principio, quien provoca un daño debe repararlo.

4.1.5.7 Responsabilidad por la Custodia de Cosas

La legislación Argentina, consagra la regla general: *la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren... las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*, (Art. 1113). Norma modificada,¹²⁰⁸ con la inclusión de un párrafo que contempla dos situaciones distintas, daño causado con las cosas, relacionado a la culpa del dueño y guardián y daño causado por vicio o riesgo de la cosa, sin culpa. Es una norma que sigue el principio sentado en la responsabilidad Aquilia, combinando un sistema subjetivo basado en la culpa y otro objetivo por riesgo o vicio de la cosa, sistema mixto, responsabilidad subjetiva y objetiva en relación a las cosas calificadas o no como peligrosas.

La jurisprudencia en forma atinada, con los ojos puestos en la víctima, ha resuelto que el hecho dañoso no difiere, a ella le basta, nada más, que el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjera y el contacto con la misma.¹²⁰⁹ Con lo

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer y prever, y de que no le dio conocimiento.

Art. 2254.- El daño causado por un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

¹²⁰⁶ Art. 1979.- El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

¹²⁰⁷ Art. 1.192.- El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente ocurrió por falta de la víctima o por el hecho de un tercero.

¹²⁰⁸ Ley 17.711. Agrega al Art. 1113 un párrafo: En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

¹²⁰⁹ CN Trab. Sala VII, 3/05/89 Escobar vs. Efea DT 1989-A-323 y DJ 1989-1-1917; CNCiv. Sala C. 16/03/93 Coronel vs. Acevedo. La ley 1994-C-363; Cám. Fed. La Plata Sala IV 15/10/92 Esteban Vs. Efea La Ley 1993-A-175.

que prácticamente la distinción fue desvaneciéndose.

Con relación al distingo entre cosas inicuas y peligrosas, siguiendo la tendencia francesa, que desestima la diferencia entre cosa riesgosa e inicuca. Hay fallos que se han pronunciado sobre su relatividad, a veces cosas completamente inofensivas, como una silla, un par de guantes de cirugía o un tiesto de flores, pueden resultar idóneos para generar un riesgo y provocar perjuicios.¹²¹⁰ Más bien, se asentó que la dañosidad de las cosas proviene del empleo que se haga en cada caso concreto. En muchos supuestos, el riesgo no está tanto en la cosa sino en su utilización o empleo en determinadas circunstancias; que es tanto como decir en la actividad en que la misma sea empelada.¹²¹¹ A raíz de la polémica generada por los criterios encontrados sobre la peligrosidad de una piscina en un campo deportivo con fallos contrapuestos, sobre “cosa riesgosa”, al que me referí ampliamente en el capítulo segundo, los tribunales han sostenido que no se trata propiamente de tipificar a una cosa de peligrosa *per se*, sino de considerar *ex post facto*, después de sucedido el hecho dañoso, de qué manera se produjo el perjuicio y si la cosa por si sola era idónea para provocarlo, podía normal o regularmente llegar a producirlo de acuerdo al concurso natural y ordinario de los acontecimientos (Art. 901 C.C.); en verdad se trata de un problema de relación de causalidad y por ello no interesa tanto *como* es la cosa, sino más bien *de qué manera* intervino o que rol le cupo en la producción del resultado perjudicial.¹²¹²

Sin embargo de esta línea, el riesgo creado en la jurisprudencia argentina, tomó un rumbo diferente dando expansión a la responsabilidad civil por riesgo. Un fallo que me parece esclarecedor es el emitido por el Fuero Pleno de Reconquista.¹²¹³ Conceptos ampliados por otro fallo que señala: no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución; el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño. Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad. De ahí que no toda cosa dañadora sea una cosa riesgosa.¹²¹⁴ Sin embargo de los cambios operados y la distinción efectuada por la reforma del Art. 1113 del C.C., en general la jurisprudencia Argentina, aún continúa cubierta por el

¹²¹⁰ SCBA 12/4/93, Gerez vs. Relimar S.A. La ley 1993-E-579 y DJBA 145-7-0663. Citado por TRIGO - LÓPEZ. *Tratado...* Ob.Cit. Tom. III Pág. 325.

¹²¹¹ Cám. 1ª CC La Plata sala 3ª 17/06/97 Biagiotti Martín Vs José Barrera y Cía LLBA. 1998-67.

¹²¹² Ver Trb. Superior Corrientes 2/12/87 López Vs. Empr. Viajes y Turismo Enco. La ley 1988-D-340; Sala C. 18/9/87 Niesi Vs Construcciones Riocor S.A. JA. 1988-IV-304. SCB 12/10/93 La Ley 1993-E-579.

¹²¹³ Quién incorpora al medio social una cosa peligrosa por naturaleza o por su forma de utilización necesaria, debe responder a partir de allí por el “riesgo de la cosa” ya que cuando el daño obedece al “riesgo o vicio” de esa cosa nos encontramos frente a una culpa objetivada del dueño o guardián, generadora *per se* de responsabilidad, salvo claro que se demuestre la culpa propia de la víctima o de un tercero extraño por quién el dueño o guardián no debe responder. Cám. Apel. Fuero pleno Reconquista 30/07/87. Juris 81-68.

¹²¹⁴ Cám 1ª CC Mar del Plata Sala 1ª 06/06/96 Brest Pujol Cristian E. Vs Equitel S.A. JA 1997-II-192 y DJBA. transcrito en SALAS-TRIGO Represas-LÓPEZ Mesa Código Civil anotado Ed. Depalma. Buenos Aires. 1999.

velo de la culpa.

La colombiana, chilena y ecuatoriana, no regulan la responsabilidad por custodia de cosa, en la forma que lo hacen las legislaciones referidas, tan sólo se refiere al daño causado por caída de cosas de parte superior de edificio. El modelo ecuatoriano dentro del artículo que regula el daño causado por las cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio, incluye algunas hipótesis, que según la norma, se está especialmente obligado a la reparación, se trata de supuestos de actos propios del titular,¹²¹⁵ todas de carácter objetivo. La chilena impone la responsabilidad a todos los que habitan la misma parte del edificio, responsabilidad objetiva, salvando la culpa o mala intención de alguna persona identificada.

La peruana, como dije anteriormente, incluye una norma general sobre bien riesgoso o peligroso,¹²¹⁶ al igual que la mexicana, ambas siguen el sistema de peligrosidad de las cosas.¹²¹⁷ Todas las legislaciones objeto de estudio, atribuyen responsabilidad objetiva al daño por cosas, con excepción de la Argentina, en la que coexisten dos sistemas: uno subjetivo sujeto a la culpa del guardián y otro objetivo de la cosa riesgosa o con vicio, regulación que fue diluyéndose por el derecho viviente.

Por su parte la legislación venezolana, atribuye una responsabilidad objetiva, estableciendo como causas de eximición: la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor.¹²¹⁸ Sigue esta misma línea, pero calificando a la cosa como riesgosa, la legislación brasileña.¹²¹⁹

La atribución de una responsabilidad objetiva, por la guarda de cosa, considero adecuada, la culpa del propietario o guardián es irrelevante, al igual que la tipificación de cosa riesgosa, peligrosa o con vicio. Una cosa inicum en ciertas

¹²¹⁵ Tercer párrafo del Art. 2255: Están especialmente obligados a esta reparación: 1º.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2º.- El que dispara imprudentemente una arma de fuego; 3º.- E que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 4º.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el; y, 5º.- El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.

¹²¹⁶ Art. 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo.

¹²¹⁷ Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por si explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

¹²¹⁸ Art. 1.193.- Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor.

¹²¹⁹ Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160.n. II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização do prejuízo, que sofreu.

circunstancias puede ser altamente peligrosa y una tipificada de peligrosa no generar daño alguno, claro está, que existen excepciones, me refiero a las cosas, que por naturaleza son riesgosas y peligrosas, tales como la energía atómica que puede emitir radioactividad natural con consecuencias dañosas, los residuos radioactivos, los explosivos, etc.

4.1.5.8 Responsabilidad por Ruina de Edificio y Daños de Vecindad.

Responsabilidad por daños de vecindad, humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones, etc. actos que exceden la normal tolerancia, en el modelo argentino, no requieren de dolo o culpa, la responsabilidad es objetiva.¹²²⁰ Esta legislación no admite acciones precautorias.¹²²¹ En similar sentido la legislación brasilera, con la diferencia de que el propietario, puede solicitar preste caución por amenaza de ruina.¹²²²

En el modelo ecuatoriano, la indemnización del daño, es procedente por omisión de reparaciones necesarias o falta de cuidado,¹²²³ legislación que, además, diferencia al sujeto activo de la responsabilidad, cuando el daño proviene de vicio de construcción, en cuyo caso se atribuye al constructor una responsabilidad de naturaleza objetiva, en igual sentido, casi textual regula la colombiana,¹²²⁴

¹²²⁰ Art. 2618, modificación introducida por la Ley 17.711 Art. 1 Inc. 103. Las molestias que ocasionen humo, calor, olores, luminosidad ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia tendiendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas. Según las circunstancias del caso los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente. Junto a esta norma se encuentran los Art. 2553 relativa al tesoro en predios ajenos y el Art. 3077 uso de predio vecino por construcciones.

¹²²¹ Art.1132.- El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio.

¹²²² El artículo citado expresa: Art. 554 o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

Art. 555. o proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

¹²²³ Art. 2250.- El dueño de un edificio es responsable, para con terceros que no se hallen en el caso del Art. 998, de los daños que ocasione la ruina del edificio acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia.

Si el edificio pertenece a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de su cuota de dominio.

¹²²⁴ Art. 2350 Responsabilidad Por Edificio En Ruina.- El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

A prorrata de sus cuotas de dominio.

Art. 2351 Daños Causados Por Ruina De Un Edificio Con Vicio De Construcción. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la

combinando los dos tipos de responsabilidad presunta subjetiva y objetiva.

La legislación mexicana señala en forma expresa: *No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.* Impone responsabilidad de los propietarios, por los daños causados por explosión de máquinas, inflamación de sustancias explosivas, inmisiones, caída de árboles, etc.¹²²⁵ Así como la responsabilidad por ruina total o parcial del edificio, por falta de reparaciones necesarias o vicio de la construcción,¹²²⁶ otorgándole una atribución objetiva.

La peruana señala: *aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados* (Art. 961-964). *Las restricciones y límites al dominio sobre la propiedad son recíprocas, impuestas a los propietarios vecinos por interés respectivo e interés público, tienen por objeto, conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos* (Art. 924), responsabilidad objetiva. En cuanto a la ruina de edificio define la responsabilidad del dueño de edificio por el daño que origine su caída por falta de conservación.¹²²⁷

Las legislaciones de los diferentes países estudiados, regulan la responsabilidad por ruina de edificio, imponiendo la obligación de realizar el mantenimiento al propietario del inmueble, así este se encontrara arrendado. La argentina,¹²²⁸ establece una responsabilidad objetiva. En igual sentido la venezolana,¹²²⁹ la brasilera,¹²³⁰ hace depender a la falta de reparaciones necesarias, la peruana,¹²³¹

responsabilidad prescrita en la regla 3ª del art. 2060.

¹²²⁵ Artículo 1932. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas; Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o las propiedades; Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.

¹²²⁶ Art. 1931. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

¹²²⁷ Art. 1980.- El dueño d un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.

¹²²⁸ Art. 1135.- Si la construcción arruinada estaba arrendada o dada en usufructo, el perjudicado sólo tendrá derecho contra el dueño de ella. Si perteneciese a varios condóminos indivisos, la indemnización debe hacerla cada uno de ellos, según la parte que tuviese en la propiedad.

¹²²⁹ Artículo 1.194.- El propietario de un edificio o de cualquiera otra construcción arraigada al suelo, es responsable del daño causado por la ruina de éstos, a menos que pruebe que la ruina no ha ocurrido por falta de reparaciones o por vicios en la construcción.

¹²³⁰ Art. 1.528. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

¹²³¹ Art. 1980.- El dueño d un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción

chilena,¹²³² y mexicana,¹²³³ sujetan la responsabilidad, a que el daño sobrevenga por falta de reparaciones necesarias o vicios de construcción, responsabilidad de naturaleza objetiva, ya que las normas referidas ponen a cargo del propietario, los daños ocasionados por deterioro del edificio, se trata de una responsabilidad legal presunta y dicha presunción al ser *iuris tantum*, puede ser superada si se prueba que la ruina no ha sido determinada por vicio de construcción o defecto de manutención, sino por caso fortuito o hecho imputable a un tercero, en cuya categoría también ingresa el arrendatario.

4.1.5.9 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.

El régimen argentino, inicialmente absoluto: *no hay acto punible sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*, paulatinamente se va abriendo a un sistema objetivo, tal como se da con la presunciones de culpa *iuris tantum* que importa una inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad de padres, tutores, maestros que tienen en su favor probar que les fue imposible impedir el hecho dañoso. En el caso de animales y cosas inanimadas, la culpa del damnificado o un tercero extraño y la responsabilidad lisa y objetiva en el caso de animal feroz.¹²³⁴ El D.L.17.711 ha dado cabido a la responsabilidad por riesgo, con el agregado introducido en el Art. 1113, responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa.

La brasilera se refiere a cosa riesgosa, Art. 1519.

La chilena refiere, actividades riesgosas o peligrosas; disparo con un arma de fuego, removimiento de losas en la acequia o cañería, inhabilitación de un camino (Art. 2329), la responsabilidad objetiva absoluta por el daño de un animal feroz, (Art. 2327).

La colombiana y ecuatoriana también incluyen la responsabilidad objetiva por animal feroz.

La mexicana, en su Art. 1913, incluye mecanismos, instrumentos aparatos o sustancias peligrosas, adoptando la teoría del riesgo de la cosa.

La legislación peruana en forma expresa establece, la norma general de responsabilidad por un bien riesgoso o peligroso y el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa. Art. 1970.

En el modelo venezolano, la responsabilidad por riesgo en la responsabilidad por

¹²³² Art. 2323. El sueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso de artículo 934), de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización o prorrata de sus cuotas de dominio.

¹²³³ Art. 1931. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

¹²³⁴ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de la responsabilidad civil*. Ob. Cit. Tom. I Pág. 786-787.

daño de cosas inanimadas y por animal, por los que responde el guardián o propietario, salvo que el daño provenga de actos de la víctima.

Todas las legislaciones objeto de estudio incluyen en su ordenamiento legal el concepto de riesgo, unas refiriéndose al animal feroz, otras a vicios de la cosa, otras bajo el calificativo de cosa riesgosa.

4.1.5.10 Daño Moral.

La legislación argentina, consagra el principio de la reparación de los daños morales en todos los actos ilícitos: *La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además... la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*,¹²³⁵ la jurisprudencia ha confirmado este extremo.¹²³⁶ La mayoría de la doctrina y jurisprudencia, consideran que el daño moral, tiene por objeto compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la víctima; la indemnización asignada en concepto del daño moral, a la víctima directa o indirecta, no tiene carácter de sanción en el sentido de pena privada, sino un carácter satisfactorio o resarcitorio.¹²³⁷ Limita la acción al damnificado directo y en caso de muerte a los herederos forzosos.¹²³⁸ La jurisprudencia ha asentado que el derecho a la reparación del agravio moral no es un derecho sucesorio, que se ejerza *iure hereditatis*, sino que es un bien que se ejerza *iure proprio* y no como sucesor del muerto.¹²³⁹ Criterio acogido por acuerdo plenario de la Cámara Nacional Civil.¹²⁴⁰

La Constitución del Brasil, establece en el inciso x del artículo 5 que “*son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación*, norma invocada por la violación de derechos en época de la dictadura en la que se infligieron torturas, muertes y desapariciones.

En tanto que la legislación chilena, no regula la responsabilidad moral en forma concreta, por el contrario en las hipótesis de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, no da derecho a indemnizar, a menos que se

¹²³⁵ Art.1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

¹²³⁶ CNCIV Sala B 6/09/68 Pérez vs. Voloch. ED 25-470.

¹²³⁷ CNCIV Sala d 29/8/83 Israel Carlos vs. Denaro Graciela La Ley. 1984-B-75 JA 983-IV-343 y ED 106-683, voto disidente del Dr. Bueres.

¹²³⁸ Art.1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

¹²³⁹ LLAMBIAS Jorge. Código Civil anotado. Doctrina Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1984 Tom. II-B Pág. 328.

¹²⁴⁰ CSJN 7/08/97 Badín Rubén y otros vs. Provincia de Buenos Aires. La ley 1998-E-194.

probara daño emergente y lucro cesante, daño apreciable en dinero, sujeto además, a que la imputación fuera falsa.¹²⁴¹

No obstante de la solución legislativa, se han pronunciado fallos que en las partes pertinente expresan: *El daño moral es de índole netamente subjetivo y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza de la psicología afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre que un hecho afecta a la integridad física o moral de un individuo...*¹²⁴² La Corte de Apelaciones de San Miguel ha observado que: *“El daño moral es el sufrimiento o aflicción psicológica que lesiona el espíritu y se manifiesta en dolores e inquietudes espirituales y pesadumbres.*¹²⁴³

En caso de muerte, se concede acción a la víctima indirecta a condición de que acredite parentesco cercano con la víctima. En caso de lesiones, se concede acción a la víctima indirecta cuando éstas sean de tal cantidad o cuando en los hechos, se imponga una obligación de cuidado que afecte la calidad de vida de la víctima indirecta.

Al contrario del sistema chileno, el modelo ecuatoriano, incluye la responsabilidad por el honor y el derecho de indemnización, *no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.*¹²⁴⁴

La ecuatoriana regula la indemnización pecuniaria del daño moral, aclarando que es a título de reparación. Otorga autonomía de acción por daño moral. Hace hincapié a los casos que deben ser necesariamente reparados, tales como aquellos que dañen la reputación, el honor, el pudor, detenciones o arrestos ilegales, en general sufrimientos físico psíquicos.¹²⁴⁵ Limita la legitimación activa a

¹²⁴¹ Art. 2331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.

¹²⁴² Revista de Derecho y jurisprudencia Tomo LVIII. Segunda parte, sección cuarta, p. 374

¹²⁴³ Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de junio de 1998, Gaceta Jurídica N° 216, p. 198; en el mismo sentido Corte Suprema, 13 de noviembre de 1997, Gaceta Jurídica N° 209, p. 80.

¹²⁴⁴ Art. 2258.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

¹²⁴⁵ Art. 2258-A. Norma agregada al Código Civil por Ley No. 171, publicado en Registro Oficial 779 de 4 de Julio de 1984, cuyo texto dice.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del

la víctima o a su representante legal, y en caso de muerte a sus derechos habientes.¹²⁴⁶ Esta legislación incluye al daño moral a instituciones y personas jurídicas.¹²⁴⁷ Ratifica en forma expresa la autonomía al daño moral con relación al daño material.¹²⁴⁸ Es una norma moderna acorde a los cambios y tendencias doctrinales y jurisprudenciales modernas.

La mexicana,¹²⁴⁹ regula el daño moral, indemnizable en dinero, con autonomía del daño material, puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, define: *por daño moral se entiende la afectación decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, el menoscabo ilegítimo de la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.* Extiende al daño moral producto de un daño de naturaleza objetivo, daño por dependientes, del Estado y servidores públicos. La legitimación activa la otorga a la víctima, señalando en forma expresa, que no es transmisible por acto entre vivos, sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la

demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

¹²⁴⁶ Art. 2258-B.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Más, en caso de imposibilidad física de aquélla, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código.

¹²⁴⁷ Art. 2258-B. segundo párrafo. - Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

Nota: Artículo agregado por Ley No. 171, publicado en Registro Oficial 779 de 4 de Julio de 1984.

¹²⁴⁸ Art. 2258-C.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.

Nota: Artículo agregado por Ley No. 171, publicado en Registro Oficial 779 de 4 de Julio de 1984.

¹²⁴⁹ Art. 1916. Por daño moral se entiende la afectación al decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

acción en vida. Norma de gran avance, que acoge las tendencias modernas doctrinales y jurisprudenciales.

La peruana expresa: *El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*¹²⁵⁰ Norma que limita a la familia como titular de la reparación, deja a criterio del juez la definición, sobre la base de una relación de causalidad entre el hecho y daño producido. Señala el alcance de la indemnización a la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante y la indemnización en dinero, agrega además, que ésta devenga intereses desde la fecha en la que se produjo el daño. Es una legislación que otorga autonomía al daño moral. La jurisprudencia peruana, al respecto, es interesante.¹²⁵¹

La obligación de reparación, en la legislación venezolana: *se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito,*¹²⁵² la definición de la indemnización, deja a la facultad del juez, en los casos tipificados por la norma: lesión corporal, atentado al honor, reputación, libertad personal, violación de domicilio o secreto concerniente a la parte lesionada. La legitimación la extiende a parientes afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido por la muerte de la víctima.

La peruana, y brasilera, no incluyen norma expresa sobre la responsabilidad por el honor, el nombre y la intimidad, en cambio regulan la hipótesis de denuncia falsa

¹²⁵⁰ Art. 1984 El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada ente el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹²⁵¹ Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República Reparación civil y Delitos de Peligro – señala que: “daño es una deuda de valor y no deuda de dinero, y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscarse la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta sea pagada, de modo tal que el perjudicado vea verdaderamente satisfecha su pretensión indemnizatoria, recibiendo un importe que efectivamente lo restituya o lo aproxime lo más posible a la situación que se encontraba antes del hecho dañoso.

Que para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño.

Que, la prueba de los daños es posible a través de los medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios.

Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones.

Que, el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas.

¹²⁵² Artículo 1.196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima

de atribución de la comisión de delito, responsabilidad de naturaleza objetiva.¹²⁵³

Tema que no regulan las legislaciones colombiana y venezolana, limitándose esta última a extender la indemnización al daño moral, tal cual lo referí anteriormente.

El Art. 1071 introducido por la Ley 21.173, consagra la cesación de perturbación en la intimidad.¹²⁵⁴ Se trata de una norma preventiva, que según la doctrina goza de autonomía.

Las legislaciones: ecuatoriana, mexicana y venezolana, desarrollan dentro de la responsabilidad moral, el daño al honor, a la reputación, a la libertad. La mexicana y la argentina incluyen además a la intimidad, las otras legislaciones omiten regular al respecto.

El derecho a la intimidad constituye un derecho personalísimo del ser humano, es un atributo valiosísimo de la personalidad. La doctrina y jurisprudencia con mayor desarrollo sobre el tema, como lo expresé anteriormente, es la del *common law*, que formuló una verdadera doctrina en torno a la *privacy*, traducido como, “derecho a la intimidad” “derecho de reserva” “derecho al secreto de la vida privada” “derecho a ser dejado en paz” (to be let alone), asumido por la jurisprudencia de las diferentes países europeos que luego fueron legislados. Sobre el derecho a la privacidad se ha pronunciado la Convención Americana de Derechos Humanos: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...” (Art. 11 Inc. 2) y la Declaración universal de Derechos humanos, Art. 12. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Cabe destacar, que la tendencia de la jurisprudencia sobre el derecho a la intimidad en relación a la libertad de expresión, prioriza la intimidad, por haber adquirido la jerarquía de derecho constitucional, poniendo como límite de la prensa, la intimidad de la persona. Sienta el principio de que la prensa responde por los delitos o daños cometidos mediante su uso arbitrario. Así en caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares,

¹²⁵³Art. 1982. Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible. Código Civil Peruano.

Art. 1.525. A responsabilidade civil ó independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime. Norma brasileira.

¹²⁵⁴ El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

su actividad pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiera prestigio o notoriedad, siempre que lo justifique un interés general. El derecho de informar no es absoluto, e impone responsabilidades ulteriores que pueden generarse a raíz de abusos producidos mediante su ejercicio. El derecho a la privacidad e intimidad, obliga, respeto, incluso cuando el hecho difundido sea verdadero, normalmente la intimidad se ve atacada no sólo con la mentira sino con la verdad que nadie tiene porque conocer. El ejercicio del derecho a informar no puede extenderse en detrimento de la armonía con los otros derechos constitucionales, entre los que se encuentra la integridad moral y el honor de las personas...¹²⁵⁵

En esta línea la legislación mexicana limita el ejercicio del derecho de opinión a no vulnerar derechos fundamentales a la intimidad y al honor.¹²⁵⁶ La norma constitucional en forma expresa manda: *la libertad de imprenta no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral, y paz pública.*¹²⁵⁷

El Estudio comparado muestra el avance y la adopción legislativa de las tendencias modernas de la responsabilidad civil moral, con algunas diferencias, cuyas características relevantes, que se pueden extraer del conjunto son las siguientes: indemnización en dinero, independientemente del daño material; autonomía del daño moral con respecto al daño material, su aplicación tanto en la responsabilidad contractual, como en la extracontractual; su naturaleza objetiva; aplicable, también, a la responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios públicos, instituciones y personas jurídicas, habida cuenta, que también las personas jurídicas son titulares a este derecho, en resguardo a los derechos fundamentales, en la medida de su propia naturaleza, como es el caso del derecho al honor;¹²⁵⁸ el ejercicio del derecho a la opinión que no vulnere el derecho a la intimidad.

En cuanto a la legitimación activa, existe, tendencia a limitar el número de titulares a la reparación del agravio moral, la Argentina sólo abre acción a la víctima, en caso de muerte a los herederos forzosos, la venezolana a los parientes afines y cónyuge, la ecuatoriana a los derecho habientes en caso de muerte de la víctima; la mexicana a los herederos si la víctima hubiera intentado acción en vida, la legislación peruana a su familia. Se dan diferentes soluciones a un mismo

¹²⁵⁵ FAYT Carlos. La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción. La Ley Buenos Aires. 2001.

¹²⁵⁶ Artículo 1916 Bis. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

¹²⁵⁷ Art. 7 C.G.R. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos, sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni cuartar la libertad de imprenta que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

¹²⁵⁸ LÓPEZ Días Elvira. El derecho al honor en las personas jurídicas. Nuevas tendencias en la jurisprudencia. Revista La Ley España Tom. 2001-7 Pág. 1393.

problema, las legislaciones argentina y ecuatoriana limitan la indemnización a la víctima, sólo abren la acción en favor de los herederos o derecho habientes por causa de la muerte de la víctima, en cuyo caso no se trataría de un daño moral indirecto sino directo. En cambio la venezolana y peruana abren la acción también a los parientes afines, conyugue y familiares, en tanto que la mexicana sólo a los herederos si la acción fue intentada en vida, por la víctima.

Dentro de las soluciones, hay dos tendencias, una que limita la indemnización por daño moral sólo a la víctima y otra que admite junto a la víctima, al damnificado indirecto y finalmente otra, que considera daño moral indirecto el sufrido por los parientes o herederos forzosos, por la muerte de la víctima.

La limitación sólo a la víctima, fue sostenida doctrinariamente, en sentido de que no hay ofensa por repercusión, LLAMBÍAS dice: la ofensa es el efecto de la acción del ofensor, sin intervención de otro factor posible, negando en consecuencia la ofensa indirecta.¹²⁵⁹ Posición con la que disiento, un daño moral infligido a un miembro de la familia, definitivamente, repercute en su entorno, así el daño contra el honor del padre repercute en su esposa e hijos, los que se ven seriamente afectados por el daño que sufre su esposa y padre, generando un sentimiento de depresión, aislamiento, sufrimiento, que en muchos casos desincentiva el desarrollo en la actividad normal, provocando un desequilibrio psíquico, etc., opino, que junto a la víctima directa deben ingresar las indirectas, que también sufrieron el daño. La indemnización, debería ser calificada por el Juez, en consideración a la intensidad del daño, la intensidad del padecimiento anímico, la gravedad del daño, la edad, la sensibilidad, el grado de preparación, etc., para lo cual se deberían tener parámetros preestablecidos, que no dejen al simple arbitrio del juez, en este sentido el tribunal de Génova ha aplicado tablas incluso para el daño moral, tomando en cuenta aspectos comunes,¹²⁶⁰ referido en el capítulo primero de este trabajo.

En lo que respecta a quién puede reclamar el resarcimiento de un daño moral, me refiero al indirecto. La tendencia doctrinal y legislativa trata de limitar el número de titulares de la reparación, en principio, la considero prudente, sin embargo, estoy convencida que toda rigidez puede llevar a injusticias y dejar fuera de la reparación a personas afectadas, y muy profundamente con el daño moral de la víctima, las que además, no siempre coinciden con las señaladas en la norma; me refiero a aquellas que guardan una relación íntima, de afecto y comunión de hecho con la víctima; podría existir un quebrantamiento del vínculo afectivo entre la víctima y sus herederos forzosos, esposo o familiares; en consecuencia la sola relación de parentesco no basta para hacer viable la legitimación activa de la indemnización por daño moral indirecto, ésta debería estar limitada a relaciones afectivas profundas, que sí pueden derivar en un efectivo daño moral, no obstante del pronunciamiento doctrinal uniforme en contra, la reparación sólo debe

¹²⁵⁹ LLAMBÍAS Ley 17711, reforma del Código Civil. JA 1968-V-793 No 50.

¹²⁶⁰ Tribunal de Génova Sentencia del 13 de enero de 1988, citada por ALPA Guido. *Nuevo tratado...* Ob. Cit. Pág. 831.

alcanzar a quién o quienes efectivamente han sido afectados en sus sentimientos profundos por el daño moral de la víctima, y en ese orden pueden estar la novia, la amiga, la conviviente etc. Al respecto es ilustrativo, un fallo referido por BONASI, la reparación del daño no patrimonial *ex delicto* se dé en favor del padre y de la madre y que igualmente pueda pedir el resarcimiento de dicho daño el marido y cualquier otra persona afectada por el siniestro.¹²⁶¹ Con lo que parece haber dado un paso importante en la legitimación activa, del daño no patrimonial, indirecto, esto, en consideración a la tendencia casi generalizada, de negar la indemnización a los convivientes de hecho. La verdad es que en la jurisprudencia italiana, no existe acuerdo sobre el daño moral.

Finalmente, con relación a la consideración legislativa, de daño moral indirecto de parientes o herederos forzosos por la muerte de la víctima. Considero que este daño no es indirecto sino directo, el homicidio del padre o de la madre, genera un daño directo a su familia en general y en particular a sus padres, hijos y cónyuge, que en forma diferente, con mayor o menor intensidad sufren la pérdida, éstas son víctimas directas del daño infligido al ser privadas de un ser querido. El victimado, al dejar de existir, con la muerte ha puesto fin de su personalidad, por lo que ya no es sujeto de derechos, en consecuencia no se lo puede considerar víctima directa del daño, su muerte genera un daño directo a sus seres queridos, quienes por el sufrimiento injusto infligido en su contra, se hacen acreedores a la acción resarcitoria, por cuenta propia, no a título de representación del difunto ni a título de herederos de éste, el vínculo jurídico surge por su afección material y moral que interfiere a su vida de relación, en la que el instituto de heredero no tiene cabida.

El único caso que sí corresponde e ingresa a la sucesión es la hipótesis consagrada en la legislación mexicana, los herederos suceden en las acciones y derechos del causante y si éste en vida inició una acción por daño moral, esta se transmite a los herederos por causa de muerte.

En varias de las normas, objeto de estudio, se incluyen la definición de daño moral y se tipifica como tal, al daño al honor, la reputación, etc., en contra de las técnicas legislativas, que recomiendan, que las normas sean generales y eviten incluir definiciones, que puedan llevar a omisiones. Me explico, la doctrina ha establecido un alcance de daño moral amplio que involucra derechos *personalísimos* que protegen como bien jurídico, esto es, los atributos de la personalidad del hombre como tal, así como la paz, la privacidad, la libertad individual y sobre todo, la salud y la integridad psicológica de los seres humanos, es decir, todo lo que pueda resumirse en el concepto de *seguridad personal*, y por otra parte, el honor, la honra, el nombre, el pudor sexual, los sagrados afectos, etc., o sea todo lo que se conoce como afección legítima que perturba la realización normal de la actividad humana.

¹²⁶¹ Casación italiana 27/12/50 No 2864, citada por BONASI Benucci. La responsabilidad civil. Barcelona Bosch. 1958. Pág. 83 No 19.

La postura filosófica sobre la norma general, desarrollada por SANTO TOMAS, nos ubica en la importancia que esta reviste, nos dice: Es imposible que la sabiduría y prudencia humana puedan prever todos los sucesos futuros, y, aunque el legislador pudiera conocer todos los casos que posiblemente han de surgir en la aplicación de la ley, no debe expresarlos en ella, porque eso originaría una confusión que dañaría su eficacia y valor. La ley debe mantenerse en un tono equilibrado entre la excesiva universalidad y el minucioso particularismo.

En atención a estos principios legislativos, considero que sería más adecuado que la responsabilidad por daño moral, sea contenida en una norma general, que regule aspectos fundamentales, tales como: la indemnización en dinero independiente del daño material, la autonomía acción con relación al daño material, en la forma como lo hace la legislación mexicana, ecuatoriana y peruana; que señale sus alcances en la forma como lo consagra la mexicana; agregando las instituciones y personas jurídicas, como lo hace la ecuatoriana y la legitimación activa, en la forma resuelta por el caso italiano referido en el capítulo IV, con un parámetro de catalogación que oriente al juez en su tarea de calificación del daño moral directo e indirecto, plasmado en un artículo independiente de los tipos de daño extramatrimonial, esto es, la responsabilidad por el daño al honor, al nombre, a la intimidad, etc., como norma de acción afirmativa.

Es enriquecedor y de gran utilidad el estudio comparado, a la luz de las legislaciones de avanzada, con apertura a temas como el daño a la personalidad, al honor, al nombre, a la intimidad, las que me permiten, no solamente esclarecer conceptos sino reencauzar los preconceptos y contrastar estos derechos con otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, buscando equilibrio, de tal manera que no sean afectados los derechos personales, ni exista coalición entre estos, los modelos, argentino, mexicano y ecuatoriano, combinados y complementados me permiten dar soluciones a aspectos fundamentales, en busca de una convivencia pacífica en sociedad

4.1.5.11 Responsabilidad por Abuso del Derecho

Las normas que regulan la convivencia pacífica humana, otorgan a sus miembros: derechos, facultades, poderes, deberes, cuyo ejercicio no debe provocar daño a otro, de lo contrario puede ser sujeto al pago de daños y perjuicios, bajo el principio: mi derecho se extiende hasta donde empieza el ejercicio del derecho de los demás, el acto que contrarié el ejercicio normal y equilibrado del derecho se constituye en abuso del derecho, generando responsabilidad frente al otro sujeto que tiene iguales derechos, responsabilidad de carácter objetivo, no requiere culpa ni dolo, tampoco está sujeto a un factor de atribución por riesgo, ni de garantía, tiene identidad propia, surge por el exceso de los límites impuestos por la finalidad económica y social del derecho.

La mayoría de las legislaciones, regulan el abuso del derecho en el acápite relativo al derecho de propiedad, a partir del normal y regular ejercicio del derecho

de propiedad, bajo el concepto social de la propiedad, que establece límites a su ejercicio, toda vez que éste no es absoluto, así la legislación Argentina expresa: *Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular* (Art. 2513.), norma que se extiende a las molestias de vecindad, cuando señala: Las molestias que ocasionen el humo,... o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder a la normal tolerancia, teniendo en cuenta las condiciones del lugar... (Art. 2618). El límite del ejercicio del derecho, es en interés recíproco y cumple una función social, mantener la paz social, ese es el sentido del Art. 2611, que dice: *Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.*

En similar sentido la brasilera, lo trata en el derecho del propietario o inquilino, de impedir que un igual derecho de ejercicio de propiedad vecina perjudique la seguridad, el sosiego o la salud de sus habitantes, (Art. 554).

La ecuatoriana limita el derecho propietario: *El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social* (Art. 618).

En cambio la mexicana, al igual que la venezolana, la incluye como norma general, en los actos ilícitos: *Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho,* (Art. 1912).

En tanto que la peruana, regula al abuso del derecho en el título preliminar II *La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso la indemnización que corresponda,* norma general, y abstracta que sienta las bases de la relación entre ciudadanos. El título II sobre propiedad, capítulo primero, Disposiciones Generales dice: *Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados,* (Art. 924). No obstante de que se encuentra en el título sobre la propiedad, su contenido es general se refiere al *ejercicio del derecho,*

La venezolana, en la segunda parte del Art. 1185, consagra: *Debe igualmente reparación quien, haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*", norma general consagrada en la sección de los hechos ilícitos. Esta legislación, como las otras, también lo hace en las limitaciones legales a la propiedad título III, Capítulo II (Art. 645-646 Sgtes.)

En el ámbito doctrinal, la generalidad de los civilistas, se ocupan del tema dentro de la responsabilidad civil extracontractual o de los hechos ilícitos. La antijuricidad del hecho ilícito como manifestación de un actuar contra el derecho, y como

supuesto que viene implícito en el actuar dañoso, es en definitiva, la consagración legislativa del principio *neminem laedere* (Enneccerus).¹²⁶²

Siguiendo modelos como el venezolano y mexicano, el abuso del derecho debería ser incluido en los actos ilícitos como norma general generadora de obligaciones extrapatrimoniales, extensiva al ejercicio de todos los derechos subjetivos, responsabilidad que debe ser de naturaleza objetiva.

4.1.5.12 Responsabilidad del Estado.

Dentro de la responsabilidad por hecho ajeno, denomina también refleja, el modelo argentino consagra la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitas de funcionarios públicos, dice: *por haber cumplido de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*,¹²⁶³ en relación con el Art. 43, que impone la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus administradores y dependientes,¹²⁶⁴ responsabilidad empresarial que sujeta a las condiciones reguladas en obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, con lo que se le da carácter extracontractual, sin embargo de la remisión esta responsabilidad es directa, y objetiva.¹²⁶⁵ La acción está expedita cuando se ha provocado daño. Se tiene como legitimado pasivo al Estado.¹²⁶⁶ Lo mismo acontece por actos dañinos del Juez. La jurisprudencia ha asentado el principio, dentro de la órbita extracontractual, que el Estado responde por sus actos lícitos e ilícitos, en el primero es necesario que se configure algún factor de atribución, alguna razón por la que el Estado debe responder de aquellos daños que el derecho considere injustos, que pesen sobre un sujeto en particular y no sobre toda la comunidad.¹²⁶⁷

El desarrollo de la responsabilidad del Estado por el empleo de cosas peligrosas y/o generadoras de riesgo, bajo el concepto de riesgo creado, uso de arma autorizada, daño provocado por la policía o personal de fuerza de seguridad, bajo el fundamento, que por la actividad que desarrollan pongan en peligro la seguridad de la población y los perjuicios provocados son soportados por la colectividad.¹²⁶⁸

¹²⁶² ENNECCERUS

¹²⁶³ Art.1112.- Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

¹²⁶⁴ Art. 43. Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

¹²⁶⁵ CN Civ. Sala M, 10/11/94 Losas Gómez vs. EFEA ED 163-437. CN Com. Sala B 29/8/95 La Rectora Cía. vs. Caporaso. La Ley 1996 A-699.

¹²⁶⁶ LINARES Juan F. *En torno a las llamadas responsabilidad del funcionario público*. LI 153-605-Sec. Doctrina. CSJN 27/2/97, Compañía Swift de Plata vs. Estado Nacional. La ley 1998-D-128.

¹²⁶⁷ CS Mendoza 4/4/1989, Francisco Torres vs. Provincia de Mendoza, La Ley. 1989 C-513. Referido por TRIGO 'LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad civil*. Ob. Cit. Tom. IV Pág. 32.

¹²⁶⁸ CSJN, 27/9/94, Furnier Patricia María vs. Provincia de Buenos Aires. La Ley 1996-C-558. Son muchos los fallos dictados en el mismo sentido, el riesgo de portar armas se encuentra expresamente previsto en el Art. 14 Ic. 1 acápite B y 15 Inc. g de la Ley 9559 de Policía de Buenos Aires.

La responsabilidad del municipio por la caída de árboles en las vías públicas, por ser el encargado del cuidado, mantenimiento, conservación y reparación de árboles en las calles,¹²⁶⁹ por el mantenimiento de calles y rutas.¹²⁷⁰ Se responsabiliza al Estado por hundimiento de buque, con el fundamento de ser el guardián, en aplicación del Art. 1113 del C.C.¹²⁷¹, por combustibles y fuente de energía, daño producidos por pérdidas de gas, por energía eléctrica y ruina de edificios del Estado y Municipios.

Otro de los factores de atribución objetiva del Estado, se configuran por la falta de servicios, al respecto son muchos los fallos del tribunal supremo que atribuye responsabilidad al Estado por las acciones u omisiones de sus agentes, al amparo de los Art. 1112 y 1113 párrafo primero del Código Civil.¹²⁷² La jurisprudencia define que las características de la responsabilidad del Estado por falta de servicio: directa y objetiva,¹²⁷³ extracontractual y de derecho público.¹²⁷⁴ Las causales de eximición del Estado, según lo expresan TRIGO-LÓPEZ, son los comunes para la responsabilidad objetiva, esto es, caso fortuito, la culpa de la víctima y hecho de tercero, éste último, es cuestionable cuando el acto del tercero se contrapone al deber de resguardar el orden, de otorgar seguridad civil, entonces, el hecho de tercero no libera de responsabilidad al Estado, salvo que se demuestre la existencia de causa ajena.¹²⁷⁵

El Art. 1112 del Código Civil,¹²⁷⁶ no se refiere a la responsabilidad del Estado, sino de los funcionarios públicos, aspecto adecuadamente rectificado por la jurisprudencia, que impone responsabilidad al Estado, por los daños infligidos por sus funcionarios.

En cuando a la responsabilidad del Estado por error judicial, provocado por prisión preventiva en proceso penal, la doctrina viene sosteniendo que procede la responsabilidad Estatal, siempre que la absolución del imputado, hubiese sido dispuesta en virtud de su inocencia manifiesta y el auto que ordenó dicha prisión preventiva (aunque confirmado en instancias superiores) se revele como

¹²⁶⁹ CNCIV. Sala A 5/7/85. Pérez Damilo D. vs. Municipalidad de la capital. La Ley, 1985-D-278.

¹²⁷⁰ Cám Nal Federal CC, Salla II 13/3/92 Springer de Miguel Ernestina M. vs. Cruces Hermanos S.A. y otros. La ley 1992-E-522

¹²⁷¹ CNTrab. Sala II 23/4/90 Gómez Juan Ángel Eleodoro vs. Cía. Sudamericana de Pesca y Exportación y Estado Nacional, DT 1990-B-1453.

¹²⁷² Cám. Contadm. Tucumán Sala I 11/06/97. Osorio Mario A. vs. Comuna Delfin Gallo. La ley 1999-F-785 (42.199-S) y LL Noa 1999-265. Define que la responsabilidad del estado se desarrolla al rededor de noción de servicio público, frene a la necesidad de conceder la reparación patrimonial por daños causados a los particulares.

¹²⁷³ SC Mendoza Sala II 9/12/93 Farías de Lona Claudia vs. López tejada Miguel DJ 1994-2-164.

¹²⁷⁴ Cám Nal. Fed. Contadm. Sala IV 9/6/94 Bodegas y viñedos Giol vs. Estado Nacional-Poder Judicial, JA, 1995-IV-152.

¹²⁷⁵ TRIGO-LÓPEZ, *Tratado de responsabilidad civil*. Tom. IV Ob. Cit. Pág. 97-98.

¹²⁷⁶ El Art. referido expresa: Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones , por no cumplir sino de una manera regular las obligaciones legales que les están impuestas , son prendidas en las disposiciones de este titulo.

incuestionablemente infundado o arbitrario.¹²⁷⁷

En el derecho argentino también se ha establecido la responsabilidad del Estado por su actuar lícito, surge en los casos de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los Arts. 14 y 17 de la CPE., solución obtenida en base a los principios generales del derecho y situaciones que rigen la expropiación.¹²⁷⁸ La jurisprudencia ha establecido tres requisitos para que proceda la responsabilidad por hecho lícito del Estado: la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daño al Estado,¹²⁷⁹

La responsabilidad por actividad legislativa, fue desarrollada por el tribunal supremo, inicialmente se condicionó a que la ley estableciera tal reparación,¹²⁸⁰ luego se estableció características adicionales de las fijadas para cualquier órgano estatal, esto es, la relación de causalidad con el ejercicio regular de los poderes, el daño debe producir en el afectado un sacrificio calificado, en el sentido de singular y apreciable, que conlleve una lesión patrimonial que pueda conectarse con el resguardo del derecho e igualdad tutelado por el Art. 16 CPE.¹²⁸¹ Su fundamento está en que el ejercicio es en beneficio del interés general y cuyas consecuencia eventualmente dañosas no deben ser soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado, más allá de un límite razonable.¹²⁸²

En cuanto a la responsabilidad jurisdiccional del Estado, no existe una norma general, sino diversas constituciones provinciales derivadas de la detención preventiva, el principio de igualdad de las cargas públicas, también justifican la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional.¹²⁸³ En el ordenamiento constitucional argentino se consagra en forma expresa la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad del Estado, en la legislación brasilera, lo desarrollaré a partir de los acontecimientos suscitados en la época de la dictadura, que le llevaron a sumir una responsabilidad por los excesos cometidos por los agentes, torturas, muertes y desapariciones. Uno de los excesos fue el asesinato del periodista Wladimir Herzog, que murió a raíz de torturas en el DOI CODI (Destacamento de Operaciones e Informaciones, Centro de Defensa Interna), el juez de Sao Paulo, basado en el declaración de otro periodista que estuvo detenido junto a la víctima y fotografías de las torturas inferidas a ésta, declaró al gobierno del Brasil,

¹²⁷⁷ CSJN 26/10/99 Mallman Arturo y otro vs. Ministerio del Interior. La ley 2000-D-504 y DJ 2000-3-11. citado por TRIGO-LÓPEZ, *Tratado de responsabilidad civil*. Tom. IV Ob. Cit. Pág. 94.

¹²⁷⁸ CSJN 10/4/01 C. de G. vs. Provincia de Buenos Aires DJ. 2001-3-866.

¹²⁷⁹ CSJN 19/9/89 Tejedurís Magallanes vs. Administración nacional de Aduanas. La ley 1990-C-454 y JA 1989-IV-493.

¹²⁸⁰ CSJN 176:111. Referido por TRIGO LÓPEZ. Ob. Cit. Pág. 150.

¹²⁸¹ Cám. Nal Civ. Y Com. Federal sala 2da. 16/9/97. Carranza vs. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. JA 2000-II-Sínt.

¹²⁸² CSJN 10/12/98, Azzeti Eduardo vs. Estado Mayor General del Ejército. DJ. 1999-2-664

¹²⁸³ TRIGO-LÓPEZ. *Tratado de responsabilidad*. Ob. Cit. Pág. 170 y Sgtes.

responsable por la muerte de Herzog, y le impuso una reparación de carácter civil.¹²⁸⁴

Por muertes, torturas y desapariciones en la época de dictadura del Brasil, hubieron casos en los que el que gobierno federal fue responsabilizado por la desaparición y muerte de activistas políticos.¹²⁸⁵ Los constantes reglamos tuvieron como resultado la emisión de leyes estatales,¹²⁸⁶ que reconocen la responsabilidad del Estado por los daños físicos y psicológicos, y establece normas de indemnización a las víctimas.

La ley 1940, de 4/12/95, establece la indemnización económica a los familiares de desaparecidos, a tal efecto crea una comisión encargada de la evaluación; como resultado de dicho trabajo, se indemnizó a 148 personas del daño moral sufrido.¹²⁸⁷ Por esta ley el Estado Federal del Brasil aceptó la responsabilidad general por los secuestros, torturas y muertes en el período 2 de septiembre de 1961 a 15 de agosto de 1979.¹²⁸⁸

El poder estatal del Brasil, acorde a un proceso de transformación denominado *delincuencia del Estado*, decide que se persiga y sancione este comportamiento en el derecho penal y se efectúe una compensación por los daños sufridos por las víctimas.¹²⁸⁹

En el informe salvado por el Estado brasilero a La Comisión Interamericana De Derechos Humanos,¹²⁹⁰ numeral 32, señala: El Estado afirma que, con la promulgación de la Ley N° 9140, *reconoció su responsabilidad y reparó la violación, mediante la indemnización de las familias de las víctimas*. Se afirma que la Ley *no se limita a una reparación pecuniaria*, sino que también trata de la investigación de las circunstancias y del lugar de las muertes. La parte conclusiva

¹²⁸⁴ ESPINOSA Mavilla Olga. La construcción del Estado de Derecho en Brasil. Una historia particular. Brasil. dpf. Pág. 78

¹²⁸⁵ *Comissão da familiares da mortos e desaparecidos políticos et al; dossier dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964. São Paulo imprensa oficial do Estado São Paula Brasil 1996. Pág. 30.*

¹²⁸⁶ Ley Estatal 11042 noviembre de 1997. De la misma manera los estados de Santa catalina, Paraná y São Paulo, crearon comisiones especiales de ex presos políticos, Estas fueron destinados a evaluar las indemnizaciones solicitadas por daños físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de torturas y detenciones arbitrarias durante el régimen militar., Ministerio de Justicia Nota 61 Pág. 35 OAB-SP São Paulo, vía indemnizar ex presos políticos torturados. Jornal do abogado 01/2002.

¹²⁸⁷ Miranda Nilmário y Tiburcio Carlos. Dos filhos desde solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado. São Paulo. Ed. Fundação Perseu Abramo-Biotempo. Editorial 1999. Not. 5 Pág. 633, este texto contiene los relatos de Miranda, Nilmário y Tiburcio, víctimas de torturas en la época militar.

¹²⁸⁸ Art. 1 de la Ley 9140.

¹²⁸⁹ ESPINOZA Milla Olga. La Construcción del Estado de derecho en el Brasil Una historia particular. Ob.Cit.

¹²⁹⁰ La Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Informe N° 33/01* Caso 11.552, Guerrilla Del Araguaia Julia Gomes Lund Y Otros Brasil 6 De Marzo De 2001. Www1.Umn.Edu/Humanrts/Cases/S33-01.Html - 109k.

del informe expresa: En resumen, el Estado alegó que (1) la Ley N° 9140/95 representó una respuesta adecuada a la cuestión de los desaparecidos, al reconocer la responsabilidad del Estado, otorgar una indemnización,... El Estado alegó que, con la promulgación de la Ley N° 9140 de 1995 por la que se creó una Comisión Especial con competencias para la investigación --de las desapariciones, la localización de los cuerpos y la indemnización de las familias de los desaparecidos políticos... se afirma que la referida *Ley reconoció la responsabilidad administrativa y civil del Estado e indemnizó a los familiares de las víctimas*. Con ello, el Estado alega que ya no subsisten los motivos de la comunicación.

La legislación brasileña en su norma superior Art. 5 Inc. LXXV garantiza que el Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como al que permaneciere en prisión más allá del tiempo fijado en la sentencia. La Constitución acepta el principio de la responsabilidad objetiva del Estado, si existe un nexo entre la acción o el hecho y el daño resultante, el Estado será responsable de ese daño. Por consiguiente, puede reclamarse una indemnización por un acto de tortura mediante una acción de responsabilidad civil contra el Estado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 37 de la Constitución.¹²⁹¹

Responsabilidad del Estado chileno, en su carta fundamental, define la responsabilidad directa del Estado en materia penal,¹²⁹² y en su Ley Orgánica Constitucional N° 18.575,¹²⁹³ Art. 4 establece la responsabilidad del Estado por los daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, y en el artículo 44 prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio, con derecho del Estado de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta.¹²⁹⁴ Regulación que consagra responsabilidad objetiva, grava al Estado por la sola circunstancia de que el daño producido haya sido con motivo de la actuación de un órgano determinado de la Administración, y en el ejercicio de las funciones de éste, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

No obstante su origen público, sin duda, se trata de una responsabilidad civil de

¹²⁹¹ Constitución de la República Federativa del Brasil de 5 de octubre de 1988.

¹²⁹² Art. 7. Ordinal i. "Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiera sido sometido a proceso o condenado a cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en proceso breve y sumario y en él la prueba se apreciará a conciencia."

¹²⁹³ Sobre Bases Generales de la administración del Estado, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de diciembre de 1986. www.armada.cl/transparencia/publicaciones/LEY_No_18575

¹²⁹⁴ el artículo referido señala: Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

principio extracontractual,¹²⁹⁵ para algunos constituye una responsabilidad objetiva, en la que para nada tiene injerencia la reprochabilidad, la culpa o el dolo.¹²⁹⁶ En ese sentido son varios los fallos que sientan este principio.¹²⁹⁷ En igual

¹²⁹⁵ Por otro lado la jurisprudencia nacional ha establecido los elementos fundamentales de la responsabilidad extracontractual del Estado, en sentencia dictada por la Excma Corte Suprema, conociendo de un recurso de Casación en el fondo, interpuesto por el Fisco, en los autos "Hexagon Limitada con Fisco" 35 con fecha 28 de julio de 198736. Que reproducimos en lo pertinente: "Considerando 10º: *Las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, según la mayoría de los autores chilenos que han estudiado la materia, se encuentra en el derecho público, específicamente en las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, la Constitución Política de 1980 y en las leyes que por mandato de ella se han dictado. En consecuencia, un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales genera responsabilidad conforme lo señalado en los artículos 3 y 7 del Acta Constitucional Nº 2 anteriormente transcritos. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de los dispuesto en el Nº 5 del artículo primero del Acta Constitucional Nº 3 cuando prescribe " Artículo 1º...Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas Nº 5 la igual repartición de los impuestos y contribuciones en proporción de los haberes o en la progresión o la forma que fije la ley la igual repartición de las demás cargas públicas". Así es como todo daño que produzca un órgano del Estado, implica según se ha dicho un menoscabo o lesión en lo suyo para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que sólo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma constitucional debiendo ser resarcida por el Estado. Todas las normas referidas anteriormente de las Actas Constitucionales número 2 y 3 se encuentran expresamente contempladas en la Constitución Política de 1980 en sus artículos 6º, 7º y 19 Nº 20 y 24 y en la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial, con fecha 5 de diciembre de 1986 la cuál en su artículo 4 establece la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones y en el artículo 44 que prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio, reconociendo el derecho del Estado de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta que causó el daño."*

¹²⁹⁶ LÓPEZ Santa María Jorge. *Responsabilidad por falta de servicio*. Texto elaborado por Alejandra Aguad, Profesora de derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, sobre la base de un artículo del profesor publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1997, Tomo XCIV, pág. 31. Pág. 1. www.udp.cl/DERECHO/estudiantes/apuntes/resp_del_estado.PDF.

¹²⁹⁷ Sentencia dictada el 8 de enero de 1930, en la causa Lapostol con Fisco. Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXVII, Segunda Parte, Sección Primera, Pág. 744. Aubert con Fisco. Rev. Derecho y Jurisprudencia. Tomo XII, Segunda Parte, Sección Primera, Pág. 410. 42 y Granja con Fisco. Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVI, Segunda Parte, Sección Primera, Pág. 277. El 6 de julio de 1993, en el Hospital Militar de Santiago de Chile, (en la cual el correspondiente equipo médico, en lugar de operar la cadera derecha del paciente para implantarle una prótesis, equivocadamente intervino la cadera izquierda), la acción civil indemnizatoria se dirigió por el demandante contra cada uno de los integrantes del equipo médico, y solidariamente contra el Fisco de Chile. En uno de los considerandos de la Corte Suprema, ésta señaló que en cuanto al Fisco, entonces, la responsabilidad civil es en lo particular una responsabilidad legal, porque deriva exclusivamente de la ley. En efecto mientras la responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad de su autor, y mientras ella no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su culpa, la responsabilidad del Fisco es en cambio una responsabilidad Objetiva, de garantía o de asistencia, consagrada por razones de equidad en la Constitución Política y en la ley, en favor de los ciudadanos perjudicados cuando, como en este caso, concurren los presupuestos del artículo 4º de la Ley Nº 18.575.

sentido opinan SILVA Cimma, SOTO Kloss y CALDERA, Hugo.¹²⁹⁸ Pero como sucede en la mayoría de las legislaciones, no existe unanimidad, hay tendencias que consideran a la responsabilidad del Estado subjetiva.¹²⁹⁹

Una de las legislaciones que se destaca, por la cantidad de procesos tramitados y condenados, por daños a particulares, al Estado, es la colombiana.

En el derecho colombiano por norma constitucional, el Estado resulta ser el primer obligado, en el ámbito de responsabilidad extracontractual, así lo expresa el Art. 90 de la Constitución de 1991, que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, textualmente dice: *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por acción u omisión de las autoridades públicas*. Norma de carácter objetivo, que tiene como precedente la responsabilidad del Estado por las omisiones y arbitrariedades que pudiera cometer en el ejercicio de sus funciones (art. 6 según da parte).¹³⁰⁰ Pero el Estado no sólo responde por los actos ilícitos sino también por los lícitos, con la obligación de indemnizar a los particulares, por lesionar sus intereses patrimoniales de carácter lícito (Art. 58, expropiación) (Art. 332 propiedad del suelo, subsuelo del Estado, y 336, por actividad económica lícita convertida por ley, en monopolio del Estado).

¹²⁹⁸ SILVA Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. "El Servicio Público"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995. SOTO Kloss, Eduardo, *Base para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno* "Gaceta Jurídica N° 56. 1985. Pag. 12 S. CALDERA, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1982.

¹²⁹⁹ Caso: Domic con Fisco. Sentencia publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIX (2002) N° 2. Sección primera, pág. 95, y sección quinta, pág. 126. También en Gaceta Jurídica N° 263. Mayo 2002, pág. 29. Cuyo aspecto fundamental se refiere a la prescripción de las acciones de responsabilidad del Estado, se dedicaron varios considerándolos a señalar que la responsabilidad del Estado no era objetiva, señalando: *sólo las actuaciones que merecieran reproche, por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que únicamente los actos o hechos que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad dan lugar a responsabilidades*. No obstante circunscribirse a la vigencia de la Constitución Política anterior, sus conclusiones son de vigencia permanente. Expresó que *el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares y el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla, como ocurre por excepción*.

¹³⁰⁰ Sentencia del 30 de julio de 1992. Revista Jurisprudencia Y Doctrina, Tomo XXI, número 251, pág. 1055, En esta sentencia el Consejo de Estado luego de traer a colación el artículo 90 de la nueva Carta Política, realiza un análisis de dicho artículo en los siguientes términos: "Del texto que se deja transcrito se desprende, en términos generales: a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión. (subrayado fuera del texto) b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública. c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica. ... Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuricidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuricidad del daño...

El modelo colombiano, presenta diferentes regímenes de responsabilidad, así el Estado compromete su responsabilidad, cuando por la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollado en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que coloca a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a un “riesgo de naturaleza excepcional”, que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”;¹³⁰¹ su fundamento está en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, que implican una carga o sacrificio adicional al que normalmente soportan por el hecho de vivir en sociedad y riesgo de naturaleza excepcional, ej., expropiación u ocupación temporal en caso de guerra; típica responsabilidad objetiva, la hipótesis no ingresa a analizar la culpabilidad o falla del servicio, la presencia de los elementos constitutivos previstos por la constitución viabiliza la indemnización tendiente a restablecer el equilibrio roto de la igualdad; enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, perturbación de vecindario, etc. definición que ha sido citada por la Corte Constitucional.¹³⁰² Con ello se plantea la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad. El Tribunal supremo apoya la responsabilidad directa y objetiva del Estado.¹³⁰³

Asimismo en uno de sus célebres fallos declara: ... *Ahora bien, en última instancia, el único responsable de mantener la vigencia de los derechos*

¹³⁰¹ Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 1989, define esta teoría del riesgo excepcional, sobre la base de la igualdad ciudadana, en aplicación del Art.58 de la Constitución.

¹³⁰² Corte Constitucional, 1° de agosto de 1996, ponente: Alejandro Martínez Caballero, sentencia C-333/96, demanda D-1111, actora: Emilse Margarita Palencia Cruz, donde se estudió la constitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993, y en donde se expresó: “Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”.

¹³⁰³ Sentencia del 30 de julio de 1992 Revista Jurisprudencia Y Doctrina, Tomo XXI, número 251, pág. 1055. la que en su parte saliente expresa: “Del texto que se deja transcrito se desprende, en términos generales: a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión. (subrayado fuera del texto) b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública. c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica. ... Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño...”. La explicación del concepto de antijuridicidad, la encontramos en la sentencia. del 31 de Octubre de 1991, el Consejo de Estado manifestó: “La sentencia será revocada, pues el *ad quem* no hace suya la perspectiva jurídica que manejo el a quo, al hacer la valoración jurídica y fáctica de todas las circunstancias particulares del caso... (el a quo no encontró probada la falla del servicio), porque el caso no se deja de manejar con esta última perspectiva jurídica, sino con la filosofía que informa la idea de “LESION”, esto es, como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que encuentra su apoyo constitucional en el artículo 90 de la Carta”. El Consejo de Estado, precisa el concepto de daño antijurídico, siguiendo la definición del autor español Leguina para luego definir: “Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA” este fallo condena a la Nación- Ministerio de Obras Públicas por los perjuicios causados con motivo de la caída de una piedra en la carretera Panamericana Sur.

fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen – acorde con los derechos fundamentales – las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos, y todo ello de forma eficaz y diligente. Si mientras la constitución protege el derecho a la vida el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental, sino en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete al Estado. Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos... En efecto, la inobservancia de los derechos constitucionales fundamentales por parte del Estado produce consecuencias distintas a las de la inobservancia proveniente de los particulares. Esa distinción se debe a razones éticas, políticas y jurídicas.”¹³⁰⁴

El texto glosado destaca la responsabilidad del Estado por actos del poder ejecutivo, legislativo y judicial, todos involucrados en la vulneración de derechos fundamentales, a los que se les da prioridad y prelación, siendo la obligación fundamental del Estado la normativización y el cumplimiento eficaz de las funciones del órgano judicial para dictar la sentencia, del legislativo para establecer las normas y del ejecutivo para hacerlas cumplir. Específicamente el Juez es responsable por la privación injusta de la libertad.¹³⁰⁵

La responsabilidad, según lo declara el Consejo de Estado, es una típica responsabilidad objetiva en la cual no es importante que el juez analice la conducta o intención de quien emite la orden, ni tampoco le corresponde al actor entrar a demostrar que dicha orden se basa en un error, sólo basta con demostrar el daño causado con dicha orden y presentar la providencia absolutoria en la que consta o que el hecho no existió, o que él no lo cometió o que su conducta no constituye hecho punible. Basta con que demuestre los requisitos del artículo 414 para que se decrete la responsabilidad del Estado.¹³⁰⁶ Las características más

¹³⁰⁴ Honorable Corte Constitucional, que en sentencia hito C-587 de 12 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón. caso de jurisprudencia, también glosado en por RUIZ Orjuela Wilson. Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Diciembre de 2005 Pág.19.

¹³⁰⁵ Al respecto el Art. 414 del Código de Procedimiento penal Colombiano, regula: “Indemnización por privación injusta de la libertad: Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

¹³⁰⁶ Sentencia del 15 de septiembre de 1994 (Exp. 9391; Actor: Alberto Uribe Oñate; MP. Uribe Acosta 36). Revista Jurisprudencia Y Doctrina, Tomo XXI, número 251, pág. 1055, el fallo expresa: “La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal es objetiva,

destacadas en este fallo son: la objetividad, es irrelevante el análisis de la culpa personal del agente, puesto que ésta es reemplazada por la noción de falla de servicio. Sólo se debe probar la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público; la presunción de culpa, deber primordial de prestación de servicios públicos, impuesto por la Constitución y la prueba se concreta en la falla del servicio y el daño originado por dicha falla, así como la relación de causalidad entre aquella y ésta.

En Colombia, no existe ningún precedente judicial, que declare la responsabilidad del Estado colombiano por el hecho de las leyes, a pesar de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 superior, que establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.¹³⁰⁷ Si bien, desde el punto de vista jurisprudencial, es incipiente, resulta esclarecedor un fallo emitido por la Honorable Corte Constitucional, que en sentencia hito C-587 de 12 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro; señala: *“En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales”*.

Así, la Corte promueve la responsabilidad del Estado por actos u omisiones del legislador, frente a la protección de los derechos fundamentales, cuando la ley vulnera o los desconoce. De manera que es un importante referente, para el desarrollo jurisprudencial, sobre un tema con tanta expectativa. No pueden seguir teniendo vigencia, argumentos como el de la soberanía del constituyente primario a través del agente legislador, el carácter impersonal de la ley, o el que la ley no vulnera derechos, generalmente los modifica o extingue, ya que para eso está instituida.¹³⁰⁸

La legislación ecuatoriana incluye en el rango constitucional la responsabilidad del Estado, en su Art. 1º,¹³⁰⁹ y 20;¹³¹⁰ no hay autoridad pública exenta de

por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”. En la sentencia del 12 de Diciembre de 1996 (Exp. 10.229; Actor: José Ángel Zabala Méndez, MP.: Betancur Jaramillo 37), el Consejo de Estado expresa: *“De acuerdo con dicha norma (art. 414 del C. de P.P) en los casos en que una persona sea privada de su libertad por ser sindicada de la comisión de un delito y posteriormente exonerada por una providencia definitiva en la cual se establezca que no cometió el hecho que se le imputó, nace la responsabilidad para el Estado, sin que pueda el juzgador exigir ningún requisito adicional para configurarla”*.

¹³⁰⁷ RUIZ Orjuela Wilson. *Responsabilidad Del Estado Legislado*. Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Diciembre de 1 2005, pág. 14

¹³⁰⁸ RUIZ Orjuela Wilson *Responsabilidad Del Estado Legislador*. Ob. Cit. Pág. 19.

¹³⁰⁹ Art. 1. "El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable y alternativo."

responsabilidad.¹³¹¹ La responsabilidad es de naturaleza objetiva. Siempre es demandado el Estado, así sea por error judicial.¹³¹² El error judicial, regulado en el Art. 22 de la Constitución,¹³¹³ tiene que ser inexcusable; no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación; toda decisión o resolución, dictada por los órganos de Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el error debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sientan perjudicados, pudiendo agregarse que dicho error puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas...". (Tratado de Responsabilidad Civil, Ricardo de Ángel Yagüez, p. 492, 493.).¹³¹⁴

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado se encuentra claramente expuesta en un fallo del Tribunal Supremo:¹³¹⁵ *la responsabilidad civil subsidiaria del Estado ha de ser interpretada extensivamente, desbordando incluso los tradicionales criterios de la «culpa in eligendo» o «culpa in vigilando», para adentrarse en los*

¹³¹⁰ Art. 20 C.P.E. del Ecuador: Las instituciones del Estado, sus delegatorios y concesionarios están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

¹³¹¹ Art. 39. "El ejercicio de la función pública es un servicio a la colectividad. No hay autoridad exenta de su responsabilidad en el desempeño de sus funciones..." "Todo órgano de poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en esta constitución y en las demás leyes."

¹³¹² Sentencia anulada o revocada por efecto de recurso de revisión, el condenado *será indemnizado por Estado* (Art.21). En forma expresa establece la responsabilidad del Estado por error judicial, inadecuada administración de justicia (Art.22).

¹³¹³ El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de reparación contra el juez o funcionario responsable. (Art. 22 C.P.E. Ecuador). Nota sobre acuerdo Pleno STS-2ª 12/07/2002: Responsabilidad civil subsidiaria del estado

¹³¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo No 158/2002. Error judicial responsabilidad civil del Estado.

¹³¹⁵ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001. Nota sobre acuerdo Pleno STS-2ª 12/07/2002. RECPC 04-j12 (2002)- [http:// criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j12.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j12.pdf), el fallo expresa : Responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en un caso en el que el acusado, policía nacional, no encontrándose de servicio, con ocasión de una discusión mantenida con la víctima y con una considerable ingestión previa de alcohol, disparó a la víctima con su arma reglamentaria, causándole la muerte. La STS, con cita de la STS de 21-10-1997. El aspecto que determinó la decisión favorable a la condena del Estado, fue que el acusado - policía - se hallaba en el momento de los hechos, no sólo bajo los efectos del alcohol, sino que además padecía, desde hacía casi un año, una depresión reactiva a su situación de separación conyugal, de tal entidad que le supuso permanecer de baja en su actividad profesional, incluso con retirada del arma durante dos meses. En tales condiciones - añadía la STS - se debió extremar la vigilancia y control del acusado, apreciando en consecuencia una «culpa in vigilando», pues "la actividad de control debe ser especialmente diligente cuando la persona del agente de la autoridad muestra signos evidentes de alteración psíquica".

terrenos marcados por la creación del riesgo o peligro que supone poner en marcha una actividad o servicio, de tal manera que debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan del peligro creado, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor, del hecho delictivo y el ente en el que está integrado. La jurisprudencia da cuenta de un sistema mixto de responsabilidad del Estado, no obstante que el marco constitucional define una responsabilidad de naturaleza objetiva.

Con relación a la responsabilidad civil por error judicial del Estado, la sentencia No 158-2002, permite destacar el alcance y aplicación del Art. 22 de la Constitución Política, referido y glosado líneas arriba: *tiene que ser inexcusable; no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación, de criterio, porque sería exigir la perfección que en el orden humano es inalcanzable, y contrario, aquel principio de humanun errarum est. (Sic.).* El fallo hace referencia a la jurisprudencia española que reafirma este criterio¹³¹⁶ “d) El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por ‘error judicial’ toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas...”¹³¹⁷

Hay comentaristas que creen que tal error debe ser decidido en el plano contencioso administrativo: “En estos supuestos se debe probar la culpa o dolo del funcionario. De esta manera aparece el tratamiento de la responsabilidad del Estado desde el Derecho Público y se fija, además, que debe ser la jurisdicción contenciosa administrativa la que resuelva los procesos en que se demanda la Responsabilidad del Estado por parte de particulares, en los casos señalados en el Art. 22 de la Constitución Política”.¹³¹⁸

El Código Civil mexicano regula la responsabilidad del Estado por los actos y omisiones de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones, la norma, define que

¹³¹⁶ Sala que ha entendido en repetidas ocasiones –sentencias de 27 de noviembre de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, entre otras-, dada la naturaleza especial, determinada porque el mismo procede para su apreciación, respecto de las sentencias que hayan obtenido firmeza, cuando abiertamente, fuera de los cauces legales, se omiten o se parte de hechos distintos a los enjuiciados y sobre los que el Juzgado ha tenido un conocimiento equivocado por causas extra procesales, incurriendo no en una interpretación errónea tanto fáctica como jurídica, sino más bien y desde la óptica de la más pura objetividad, claramente arbitraria, de incuria o desaplicación y decisiones ilógicas o absurdas contrarias a la normalidad del proceso, que de esta manera se desvía de su orden de libertad y garantías a los derechos de los que los integran como parte”.

¹³¹⁷ YAGÚEZ Ricardo de Ángel. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pág. 492, 493.)

¹³¹⁸ García Falconí José. *Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Pág. 172–173.

se trata de una responsabilidad solidaria en el caso de la comisión de delitos y subsidiaria en los casos en los que el responsable directo no tenga bienes con los que pueda responder el daño, (Art. 192).¹³¹⁹ La responsabilidad del Estado se extiende al daño moral.¹³²⁰

El desarrollo doctrinal, muestra una paulatina traslación de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, de conformidad con lo establecido en los ordenamientos de Derecho Civil federal y local, normas en las que el daño o lesión y el deber de reparación, constituyen el centro de gravedad y residen en la obligación de reparar pecuniariamente el daño a modo de restituir la situación patrimonial que con anterioridad tenía el damnificado, siempre y cuando, se demuestre la relación causal entre la acción lesiva y el daño padecido para su actualización concreta en una relación jurídica. La responsabilidad es directa por parte del Estado, ya que ante el particular se conduce como una persona jurídica colectiva, y, en consecuencia, es el único responsable de las acciones realizadas por sus agentes. Posición que no contradice ni va en detrimento al derecho de repetición del Estado, que tiene la facultad de accionar contra del funcionario responsable y repetir el monto, que su falta hubiere erogado.

Legislación que además cuenta con la Ley Federal de Responsabilidad patrimonial del Estado, *DOF 31-12-2004 de 31/12/2004*, que reglamenta el Art. 113 de la Constitución Política del Estado de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones *son de orden público e interés general; tienen por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado.* La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado *es objetiva y directa*, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esa Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia. Para los efectos de la referida Ley, *se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares, que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.* (Art. 1). Define como sujetos pasivos: *a los entes públicos federales, esto es, los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría*

¹³¹⁹ El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus empleados y funcionarios con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos (Art.1927)

¹³²⁰ Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928 todos de ellos del presente código. (Art. 1916).

General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal, (Art. 2). La acción es de índole administrativa. Los particulares en su demanda, deberán señalar, en su caso, el o los servidores públicos involucrados en la actividad administrativa que se considere irregular. Si iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, (Art. 18).

El Estado de Derecho se fortalece, con el establecimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado y *derecho correlativo de los particulares a ser indemnizados*, cuando sufran un daño o lesión por causa de la actividad pública.

En México, con la reforma del artículo 113, de la Constitución Política federal, se reconoce la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que en la consecuente adecuación del marco normativo local, se considera que la doctrina acepta igualmente divisibilidad en materia de responsabilidad del Estado y servidores públicos en materia: constitucional, política, penal, patrimonial o civil, administrativa y penal especial, en el campo de la responsabilidad patrimonial, también denominada civil extracontractual, se utilizan diversas modalidades: responsabilidad subjetiva o aquiliana por dolo o culpa civil, responsabilidad objetiva por daño, y responsabilidad por falta de servicio, sin perjuicio de otras modalidades especiales como las obligaciones legales compensatorias".¹³²¹

Sobre estos presupuestos, la responsabilidad del Estado por actos administrativos, trata, en principio, de restablecer el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio de *la indemnización* y de este modo, el Estado mexicano cumple con los fallos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹³²²

La responsabilidad del Estado venezolano, se encuentra claramente definido en el marco constitucional de 1999, que en su Art. 140 señala: *el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.* El sistema de responsabilidad civil se complementa con normas que consagran el derecho de los particulares de acudir a los órganos jurisdiccionales por daños ocasionados por la Administración pública y recibir tutela jurídica, expresa la responsabilidad de los funcionarios públicos (Art.25), del Presidente y Ministros de Estado (Art. 23, 139), poder judicial (Art. 255, 46 8).

La jurisprudencia venezolana, aplica tanto las normas civiles de responsabilidad objetiva por guarda de cosas, fundada en el Art. 1193 del Código Civil, como el daño provocado por líneas de alta tensión bajo la custodia de empresas del Estado.¹³²³ En tanto que en otros casos los fallos fueron amparados en las normas

¹³²¹ Htl.www.monografic.com.trabajo.14.verfic-servicios/verfic-servicios.shtml.

¹³²² Htl.www.monografic.com.trabajo.14.dinámica_grupo-/dinamica-grupo.shtml.

¹³²³ Sentencia sala política administrativa del Tribunal supremo de Justicia del 7 de marzo de 1989, caso Nelson Molina vs. Cadafe, la responsabilidad del Estado se determinó ante su imposibilidad

constitucionales y no en el derecho privado, así en el caso Elecentro, el Tribunal Supremo, declaró la responsabilidad del Estado por los daños físicos y morales causados a los particulares por las líneas de alta tensión a cargo de la empresa demandada.¹³²⁴

Por situaciones de riesgo objetivo, el tribunal ha expresado: *...la responsabilidad del Estado se hace aún más evidente... por cosas que representan un peligro objetivo del cual ese guardián obtiene beneficio.*¹³²⁵ La responsabilidad del Estado, en esta legislación es directa y objetiva.

El derecho comparado, actual abiertamente reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado, en los tres poderes que lo integran, (ejecutivo, judicial y legislativo). El fundamento de la responsabilidad del Estado se funda en el Estado de Derecho, en la garantía social y política de un trato igualitario y la preeminencia del ser humano y respeto a sus derechos, que repercuten en la paz social, que es fin de la organización del Estado.

La instauración de la responsabilidad patrimonial del Estado en rango constitucional, hace que ésta adquiera el carácter público, constituyéndose el Estado, como único responsable de los actos de sus servidores públicos, sin menoscabo de la acción o vía de regreso que proceda internamente contra el servidor que haya incurrido en la actividad administrativa irregular causante de daño patrimonial, a aquel que no tenga la obligación jurídica de soportarlo.

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene características importantes, con las que se supera la etapa de la responsabilidad basada en la teoría de la culpa y se avanza hacia la responsabilidad objetiva directa por parte del Estado, hacia el particular damnificado, que tiene por objeto la restitución del equilibrio económico roto por hechos, actos u omisiones del poder público, en los actos ilícitos y actos lícitos, siendo uno de los canales más amplio el de la responsabilidad civil, las omisiones del Estado por falta de servicios a los que se encuentra obligado, aspecto que debe ser incluido en la norma civil, ya que compete a la responsabilidad civil extracontractual este tema.

La responsabilidad del Estado es concepto antinómico a la idea de poder y soberanía absoluta de los gobernantes sobre los gobernados. La responsabilidad del Estado por el ejercicio de sus funciones (responsabilidad extracontractual) es un tema presente en la doctrina internacional. Es indudable que las primeras manifestaciones sobre el particular se hayan dado en el campo doctrinario y jurisprudencial, pero la contemplación constitucional de la responsabilidad directa del Estado representa, sin duda alguna, una garantía fundamental del Estado de Derecho.

de demostrar una causa externa, fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima o hecho de tercero.

¹³²⁴ Sentencia de 2 de mayo del 2000

¹³²⁵ Sentencia de la sala político administrativa de 5 de abril de 1994 caso Menecio Cabezas vs. Cadafe.

4.1.5.13 Responsabilidad del Productor.

Argentina, en su Constitución Nacional, establece el marco legal de la protección al consumidor,¹³²⁶ por Ley 24.240 Ley del Consumidor. En materia de daños causados por productos defectuosos, vicio, riesgo de la cosa o prestación de servicios, extiende la responsabilidad a toda la cadena productiva y al prestador de servicios, sea público o privado,¹³²⁷ destaca la solidaridad de la cadena productiva, sin perjuicio de la acción de repetición.¹³²⁸ Regula la asociación de consumidores con legitimación activa.¹³²⁹ Las tendencias oscilan entre contractualistas y extracontractualistas, la primera, ubica a la responsabilidad en el ámbito contractual,¹³³⁰ en tanto que la segunda, en el extracontractual.¹³³¹ La responsabilidad es de naturaleza objetiva, sobre la base del riesgo o del peligro. La competencia para conocer y resolver la tiene el órgano jurisdiccional.

En forma similar la brasilera, en su norma de mayor jerarquía, define la protección

¹³²⁶ Art. 42 Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

¹³²⁷ Art. 2°. Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

¹³²⁸ El Art. 40, expresa: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quién haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quién demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

¹³²⁹ Art. 55. Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor previsto en el segundo párrafo del artículo 58.

¹³³⁰ MOSSET Iturraspe Jorge. *Defensa del consumidor*. Ley 24.240. Rubilzal-Culzoni, Santa Fe 1978.

¹³³¹ PICASSO Sebastián, WALTRAUB Javier H. Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidado la protección del consumidor. Ja 1998-IV-766.

del consumidor,¹³³² marco constitucional que es reglamentado por el Código Brasileiro de Defensa del Consumidor, Ley 8078/90,¹³³³ dicha regla constituye una demostración de la evolución del derecho brasileiro en el marco de una nueva sociedad que se modifica con una velocidad intensa y que reclama la protección al consumidor. Los derechos, protegidos por la ley 8.078 de 1990, son de orden público por lo tanto, irrenunciable e indisponibles, la legitimación pasiva recae en la cadena productiva y el prestador de servicios.¹³³⁴ Consagra como uno de los derechos básicos del consumidor la prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos.¹³³⁵

El Código de Defensa del Consumidor, tiene por regla general, el principio de la responsabilidad objetiva, recae en la cadena productiva,¹³³⁶ además, es solidaria,¹³³⁷ idéntica responsabilidad la tiene los prestadores de servicio,¹³³⁸ y como excepción, las hipótesis de servicios prestados por los profesionales

¹³³² Art.5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

XXXI- a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus;

Art. 170° - El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios:

V. Defensa del consumidor. Disposições transitórias: Art. 48 – O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹³³³ **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ((L8078-CDC) LEI N.º 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.**

www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/legislacao/cdc.htm - 137k.

¹³³⁴ Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹³³⁵ Art. 6° São direitos básicos do consumidor:... VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

¹³³⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹³³⁷ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas

¹³³⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

liberales, a las que se le atribuye una responsabilidad subjetiva,¹³³⁹ bajo el argumento de la vieja diferencia entre responsabilidad de medios y resultado, aplicado a profesionales liberales. En relación a la medicina el Art. 1545 del Código Brasileiro establece en forma expresa una responsabilidad con atribución subjetiva, sujeta a imprudencia, negligencia o impericia,¹³⁴⁰ la profesora María Helena Diniz, en su obra “*Curso de Direito civil brasileiro*”, ratifica esta posición cuando enseña: *La obligación de medio es aquella en la que el deudor se obliga tan sólo a actuar con la prudencia y la diligencia normales en la prestación de cierto servicio para lograr un resultado, sin, con todo, obligarse a obtenerlo. Infiérase que su prestación no consiste en un resultado cierto y determinado a ser conseguido por el obligado, sino tan sólo en una actividad prudente y diligente de éste en beneficio del acreedor*.¹³⁴¹ En el Brasil, la jurisprudencia es conteste en el sentido de que la responsabilidad civil del médico importa una obligación de medios y no de resultado, pero hay divergencia en cuanto a los tratamientos de embellecimiento, más específicamente en la cirugía estética, la que es vista y considerada -por la corriente judicial dominante- como obligaciones de resultado por las propias circunstancias que involucran este tipo de tratamiento. Es también objetiva la responsabilidad que se atribuye a personas jurídicas dedicadas de la medicina, clínicas, centros de salud, hospitales, etc.

Al igual que el modelo argentino involucra, en la responsabilidad, a toda la cadena productiva y atribuye la competencia para conocer violaciones al órgano jurisdiccional. Brasil, es uno de los pioneros de las acciones de grupo en defensa del consumidor,¹³⁴² las asociaciones de consumidores tienen la legitimación activa para interponer acciones colectivas.¹³⁴³ La norma abarca el ámbito extracontractual y el contractual.

En el modelo chileno, el texto aprobado que modifica la Ley del Consumidor, Ley-

¹³³⁹ Art. 14: Parágrafo 4: § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹³⁴⁰ La referida regla señala: os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiros e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligencia, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, au ferimento.

¹³⁴¹ HELENA Diniz, María. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. São Paulo; Ed. Saraiva. Vol. 7. 1984.

¹³⁴² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹³⁴³ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. ([Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995](#))

19496,¹³⁴⁴ viene a solucionar una serie de problemas de desprotección de los consumidores, entre los cuales se pueden mencionar: la eliminación de la letra chica de los contratos; la creación de un procedimiento en defensa de los intereses supra individuales, en un caso se podrá resolver múltiples pretensiones de los consumidores, organizados en asociaciones reconocidas por ley,¹³⁴⁵ dentro de los servicios, incluye el servicio de la educación,¹³⁴⁶ y el correo electrónico basura. La norma enfatiza el derecho a la información a los consumidores;¹³⁴⁷ la obligación de la información abarca la oferta hasta la ejecución del contrato y todos sus efectos.¹³⁴⁸ La legitimación pasiva la tiene la cadena productiva bajo la

¹³⁴⁴ LEY-19496. Fecha de Publicación: 7.03.1997. Fecha de Promulgación: 07.02.1997. Organismo: Ministerio De Economía, Fomento Y Reconstrucción. Última Modificación: Ley-19955 14.07.2004. Establece Normas Sobre Protección De Los Derechos De Los Consumidores. Biblioteca Del Congreso Nacional.

¹³⁴⁵ Art. 5°. Se entenderá por Asociación de Consumidores la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés. LEY 19955 Art. único N° 6 D.O. 14.07.2004.

Art. 8°. Las organizaciones a que se refiere el presente párrafo sólo podrán ejercer las siguientes funciones: ... b) Informar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos y brindarles asesoría cuando la requieran; c) Estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo; LEY 19955 Art. único N° 9 D.O. 14.07.2004; d) Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato, y e) Representar tanto el interés individual, el interés colectivo y difuso de los consumidores ante b y c) las autoridades jurisdiccionales o administrativas mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan... LEY 19955 Art. único N° 10 a); D.O. 14.07.2004

¹³⁴⁶ Art. 2°. Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: ... d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, sólo respecto del Párrafo 4° del Título II; de los Párrafos 1° y 2° del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C, y respecto de la facultad del o de los usuarios

¹³⁴⁷ Título I Ámbito de aplicación y definiciones básicas. Art. 1°... 3. Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica. LEY 19955 Art. único N° 1 c) D.O. 14.07.2004

En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden.

¹³⁴⁸ Título III Disposiciones especiales. Párrafo 1° Información y publicidad. Art. 28 Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de: a) Los componentes del producto...; b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer...; c) las características relevantes del bien o servicio... deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo

denominación de proveedores, están los productores, fabricantes, importadores, constructores, distribuidores, comerciantes y prestadores de servicios.¹³⁴⁹ La creación de la asociación de consumidores.¹³⁵⁰ El ámbito de aplicación es de naturaleza contractual.¹³⁵¹ La responsabilidad es de carácter objetivo, no sujeto a la culpa, aspecto que sólo es valorado para efectos de las sanciones administrativas; la competencia para conocer esta hipótesis de responsabilidad la tiene el órgano jurisdiccional. La jurisprudencia es conteste sobre la responsabilidad de informar que tiene el proveedor, observamos en el caso Lan Chile S.A., publicidad de oferta de pasajes aéreos, “sujeta a disponibilidad” sin consignar la cantidad de lugares disponibles,¹³⁵² y otro caso, del cable de

del crédito en su caso, ...; e) Las condiciones en que opera la garantía, y f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Art. 28 A Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. LEY 19955 Art. único N° 20 D.O. 14.07.2004

Art. 28 B Toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos, que quedarán desde entonces prohibidos.... LEY 19955 Art. único N° 20 D.O. 14.07.2004

¹³⁴⁹Art. 1. 2) Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

¹³⁵⁰Art. 5°.- Se entenderá por Asociación de Consumidores la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés. LEY 19955 Art. único N° 6 D.O. 14.07.2004

¹³⁵¹ Artículo 50.- Las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten ejercicio de cualquiera de los derechos de lo el consumidores. LEY 19955 Art. único N° 26 D.O. 14.07.2004. El ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores. Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2° de este Título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados.

¹³⁵² La empresa Lan Chile S.A. (“Lan Chile”) fue sancionada por infringir el artículo 7° de la Ley N° 24.240, así como el artículo 7° del Decreto N° 1798/94 (reglamentario de la referida Ley), por haber realizado publicidad de servicios turísticos con sus precios, condicionándolos a su eventual disponibilidad y sin informar la cantidad de lugares con que contaba para cubrir la oferta. La autoridad de aplicación entendió que los argumentos precedentes no resultaban atendibles al momento de evaluar la trasgresión a la norma de aplicación. En efecto, la limitación referida a la disponibilidad de plazas en el momento dado a la que Lan Chile condicionó la oferta publicada, en los términos en que se anunciara, generaba perjuicio al consumidor. En efecto, por cuanto permitía a la empresa restringir discrecionalmente su capacidad de respuesta a la demanda, la oferta

televisión que incrementó el servicio sin previa información.¹³⁵³ La competencia la ejerce el órgano jurisdiccional.

En el modelo colombiano, la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios proviene directamente de la Constitución, se configura como responsabilidad especial, en el marco constitucional se define la responsabilidad del Estado del control de calidad de bienes y servicios, se garantiza la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios y se impone la responsabilidad a los productores de bienes y servicios que atenten contra la salud y la seguridad.¹³⁵⁴ La Corte Constitucional, en su doctrina

resultaba potencialmente engañosa para los consumidores y les impedía analizar la conveniencia de adquirir los pasajes aéreos. Cabe tener presente que la legislación vigente no obliga a las empresas a dar a publicidad los precios de sus servicios pero, si como estrategia de venta deciden hacerlo, deben ajustarse a lo que manda la ley. En esas condiciones, resulta exigible que se indique claramente la cantidad de plazas al precio ofertado con que cuenta la empresa para atender la demanda que el aviso publicitario genere, ello en los términos del artículo 7° de la Ley de Defensa del Consumidor y 7° de su decreto reglamentario, N° 1798/94. Por lo anterior, la autoridad de aplicación impuso a Lan Chile una multa de \$8.000 (ocho mil pesos). Adicionalmente, la empresa deberá publicar, a su costa, en el diario de mayor circulación la parte dispositiva de la decisión comentada, ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47° de la Ley N° 24.240. www.calimaco.es/b2c/index.php?page=pp_producto.php&md=0&codp=20856 - 96k

¹³⁵³ Conducta Reprochada: Incumplimiento del deber de información en cuanto al incremento aplicado al abono básico del servicio de televisión por cable. El Caso de Cablevisión S.A2. La empresa Cablevisión S.A. ("Cablevisión") fue sancionada por la Dirección Nacional de Comercio Interior por infringir el artículo 4° de la Ley N° 24.240 al no brindar información a los usuarios del servicio de televisión por cable que presta respecto del importe total al que ascendería el abono como consecuencia del incremento dispuesto para el mes de marzo de 2005. En la disposición sancionatoria, la autoridad de aplicación sostuvo que, de las constancias de autos, surgía en forma clara que la información oportunamente brindada a los usuarios en cuanto al aumento del abono básico no fue suficiente, de modo que los consumidores no tomaron conocimiento del monto de la cuota resultante y su lapso de vigencia. La obligación de informar rige durante toda la relación de consumo. En efecto, la información protege el consentimiento a prestar y, una vez formalizado el contrato de que se trata, coadyuva a la ventajosa utilización del producto o servicio. 82 Temas del Consumidor En ese sentido, no resulta suficiente brindar la información relativa al incremento aplicado en el mes de marzo de 2005, recién en la revista de agosto de ese año, en tanto la antelación suficiente resulta esencial en el espíritu de la norma. Por dicha razón, la Dirección Nacional de Comercio Interior impuso a Cablevisión una multa de \$10.000 (diez mil pesos), con más la pena accesoria de publicar en un diario de mayor circulación la parte dispositiva de la citada resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 47° de la Ley N° 24.240. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200012&script=sci_arttext - 19k

¹³⁵⁴ Art. 78.- La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Art. 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral

jurisprudencial confirma que el control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia de su papel en el proceso de producción y como contrapartida asume los riesgos derivados de la misma,¹³⁵⁵ en consecuencia el incumplimiento en las condiciones de calidad e idoneidad del producto o servicio adquirido o contratado, la obligación de responder por la calidad e idoneidad del mismo, recae tanto en el expendedor como en el proveedor, productor e importador, con lo que se define la cadena productiva sobre la que recae la obligación de responder frente al consumidor.

La norma Constitucional colombiana, es reglamentada por el decreto 3466 de 1982 Estatuto de Protección del Consumidor, que consagra la obligación de los proveedores o expendedores de bienes y servicios, de responder frente a los consumidores por la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que proveen o expenden, es decir tienen la obligación legal de hacer efectivas las garantías otorgadas sobre los mismos,¹³⁵⁶ obligación que se extiende a los importadores a los que se los reputa como productores de los bienes que introduzcan al mercado nacional. Las causales de exoneración caso fortuito o acto de un tercero,¹³⁵⁷ la jurisprudencia dentro de las causales de exoneración, diferencia aquellas que se refieren a situaciones que se encuentran así sea de manera indirecta en la órbita de acción del productor (Como cuando el daño sobreviene como resultado de un caso fortuito generado por el productor o por el hecho de un tercero ligado a él

administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones populares en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

¹³⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 937 de 2002. www.sic.co/conceptos/conceptos/200.php.

¹³⁵⁶ La norma referida en su artículo 13, establece: "Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta. Tanto la garantía mínima presunta como las garantías diferentes a ella se extenderán según la naturaleza del bien o servicio a las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización, de reparar y suministrar los repuestos necesarios para este último efecto..."

Decreto 3466 de 1982, artículo 11: "... Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente, en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía a sus proveedores o expendedores sean o no productores."

¹³⁵⁷ Decreto 3466 de 1982, artículo 26: "Sólo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad del productor que da lugar a la aplicación de las sanciones administrativas previstas en los artículos 24 y 25 y la indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 36, la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero, debidamente probados conforme al procedimiento indicado en el artículo 28. En todo caso deberá probarse también el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración invocado y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad registradas o las contenidas en la licencia o en la norma técnica oficializada, o con las que ordinaria y habitualmente se exijan en el mercado y las que efectivamente tenga el bien o servicio respectivo."(Resaltado fuera del texto).

mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase), de aquellas que escapan totalmente a su intervención (Como sucede en el caso de la fuerza mayor, al caso fortuito no sobrevenido por culpa del productor, al uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero no ligado al productor de ninguna manera). En su parte pertinente dice: *Sólo éstas últimas pueden considerarse como causales de exoneración que se compaginan con el mandato constitucional de especial protección de los consumidores y usuarios, pues sólo ellas atienden simultáneamente a la necesidad de asegurar que el productor asuma plenamente sus obligaciones como responsable de la calidad de los bienes y servicios que produce, así como a la de garantizar el equilibrio en las relaciones entre productores y consumidores, equilibrio que es el que precisamente se busca con el régimen especial señalado en la Constitución. ... el hecho de un tercero no ligado al productor de ninguna manera, debidamente probado libera de responsabilidad al productor, de otorgar la efectividad de la garantía y de la respectiva imposición de sanciones administrativas, en tanto simultáneamente se pruebe el nexo de causalidad ante el motivo de exoneración invocado (el hecho de un tercero) y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad exigidas al productor según sea el caso.*¹³⁵⁸

Un caso en Medellín contra la embotelladora coca cola,¹³⁵⁹ impuso sanciones por vulneración de derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, la sentencia dice: *Estos hechos constituyen un indicador de fallas que configuran riesgos en el proceso de embotellamiento del líquido en la planta que tiene la compañía accionada en la ciudad de Medellín, situación que le generó daño al accionante y si no se adoptan los correctivos del caso puede seguir generando daño a los consumidores de la gaseosa Coca Cola...* El fallo obliga a la empresa a mejorar su planta en Medellín para garantizar la limpieza interna de las botellas instalando dispositivos electrónicos que detecten cuerpos extraños, o demuestren con una certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio, que cuenta con tecnología de punta, capaz de *garantizar altos niveles de seguridad y salubridad.*

La legislación colombiana, otorga una amplia protección al consumidor, no sólo individual sino organizado, con reconocimiento constitucional de la defensa de derechos colectivos del consumidor, la responsabilidad no sólo es contractual sino

¹³⁵⁸ Sentencia C-1141/00 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
ww.sic.co/conceptos/conceptos/2004/marzo/02117500.php.

¹³⁵⁹ Un juzgado de Medellín falló una acción popular contra Panamco, embotelladora de Coca Cola en Medellín y le dio tres meses para que ajuste los procesos de llenado de sus productos. El recurso legal fue interpuesto con la ayuda de la Personería de esta ciudad por una persona que sufrió una intoxicación en agosto del 2003, después de tomarse una Coca Cola. Este alegó la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, así como a los derechos de los consumidores y usuarios. El juez 17 del Circuito, José Manuel Cuervo, realizó una inspección a la planta con funcionarios del Invima y constataron que existían falencias en el procedimiento para detectar cuerpos extraños. Colombia: Juez falla contra embotelladora de Coca Cola ... Ley 26.361 - Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor (Sancionada 12/03/08, B.O. 07/04/2008) danterusconi.blogspot.com/2008/03/colombia-juez-falla-contra.html - 123k

extracontractual y de naturaleza objetiva, la competencia para resolver esta cuestión lo tiene el órgano jurisdiccional.

También el modelo ecuatoriano, en el nivel más alto de su ordenamiento jurídico, establece el marco legal de protección del consumidor e impone la responsabilidad de quienes presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, consagra la responsabilidad civil del Estado y entidades seccionales autónomas por los daños y perjuicios causados a los habitantes, propugna la organización de asociaciones de consumidores,¹³⁶⁰ tendientes a proteger los intereses de un conglomerado, mediante acciones colectivas. El marco constitucional, es reglamentado por la Ley Orgánica de protección al consumidor,¹³⁶¹ que define el carácter público de la norma y su objeto es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, en protección de los derechos de los consumidores. En Capítulo V, desarrolla la responsabilidad del Proveedor, (productores, fabricantes, importadores, distribuidores y comerciantes), quienes asumen una responsabilidad solidaria ante el daño del consumidor,¹³⁶² en forma similar a los modelos anteriores, establece la cadena productiva sujeta a responsabilidad derivada por vicio o defecto de los bienes y servicios, agregando un elemento interesante, la solidaridad. Impone la información básica comercial y regula la publicidad y su contenido.

¹³⁶⁰Art. 92.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectivamente usada y la descripción de su etiqueta.

El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados."

Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: ...8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.

¹³⁶¹ Ley Orgánica de defensa del consumidor codificación 2000-21. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Leyconsumidor.htm - 118k.

¹³⁶² Art. 28.- Responsabilidad Solidaria y Derecho de Repetición.- Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final.

El transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado.

En la defensa del consumidor, incluye a la asociación de consumidores, dotándoles de acción popular.¹³⁶³ Consagra la indemnización, reparación y devolución, de productos por deficiencia de fabricación, o que no sean aptos, o no reúna el límite de tolerancia del contenido neto del producto,¹³⁶⁴ o cuando estos son defectuosos.¹³⁶⁵ El ordenamiento ecuatoriano regula la responsabilidad extracontractual y contractual de defensa del consumidor, con factor de atribución objetivo implícito, y la competencia es administrativa ejercitada por el defensor del pueblo, y jurisdiccional por el juez en materia penal.

En el modelo mexicano, su Constitución delinea el marco de defensa del consumidor individual y de las organizaciones para el mejor cuidado de los intereses del consumidor, imponiendo a la ley, su regulación.¹³⁶⁶ Bajo cuyo marco surge la Ley Federal del Consumidor,¹³⁶⁷ norma de orden público e interés social, que tiene por objeto promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, que establece como principio básico en las relaciones de consumo, la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos.¹³⁶⁸ Otorga la legitimación activa

¹³⁶³ Art. 88.- Acción Popular.- Se concede acción popular para denunciar las infracciones previstas en esta Ley.

¹³⁶⁴ Art. 71.- Indemnización, Reparación, Reposición y Devolución.- Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien y, cuando no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en un plazo no superior a treinta días, en los siguientes casos:

1. Cuando en el producto que se hubiere adquirido con determinada garantía y, dentro del plazo de ella, se pusiere de manifiesto la deficiencia o características del bien garantizado, siempre que se hubiere destinado al uso o consumo normal de acuerdo a la naturaleza de dicho bien. Este derecho se ejercerá siempre y cuando el proveedor haya incumplido con la garantía,
2. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,
3. Cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto resulte inferior al que debiera ser o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque.

¹³⁶⁵ Art. 75.- Servicios Defectuosos.- Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado. Además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.

¹³⁶⁶ Art. 28.- Las leyes fijaran bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

¹³⁶⁷ Ley Federal de protección al consumidor nueva ley publicada en el diario oficial de la federación el 24 de diciembre de 1992. texto vigente último, reforma publicada doc. 06-06-2006 actualización de montos de operaciones y multas dof 21-12-2007. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/113.doc

¹³⁶⁸ Art. 1 Inc. IV la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales

a los consumidores y la pasiva a los productores,¹³⁶⁹ dentro de cuyo ámbito, también, lo ubica al Estado y a sus organismos públicos,¹³⁷⁰ con la consiguiente responsabilidad por otro.¹³⁷¹ En defensa del consumidor crea a la Procuraduría Federal del Consumidor, (PROFECO), con funciones de verificación y vigilancia, promoción y protección de los derechos del consumidor, que tiene legitimación activa de las acciones colectivas de defensa del consumidor,¹³⁷² así como, las funciones sancionadoras, con lo que la procuraduría cumple una doble función, por una parte de representación de los consumidores en acciones colectivas, difusas y por otra la sanción en la vía administrativa y preventiva. Dicha norma, regula tanto, el ámbito contractual como el extracontractual, responde a una responsabilidad de naturaleza objetiva y es de índole administrativa, sin cerrar la jurisdiccional.

La doble función de PROFECO, y la falta de un procedimiento expedito para resolver las acciones colectivas, han tornado difícil su aplicación, por lo que en la actualidad existen movimientos que buscan un cambio legislativo que otorgue legitimación activa a las asociaciones de consumidores,¹³⁷³ bajo cuya visión se

o colectivos.

¹³⁶⁹ Art. 2.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:... II. Proveedor: la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios; *Fracción reformada DOF 04-02-2004.*

¹³⁷⁰ Art. 6.- Estarán obligados al cumplimiento de esta ley los proveedores y los consumidores. Las entidades de las administraciones públicas federal, estatal, municipal y del gobierno del Distrito Federal, están obligadas en cuanto tengan el carácter de proveedores o consumidores. *Artículo reformado DOF 04-02-2004*

¹³⁷¹ Art. 9.- Los proveedores de bienes o servicios incurrir en responsabilidad administrativa por los actos propios que atenten contra los derechos del consumidor y por los de sus colaboradores, subordinados y toda clase de vigilantes, guardias o personal auxiliar que les presten sus servicios, independientemente de la responsabilidad personal en que incurra el infractor.

¹³⁷² Art. 26.- La Procuraduría tendrá legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores, para que dichos órganos, en su caso, dicten: ...

¹³⁷³ El Departamento Académico de Derecho (ITAM), ha preparado el proyecto de reforma y el INSTITUTO Tecnológico Autónomo De México con el co-patrocinio de la PROFECO, ha programado un ciclo de conferencias sobre el acceso a la justicia a los consumidores mediante procesos colectivos, con presencia de personalidades como Santiago Creel Miranda, Presidente de la mesa directiva del P.A.N. de la Cámara de Senadores; Ruth Zavaleta, Presidenta de la mesa directiva del P.R.D. de la Cámara de Diputados, Héctor Fix Fierro, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Fernando Serrano Migallón, Director de la Facultad de Derecho de la UNAM y Antonio Morales de la Peña, Procurador Federal del Consumidor. Consideran que: La idea y fuerza del proyecto radican en su naturaleza plural e incluyente, puesto que esta iniciativa emerge de una organización de la Sociedad Civil, la Academia y una dependencia gubernamental, que convocan a instituciones académicas públicas y privadas, expertos nacionales y extranjeros, Poderes Federales y Estatales, Órganos Reguladores Desconcentrados del Gobierno Federal, Opinión Pública, Colegios de Abogados, Cámaras o Consejos Empresariales, Organizaciones de la Sociedad Civil y Ciudadanía que desee participar.

www.alconsumidor.org.mx/comunicados-prensa.phtml?id=3-39k -

El Director del ITAM, en una conferencia de prensa, del mes de abril del 2008, Enfatizó que través de esta reforma a la Ley Federal de Consumidor se colocará en la mesa de discusión las acciones "populares o colectivas " contra las empresas que afecten los intereses del consumidor , y a partir

creó a AL CONSUMIDOR, A.C. asociación civil sin fines de lucro, independiente de cualquier dependencia gubernamental o interés privado, conformada por ciudadanos. La norma regula relaciones contractuales.

El Estado Peruano, en el marco de su Constitución define la defensa del consumidor,¹³⁷⁴ que es reglamentada por el decreto legislativo,¹³⁷⁵ que contiene un régimen de protección al consumidor, atribuye a los consumidores, entre otros, el "derecho a la reparación por daños y perjuicios,"¹³⁷⁶ con la finalidad de proteger a los consumidores, regula la asociación de consumidores.¹³⁷⁷ En el título sexto desarrolla la responsabilidad de los daños causados de los consumidores.¹³⁷⁸ Crea la comisión de protección del consumidor, único órgano administrativo, con competencia para conocer, resolver las denuncias e imponer sanciones; no obstante de ejercer funciones netamente administrativas, no jurisdicciones, las resoluciones administrativas de la Comisión de Protección al consumidor, de última instancia, denominadas medidas correctivas se constituyen en títulos ejecutivos.¹³⁷⁹

La doctrina peruana se ha pronunciado a favor de una responsabilidad objetiva del productor,¹³⁸⁰ no en aplicación de la norma especial sino de la general, bajo cuyo paraguas se construye una hipótesis autónoma de responsabilidad, se funda en el

de esto el juez podrá dictar "sentencia colectiva", por lo que de ser aprobada se dará un gran paso en la repartición de justicia, principalmente contra los grandes monopolios del país que suelen afectar a miles de consumidores por una sola acción fraudulenta en sus servicios.

www.exonline.com.mx/.../pulsonacional/llevaran_iniciativa_para_reformar_la_ley_federal_del_consumidor/172145 - 32k -

¹³⁷⁴ Art. 65 - El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹³⁷⁵ Decreto Legislativo No. 716, cuyo T.U.O. fue aprobado por D.S. No. 038-2001-ITINCI. Ley De Protección Al Consumidor (Publicado el 11 de diciembre de 2000).

www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/cpc/tuo716.pdf

¹³⁷⁶ Art. 5.- Inc. e) derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo

¹³⁷⁷ Art. 4º.- Las Asociaciones de Consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es la protección de los consumidores. Su representación se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor y puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

¹³⁷⁸ Art. 32º.- El proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias....

¹³⁷⁹ Art. 43º. Las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del consumidor constituyen Títulos de Ejecución conforme con lo dispuesto en el Artículo 713º inciso 3) del Código Procesal Civil, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa. En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor de consumidores, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a tales consumidores. Texto según el Artículo 1º de la Ley N° 27311).

¹³⁸⁰ PAVET José Antonio. *La responsabilidad por productos defectuosos*, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VIII, Fondo editorial PUCP, 1990, T. II, p. 669 ss.

criterio del 'riesgo' o 'peligrosidad' del bien o de la actividad desarrollada.¹³⁸¹ En cuanto concierne a la jurisprudencia, en los pocos casos en que ha hecho frente al problema, refleja una tendencia a responsabilizar al productor, y aunque invoca la culpa como fundamento de su decisión, tiende a presumirla con carácter *iure et de iure*, o a ser rigurosa en la prueba liberatoria a quién se le imputa responsabilidad.¹³⁸²

No obstante la existencia de un régimen especial de la responsabilidad del productor como el que contempla el art. 32 del D. L. 716, éste no ha tenido aplicación hasta el momento por parte de la jurisprudencia peruana la que más bien, ha continuado aplicando a los poquísimos casos las normas generales de responsabilidad civil. Tal desaplicación de la norma especial puede atribuirse en buena parte a la escasez de casos de esta naturaleza, por ser propios de economías de desarrollo, que llegan a los tribunales, pues no existe en el Perú una cultura de *litigation* como la que predomina en los Estados Unidos de Norteamérica, además de otros factores que se suman para determinar que difícilmente el Poder Judicial en ese medio se vea frente a causas de este género. De otro lado, no existe cultura de *consumerism*, no hay una política definida sobre la protección de los consumidores. La informalidad reinante en el comercio en el Perú constituye un serio problema que aqueja su mercado.¹³⁸³

Los pocos casos sobre daños derivados de productos defectuosos revelan que la jurisprudencia peruana ha preferido aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual aún a situaciones de daño habiendo existido un contrato entre las partes, como por ejemplo, la venta de un producto farmacéutico.¹³⁸⁴

En cuanto a la naturaleza de esta hipótesis de responsabilidad, desde la perspectiva del Código Civil, un caso de daño derivado de producto defectuoso, puede ser resuelto según sean aplicables las normas de responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Ello sin perjuicio de poner en evidencia, que un sector importante de la doctrina peruana se ha pronunciado por el tratamiento del tema como uno de responsabilidad extracontractual.¹³⁸⁵ Esto contradice la ley del consumidor que es esencialmente contractual.

El modelo venezolano, también en el marco constitucional, define el derecho de disponer de bienes y servicios de calidad, impone que las normas garanticen el

¹³⁸¹ Código Civil. Art. 1970 señala: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo".

¹³⁸² *La responsabilidad civil del productor de bienes y servicios defectuosos en el Perú*" En: *Advocatus*, N° 10. Universidad de Lima. 2001 <http://dike.pucp.edu.pe> www.pucp.edu.pe.

¹³⁸³ REIMANN Mathias La responsabilidad civil del productor de bienes y servicios defectuosos en el Perú. Profesor de la Universidad de Michigan, USA, quien será el General Reporter on Products Liability en el XVIth Congress of Comparative Law. Brisbane, July 14-20, 2002. El artículo se publicó en la Revista *Advocatus*, No.5, Dic. 2001, Universidad de Lima. Pág. 2.

¹³⁸⁴ *La responsabilidad civil del productor de bienes y servicios defectuosos en el Perú*" En: *Advocatus*. Ob.Cit. N° 23

¹³⁸⁵ 5 Trazegnies, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca Para Leer el Código Civil, T. IV, Vol. II, p. 285 ss.

control y calidad,¹³⁸⁶ bajo cuyo mandato surge la ley de protección al consumidor y al usuario.¹³⁸⁷ Norma que tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación,¹³⁸⁸ Entre los derechos de los consumidores y usuarios, está la de obtener reparación y protección de sus derechos difusos.¹³⁸⁹ Crea las Asociaciones de Consumidores y Usuarios,¹³⁹⁰ y el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), órgano administrativo, con competencia para: orientar y educar, investigar, sustanciar y sancionar, entidad que junto a Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, conoce las denuncias, las procesa y sanciona en la vía administrativa, sin limitación de las acciones que a éstos correspondan para defender sus propios intereses. La legitimación pasiva recae en personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado,¹³⁹¹ por violación de la norma, en el ámbito de su actividad, con recursos sociales y en su interés exclusivo o preferente.¹³⁹² En el Instituto, para cuestiones de libre disposición, funciona un centro de conciliación y arbitraje. Importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia en materia de intereses y prácticas bancarias. La Sala Constitucional, ordenó a la banca impida el anatocismo.¹³⁹³ De las normas que regulan los actos

¹³⁸⁶ Art. 117.- Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

¹³⁸⁷ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Caracas, 4 de mayo de 2004. N° 37.930.

www.defensoria.gob.ve/detalle.asp?sec=150408&id=268&plantilla=1 - 147k -

¹³⁸⁸ Art. 1.- Esta Ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones.

¹³⁸⁹ Art. 6.- Son derechos de los consumidores y usuarios: ...5. La obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios; La protección de los intereses colectivos o difusos, en los términos que establece esta Ley;

¹³⁹⁰ Art. 9.- Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios son agrupaciones comunitarias de carácter cívico, sin fines de lucro y con personalidad jurídica, constituidas conforme a las previsiones del Código Civil, por un número no menor de cien (100) personas. Las asociaciones deberán inscribirse en el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) o en la institución que por delegación haga sus veces.

¹³⁹¹ Art. 3.- A los efectos de esta Ley se consideran proveedores las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas.

¹³⁹² Art. 93.- Serán responsables por la comisión de los ilícitos administrativos contemplados en esta Ley tanto las personas naturales como las jurídicas; siempre que en el caso de estas últimas el ilícito haya sido cometido en el ámbito de su actividad, con recursos sociales y en su interés exclusivo o preferente

¹³⁹³ Caso Roberto León Parilli, Mario Luis Sánchez Araujo y Wolfgang Cardoso Espinel, presidente, vicepresidente ejecutivo y vicepresidente de operaciones, respectivamente, de la asociación civil

ilícitos y sanciones Cap. II Art. 94 y siguientes se colige que la responsabilidad es de naturaleza objetiva, la sola vulneración de normas importa sanciones administrativas y la competencia la ejerce el INDECU en la vía administrativa y el órgano jurisdiccional. La ley responde a un ámbito netamente contractual.

Todas las legislaciones objeto del estudio comparado, con excepción de la chilena, otorgan protección Constitucional al consumidor, establecen el marco sobre el que debe normar la ley especial, es decir, la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios, proviene directamente de la Constitución y, por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia.

Para las legislaciones brasilera y mexicana, las normas del consumidor son de carácter público y social, ambas disposiciones establecen como derechos básicos del consumidor, la prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos, poniendo acento en la función preventiva y reparadora de la ley del consumidor.

En todos los casos, a la responsabilidad del consumidor, se le atribuye una responsabilidad objetiva; en las legislaciones: argentina, brasilera, ecuatoriana y mexicana, concurren en forma solidaria como sujetos pasivos de la acción: el fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, el importador y el prestador de servicios, independientemente de la existencia de culpa.

Es uniforme, el reconocimiento del derecho del consumidor a ser representado por las asociaciones de consumidores, a las que la ley, además, les otorga legitimación activa para demandar acciones populares y difusas en defensa del consumidor. En cuanto a la legitimación pasiva, todos los ordenamientos, con pequeñas variaciones de forma, incluyen a la cadena productiva, (fabricante, productor, constructor, importador, y prestador de servicios). Las legislaciones argentina, brasilera, ecuatoriana y mexicana, hacen solidaria la responsabilidad a la cadena productiva; las dos últimas, incluyen al Estado y a los órganos públicos como responsables y la venezolana, en forma general, otorga la legitimación

Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco), contra la Asociación Bancaria de Venezuela, el Consejo Bancario Nacional, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela. Se ordenó a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras "que impida el anatocismo y sancione a quienes lo practiquen y que; en consecuencia, no autorice la aplicación por parte de las entidades bancarias o financieras de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores", además, "si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas". Para el cumplimiento de este dictamen se ordenó a la mencionada Superintendencia verificar los cálculos en estos casos. También se ordenó al Banco Central de Venezuela "fijar anualmente y de inmediato a este fallo, la tasa de interés máxima y mínima para las tarjetas de crédito, con base en los principios de equidad y proporcionalidad, que protejan tanto al sistema crediticio como al consumidor del mismo, en esta especialidad". La mencionada Superintendencia deberá eliminar el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

www.tecnoiruris.com/derecho/modules.php?name=News&

pasiva, a las personas naturales o jurídicas; por violación de la norma, en el ámbito de su actividad, con recursos sociales y en su interés exclusivo o preferente y al prestador de servicios le otorgan una atribución objetiva, la brasilera señala como excepción la prestación de servicios profesionales liberales. Mi posición sobre el particular la tengo expuesta en el capítulo de la responsabilidad del profesional.

Las legislaciones: peruana, mexicana y venezolana, crean a una entidad autónoma de naturaleza administrativa, de protección al consumidor, con funciones: educativas, de información, orientación y competencia para conocer, tramitar e imponer sanciones administrativas.

En los modelos: brasilero, colombiano y ecuatoriano, la responsabilidad no sólo es de naturaleza contractual sino extracontractual, en cambio las legislaciones: argentina chilena, peruana y venezolana, la limitan al índole contractual. Sin embargo la tendencia doctrinal argentina es extracontractual y la peruana, en la práctica, abarca ambos ámbitos, contractual y extracontractual, con tendencia mayoritaria a la extracontractual.

La humanización del derecho, la protección de los derechos del hombre, de su vida, salud, bienestar, patrimonio, etc., llevan al convencimiento que el derecho debe estar al servicio del hombre, bajo cuya visión, la responsabilidad de los proveedores de bienes o servicios, debe responder por el vicio o defecto del bien, independiente del vínculo inicial, en consecuencia, todo usuario debe estar legitimado para accionar sin necesidad de establecer el vínculo jurídico contractual, sino la relación de causalidad entre el bien y el daño y la relación entre el bien y el proveedor, dentro de este concepto considero que debe incluirse a toda la cadena productiva y al proveedor de servicios. Existe consenso doctrinal en plantear la teoría de la responsabilidad por hecho ilícito, o sea el productor responde por los daños provocados por productos defectuosos, sea cual fuere la relación inicial que lo unió al receptor final del producto, claro está que siempre se alega el principio de incertidumbre científica para solicitar la atenuación de la responsabilidad pero nunca resulta suficiente hasta el extremo de lograr la exención.

En la mayoría de los modelos, la legislación especial del consumidor es nueva y su desarrollo jurisprudencial muy escaso, de los pocos asuntos planteados, estos fueron resueltos bajo las normas generales de responsabilidad civil. Se destaca que en las legislaciones: argentina, brasilera, chilena y colombiana la competencia para conocer las demandas de los consumidores, la tiene el órgano judicial, en tanto que en la ecuatoriana, mexicana, peruana y venezolana, un órgano administrativo creado al efecto; en mi concepto el tratamiento y resolución de la responsabilidad del consumidor, siempre debería ser jurisdiccional no administrativa. En todos los casos las acciones colectivas las conoce el órgano jurisdiccional.

4.1.5.14 Responsabilidad Solidaria, Acción Popular y Derechos Difusos.

Si uno o varios hechos dañinos se imputan a una o varias personas públicas o privadas, surge el concepto de responsabilidad solidaria entre los coautores. Este principio es acogido de manera general en el artículo 1109 de Código Civil Argentino,¹³⁹⁴ en similar sentido en las legislaciones: colombiana,¹³⁹⁵ chilena,¹³⁹⁶ en éste último se extiende la responsabilidad a quién hubiese recibido provecho de dolo ajeno, sin ser cómplice, hasta la concurrencia del provecho (Art. 2316 Inc. e), en similar sentido son reguladas la mexicana,¹³⁹⁷ y peruana.¹³⁹⁸

La regla general de acción popular por daños, es la acción por excelencia para la defensa de los derechos e intereses colectivos. Se encuentra regulada en la legislación chilena,¹³⁹⁹ colombiana,¹⁴⁰⁰ ecuatoriana,¹⁴⁰¹ en el caso de amenaza a personas indeterminadas el código civil, protege los denominados intereses difusos, por Ej.: los daños por contaminación ambiental.

¹³⁹⁴ Art.1109.- (Párrafo agregado por Ley 17.711). Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.

¹³⁹⁵ Dice el artículo 2344 del Código Civil: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o mas personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o mas personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

¹³⁹⁶ Art. 2317.- Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvas las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

¹³⁹⁷ Artículo 1917.- Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo.

¹³⁹⁸ Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

¹³⁹⁹ Art. 2333.- Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por im o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción

¹⁴⁰⁰ Art. 2260.- Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción. Art. 2261.- Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el acto indemnizado de toda las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que concede la Ley en caso determinados

¹⁴⁰¹ Art. 2260.- Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Los daños colectivos, en la legislación argentina, son regulados por la Ley 25.675 Ley General del Ambiente, que consagra las categorías del daño ambiental, con las siguientes características: define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (Art. 27). Establece la responsabilidad objetiva, (Art. 28) del responsable y el resarcimiento al estado anterior a su producción, o en beneficio del Fondo de Compensación Ambiental creado al efecto (Art. 34). La legitimación activa solidaria del daño colectivo, (Art. 31).

Cabe destacar que la reglamentación del daño ambiental por parte de la Ley General del Ambiente, constituye un paso de gran envergadura para el Derecho Ambiental Argentino. Su Constitución Nacional, la incorporó en su reforma del año 1994, artículo 41, primer párrafo in fine: *El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.* Marco legal que obligó a considerarlo en forma explícita, mediante la sanción de legislación específica. De todas formas, es menester reconocer que diversos precedentes jurisprudenciales, aún antes de su sanción, han servido de antecedente de un daño que demanda nuevas herramientas y perspectivas.

El desarrollo jurisprudencial, en esta legislación, da cuenta de una concepción esencialmente colectiva, de intereses *supra* individuales,¹⁴⁰² comprenden una amplísima gama de verdaderos derechos vitales que hacen a la calidad de vida, preservación del medio, tutela de la fauna, defensa de los derechos del consumidor, protección de bienes históricos arqueológicos, que no posan en el exclusivo patrimonio de una persona singular, pues comprometen la suerte y el destino de un grupo, medio o colectividad.¹⁴⁰³

Responsabilidad del medio ambiente del Brasil, se encuentra protegido por su constitución de 1988. El Art. 225, establece: *Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la saludable calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.* Encomendado la efectividad de este derecho al poder público. Impone la obligación de reponer o recuperar el medio ambiente degradado, responsabilidad de reparar los daños causados;¹⁴⁰⁴ responsabilidad de naturaleza objetiva.

¹⁴⁰² Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, caso Federación de Cooperadoras Escolares Dep. Rosario vs. Provincia de Santa Fe, recurso contencioso administrativo sumario ley 10000. voto del Dr. Ulla, JA. 1991-IV-293.

¹⁴⁰³ CNCiv. Sala I con voto de los Dr. Santos Cifuentes, Fermé y Quintana Ojeada, 29/04/93. caso Bosch Francisco Vs. Inspección General de Justicia. JA 1994-I-512.

¹⁴⁰⁴ VII. Proteger la fauna y la flora en forma de ley, y limitar las prácticas que coloquen en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies, o, sometan a los animales a crueldades. 2. Aquél que explora recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado de acuerdo con solución técnica exigida por el órgano público competente en la forma de ley. 3. Las conductas y actividades lesivas al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas

En la chilena, los artículos 3,¹⁴⁰⁵ y 51,¹⁴⁰⁶ de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, establecen dos principios básicos que sustentan el sistema de responsabilidad: La compatibilidad entre la responsabilidad administrativa y la penal con la responsabilidad por daño ambiental. Un orden de prelación en la aplicación de las normas que regulan responsabilidad por daños al medio ambiente, basado en el principio de especialidad: Normas contenidas en leyes especiales, ley 19.300, y en forma supletoria, las normas del Código Civil. El Decreto Ley 3557, de 1981, sobre protección agrícola, establece un régimen de responsabilidad objetiva en materia de perjuicios causados por la aplicación de plaguicidas.

La ley 19.300, en su título III, establece la responsabilidad por daño ambiental, la que contiene dos párrafos: 1. Del Daño Ambiental (Art. 51 a 59) y 2. Del Procedimiento (Art. 60 a 63). El daño da lugar a la reparación.¹⁴⁰⁷ La imputación surge de la relación de causalidad entre la acción u omisión culposa e imputable y el daño ambiental producido, sobre la base de una presunción legal de responsabilidad del autor del daño ambiental, cuando existe infracción de ciertas normas de protección del medio ambiente (Art. 52), normas de naturaleza subjetiva, a las que se agrega planes de prevención o descontaminación (art. 44 y siguientes) y normas sobre: protección, preservación o conservación ambientales (Art. 34 al 39). El objetivo de la acción ambiental es obtener la reparación del medio ambiente dañado. La ley entiende que el objetivo de reparar se obtiene: reponiendo el medio ambiente, uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restableciendo sus propiedades básicas. La legitimación activa corresponde a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio; Las Municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, al Estado por intermedio del Consejo de Defensa de Estado.¹⁴⁰⁸ La acción más frecuente es de naturaleza indemnizatoria y tiene por

o jurídicas a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

¹⁴⁰⁵ El artículo 3 de la ley 19.300 señala: "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley"

¹⁴⁰⁶ El texto del artículo referido señala: "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

¹⁴⁰⁷ "Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado"

¹⁴⁰⁸ Art. 54.- la titularidad activa de esta acción corresponde a: las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las Municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas. el Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

objeto la reparación por equivalencia.

En la legislación chilena, en forma supletoria se aplican las normas generales de responsabilidad, con su triple función prevención, remoción e indemnización. Son plenamente aplicables los Art. 2314 y 2329 del Código Civil, la activación negativa del dueño, el poseedor y todos los que detenten derechos reales sobre la cosa si se irroga perjuicio a sus respectivos derechos. Es sujeto activo el titular, la persona que sufre directamente la lesión de un derecho o un interés jurídicamente protegido, la víctima indirecta, aquella que sufre un daño patrimonial o moral a consecuencia del daño experimentado por la víctima directa. Daño patrimonial, todo el que recibía ayuda económica de la víctima, aún sin derecho a ella y daño moral, en caso de muerte, se concede acción a la víctima indirecta a condición de que acredite parentesco cercano con la víctima, y en caso de lesiones, se concede acción a la víctima indirecta, cuando las lesiones sean intensas, cuando los hechos impongan una obligación de cuidado que afecte la calidad de vida de la víctima indirecta. La legitimación pasiva al responsable directo y a sus herederos,¹⁴⁰⁹ cuando hay varios autores del daño la regla es la solidaridad.¹⁴¹⁰

La ley colombiana, define el daño ambiental bajo una concepción distributiva de los daños sociales ambientales: *Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes*", norma concordante con el artículo 8° del decreto 2811 de 1974, que refiere los factores que deterioran el medio ambiente.¹⁴¹¹ Disposición legal que fija la tasa, en consideración al "valor de depreciación del recurso afectado", de "los costos sociales y ambientales del daño, y los costos de recuperación del

¹⁴⁰⁹ Art. 2316. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos.

¹⁴¹⁰ Art. 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

¹⁴¹¹ Dice el artículo comentado: "Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros: a) la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica. b) la degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras. c) las alteraciones nocivas de la topografía. d) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas. e) La sedimentación en los cursos y depósitos de agua. f) Los cambios nocivos del lecho de las aguas. g) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos. h) La introducción y propagación de enfermedades y de plagas. i) La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas. j) La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales. k) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria. l) La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. m) el ruido nocivo. n) el uso inadecuado de sustancias peligrosas. o) la eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas. p) La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud".

recurso afectado", y "la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados".

Esta posición se refuerza por la "función social de la propiedad que implica obligaciones", así lo consagra el art. 58 de su Constitución: "como tal, le es inherente una función ecológica". Entonces, la garantía de la propiedad privada queda condicionada a que ella responda a los intereses de la colectividad. El titular debe actuar de forma que, además, de no causar perjuicios a la comunidad, garantice, que el uso de la cosa reportará beneficios a ésta".¹⁴¹²

La ley 472 de 1998, desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, norma que en forma expresa, señala al medio ambiente, como derecho colectivo. El avance de la responsabilidad civil, en la legislación colombiana nos lleva a detenernos en su desarrollo legislativo y precedentes jurisprudenciales, que son esclarecedores con las soluciones dadas. El artículo 2° de la ley 472 de 1998, luego de recordar que las acciones populares "son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos", indica que "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuera posible". Norma que tiene características preventivas y al mismo tiempo indemnizatorias, bajo cuya óptica la indemnización tendrá por objeto restituir el bien dañado, en la medida que sea posible a su estado original.¹⁴¹³ Pero que al mismo tiempo define la legitimación activa.

Un fallo del Tribunal Supremo, aclara este aspecto, se trata de una acción, originada por la contaminación producida del Río Salguero y el acueducto del municipio de Belén, por una planta de asfalto operada por el constructor de una carretera.¹⁴¹⁴ Se demanda la declaración de existencia de contaminación, en consecuencia, se hicieron "las obras necesarias para eliminar y remover las causas de contaminación". La demanda, también buscaba la indemnización al municipio y a los propietarios de predios ribereños. La postura del tribunal, fue favorable al municipio, su fundamento en la lógica de las acciones populares y municipales reguladas por el Código Civil,¹⁴¹⁵ por lo demás, estas disposiciones no

¹⁴¹²[27] Ponce de León, Eugenia. "Régimen constitucional de la propiedad", ensayo inmerso en el libro "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santa fe de Bogotá D.C., 1999, p. 507.

¹⁴¹³ La sentencia no sólo pone el límite de hacer y no hacer sino que va dirigida a "condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible" (artículo 34), "el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización".

¹⁴¹⁴ HENAO Juan Carlos. *Responsabilidad del Estado colombiano por el medio ambiente*. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá D.C. 1998. Pág. 52-53.

¹⁴¹⁵ Vale la pena citar los siguientes argumentos del fallo en comento: "Ahora bien, se dirá que el fallo está condenando al pago de indemnización no a favor de particulares, sino en favor del municipio. Evidentemente ello es cierto. Pero es que lo que queremos decir, se refiere a que se ha dicho que el daño a las fincas, a cada persona que consume agua, al ganado, etc., constituye daño

se encuentran derogadas según expreso mandato del artículo 45 de la ley 472.¹⁴¹⁶ En cuanto a la solicitud de indemnización solicitada por los propietarios de los predios ribereños, el tribunal falló: *no cabe en el ejercicio de esta acción, el pago de daños a particulares respecto de bienes de su exclusiva propiedad. Pues si de ello se trata, ese particular tiene en su favor las acciones ordinarias por responsabilidad civil extracontractual... De tal suerte, que tratándose de daños inferidos a bienes de particulares, es a ellos a quienes corresponde reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar y no mediante la acción popular.*¹⁴¹⁷

No hay duda que el único sujeto de derechos es el ser humano, el que en su patrimonio tiene dos órdenes de derechos uno individual y otro social, el primero involucra derechos subjetivos y el segundo derechos sociales, colectivos dentro de cuya categoría están los derechos difusos con mecanismos de protección del medio ambiente, los que por naturaleza son colectivos, pero, pueden tener repercusiones, sobre bienes individuales. En efecto, la persona tiene posibilidad de accionar en su nombre y pedir una indemnización propia (*Daño Ambiental Consecutivo*), ello no le quita la característica de bien ambiental y de lesión a un derecho colectivo, que supone la posibilidad de que, aún si el propietario no desea su reparación, puede hacerlo cualquier otro, o cualquier entidad pública o privada. En cuanto a los efectos difiere, si la legitimación activa es ejercida por una entidad estatal o el Estado, la indemnización va destinada a la reparación, reposición o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados o a proyectos ecológicos;¹⁴¹⁸ en cambio, si ésta es ejercitada por un particular la indemnización cumple una función reparadora del patrimonio dañado; son interesantes y esclarecedoras las soluciones dadas, en la tala de bosques causada por el Estado para la realización de una obra pública,¹⁴¹⁹ caída de un árbol por falta de vigilancia de la entidad estatal.¹⁴²⁰

individual. Esto es, en propiedades de personas particulares, lo cual es por completo ajeno al objetivo de esta acción. En otras palabras, en esta acción no puede tenerse en cuenta daño particular, daño de bienes de propiedad particular, para deducir indemnizaciones ya sea en favor de un municipio, y menos a favor de esos particulares. El municipio no tienen porqué ser beneficiario de las indemnizaciones privadas a que hubiere lugar, y los particulares solo pueden acudir a la acción privada o de carácter subjetivo ya comentada. La condena que se impone pagar en favor del municipio por concepto de la limpieza de los tanques, en la suma de \$3'000.000 actualizados, sí cabe dentro de la acción popular, pues corresponde al gasto de la limpieza de los tanques, que son bien de uso público, y que según los peritos, se trata del valor que ello implica".

¹⁴¹⁶ Dice el artículo 45 de la ley 472: "Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley".

¹⁴¹⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil de Santa Rosa de Viterbo, 15 de septiembre de 1994, M.P.: Pedro Pablo Torres Beltrán, Municipio de Belén contra Julio Gerlein Echeverría, aprobado según acta n° 111 del 15 de septiembre de 1994.

¹⁴¹⁸ Dice el parágrafo mencionado: "Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sean posibles realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada".

¹⁴¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1960, C.P.: Francisco Eladio Gómez G., A.C.E., tomo LXIII, p. 729.

¹⁴²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de julio de 1995, C.P.: Juan de Dios Montes

En cuando a la naturaleza de la responsabilidad por daño ambiental, el adagio "el que contamina paga", impone una responsabilidad objetiva, esto es, sin culpa. El artículo 16 de la ley 23 de 1973 reafirma este principio.¹⁴²¹ Sin embargo, de la claridad de la norma, al amparo del tercer párrafo del Art. 88 de la Constitución Política, sobre acciones populares, que ordena: "la ley definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos", se extraña que no se hubiera establecido en la ley 472 de 1998, HENAO,¹⁴²² postula un sistema mixto: *la jurisprudencia colombiana, sin ser categórica y pacífica al respecto,*¹⁴²³ *en algunos fallos ha aceptado que el derecho de dominio sirve de fundamento a las perturbaciones de vecindario, entre las cuales se encuentra la contaminación ambiental.*¹⁴²⁴⁻¹⁴²⁵ Dice: *Esta postura del profesor Tamayo muestra cómo la dicotomía entre culpa y responsabilidad objetiva sigue vigente en el derecho ambiental, aunque para él, esto, es discutible, en suma, depende de si se viola o no una norma ambiental, para concluir que en el caso en el cual no se viola se predica la responsabilidad objetiva, siendo que, como se vio en el Libro Blanco de la Comunidad Europea, se debe también tener en cuenta si la actividad es o no peligrosa, porque si no lo es, la responsabilidad se justifica por la culpa.* Si se trata de una violación de la norma la responsabilidad es de pleno derecho y por lo tanto es objetiva, con sólo la demostración de la vulneración de la norma se establece la relación de causalidad que da lugar a la responsabilidad, sin necesidad de acudir a la culpa, y si consideramos las molestias de vecindad, en el daño ambiental, el resultado no es otro que la responsabilidad objetiva, toda vez que las normas que regulan este aspecto son objetivas, no hay motivo para que relacionadas al medio ambiente se tornen subjetivas, cuando la responsabilidad por daño ambiental se sustenta en el adagio quien contamina paga, esto, independientemente de que el acto sea calificado de delito o no y de la magnitud que pueda tener el daño, considero que debemos ser intransigentes en la defensa del medio ambiente, enfrascarnos en un sistema subjetivo basado en la culpa sería un retroceso.

La Constitución de Ecuador de 1996, protege al medio ambiente, bajo el principio la responsabilidad de proteger el derecho de la población de vivir en un ambiente

Hernández, actor: María Cecilia Gómez y otro, exp. 10714.

¹⁴²¹ Dice el mencionado artículo: "El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por la mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado".

¹⁴²² HENAO Juan Carlos. *Responsabilidad del Estado colombiano por el medio ambiente.* Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá D.C. 1998. Pág.

¹⁴²³ Se refiere a la regulación de perturbaciones de vecindad, norma que según el análisis del propio autor es de naturaleza objetiva, en contra del el propietario que usando o gozando la cosa causa daño a un tercero.

¹⁴²⁴ C.S.J. Cas. Civ. 11 abril 1930 *Gaceta Jurisprudencial* tomo XXXVII pág. 507; C.S.J. Cas. Civ. 31 de agosto 1954 *Gaceta Jurisprudencial* tomo LXVIII pág. 425; C.S.J. Cas. Civ. 13 marzo 1970 *Gaceta Jurisprudencial* tomo CXXXIII pág. 136 y ss.

¹⁴²⁵ TAMAYO Jaramillo Javier. *Las actividades peligrosas y la contaminación ambiental.* próximo a publicar, Pág..55 y 57.

sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Se declara de interés público: La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país (Art. 44). Establece el marco legal para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales.¹⁴²⁶ El Estado ecuatoriano será responsable por los daños ambientales en los términos señalados en el Art. 23° de la Constitución (Art. 47). Sin perjuicio del derecho de los ofendidos y los perjudicados, cualquier persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley, para la protección del medio ambiente (Art. 48).¹⁴²⁷

La protección del medio ambiente en el derecho ecuatoriano, se encuentra además regulado por la ley de Gestión ambiental,¹⁴²⁸ norma que abre la acción civil para las personas naturales o jurídicas, vinculadas por un interés común, para las acciones de daños y perjuicios.¹⁴²⁹ Norma de carácter objetivo, junto a la acción civil está la vía administrativa.

La ley general del Equilibrio Ecológico y protección al ambiente,¹⁴³⁰ mexicana es la ley marco, reglamentaria de las disposiciones constitucionales en materia de preservación del medio ambiente y es la que define los principios de la política

¹⁴²⁶Art. 46°.- La Ley tipificará las infracciones y regulará los procedimientos para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.

¹⁴²⁷ Art. 48°.- Sin perjuicio del derecho de los ofendidos y los perjudicados, cualquier persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley, para la protección del medio ambiente.

¹⁴²⁸Ley 08 (Registro Oficial 27, 16-IX-92). (Ley No. 99-37) www.prodiversitas.bioetica.org/doc51.htm - 103k -

¹⁴²⁹Título Vi De La Protección De Los Derechos Ambientales, Cap I Capítulo I De Las Acciones Civiles. Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectado directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

¹⁴³⁰Ley Estatal del equilibrio ecológico y la protección al medio ambiente, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1998. México. <http://www.elrincondelperro.com/leyes/leyes.htm> www.congresodurango.gob.mx/Leyes/51.PDF.

ambiental en el país. Tiene por objeto propiciar el desarrollo sustentable, garantizar el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud, preservar y mejorar el ambiente, proteger la biodiversidad, establecer y administrar áreas protegidas, prevenir y controlar la contaminación del aire, agua y suelo, establecer mecanismos de coordinación entre autoridades, el sector privado y las organizaciones de la sociedad, y establecer medidas de control y seguridad para garantizar el cumplimiento de las normas.

La ley menciona que quien realice obras o actividades que afecten el ambiente estarán obligados a reparar los daños, además establece los instrumentos para la evaluación del impacto ambiental, regula el aprovechamiento sustentable del agua y los ecosistemas acuáticos, el suelo, la explotación de los recursos no renovables, los materiales y residuos peligrosos y la energía nuclear. Se destaca su naturaleza objetiva, su carácter de utilidad pública y administrativa, impone a quienes realizan actividades que afecten el ambiente prevenir, minimizar o reparar los daños que causen,¹⁴³¹ define que la responsabilidad respecto al equilibrio ecológico comprende, tanto las condiciones presentes como las que determinan la calidad de vida de las futuras generaciones.¹⁴³² La protección del medio ambiente está dirigida a la prevención y control de la contaminación de la atmósfera, el control de la contaminación del agua, la prevención y control de contaminación del suelo, de los materiales y residuos peligrosos y la energía nuclear. Ruidos, olores contaminación visual.¹⁴³³

El Código del Medio Ambiente peruano, Decreto Legislativo N° 613 de fecha 8 septiembre del 1990,¹⁴³⁴ reconoce como principio general el derecho irrenunciable de la persona a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, la preservación del paisaje y la naturaleza. Estableciendo la obligación del Estado, de prevenir y controlar la contaminación ambiental y cualquier proceso de deterioro o depredación de los recursos naturales que puedan interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Define el carácter público de las normas de medio ambiente y prevalecen estas normas con relación a cualquier otra que se oponga a la defensa del medio ambiente y recursos naturales.

¹⁴³¹ El Capítulo III, relativo a la Política Ambiental establece en primer lugar los principios que deberán regir a dicha política tales como: Art. . IV.- Quien realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente, está obligado a prevenir, minimizar o reparar los daños que cause, así como a asumir los costos que dicha afectación implique. Asimismo, debe incentivarse a quien proteja el ambiente y aproveche de manera sustentable los recursos naturales;

¹⁴³² Cap. III V.- Ibid.

¹⁴³³ El Título Cuarto relativo a la Protección al Ambiente, se compone de 8 capítulos, el primero relativo a las Disposiciones Generales; el segundo es la Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera; el capítulo tercero es la Prevención y Control de la Contaminación del Agua y de los Ecosistemas Acuáticos; el capítulo cuarto es la Prevención y control de la Contaminación del Suelo; el capítulo quinto son las Actividades Consideradas como Altamente Riesgosas; el capítulo seis son los Materiales y Residuos Peligrosos; capítulo séptimo es la energía nuclear; el capítulo octavo es relativo al ruido, vibraciones, energía térmica y lumínica olores y contaminación visual.

¹⁴³⁴ Norma publicada el 8 de septiembre 1990 en actualización legislativa ISO. 14000.

Así como el derecho de toda persona a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Reconoce la legitimación de intereses difusos en la protección del ambiente indicando que se puede interponer acciones, aún en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aún cuando no se refiera directamente al agente o a su familia.

El Código, determina alternativas y facultades administrativas de sanción. La Imposición de obligaciones compensatorias relacionadas con el desarrollo ambiental de la zona, teniendo en cuenta los planes nacionales, regionales y locales sobre la materia, a fin de dar cumplimiento a las normas de control ambiental que señale la autoridad competente. Así como las sanciones administrativas independientemente de la responsabilidad civil y penal, (Art. 17), establece, además, la responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales que suscriban los estudios de impacto ambiental en los proyectos y obras que causaron el daño.

Una de las características de esta norma es que consagra como preferente la protección administrativa del ambiente sobre las acciones privadas para el resarcimiento, quedando en manos del afectado solamente el derecho a una acción rápida y efectiva en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales, lo que es abiertamente distinto a una acción indemnizatoria.

La aplicación de normas generales, en la responsabilidad por daño al medio ambiente, en el Perú, se basa en el Art. 1970 del C.C., responsabilidad objetiva por riesgo o peligro, esto, en consideración al riesgo colectivo de los actos de contaminación ambiental y la depreciación del medio ambiente. La naturaleza objetiva del daño al medio ambiente surge del principio francés, "quien contamina, paga".

En el Perú se ha consagrado la protección del medio ambiente desde el nivel más alto del ordenamiento jurídico, la carta política, en los artículos recientemente aprobados de la reforma de la Constitución (1993), Art. 66.¹⁴³⁵

El daño ambiental en Venezuela, se encuentra regulado por la ley de medio ambiente de diciembre de 2006, que modifica diferentes normas y define los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad. Define al Ambiente, como al Conjunto o sistema de elementos de naturaleza física, química, biológica o socio cultural, en constante dinámica por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia de los seres humanos y demás organismos vivos, que interactúan permanentemente en un espacio y tiempo determinado. Aprovechamiento sustentable, proceso orientado a la utilización de los recursos naturales y demás elementos de los ecosistemas, de manera eficiente y socialmente útil, respetando la integridad funcional y la

¹⁴³⁵ La norma mencionada, expresa: Los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

capacidad de carga de los mismos y el bienestar social, entendido como la condición que permite al ser humano la satisfacción de sus necesidades básicas, intelectuales, culturales y espirituales, individuales y colectivas, en un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado. Calidad del ambiente: Característico de los elementos y procesos naturales, ecológicos y sociales, que permiten el desarrollo, el bienestar individual y colectivo del ser humano y la conservación de la diversidad de bienes. Reparación, es el restablecimiento, compensación o el pago indemnizatorio, según cada caso, de un daño ambiental y riesgo ambiental, la probabilidad de ocurrencia de daños en el ambiente por efecto de un hecho, una acción u omisión de cualquier naturaleza (Art. 3).¹⁴³⁶

La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente, es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva (Art. 116).¹⁴³⁷

Sobre el ambiente puro, el precedente emitido en el caso venezolano, tan conocido, del Buque Tanquero "Nissos Amorgos", de bandera griega que provocó el derrame de aproximadamente 25.406 barriles de petróleo, cuya mayor parte se depositó en las playas de la zona de Caimán Chico, aguas territoriales del Golfo de Venezuela. En el proceso penal, seguido al amparo de la Ley Penal del Ambiente venezolana, se dispuso la tasación de los daños y perjuicios sufridos por los bienes ambientales.¹⁴³⁸ Es muy interesante, por lo que lo transcribiré en sus partes salientes.

La evaluación, se centró en cuatro rubros del daño. 1. "el daño causado a la fauna

¹⁴³⁶ Art. 3 A los efectos de la presente Ley, se entenderá por: Ambiente: Conjunto o sistema de elementos de naturaleza física, química, biológica o socio cultural, en constante dinámica por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia de los seres humanos y demás organismos vivos, que interactúan permanentemente en un espacio y tiempo determinado.

Ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado: Cuando los elementos que lo integran se encuentran en una relación de interdependencia armónica y dinámica que hace posible la existencia, transformación y desarrollo de la especie humana y demás seres vivos.

Aprovechamiento sustentable: Proceso orientado a la utilización de los recursos naturales y demás elementos de los ecosistemas, de manera eficiente y socialmente útil, respetando la integridad funcional y la capacidad de carga de los mismos, en forma tal que la tasa de uso sea inferior a la capacidad de regeneración...

¹⁴³⁷ Art. 116 La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva. Valoración del daño provocado

¹⁴³⁸ El texto completo del dictamen pericial se encuentra publicado en la revista "Protección Ambiental. Órgano divulgativo del Ministerio del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables", año II, n° 4, Caracas, septiembre/diciembre de 1998, Págs. 46-52.

de la zona afectada que fue igualado al daño que sufrió la población de chipichipis *Donax Striatus*". Se considero seis años requeridos para "la restauración del ecosistema dañado", sobre la base de simulaciones, para la que se establecieron "densidades promedio de organismos elevados (750 Ind. /M²), tasa de reclutamiento baja, recuperación del ambiente lenta y, precio del producto ligeramente por encima de aquel del mercado". Dándole un valor total de \$uss 37'301.942, "costo que está compuesto por el valor de los organismos que mueren a causa del derrame petrolero (Nº de muertos), más el valor de aquellos organismos que no nacen, debido a que sus padres potenciales fueron muertos por el derrame petrolero (Nº de no nacidos)". 2. Se tasó el valor de reposición de la arena como sustrato, dándole un "valor del daño al sustrato blando (fondo arenoso) equivalente al valor de reposición de la arena petrolizada, por arena limpia", partiendo de los 100.000 metros cúbicos de arena petrolizada dañada, y se tasó a un valor de metro cúbico de arena limpia, lo cual arrojó la cifra de \$uss 1'000.000. 3. el cálculo del valor de restitución de la calidad de agua en las costas afectadas, partiendo de un promedio de hidrocarburos disueltos en el agua fue de 8 MG/l. La dificultad de "estimación pecuniaria del daño sufrido por bienes que, como los ambientales, no suelen tener valor de mercado, en el mundo se ha optado por asumir como monto del daño ambiental el equivalente al costo de restauración del bien afectado, al estado que tenía con anterioridad", y para ello tomaron una fórmula creativa: los \$uss 5'000.000, invertido el Plan Nacional de Contingencia para la extracción de la arena petrolizada, transfiriéndose éste a la medida del daño por contaminación de las aguas costeras, "en base a que se está suponiendo que el propio medio natural se encargará de la desintoxicación del cuerpo del agua, hasta niveles semejantes a los que se encontraban antes del derrame petrolero". 4. Se tasaron los daños a la playa como balneario, partiendo de los gastos diarios que en promedio tenían los visitantes a la misma, y se multiplicó por el número de días en los cuales la playa estuvo cerrada, lo cual arrojó la cifra de \$USAS 16'946.759. El valor total del daño ascendió a la suma de \$uss 60'248.701. Se observa que el pago de los tres primeros rubros tiene por objeto la reparación *in natura*, con objeto de pagar los costos de reposición del bien ambiental lesionado.

4.1.5.15 Responsabilidad por actividad nuclear.

En el derecho argentino, la responsabilidad por actividad nuclear, está regulada por Ley 17.048, que aprueba la Convención de Viena sobre daños nucleares, la que es de naturaleza objetiva, amparada en el riesgo creado, siendo las causas de exoneración la culpa de la víctima, conflictos armados, hostilidades o guerra civil y se limita la responsabilidad a una suma determinada.

También la Convención de Viena de 1963 sobre accidentes nucleares, es ratificada por la ley 17.048, que establece la responsabilidad del Estado de la instalación nuclear en cuanto al pago de las indemnizaciones por accidentes nucleares, en la medida de que el seguro o la garantía que debe mantener el

“explotador” no alcance para cubrir aquéllas –Art. VI, apartado 1 *in fine*¹⁴³⁹ ratificado por la Ley 24.804 de Regulación de actividad nuclear.¹⁴⁴⁰

La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, entiende por daño nuclear; la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales, los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella; o de otras radiaciones ionizantes que emanen de cualquier otra fuente de radiaciones que se encuentren dentro de una instalación nuclear. Incluye dentro de este concepto, al daño provocado al personal, contratistas y subcontratistas, a funcionarios del Organismo Internacional de Energía Atómica que se encontraren desarrollando tareas. La legitimación pasiva recae inexcusablemente en el poseedor de la licencia, permiso o autorización.

Argentina por ley 17.048, de 1966, impone al “explotador” de la instalación nuclear el deber de “mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por daños nucleares”, cuya cuantía, naturaleza y condiciones serán fijadas por el Estado - Art. VII, apartado 1-, aspecto que es reafirmado en el Art. 9, inc. C, de la ley 24.804.¹⁴⁴¹

El Brasil, en su más alto ordenamiento legal,¹⁴⁴² regula la responsabilidad civil causado por daño nuclear, independientemente de la culpa,¹⁴⁴³ al respecto el

¹⁴³⁹ TRIGO REPRESAS, Félix, Lineamientos actuales de la responsabilidad civil, en revista “Ley, Razón y Justicia”, año 1, Nº 1, Ob. Cit., P. 61.

¹⁴⁴⁰ Art. 9.- inc. c) Asumir la responsabilidad civil que para el explotador de una instalación nuclear determina la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, ratificada por ley 17.048, por la suma de ochenta millones de dólares estadounidenses (\$su 80.000.000) por accidente nuclear en cada instalación nuclear. La misma deberá ser cubierta mediante un seguro o garantía financiera a satisfacción del Poder Ejecutivo nacional o de quien éste designe, asumiendo el Estado nacional la responsabilidad remanente. Facúltese al Poder Ejecutivo nacional a ajustar la suma establecida como límite de responsabilidad en el párrafo anterior, en el caso de que se revisaran los términos de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, una vez que la modificación sea ratificada por ley.

¹⁴⁴¹ La norma citada en su el Art. 9 impone a toda persona que realiza actividad nuclear entre otras c) Asumir la responsabilidad civil que para el explotador de una instalación nuclear determina la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por daños nucleares ratificada por ley 17.048, por la suma de ochenta millones de dólares estadounidenses (\$US\$ 80.000.000) por accidente nuclear en cada instalación nuclear. La misma deberá ser cubierta mediante un seguro o garantía financiera a satisfacción del Poder Ejecutivo Nacional o de quien este designe, asumiendo el Estado Nacional la responsabilidad remanente. Facultase al Poder Ejecutivo Nacional a ajustar la suma establecida como límite de responsabilidad en el párrafo anterior, en el caso de que se revisaran los términos de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, una vez que la modificación sea ratificada por ley.

¹⁴⁴² Magna Carta, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 y actualizada. ww.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html - 19k.

¹⁴⁴³ Art. 23.- XXIII -... c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de

Profesor Celso Antonio Pacheco Fiorillo en su obra, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro* expresa: *Em relação à responsabilidade civil pelos danos causados por atividades nucleares, será aferida pelo sistema da responsabilidade objetiva, conforme preceitua o art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal. Com isso, consagraram-se a inexistência de qualquer tipo de exclusão da responsabilidade (incluindo caso fortuito ou força maior), a ausência de limitação no tocante ao valor da indenização e a solidariedade da responsabilidade.*¹⁴⁴⁴ Marco Constitucional, que es reglamentado por el Decreto 911 que aprueba la convención de Viena.¹⁴⁴⁵ Materia que también es regulada por Ley.¹⁴⁴⁶

Chile, regula por la ley 18.302,¹⁴⁴⁷ sobre seguridad nuclear, que hace otro tanto respecto de los perjuicios provenientes de la contaminación radioactiva y el Decreto Ley 2.222, de 1978, que sustituye la Ley de Navegación y establece un régimen de responsabilidad objetiva -o cuando menos de culpa presumida- en materia de daños causados por la contaminación marina.

La ley No 18.302 chilena, sobre seguridad nuclear, en su título II define entre otras al daño nuclear.¹⁴⁴⁸ En el título V desarrolla la responsabilidad civil por daños nucleares, estableciendo en forma expresa la naturaleza de la responsabilidad por daños nucleares como objetiva,¹⁴⁴⁹ absoluta, ya que no exime al explotador ni por caso fortuito ni la fuerza mayor.¹⁴⁵⁰

culpa;

¹⁴⁴⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro* – 7ª ed ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2006, página 204. EL texto glosado dice en español: En relación a la responsabilidad civil por daños causados por actividades nucleares, será examinado por el sistema de responsabilidad objetiva, conforme lo preceptúa el Art. 21 XXIII c. de la Constitución Federal. Consagrándose con ello la inexistencia de cualquier tipo de exclusión de la responsabilidad (incluso el caso fortuito o la fuerza mayor), y la ausencia de limitación con respecto al valor de la indemnidad y la solidaridad de la responsabilidad.

¹⁴⁴⁵ Decreto 911, de 03 septiembre de 1993 *Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 21/05/1963” Vigência e Eficácia do Decreto 911/1993. BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL DO BRASIL.*

¹⁴⁴⁶ Lei 6.453/77. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D0911.htm.

¹⁴⁴⁷ Ley 18.302, Seguridad nuclear. Ministerio de Minería.

¹⁴⁴⁸ Art. 3.- Inc. 14. Daño nuclear a. la pérdida de vidas humanas, corporales, somáticas, genéticas y psíquicas que afectan a las personas y los daños y perjuicios que se produzcan en los bienes como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas o de las combinaciones de estas con las propiedades toxicas, explosivas u otros propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radioactivos que se encuentren en una instalación o de las sustancias nucleares que procedan o se originen en ella o se envíen a ella. b. La pérdida de vidas humanas, corporales, somáticas, genéticas y psíquicas que afectan a las personas y los daños y perjuicios que se produzcan en los bienes como resultado directo o indirecto de radiaciones ionizantes que emanen de cualquier otra fuente de radiaciones que se encuentran dentro de una instalación nuclear

¹⁴⁴⁹ Art. 49 La responsabilidad por daños nucleares será objetiva y estará limitada a formas que establecen esta ley.

¹⁴⁵⁰ Art. 56.- el explotador responderá siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor. En todo no causaran responsabilidad para él los daños nucleares producidos por un accidente nuclear que se deba directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil.

Establece la legitimación pasiva en el productor o responsable de los daños por sustancias nucleares, en forma expresa en la autorización. Cuando se presenta más de un responsable y no se define el alcance de su participación, la responsabilidad es solidaria.¹⁴⁵¹ Como eximentes sólo admite: conflictos armados, insurrección y guerra civil.¹⁴⁵² Sin embargo la responsabilidad del productor no se extiende al daño producido en: un medio de transporte (Art. 57), al daño al personal que trabaja en el centro nuclear que está protegido por el seguro (Art.58), tampoco responde por actividad dolosa de un tercero (Art. 59). Fija el límite máximo del resarcimiento en el equivalente a \$us 75.000, ajustable de acuerdo al fondo monetario internacional (Art. 60). Finalmente dispone el pago de la indemnización por daño a las personas al menos en el doble que corresponda a las tablas del seguro por accidente de trabajo, en las cosas, si la cantidad límite no es suficiente se establece a prorrata. Como medida preventiva exige al explotador la caución mediante seguro o un depósito del límite del seguro (62).

Colombia en el más alto nivel de su legislación,¹⁴⁵³ dispone la prohibición de fabricación, importación y posesión de armas nucleares.¹⁴⁵⁴ En dicho marco fue aprobado por ley,¹⁴⁵⁵ el acuerdo entre la República de Colombia y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias, en relación con el Tratado para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina, asumiendo la obligación de mantener todas las medidas de protección en materia de responsabilidad civil por daños nucleares.¹⁴⁵⁶ Y por ley 766,¹⁴⁵⁷ aprueba la convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica.

La legislación mexicana se encuentra regulada por la Ley de Responsabilidad civil

¹⁴⁵¹ Art. 53.- Si la responsabilidad nuclear recaer en más de un explotador y no puede precisarse la parte ella que toca a cada uno , todo serán responsables del monto máximo de la indemnización, sin perjuicio de concurrir en definitiva en partes iguales a su pago.

¹⁴⁵² Art. 56.- El explotador responderá siempre del caso fortuito y fuerza mayor. Con todo, no causan responsabilidad para él los daños nucleares producidos por un accidente nuclear que se deba directamente a hostilidades o conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil.

¹⁴⁵³ Constitución Nacional de la república de Colombia. Forum Magíster Constituciones Bolivarianas. Revista jurídica del Colegio Nacional de abogados de Bolivia. 2003. Pág. 58-183.

¹⁴⁵⁴ Art. 81.- Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos y su utilización, e acuerdo con el interés nacional.

¹⁴⁵⁵ Ley 47 de 1982. Diario Oficial. año CXIX. No. 36159. 28, diciembre, 1982. Pág. 973.

¹⁴⁵⁶ Art. 15.- Colombia dispondrá la necesario para todas las medidas de Colombia dispondrá lo necesario para que todas las medidas de protección en materia de responsabilidad civil por daños nucleares, tales como seguros u otras garantías financieras, a que se pueda recurrir en virtud de sus leyes o reglamentos, se apliquen al Organismo y a sus funcionarios en lo que concierne a la ejecución del presente Acuerdo en la misma medida que a los nacionales de Colombia.

¹⁴⁵⁷ Ley 766 del 2002. aprobada en Viena el 26 de septiembre de 1986.

www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0766002.HTM - 46k

por daños nucleares,¹⁴⁵⁸ que tiene por objeto regular la responsabilidad civil por el uso de sustancias nucleares. Norma que define el daño ambiental como pérdida de vidas humanas lesiones corporales y perjuicios materiales.¹⁴⁵⁹ La responsabilidad del operador es de naturaleza objetiva,¹⁴⁶⁰ y solidaria cuando concurre más de un operador,¹⁴⁶¹ pero dicha responsabilidad no excederá a cien millones de pesos,¹⁴⁶² este importe no incluye intereses legales ni costas, se exime de responsabilidad al operador si los acciones proviene de de guerra u otros actos bélicos.¹⁴⁶³

El Perú aprueba la convención de Viena,¹⁴⁶⁴ asumiendo como propios los principios generales regulados, asimismo dicta la ley de regulación del uso de fuentes de radiación ionizante.¹⁴⁶⁵ En el glosario de término define daño radioactivo.¹⁴⁶⁶ La legitimación pasiva le otorga al titular de la autorización.¹⁴⁶⁷ La responsabilidad es de naturaleza objetiva.¹⁴⁶⁸ Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares", adoptado en Viena, el 12 de septiembre de 1997, suscrito por el Perú el 4 de junio

¹⁴⁵⁸ TEXTO VIGENTE Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31/12/ 1974.

¹⁴⁵⁹ Art. 3.- Para los efectos de la presente ley se entiende:...c).- Daño nuclear. La pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radioactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares peligrosas que se produzcan en ella, emanen de ella, o sea consignadas a ella;

¹⁴⁶⁰ Art. 4.- La responsabilidad civil del operador por daños nucleares es objetiva.

¹⁴⁶¹ Art. 8.- Cuando la responsabilidad por daños nucleares recaiga en más de un operador, todos serán solidariamente responsables de los mismos.

¹⁴⁶² Art. 14.- Se establece como importe máximo de la responsabilidad del operador frente a terceros, por un accidente nuclear determinado, la suma de cien millones de pesos.

Respecto a accidentes nucleares que acaezcan en una determinada instalación nuclear dentro de un período de doce meses consecutivos, se establece como límite la suma de ciento noventa y cinco millones de pesos.

¹⁴⁶³ Art. 11.- El operador no tendrá responsabilidad por daños nucleares, cuando los accidentes nucleares sean directamente resultantes de acciones de guerra, invasión, insurrección u otros actos bélicos, o catástrofes naturales, que produzcan el accidente nuclear.

¹⁴⁶⁴ Resolución Legislativa No. 26798 *Promulgada El 22.May.97, Publicada El 25.May.97* Aprueba La Convención Sobre Seguridad Nuclear.

¹⁴⁶⁵ Regulación Del Uso De Fuentes De Radiación Ionizante, Ley 28028 Perú. www.ipen.gob.pe/site/regulacion/ley_27028_01.htm - 28k -

¹⁴⁶⁶ C) daño radiológico o nuclear.- pérdida de vidas humanas, lesión corporal, perjuicio material o del medio ambiente, que se produce como resultado de las implicancias peligrosas de las radiaciones ionizantes.

¹⁴⁶⁷ Art. 8º.- Responsabilidad del Titular de la autorización. Todo Titular de la autorización es responsable de la seguridad de las fuentes de radiaciones, debiendo establecer las medidas pertinentes para que la exposición ocupacional, las exposiciones médicas, la exposición al público, la seguridad radiológica y nuclear de las fuentes, según corresponda, cumplan con las disposiciones aprobadas por la Autoridad Nacional.

¹⁴⁶⁸ Art. 9º. Infracciones y sanciones Toda infracción a las disposiciones contenidas en la presente Ley y sus reglamentos será sancionada administrativamente por la Autoridad Nacional, quien impondrá las sanciones aplicables considerando la naturaleza de la infracción.

de 1998, con la que adopta todas las normas reguladas en la convención de Viena.

En Venezuela regula este tema los Códigos -13 de julio del 2008, Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de los espacios acuáticos. La no proliferación nuclear en el Caribe, buques de producción nuclear y otros.

Los principios básicos de la responsabilidad por daño por actividad nuclear, de los países analizados, se sustentan en los principios básicos propuestos por la convención de Viena: Responsabilidad objetiva, canalización de la responsabilidad exclusiva al explotador de la instalación origen del incidente nuclear. Obligación del explotador de cubrir su responsabilidad mediante seguro o garantía financiera. Limitación de la responsabilidad del explotador en cantidad. Limitación de la responsabilidad del explotador en el tiempo.

4.2 MODELO BOLIVIANO.

4.2.1 Situación Actual.

La legislación boliviana aborda la responsabilidad civil extracontractual, en la parte Segunda del Libro Tercero del Código Civil, las obligaciones que nacen fuera de contrato, es decir, que se contraen sin acuerdo de partes, entre las que está comprendido el Título IV bajo la rúbrica genérica de *hechos ilícitos* (noción comprensiva de los Actos ilícitos), figuras que el c.c. Abrg., como su modelo francés y las legislaciones inspiradas en éste, las regulan bajo el título de: *delitos y cuasidelitos*, mientras otras legislaciones, por ejemplo la peruana, bajo el título de *la responsabilidad civil extracontractual*.

4.2.1.1 Cláusula General.

El Art. (984) sigue el sistema clásico del modelo romano, divide la responsabilidad civil, en dos compartimientos separados, cada uno con sus propias características y peculiaridades, un sistema binario de responsabilidad civil contractual y extracontractual. La diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, más que en su naturaleza está en su origen, la primera surge del acuerdo de partes, en tanto que la segunda del acto ilícito. MORALES Guillen,¹⁴⁶⁹ parafraseando a Messineo señala: es un caso de obligación legal, que nace, no porque lo quiere el obligado, sino porque así lo dispone la ley en vista de la naturaleza de ese acto y de los efectos que de él nacen para terceros. En la responsabilidad contractual, el deber de resarcir emana del incumplimiento de una obligación derivada de una *relación preconstituida*, que configura el comportamiento doloso o culposo del responsable. En la responsabilidad extracontractual, el deber de resarcimiento nace como obligación *primaria* y de manera inmediata, por causa de la lesión del derecho ajeno.

Actualmente, la tendencia doctrinal, admite que el ámbito de la responsabilidad

¹⁴⁶⁹ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. 3ra. edición. Ed. Gisbert, La Paz. 1991. Tom. II. Pág. 1257.

engloba la responsabilidad contractual, la extracontractual y la delictual, porque su distinción dificulta su estudio separado y porque coinciden en su solución final: *todo problema de responsabilidad supone un daño que exige que el damnificado sea reparado*. En la vereda opuesta se ubican, quienes disienten y justifican el sistema tradicional bipolar de la responsabilidad, lo justifican debido a que la culpa no es un elemento común a ambas responsabilidades, en la contractual, el incumplimiento no hace que nazca una nueva obligación que reemplace a la original, esta última no se extingue por el incumplimiento, cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños, su acción va dirigida a la ejecución directa de la prestación original o su equivalencia y en su caso a los frutos que ésta pudo generar; en tanto que la responsabilidad extracontractual nace de la vulneración del derecho. Entonces los fines que cumplen son diferentes; pertenecen a dos distintos regímenes, tendencia a la que me adscribo, la justificación la tengo expuesta en el capítulo primero 1.1.4.

El Anteproyecto de reforma del Código civil,¹⁴⁷⁰ cambia el título VII por título V, mantiene la regulación de la Responsabilidad Extracontractual, en lugar “de los hechos ilícitos” la nomina “Responsabilidad Extracontractual por hechos ilícitos”. Este cambio, lo considero atinado, aunque el agregado “de hechos ilícitos”, hace que se mantenga el sistema fundado en la culpa. Las necesidades de la sociedad, exigen un cambio de paradigmas hacia un sistema bipolar subjetivo y objetivo, sistematizado en normas acordes al desarrollo doctrinal de la responsabilidad civil; en cuya dirección, debió excluirse la calificación de hechos ilícitos y mantener un *nomen* general que involucre a ambos sistemas, esto es “Responsabilidad Extracontractual”.

La norma general que consagrada el derecho boliviano gira alrededor de la culpa.¹⁴⁷¹ MORALES Guillen,¹⁴⁷² trata de especificar la noción de la responsabilidad civil extracontractual sobre la base de principios generales, tales como: Lo hecho ilícitamente engendra obligación (*Illicite factum, obligationem inducit*). Al que realiza una cosa ilícita se le imputa todo lo que de ella se sigue, aunque sea ajeno a su voluntad. La negligencia grande es culpa (*Magna regligentia culpa est. (Danti operam ri illicitae imputantur omnia qua seguuntur paeter voluntatem suma)*). El límite de la culpa lata es no entender lo que todos entienden (*Latae culpae jinis est non intelligere id, quod imnes intelligunt*). No incurre en culpa el que emplea la cosa para el uso al cual está destinada, (*Non est*

¹⁴⁷⁰ Por Resolución Ministerial No 0039, de 30 de octubre de 1997, se creó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. El que fue presentado al Congreso en marzo del 1999.

¹⁴⁷¹ Art. 984.- (Resarcimiento por hecho ilícito). Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento

¹⁴⁷² MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. Ob. Cit. Tom II Pág. 1252-1253. Cap. 5, Tit. 41, Lib. 5, Decretales de Gregorio IX. Paulo. Digesto, ley 226, tít. 16 Lib. 50 Palermitano (de palermo) cit. de M. Puigarnau, Baldo.Pomponio. Digesto, ley 36, t’it. 17, Lib. 50. Ulpiano. Digesto, ley 29, tít, 1, Lib. 17. ” = (. Paulo. Digesto, ley 226, tít. 2, 17, Lib. 50.Ulpiano. Digesto, *ad legem Aquiliam*, ley 5, tít. 2, Libro 9.

in culpa, si quie utatur te ad eum usum ad quem est destnata). Incorre en culpa aquel que no prevé lo que debió prever (*ille qui non paevidet quod praevidere debuit. In culpa est*). La demasiada negligencia está próxima al dolo (*Dissoluta negligentiam prope dolum est*) *Magna culpa dolus est*). La culpa grande es dolo. Injusticia (*injusto*) es lo que no se hizo conforme a derecho; esto es, lo que se hizo contra derecho, (*Inturia est quod non iure factum est, hoc est contra ius*), con lo que se deja claramente definido el carácter subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual.

Los diferentes elementos que integran la estructura de la fórmula general, hecho o acto humano, imputación subjetiva (idoneidad del sujeto para constituirse en responsable), nexo causal ligado a un comportamiento ilícito. Dolo en el que la intencionalidad del daño constituye su elemento configurativo, cuya presencia tiene incidencia en la calificación de la cuantía de la indemnización, incremento o disminución a criterio del juez.

La culpa en su significado subjetivo, es definida como *impericia, negligencia, desatención*, etc. y en su significado objetivo, como violación de leyes o reglamentos. Bajo esta perspectiva el Art. 984 del Código Civil, desde una concepción genérica, define a la responsabilidad como *impericia o negligencia, y desde una concepción específica, como la inobservancia de reglas técnicas, reglamentos o regímenes prescritos por Ley, cubiertos siempre por el velo de la culpa*. El daño como efecto del ilícito, es el resultado, traducido en el quebrantamiento del equilibrio del patrimonio en su unidad (material y moral), finalmente, la noción de daño, se configura en el término de daño injusto, valoración que importa la lesión de un interés protegido.

Sin embargo de la relación intrínseca entre *daño* y su adjetivo *injusto*, MORALES Guillen, cuando comenta el Art. 984, señala: *sigue el sistema clásico, aunque con una redacción demasiado desafortunada. Habla de daño injusto, siguiendo a su modelo italiano (art. 2043), como si hubiera posibilidad de reconocer, así sea a contrario sensu, un daño justo que estuviera permitido o quizá premiado. Es, sin duda, inaudito un daño justo ocasionado con dolo o culpa. Tal adjetivación, innecesaria e impertinente, sólo aparece en el Cgo. Italiano de 1942 y en el que ahora rige en Bolivia, que ha sido modelado en aquél. Concluye: el concepto de daño no requiere la impropia adjetivación observada para precisar su noción.*¹⁴⁷³

Siguiendo esta línea, el anteproyecto mantiene el mismo sistema con una norma general de naturaleza subjetiva, basada en la culpa que marca el eje del sistema de responsabilidad civil del código civil. Mantiene el *nomen* y sentido del Art. 984 con una variación: se suprime la palabra "Injusto" después de 'daño', justificando, *en que ésta no tiene una categorización que permita diferenciar entre un supuesto daño justo y otro injusto. El daño, como uno de los elementos de la responsabilidad civil, no puede tener el adjetivo de "Injusto porque al margen de cualquier consideración se concreta en el perjuicio patrimonial que se ocasiona a*

¹⁴⁷³ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. Ob. Cit. Tom. II Pág. 1258.

otro, por dolo o por culpa.

Disiento con dicha posición, considero que el daño se configura en términos de daño injusto y se lo califica así, a partir de la lesión de los intereses protegidos, el término *injusto*, hace referencia a la vulneración de un interés jurídicamente relevante y tutelado por ley, en este orden están los derechos inviolables, la integridad física y psíquica, el derecho a la salud, el llamado daño biológico, la calidad de vida, los derechos difusos, la intimidad, la identidad de la persona, derecho a la reputación, al nombre, etc. Por lo tanto, no se podría hablar de daño si este no fuera injusto, entendido como vulneración de derechos protegidos, elemento objetivo que lo hace relevante para efectos de la reparación, sin daño injusto no hay reparación, aspecto, que por otra parte, no tiene que ver con el carácter subjetivo del daño, lo injusto surge de la ley, no de la ponderación valorativa de la conducta del que la provocó.

La regla del Art. 984, supone varios elementos subjetivos: el hecho –acción u omisión- la ilicitud y el daño y el elemento subjetivo. La culpabilidad del agente. El impacto contra la normatividad jurídica puede consistir en un hecho activo (*culpa in comitendo*) o en una abstención (*culpa in omitiendo*), entonces la ilicitud importa un acto contrario al derecho, análisis que nos lleva a una responsabilidad civil extracontractual objetiva *vulneración de norma preestablecida*, bajo cuya visión la responsabilidad civil extracontractual no debe ser limitada a imputación subjetiva, debe integrarse necesariamente por dos factores de atribución, uno subjetivo la imputación de la culpa y otro objetivo, teniendo como origen una norma general, abstracta, bajo cuya directriz coexistan ambas.

4.2.1.2 Eximentes de Responsabilidad

Una vez definida la cláusula general, el Código Civil, regula las eximentes de la responsabilidad civil: legítima defensa y estado de necesidad. Al respecto, según MORALES Guillen:¹⁴⁷⁴ “aquí surge un problema trascendente que el Código, siguiendo el modelo italiano, ha ignorado. Cuando se afirma que el actuar que da origen a responsabilidad civil ha de ser ilícito, contrario a la ley, orden público o buenas costumbres, surge el problema de *qué actuar concreto es ilícito*. En otros términos: si formas concretas de actuar, aun siendo formalmente lícitas, pueden determinar violación de las normas (problema de abuso del derecho), como, por el contrario, las actuaciones que encontrándose en oposición formal de un precepto del Derecho, pueden ser, sin embargo, lícitas (problema de la legítima defensa y estado de necesidad)”.

Continúa en su análisis: “El Código, ha regulado el segundo problema (legítima defensa art. 985, y estado necesidad, art. 986). También debió hacerlo aquí, respecto del primero (*abuso del derecho*). Al tratar del derecho de propiedad, como se observó ya en la anotación respectiva, en el art. 107, se *tradujo* por abuso del derecho, según el modelo italiano a los *actos de emulación* con aquellos ejercitados con la finalidad de perjudicar o producir molestias a otros.(art. 833). En

¹⁴⁷⁴ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. Ob.Cit. Tom. II Pág. 1258.

realidad, el c.c. italiano no admite la teoría del abuso del derecho y, como reconoce Messineo, mantiene vigente el principio *qui iuresuo utitur nemine facit iniuria* (no causa daño el que usa de su derecho)".

La legítima defensa, como eximente del ejercicio de la acción, en el caso típico del Art. 985,¹⁴⁷⁵ presenta conexión íntima con el ejercicio legítimo del derecho. Se trata de una situación en la que el acto antijurídico, se colisiona con la legítima defensa; situación que es introducida por el legislador como una excepción a la regla general *alterum non laedere* (no dañar a otro). Pero se justificará dicha excepción, considero que no, salvo que ingrese dentro del daño causado por el propio damnificado, circunstancia por lo que en la propuesta sugiero sea excluida como excluyente autónoma.

El anteproyecto modifica el alcance del estado de necesidad (Art. 986) del derecho propio o ajeno a la persona, entendiendo que tendría más sentido, sin embargo de ésta mejora, mantengo mi opinión, por su exclusión, la justificación la tengo expuesta en el capítulo I. numeral 1.4.1.

La doctrina especializada, incluye en el hecho o acto ilícito, como manifestación de un actuar contra el derecho, el principio *neminem laedere*, en la responsabilidad civil extracontractual o de los hechos ilícitos. El derecho como norma de convivencia social, establece deberes positivos y obligaciones negativas, y entre éstas, está la de no abusar del derecho. La orientación de la moderna corriente codificadora presta diligente atención, a la sanción de una actuación que implique manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho. A decir de MORALES, Omitirla, en un Código, que en consideración a la fecha de su promulgación,¹⁴⁷⁶ se reputa moderno, es extraño e inexplicable, particularmente cuando la sanción del abuso del derecho, pretende fundamentalmente rodear de garantías efectivas el principio proclamado en el art. 8, referido al límite del ejercicio del derecho a la libertad.¹⁴⁷⁷ Norma, que acoge el principio fundamental del derecho de daños, muy bien explicado por KANT, en su imperativo categórico: *-Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad-*, principio llevado a una concepción general nos da la fórmula: mis derechos se extienden hasta donde empiezan los derechos de los demás, toda coalición implica ruptura del equilibrio y con ello surge la responsabilidad civil.

Coincido con MORALES, la norma civil debe consagrar como principio general, la responsabilidad civil por el abuso del derecho y esto, para la generalidad de los derechos del hombre.

¹⁴⁷⁵ El texto del artículo referido señala: ART. 985.- (*legítima defensa*). Quien en defensa de un derecho propio o ajeno, al rechazar por medios proporcionados un agresión injusta y actual, ocasiona a otro un daño, no está obligado al resarcimiento.

¹⁴⁷⁶ 1973.

¹⁴⁷⁷ La norma referida, Art. 8. (Derecho a la libertad personal). Se garantiza la libertad personal conforme a las normas establecidas en las leyes que regulan su ejercicio, sin que fuera ella nadie pueda privar ni restringir la libertad de otro.

Nuestra legislación siguiendo a su fuente, no reguló en forma general la hipótesis del daño ocasionado a otro, por ejercicio abusivo del derecho, este aspecto lo tenemos normado en el caso específico, del límite del ejercicio del derecho propietario (Art. 107).¹⁴⁷⁸ Norma de naturaleza especial referida exclusivamente al derecho propietario y que, por lo tanto no alcanza a otras hipótesis, como el límite del ejercicio de la libertad referido en nuestro ordenamiento civil en el Art. 8.

En cuanto a la segunda eximente, -estado de necesidad-¹⁴⁷⁹ no existiría, propiamente, un ejercicio de un derecho, sino más bien lesión de un derecho ajeno, determinado por la exigencia de salvarse uno mismo de un daño eminente, actual y proporcionalmente mayor al infligido, caso en el que se aplica la preeminencia de los derechos protegidos. Esta norma, cuidando un injusto enriquecimiento, prevé una indemnización en proporción al beneficio obtenido, con lo que pretende resguardar el equilibrio patrimonial. Al respecto tengo objeciones que giran alrededor del principio de igualdad, no se justifica que un sujeto irrumpa en mi casa, provoque daños a mi propiedad y no los repare a título de estado de necesidad, considero que una vez superado el momento álgido, debe ser reatado al pago de daños y perjuicios, lo contrario vulnera los postulados de la justicia sinalagmática y principio de igualdad, esta posición la tengo ampliamente justificada en el punto 1.4.2.

Nuestra legislación se limita a desarrollar los casos de justificación, omite las verdaderas eximentes de la responsabilidad, esto es: caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima, que deberían ser incluidos.

4.2.1.3 Inimputabilidad

La legislación boliviana a tono con la doctrina especializada, entre los elementos del ilícito, incluye la imputabilidad, esto es, incapacidad de querer y entender. Art. 988,¹⁴⁸⁰ introduciendo una variante respecto a su modelo (Art. 2046), fija la edad de 10 años para la imputación civil. Al igual que la italiana en su última parte, salva el caso en que la incapacidad sea atribuible a la propia culpa del incapaz. La disposición de la inimputabilidad, en forma complementaria, consagra la

¹⁴⁷⁸ Art. 107 (Abuso del derecho). El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho.

¹⁴⁷⁹ Art. 986.- (*Estado de necesidad*). I Quien por salvar un derecho propio o ajeno de un peligro actual no provocado por él y no evitable de otra manera, ocasiona a otro un daño para impedir otro mayor, sólo debe indemnizar al perjudicado en proporción al beneficio que personalmente ha obtenido.

II. La misma obligación debe el tercero en favor de quien ha precavido el mal.

Art. 987.- (*Causante del estado de necesidad*). El perjudicado puede pedir el resarcimiento del daño contra quien ocasionó culposa o dolosamente el estado de necesidad pero en este caso ya no tiene derecho a reclamar la indemnización prevista en el artículo anterior.

¹⁴⁸⁰ Art. 988.- (*Daño causado por persona inimputable*). Quien en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho a menos que su incapacidad deriva de culpa propia.

responsabilidad de quién tenía la obligación de cuidar al incapaz,¹⁴⁸¹ en este orden están los padres, tutores y curadores, norma que define los siguientes principios: el acto antijurídico del incapaz al margen de su inimputabilidad, siempre es ilícito, aunque el incapaz no responda; responde por él su representante legal. El incapaz, no obstante su inimputabilidad, puede ser sancionada a una indemnización equitativa, cuando la víctima no pudo ser satisfecha en su derecho por el responsable llamado por ley.

Normas de responsabilidad de naturaleza objetiva, la que bajo ciertas circunstancias se torna subjetiva, con un factor de imputación –culpa–; así, quién por culpa o dolo, provoca el estado de necesidad, es responsable (Art. 987); la culpa atribuible al incapaz, lo hace responsable (Art. 988); ej. Accidente de tránsito producido en estado de ebriedad o drogadicción, la falta de capacidad de querer y entender, no eximen de responsabilidad, se presume que dicho estado fue provocado por un acto culposo del agente.

La norma civil, a la responsabilidad de los representantes legales de los inimputables, agrega la responsabilidad de los menores no emancipados o menores sujetos a tutela,¹⁴⁸² esto es, los menores púberes que sí bien tienen capacidad de querer y entender, no pueden ejercitar por sí mismos sus derechos y generalmente son insolventes; pertenecen a esta categoría los menores de 18 años, sin embargo, la imputabilidad civil alcanza a los menores de 10 años, con mayor severidad de la penal que imputa a los 16 años. En el caso de la responsabilidad de los incapaces púberes, la ley otorga legitimación activa a los padres que han pagado el resarcimiento, mediante la acción de regreso, sujeta a que el autor del daño, en el momento de cometer el hecho ilícito hubiera contado con más de diez años. Esta diferencia marca el régimen en el primer caso (impúberes) directa y en el segundo (púberes) indirecta, subsidiaria. Solución diversa a su fuente, la legislación italiana no regula la repetición, esta diferencia, en mi concepto, es desafortunada; la atribución de responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores, no sólo responde a que los impúberes no tienen discernimiento y los púberes no tienen capacidad de disposición de sus bienes, sino principalmente porque éstos son insolventes y al no tener un patrimonio no pueden responder por los daños infligidos a la víctima, entonces

¹⁴⁸¹ Art. 989.- (*Resarcimiento del daño causado por persona inimputable*). I. El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho.

II. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

¹⁴⁸² Art. 990.- (*Responsabilidad del padre y la madre o del tutor*). El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho.

Art. 991.- (*Responsabilidad e los maestros y de los que enseñan un oficio*). Los profesores o maestros y los que enseñan un oficio deben resarcir el daño causado por sus discípulos y aprendices menores de edad no emancipados estando bajo su vigilancia, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho.

como podrían los padres y maestros repetir lo pagado, no hay forma, ésta es una cuestión netamente económica. Por lo que, la distinción de responsabilidad de los padres respecto a sus hijos impúberes y púberes resulta inicua. Postulo una imputación legal y directa, acogiendo el modelo francés.

4.2.1.4 Responsabilidad Objetiva

El cambio profundo de concepción de la responsabilidad, con una óptica dirigida hacia la víctima, ha generado un desplazamiento de la culpa, como elemento fundamental de la responsabilidad civil. En el modelo moderno, el hombre debe responder de todo daño, incluso del que no se le puede imputar culpa, así el acto haya sido ejecutado con prudencia y sin posibilidad de prever el resultado dañoso. Al respecto MORALES,¹⁴⁸³ expresa: eje cardinal del problema de la responsabilidad civil es saber, cuando un daño ha sido ocasionado, quién debe soportar el perjuicio. Ninguna ley puede impedir que aquél se produzca. Su función, consiste, entonces, una vez consumado el hecho, en hacer gravitar la carga del perjuicio como mejor convenga a la justicia y a la utilidad del orden social.

Continúa, hasta mediados del siglo XIX, imperó sin mayor discusión la regla clásica de la *responsabilidad* por culpa. El impacto del industrialismo y el desarrollo de los medios de transporte, crean *nuevas circunstancias*, y hacen surgir la corriente doctrinal que funda la responsabilidad en la teoría del riesgo, en la equidad y en el principio *quibus est cummudum ejus est periculum*.

En general, la responsabilidad por norma general es siempre por hecho propio, esto es, imputado por acto del responsable, quién además asume la responsabilidad por sus propios actos, la excepción a esta regla, se da en la responsabilidad por otro, en la responsabilidad por cosas inanimadas y semovientes, hipótesis, que además, responden a un factor de naturaleza objetivo. La norma general fundante del derecho de daños sujeta a la culpa ha generado tergiversaciones en la aplicación de hipótesis típicamente objetivas, por su parte la tipificación caso por caso de la responsabilidad objetiva, ha dejado fuera otras hipótesis que en la vida moderna se van generando, provocando injusticias.

4.2.1.4.1 Responsabilidad por Hechos de Otro.

En la responsabilidad por otro, la discusión doctrinal se centra en la interrogante, si se trata de una responsabilidad por culpa o una responsabilidad objetiva?; un repaso de la doctrina jurisprudencial boliviana, da cuenta que no existe acuerdo, hay quienes a la luz de la norma general, le atribuyen una responsabilidad subjetiva, postura contrapuesta por una tendencia cada vez mayoritaria que le atribuye responsabilidad de naturaleza objetiva, los fallos del Tribunal Supremo, así lo reflejan: *Conforme a este Art. (990) los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores, sin más excepción que el caso de ser*

¹⁴⁸³ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. Ob. Cil. Tom. II Pág. 1256.

imposible evitarlo.¹⁴⁸⁴ Los padres no están obligados a resarcir el daño causado por su hijo menor, tratándose de un hecho fortuito, máxime si se ha declarado la imposibilidad de los padres de impedir tal evento.¹⁴⁸⁵ La ley civil al dejar subsistente la responsabilidad de los padres por el daño causado por sus hijos menores, no tiene en cuenta de sí éstos obraron o no con discernimiento o tuvieron la intención de producirlo. Bastando que él se realice para que pueda ser demandada su reparación.¹⁴⁸⁶

Los fallos glosados apuntan a una responsabilidad objetiva de los padres independientemente del discernimiento o culpa de los menores, con lo que estaría siguiendo al modelo francés, sin embargo esta postura se contrapone al instituto de repetición que faculta a los padres, tutores y maestros ejercerla.¹⁴⁸⁷

Al respecto MORALES hace referencia a la postura adoptada por MESSINEO autor que admite que la responsabilidad del padre es directa y objetiva, glosando los casos de jurisprudencia incluidos en mi análisis.¹⁴⁸⁸

El Art. 990, atribuye responsabilidad al progenitor, que habite con el incapaz. Si convenimos, que la responsabilidad de los padres es objetiva y se sustenta en la patria potestad *in natura* de los padres, es lógico suponer que ésta es conjunta para el padre y madre, ambos están investidos por ley de esa calidad,¹⁴⁸⁹ independientemente de su ejercicio, entonces, ambos progenitores son responsables por el daño provocado por sus hijos incapaces. Por otra parte, sí el elemento configurativo de la responsabilidad es objetivo, es lógico suponer que es irrelevante, la culpa *in vigilando* y la culpa *in educando*, constituyéndose en único excluyente la imposibilidad de impedir el hecho dañoso, hipótesis de fuerza mayor; entonces no se justifica que la responsabilidad esté vinculada a la cohabitación del padre con el incapaz; por lo tanto este presupuesto, en mi concepto, resulta inícuo, repito, sólo tiene razón de ser bajo una visión subjetivista, en la que la culpa *in vigilando* o *in educando*, determina la responsabilidad del progenitor que cohabita con el incapaz, por ser éste responsable de vigilar y educar, y con ello impedir el

¹⁴⁸⁴ G.J. No 730. Pág. 16. Auto supremo que declara: cuyo auto se funda correctamente en el art. 990 del Cód. Civ., que establece la responsabilidad de los padres de los daños causados por sus hijos, sin más excepción que el caso de ser imposible evitarlo. Que por lo expuesto la Corte ad quem al confirmar la sentencia apelada ha procedido correctamente, sin infringir ninguna regla de criterio legal, menos las citadas en el recurso. Relator: Ministro Dr. Edgar Rosales Lijerón A.S. N° 188, de 27 de junio de 1988, S. Civil II.

¹⁴⁸⁵ Ob. Cit. Relator: Ministro Dr. Guillermo Caballero Saucedo. S.S.N° 218, de 21 de julio de 1981. S. Civil II.

¹⁴⁸⁶ G.J. No 1286. Pág. 59.

¹⁴⁸⁷ Art. 993.- (repetición). I. El padre y la madre, el profesor el maestro el tutor, pueden repetir lo pagado como resarcimiento contra el autor del daño que en el momento de cometer el hecho ilícito contra más de diez años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender. II El patrono, el comitente y el que enseña un oficio pueden asimismo repetir lo pagado contra el autor del daño.

¹⁴⁸⁸ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. Ob. Cit. Tom. II Pág. 1258.

¹⁴⁸⁹ Art. 245.- del Código de Familia: La autoridad de los padres y la tutela se ejercen en interés de los incapaces...

daño, si eso fuera posible.

Sería, interesante definir, como lo hace la doctrina jurisprudencial italiana, la responsabilidad de los padres versus la de los maestros, el silencio guardado al respecto y la insipiente del avance de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro país, ha impedido que sobre el particular se hubiera pronunciado postura alguna. En éste ámbito, considero, que la guarda y custodia del menor es relevante, sí el incapaz legal o jurídico está bajo el cuidado del profesor, de la guardería o de un establecimiento educativo, existe un traspaso de responsabilidad de los padres a los directores y maestros, los que deben asumir la responsabilidad, por los hechos dañosos de los menores y ésta responsabilidad debe ser de naturaleza objetiva, así lo define el Art. 991. Las soluciones dadas por la doctrina y la legislación comparada son ilustrativas, por ejemplo en el caso de establecimientos públicos el responsable directo es el Estado y en los establecimientos privados los propietarios y subsidiaria el Estado. Solución enteramente aplicable a nuestra legislación, toda vez, que la educación está bajo la tuición del Estado, por mandato constitucional.

El anteproyecto, aclara la norma de responsabilidad de los maestros y de los que enseñan un oficio (Art. 991) Se cambian las palabras “estando bajo su vigilancia” que está después de “emancipados” por la frase “por el tiempo que hayan estado bajo su vigilancia puesto que se debe aclarar que la responsabilidad de los maestros y de quienes enseñan un oficio está limitada sólo al tiempo que los alumnos y aprendices estén en clases, pero después de ellas la responsabilidad es de los padres o tutores.

En la Responsabilidad de los patronos Y comitentes (Art. 992), Se mejora la redacción aclarando que la responsabilidad de patronos y comitentes por sus domésticos y empleados, es emergente del hecho de que con motivo de los trabajos encomendados causen daño a otro. En la norma de repetición (Art. 993), se introduce correcciones de mera forma y redacción.

En cuanto a la responsabilidad de los patronos y comitentes, del texto del Art. 992,¹⁴⁹⁰ se infiere que se trata de una responsabilidad objetiva, toda vez que no existe imputación subjetiva ni la eximente de la imposibilidad de impedir el hecho dañoso regulado en el caso de los padres y tutores, sin embargo MORALES, haciendo un análisis bajo el paraguas de la norma general contenida en el Art. 984, les atribuye una responsabilidad fundada en la culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*, culpa *iuris tantum*.¹⁴⁹¹ La jurisprudencia ha seguido este criterio, dando una imputación basado en la culpa, ej. Sí la ley de 18 de Nov. De 1893, de acuerdo a los Arts. 966 y 984 del c.c. responsabiliza a las compañías de

¹⁴⁹⁰ Art. 992.- (*responsabilidad de los patronos y comitentes*). Los patronos y comitentes son responsables del daño causado por sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos que les encomendares.

¹⁴⁹¹ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*. Colecciones Guttentag. Ed. Amigos del Libro 1977, La paz Cochabamba. Pág. 999.

ferrocarriles, por las pérdidas, deterioros, daños que causaren a las personas o cosas, no se probó que la muerte del hijo de la actora haya sido por culpa, negligencia o imprudencia de alguno de los empleados de la empresa ferrocarrilera demanda.¹⁴⁹² Pero también existe tendencia hacia una responsabilidad objetiva: Los gerentes de empresas industriales son responsables de las daños ocasionados, por sus comisionados, según lo expresa la disposición de este Art. 992.¹⁴⁹³ El comitente es responsable por el daño causado por el hecho del comisionado en las funciones en las que se le emplea.¹⁴⁹⁴ Considero que la naturaleza objetiva de la responsabilidad de los patronos y comitentes, surge del texto de la norma, se trata de una norma especial no sujeta al principio general consagrado en el Art. 984.

Los fallos glosados a tono con la norma legal, involucran en la responsabilidad a sujetos individuales o colectivos, en este orden, las personas colectivas también son responsables por los actos dañosos ejecutados por sus representantes legales, consagrado por el Art. 57.¹⁴⁹⁵ Asimismo, la responsabilidad de patronos o comitentes (individuales o colectivos), supone una relación de dependencia y que el daño provocado por el dependiente sea cuando éste actúa en ocasión de la función o trabajo que ejerce a cuenta del principal o que el dependiente, tenga un vínculo de relación jurídica de dependencia continua o tenga la obligación de acatar órdenes o de someterse a una dirección, ejercitada directamente o por medio de terceros, es responsable el principal. El nexo de causalidad entre el hecho antijurídico de los dependientes y el daño sufrido por la víctima constituye un presupuesto consagrado por la Corte Suprema: “no se probó que la muerte del hijo de la actora haya sido por culpa, negligencia o imprudencia de alguno de los empleados de la empresa ferrocarrilera demanda”.¹⁴⁹⁶

La incongruencia de las definiciones sobre responsabilidad por otro, impone la necesidad de establecer una plataforma de normas sustentadas en principios generales idénticos, de responsabilidad civil extracontractual objetiva y subjetiva, así como la inclusión de una norma general que regule la responsabilidad por otro atribuyéndole una responsabilidad de naturaleza objetiva y directa, en este orden no correspondería la repetición, sino en los casos en los que exista culpa evidente del dependiente, constituyéndose la repetición en una excepción sujeta a la culpa. El anteproyecto lejos de avanzar, se limita a mejorar redacción, en efecto aclara: (Art. 992), la responsabilidad de patronos y comitentes por sus domésticos y empleados, es emergente del hecho de que con motivo de los trabajos encomendados causen daño a otro y en la norma de repetición (Art. 993), se introduce correcciones de mera forma y redacción.

¹⁴⁹² G.J. No 827. Pág. 49.

¹⁴⁹³ G.J. No 664. Pág. 13

¹⁴⁹⁴ G.J. No 610 Pág. 9.

¹⁴⁹⁵ El artículo referido expresa: (Responsabilidad por hechos ilícitos) las personas colectivas son responsables por el daño que son sus representantes causen a terceros en un hecho ilícito siempre que dichos representantes hayan actuado en tal calidad.

¹⁴⁹⁶ G.J. No 827. Pág. 49.

4.2.1.4.2 Responsabilidad por Custodia de Cosas y Daño Provocado por Animales

Los Arts. 995 y 997 se refieren a la responsabilidad por el daño de cosas inanimadas, cosas muebles e inmuebles.

El texto del Art. 995,¹⁴⁹⁷ nos ubica en una responsabilidad de naturaleza objetiva, el responsable sólo puede eximirse por caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima. Por otra parte, para la norma examinada, no importa que la cosa sea de propiedad del custodio, es éste el que responde por cualquier daño que provoque dicha cosa. Hay cosas que requieren extrema diligencia, tales como: los vehículos motorizados, aeronaves, armas de fuego, explosivos, etc. Los fallos emitidos por la corte suprema, muestran la tendencia a una responsabilidad objetiva. *Las compañías o administraciones ferrocarrileras son responsables por los daños que causaren a las personas o cosas, sin que puedan declinar responsabilidad en sus empleados, según el Art. 70 de la Ley de 3 de octubre de 12910, concordante con el Art. 995 del C.C.*¹⁴⁹⁸ *Corresponde al demandante probar que el daño se debe a culpa del demandando, excepto cuando el daño ha sido ocasionado por algo en que hay presunción de culpa, extremo en el cual el responsable para liberarse de la responsabilidad debe demostrar fuerza mayor o caso fortuito.*¹⁴⁹⁹

La hipótesis los semovientes es regulado por una norma particular Art. 996,¹⁵⁰⁰ del texto de la norma se infiere que se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva, no sujeta a culpa *in vigilando*, disiento, con MORALES, para quién el código hubiera adoptado la corriente de culpa,¹⁵⁰¹ Definitivamente la responsabilidad es objetiva y esta se extiende al propietario o a quién se sirva del animal, los que pueden eximirse sólo por las causales generales previstas en la responsabilidad objetiva. El anteproyecto se limita a efectuar correcciones de redacción.

4.2.1.4.3 Responsabilidad por Ruina de Edificio

En igual sentido se regula la responsabilidad por ruina de edificio,¹⁵⁰² sin embargo existe una diferencia sustancial con respecto la responsabilidad por cosa inanimada y semoviente, ya que en este caso el responsable siempre es del propietario, aunque sea otro el que goce directamente del bien inmueble (arrendatario), principio justificado por el deber del propietario de mantener el

¹⁴⁹⁷ Art. 995. *-(Daño ocasionado por cosa en custodia)*. Quien tenga una cosa inanimada en custodia, es responsable del daño ocasionado por dicha cosa, excepto si prueba el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima.

¹⁴⁹⁸ G.J. NO 1295. Pág. 48.

¹⁴⁹⁹ G.J. No 1232. Pág. 16.

¹⁵⁰⁰ Art. 996.- *(Daño ocasionado por animales)*. El propietario de un animal o quien de él se sirve es responsable del daño que ocasiona dicho animal sea que esté bajo su custodia, sea que se le hubiese extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima.

¹⁵⁰¹ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil Concordado y anotado*. Ob. Cit. Tom. II Pág. 1282.

¹⁵⁰² Art. 997.- *(ruina del edificio o de otra construcción)*. El propietario de un edificio y otra construcción es responsable del daño causado por su ruina, excepto si prueba el caso fortuito o de fuerza mayor o la culpa de la víctima.

inmueble arrendado en buenas condiciones, de efectuar todas las reparaciones necesarias para que cumpla la función prevista en el contrato. Cuando se trata de un condominio o edificio en propiedad horizontal, la responsabilidad se distribuye entre todos los copropietarios, a menos que se identifique al sujeto que produjo el daño. En caso de más de un responsable todos están obligados solidariamente.¹⁵⁰³ En el anteproyecto se introducen hipótesis de falta de mantenimiento o vicios de construcción que técnicamente son distintos del caso de ruina previsto en el Código (Art. 997).

4.2.1.4.4 Responsabilidad por Actividad Peligrosa.

La actividad peligrosa, se encuentra regulada en el Art. 988,¹⁵⁰⁴ al igual que la responsabilidad por cosa inanimada y semoviente, esta responsabilidad es de naturaleza objetiva, su eximente sujeto a que se demuestre la culpa de la víctima. Norma que afortunadamente se aparta de su modelo, que como lo analizamos en el acápite respectivo, el responsable por actividad riesgosa, puede eximirse de la responsabilidad demostrando que el responsable había adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño, que fue interpretada bajo el velo de la culpa.

En forma consecuente con la teoría de la presunción de la responsabilidad, los daños que provoquen actividades peligrosas en nuestro ordenamiento, son regulados por normas especiales, tales como: la actividad minera, el transporte terrestre y aéreo, normas que no obstante de ser de naturaleza administrativa incluyen la responsabilidad civil. Así el Código de Minería,¹⁵⁰⁵ por el riesgo que presenta, debe adoptar técnicas y medidas de seguridad.¹⁵⁰⁶ La ley general del tránsito,¹⁵⁰⁷ en el capítulo de Las Responsabilidades,¹⁵⁰⁸ regula la responsabilidad

¹⁵⁰³ Art. 999.- (*Responsabilidad solidaria*). I. Si son varios los responsables, todos están obligados solidariamente a resarcir o a indemnizar el daño.

Quien ha resarcido o indemnizado todo el daño, tiene derecho a repetir contra cada uno de los otros en la medida de su responsabilidad. Cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, el monto del resarcimiento o de la indemnización se divide entre todos por partes iguales.

¹⁵⁰⁴ Art. 998.- (*Actividad peligrosa*). Quien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización sino prueba la culpa de la víctima.

¹⁵⁰⁵ Código de Minería Ley N° 1777 de 17 de Marzo de 1997

¹⁵⁰⁶ Artículo 43.- Los concesionarios y quienes realicen actividades mineras están obligados a cuidar de la vida y salud de sus trabajadores, aplicando las normas de seguridad e higiene industrial vigentes. También cuidarán que sus actividades no causen daño a sus concesiones, a las colindantes ni a la firmeza de los terrenos y edificaciones de la superficie.

Artículo 45.- Los concesionarios y quienes realicen actividades mineras están obligados a ejecutar sus trabajos utilizando métodos y técnicas compatibles con la protección del medio ambiente, evitando daños al propietario del suelo y a los concesionarios colindantes y vecinos y resarciendo los que causaren.

¹⁵⁰⁷ Código Nacional de Tránsito Decreto Ley N° 10135 de 16 de Febrero de 1973 Gral. Hugo Banzer Suárez y su Reglamento, 30 de octubre de 1978, Ed. Offset La Paz – Bolivia

¹⁵⁰⁸ Art. 160.- RESPONSABILIDAD.- La determinación de la responsabilidad tiene por objeto el resarcimiento de los daños civiles y el cumplimiento de la sanción conforme a ley.

Art. 162.- RESPONSABILIDAD CIVIL. En materia de tránsito, por daños y perjuicios ocasionados, son civilmente responsables los conductores, auxiliares, peatones, usuarios, propietarios de

directa y objetiva de los propietarios o empresas de transporte,¹⁵⁰⁹ la presunción de la responsabilidad del conductor,¹⁵¹⁰ atribuyéndole responsabilidad objetiva al conductor. La responsabilidad por actividad aérea,¹⁵¹¹ el Código Aeronáutico incluye en el título XI la responsabilidad por daños a pasajeros, equipaje y mercancías transportadas. El transportador es responsable del daño causado, por el sólo hecho de que se hubiera producido a bordo de la aeronave o en las operaciones de embarque o desembarque.¹⁵¹² La responsabilidad en estos casos fue absorbida en una buena mayoría por el sistema de seguro privado.

El anteproyecto, siguiendo el modelo italiano se agrega: (Art. 998) “si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”, cuando en su actual redacción, la responsabilidad sólo puede ser liberada si prueba que “la culpa es de la víctima”. Modificación, en mi concepto, desafortunada. Entiendo que el legislador se apartó de esta eximente por la mayor gravedad que reviste la

empresas, talleres de reparación o montaje de vehículos, garajes, estaciones de servicio o terceros de cuyo acto resultaren lo mismos,

¹⁵⁰⁹ Art. 163°.- DAÑOS Y PERJUICIOS.- Los propietarios o empresas de transportes, son responsables directos de los daños y perjuicios ocasionados a las personas o las cosas, pese a no ser protagonistas del hecho, en los siguientes casos: a. Si obligan al conductor a llevar pasajeros o carga en exceso a pesar de la representación de éste. b. Si no mantiene el vehículo en buenas condiciones de funcionamiento y conservación, haciendo caso omiso a las reclamaciones anteladas del conductor. c. Si confía o autoriza la conducción del vehículo a personas sin licencia. Menores de edad o a conductores en estado de ebriedad. d. Si obligan al conductor a trabajar excediendo su capacidad física o cuando éste no se encuentre en condiciones normales de salud.

¹⁵¹⁰ Art. 164.- RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR.- Cuando el accidente ocurra en una bocacalle o franja de seguridad, entre un peatón y un vehículo, se presume la culpabilidad del conductor.

¹⁵¹¹ Código Aeronáutico Boliviano. Decreto Supremo N° 1185 de 6 de noviembre de 1973.

¹⁵¹² Art. 175.- El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal del pasajero, por la sola razón de que el hecho que las hubiere causado se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque. Sin embargo, el transportador no será responsable si la muerte o lesión se debe exclusivamente al estado de salud del pasajero. Se entiende por operación de embarque el periodo comprendido desde el momento en que los pasajeros abandonan el Terminal o edificio del aeródromo hasta que ingresan en la aeronave, y por operaciones de desembarque, desde que abandonan la aeronave hasta que ingresan en el Terminal o sitios similares.

Art. 176.- El transportador es responsable del daño ocasionado por destrucción, pérdida o averías de los equipajes, por la sola razón de que el hecho que las hubiere causado se produjo a bordo de la aeronave, durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque o durante cualquier periodo en que el equipaje se halle bajo custodia del transportador. Sin embargo, el transportador no será responsable si los daños se deben exclusivamente a la naturaleza o vicio propio del equipaje término equipaje significa tanto el equipaje facturado como los objetos que lleva el pasajero.

Art. 177.- El transportador es responsable del daño en caso de destrucción, pérdida o avería de mercancías, ¿responsabilidad objetiva? si el hecho que lo hubiere causado se produjo durante el transporte aéreo. El transporte aéreo, en el sentido del párrafo precedente, comprende el periodo durante el cual las mercancías se hallan bajo custodia del transportador, en un aeródromo, a bordo de una aeronave, o, en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo, en cualquier lugar.

actividad peligrosa, debería mantener como única eximente la culpa de la víctima. Siguiendo a su norma fuente, se agregan párrafos sobre la responsabilidad del conductor de un vehículo que debe resarcir el daño ocasionado a las personas o a las cosas y responsabilidad del propietario del vehículo, por falta de mantenimiento de su vehículo, particularmente, cuando es de uso público.

Lejos de tipificar caso por caso, opino que es necesaria la inclusión de una norma general, que regule la responsabilidad por bienes muebles, inmuebles y semovientes, por la actividad que bajo ciertas circunstancias se torna dañosa, se hace necesaria, para permitir la interpretación creativa del juez que adecua la norma general y abstracta al caso particular, en este ámbito no considero que la calificación ex antes de la cosa o actividad como peligrosa sea adecuada, la calificación debe ser dejada al juez, cualquier cosa, bajo ciertas circunstancias puede provocar daño.

4.2.1.5 Daño Moral.

Nuestra legislación en forma incidental, nada profunda ni precisa, introduce el daño moral en el párrafo II del Art. 994, relativo al resarcimiento. Norma de naturaleza remisiva. Los proyectos de Osorio y de Toro fueron más específicos, el último de los nombrados incluyó tres artículos, daños resultantes de la privación de la libertad, de ofensas al pudor, al honor, inviolabilidad del secreto. El avance doctrinal, está dirigido a la inclusión del daño moral en forma autónoma a la responsabilidad material y a los casos específicos referidos en el anteproyecto, que tienden a una indemnización integral dirigida a la reparación y no a la sanción. Tomando en cuenta el ámbito de aplicación del daño moral, es lógico suponer que sólo esté legitimada la víctima y no así terceros, el daño moral no es susceptible de sucesión salvo, que la acción la hubiera instaurado la víctima.

Un análisis comparado de las legislaciones sudamericanas, nos ubican en desventaja con este tema, como en muchos otros.

4.2.1.6 Responsabilidad del Estado.

Para la doctrina actual, la responsabilidad directa del Estado constituye una garantía fundamental del Estado de Derecho, dicha responsabilidad alcanza al Estado en su carácter de poder público, bajo éste concepto, muchas constituciones latinoamericanas consagran en forma expresa, la responsabilidad directa del Estado, otras en cambio, responsabilizan a los funcionarios públicos cuando éstos actúan fuera del ámbito legal o reglamentario, en el ejercicio de sus funciones. La nueva Carta Fundamental (boliviana),¹⁵¹³ ha introducido en su texto la responsabilidad del Estado, así dentro de los valores que sustenta el Estado boliviano está: -el respeto- y -la responsabilidad-,¹⁵¹⁴ establece en forma expresa

¹⁵¹³ Aprobada por el primer referéndum constitucional, efectuado el 25 de enero del 2009 y promulgado por D.S. No 0003, 11/02/2009.

¹⁵¹⁴ Art. 8. II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad

que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores, sometiéndolos a la jurisdicción y competencia ordinaria, que el atentado contra la seguridad personal no los hace excusables a órdenes superiores,¹⁵¹⁵ declara el derecho, de la víctima del daño, a ser indemnizada, así como el derecho de repetición del Estado reatado el pago de daños y perjuicios.¹⁵¹⁶ Este es un avance importantísimo para la responsabilidad civil en el derecho boliviano. Al igual que la norma abrogada dispone la responsabilidad directa del Estado, en lo referente a la expropiación.¹⁵¹⁷

En el marco de la constitución abrogada, que es enteramente aplicables al régimen de responsabilidad civil marcada por la nueva Constitución, el Tribunal Constitucional, ha establecido el principio, de que la función administrativa, se encuentra al servicio de los intereses generales, en consecuencia las autoridades y los servidores públicos deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Dentro de los fines esenciales del Estado, está el de garantizar la buena marcha de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados.

Ahora bien, en el ámbito de la nueva Constitución, la Ley de Administración y Control Gubernamental (LACG) y el Estatuto del Funcionario Público (EFP), se convierten en normas de carácter interno, toda vez que, por el daño infligido por una Autoridad o servidor público, al administrado, responde el Estado, que tiene expedita la acción de repetición, claro está, cuando el daño es imputable a la culpa de los funcionarios o servidores públicos.

En el ordenamiento actual, la responsabilidad civil de jueces y magistrados, prospera en los casos en los que éstos en el ejercicio de sus funciones, causan un daño o perjuicio, violando las leyes, por negligencia e ignorancia inexcusable; la jurisprudencia en forma uniforme, atribuye responsabilidad civil a los magistrados de Cortes Superiores del Distrito, Corte Nacional del Trabajo, Corte Nacional de

de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

¹⁵¹⁵ Art. 110. I. Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.

II. La vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales.

III. Los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior

¹⁵¹⁶ Art. 113. I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

¹⁵¹⁷ Art. 57. La expropiación se impondrá por causa de necesidad o utilidad pública, calificada conforme con la ley y previa indemnización justa.

Minería y Tribunal Fiscal, que infringiendo ley expresa y terminante, hubieran fallado una causa en el fondo, en casación, en segunda instancia sin recurso ulterior, o en única instancia.¹⁵¹⁸ Las especies de responsabilidad, las enuncian, pero, no las desarrollan, (Art. 747,¹⁵¹⁹ y 749, del Código de Procedimiento Civil), derivados de los preceptos constitucionales Art. 13 y 34.¹⁵²⁰ En el marco de la nueva Constitución, también en este caso será el Estado el sujeto pasivo de la acción.

En el régimen antiguo, la responsabilidad se la atribuía al funcionario público, dejando desprotegido al particular, que se veía frustrado en su derecho por la insolvencia del funcionario y la irresponsabilidad del Estado. El nuevo régimen hace responsable al Estado y eleva a rango constitucional el primer principio, “*quién provoca un daño debe repararlo*”, el Art. 113. en su párrafo I, a la letra dice: *La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna*, reafirmando con ello el Estado de Derecho, norma constitucional que además, consagra una responsabilidad de atribución objetiva. Entonces todos los actos de la administración pública sea del órgano: ejecutivo (hacer cumplir las leyes), legislativo (dictar leyes), electoral (llevar adelante las elecciones) o judicial (dictar sentencia), que vulneren derechos, o incurran en mala o deficiente prestación de servicios o funciones, hace responsable al Estado.

Con el cambio de la Constitución todas las normas de la economía jurídica boliviana deben ser ajustadas, y dentro de estas el título de la responsabilidad civil extracontractual, situación beneficiosa para mi propuesta.

Lo que se extraña en nuestro ordenamiento civil, es que no se hubiera incluido la responsabilidad civil del Estado, cuando la norma constitucional abrogada, sujetaba el pago de la indemnización a proceso civil,¹⁵²¹ y deriva a la acción

¹⁵¹⁸ A.S. N° 193 de 2 de septiembre de 1984 Sala Civil Segunda .Ministro Relator: Dr. José Décker Morales, En Igual Sentido, A.S. N°. 21, de 5 de febrero De 1987. Relator: Ministro Dr. Hugo Salvatierra Oporto. A.S. N°. 31 de 3 de febrero De 1987 Sala Civil Primera Ministro Relator: Dr. Hugo Galindo D. Corte Suprema De Justicia De La Nación Labores Judiciales 1987 Sucre imprenta Judicial; A.S. N° 285, de 12 de octubre de 2001. Relatora: Ministra Dra., Emilse Ardaya Gutiérrez, Resúmenes De Jurisprudencia 2001 Excma. Corte Suprema De Justicia De La Nación Editorial Judicial Sucre –Bolivia

¹⁵¹⁹ Art. 747. (clases de responsabilidad). La responsabilidad de los magistrados y jueces será penal y civil.

Art. 749.- (Responsabilidad civil). La responsabilidad civil procederá contra los magistrados e cortes superiores del Distrito, Corte nacional del trabajo, Corte nacional de Minería y Tribunal fiscal y contra jueces que infringiendo ley expresa y terminante hubieran fallado una causa en el fondo, fuere en casación, en segunda instancia sin recurso ulterior, o en única instancia.

¹⁵²⁰ Los artículos referidos señalan Art. 13. Los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometidos por orden superior.

Art. 34. Los que vulneren derechos y garantías constitucionales, quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria.

¹⁵²¹ Ver el Art. 15 C.P.E. Abg.

ordinaria la vulneración de los derechos y garantías constitucionales,¹⁵²² normas constitucionales que debieron ser reglamentadas por el Código Civil. Es más existen antecedentes que incluyen la responsabilidad civil del Estado en el marco civil, me refiero al anteproyecto OSORIO,¹⁵²³ Art. 928, su fundamento: *El Estado por los extravíos de sus agentes, origina agravio en la salud, en la vida, en la tranquilidad, en la honra, en los intereses de sus súbditos. Negar su responsabilidad, es erigir un régimen de gobierno absoluto.* No obstante del avance del derecho moderno sobre responsabilidad civil del Estado, no fue incluido en las reformas que se dieron con posterioridad al anteproyecto. La responsabilidad del Estado deriva de la igualdad ante las cargas públicas, que no deben pesar más sobre unos que sobre otros, en consecuencia, si de la acción del Estado como persona colectiva, resulta un perjuicio para alguno, el daño debe repararse por la colectividad, sin perjuicio de la acción de regreso contra los autores del daño, acción interna de naturaleza contractual. El marco legal dibujado por la nueva constitución sobre responsabilidad civil, debe ser reglamentado por el Código Civil atribuyendo responsabilidad civil objetiva al Estado por los daños provocados a los individuos, en ese camino va mi propuesta.

4.2.1.7 Daño al Medio Ambiente.

La regulación del Medio de Ambiente,¹⁵²⁴ establece el deber del Estado y la sociedad, de garantizar el derecho que tiene toda persona a un ambiente sano y agradable,¹⁵²⁵ el ámbito de aplicación es administrativo.¹⁵²⁶ El cuerpo reglamentario de la ley 1333 comprende: el Reglamento General de Gestión Ambiental, el Reglamento de Prevención y Control Ambiental, el reglamento en materia de Contaminación Atmosférica, el Reglamento de Gestión Ambiental en Materia De Contaminación Hídrica , el reglamento de Gestión de Residuos Sólidos y reglamento para Actividades de Sustancias Controladas.¹⁵²⁷ El sistema de control de la contaminación ambiental en Bolivia se basa en licencias o permisos ambientales: Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA) y Declaratoria de Adecuación Ambiental (DAA) para actividades nuevas e iniciadas antes de la entrada en vigencia de los reglamentos. Estas licencias establecen las condiciones, acciones y medidas específicas de control ambiental que una operación industrial debe observar y cumplir, todo en la vía administrativa. Sin embargo la ley del Medio Ambiente, también cumple función reparatoria, por la vía

¹⁵²² Art. 34.-Los que vulneren derechos y garantías que proclama ésta constitución quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria.

¹⁵²³ OSORIO. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Ed. López. Buenos Aires. 1943.

¹⁵²⁴ Ley del Medio Ambiente 04/27/1992 Ley 1333, 27 abril, 1992. . Publicada para la Gaceta Oficial de Bolivia.

¹⁵²⁵ Art. 17º.- Es deber del Estado y la sociedad, garantizar el derecho que tiene toda persona y ser viviente a disfrutar de un ambiente sano y agradable en el desarrollo y ejercicio de sus actividades

¹⁵²⁶ Art. 99º.- Las contravenciones a los preceptos de esta Ley y las disposiciones que de ella deriven serán consideradas como infracciones administrativas, cuando ellas no configuren un delito.

¹⁵²⁷ Los Reglamentos de la Ley del Medio Ambiente tienen formalizados mediante D.S. No. 24176 del 8 de diciembre de 1995. Publicada para la Gaceta Oficial de Bolivia en la misma fecha

de la acción civil, capítulo IV Art. 102.¹⁵²⁸

La nueva constitución de los bolivianos, garantiza como derecho constitucional el derecho a un medio ambiente saludable.¹⁵²⁹

4.2.1.8 Daño al Consumidor.

Por D.S. No. 63 de 3 de abril de 2009, en 14 artículos, regula los derechos del consumidor estableciendo: consumidores y/o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes, muebles o inmuebles, productos, servicios y/o actividades, sea de naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden (art. 3).

Define los derechos básicos de los usuarios y/o consumidores: a) Derecho a la libre elección del producto o servicio, en el marco de la normativa vigente para cada actividad. b) Derecho a recibir la tutela efectiva del Estado en el uso y consumo de productos y servicios. c) Derecho a la información veraz y oportuna sobre los productos y servicios ofrecidos, precio, condiciones y otras características relevantes de los mismos. d) Derecho a recibir educación para un consumo y/o uso responsable. e) Derecho a conformar y participar en organizaciones sociales de defensa de los derechos de los usuarios y consumidores. f) Derecho a no ser discriminada o discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores o servidores de bienes y servicios. g) Derecho a recibir los servicios y productos en los términos, plazos, condiciones, modalidades y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. h) Derecho a la devolución, reparación y resarcimiento del derecho infringido de manera pronta y oportuna. Los derechos establecidos por el presente Decreto Supremo son irrenunciables. (Art. 4)

Establece la competencia del Viceministerio de Defensa de los Derechos del Usuario y del Consumidor, dependiente del Ministerio de Justicia, con participación de las organizaciones de proveedores de servicios y productos y de las organizaciones de usuarios y consumidores planteará propuestas normativas y de regulación para mejorar la calidad, cantidad, precio, inocuidad, oportunidad y otros en la prestación de servicios y suministro de productos.

Finalmente instituye el procedimiento que debe seguir. Norma que en parangón

¹⁵²⁸ La norma citada expresa: La acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la colectividad afectada. Los informes elaborados por los organismos del Estado sobre los daños causados, serán considerados como prueba pericial preconstituida.

En los autos y sentencias se determinará la parte que corresponde de la indemnización y resarcimiento en beneficio de las personas afectadas y de la nación. El resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado por los hechos que dieron lugar a la acción.

¹⁵²⁹ Art. 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

con la legislación comprada presenta muchas deficiencias y omisiones. Opino que en lugar de crear normas adicionales, debería introducirse mediante norma general en el código civil, en cuanto al procedimiento y otras especificaciones pueden ser reguladas por norma reglamentaria.

CAPITULO V

5.1 CONCLUSIONES

- I. La responsabilidad civil extracontractual, presenta pluralidad de problemas en el sistema jurídico de Bolivia, requiere de un cambio de paradigmas, una redefinición de sus institutos a la luz de principios filosóficos y técnicos, que den respuesta adecuada a las necesidades actuales de la sociedad, con el objeto de que las personas que hubieran sufrido menoscabo en su honor, en su persona o su patrimonio, puedan recibir un justo resarcimiento y que el sistema de responsabilidad esté rodeado de seguridad, certeza jurídica y predecibilidad, que garantice la tutela efectiva de los derechos subjetivos. Un moderno Estado de Derecho se proyecta y configura bajo una normativa estatal, presupone la protección de todos los derechos dignos de ser protegidos, tales como: la vida, la integridad física, el honor, la intimidad, el patrimonio, etc., aspectos que involucran los valores en la responsabilidad civil y reparación del daño. El problema suscitado en materia de responsabilidad civil extracontractual, se debe a la insuficiencia de normas; una norma general que sujeta la responsabilidad a la culpa y normas restrictivas o especiales en conflictos intersubjetivos macro legales, creación de normas por la vía de interpretación creativa del juez, que en regímenes positivistas crea incertidumbre e inseguridad jurídica, no sólo por la ineficacia de la sentencia, sino por el tratamiento dispar en situaciones idénticas. Es fundamental un cambio de concepción de la responsabilidad civil extracontractual, de un sistema único basado en la culpa a un sistema de principios y normas generales, organizadas sistemática y lógicamente, sustentadas en el primer y fundamental principio del derecho natural: el respeto mutuo, “no dañar a nadie”, hecho norma positiva, que integre un sistema binario mixto objetivo y subjetivo de normas generales de idéntico valor, sobre el que descansa el sistema de responsabilidad civil extracontractual. El carácter general y abstracto de la norma legal, abre un gran abanico normativo para resolver todos los casos que pudieran presentarse sobre cualquier conflicto intersubjetivo o del individuo con el Estado; permiten al Juez cumplir a cabalidad su función de interpretación creativa de la norma particular, esto es, la aplicación de la norma abstracta y general al caso concreto. Pero el problema en la interpretación de la ley, no sólo procede por el silencio del legislador, sino por la ambigüedad de la norma. La solución sistemática a la interpretación nos la da Dworkin, con la coherencia de estrategia y coherencia de principios, que el conjunto de reglas funcionen unidas, que la jurisprudencia y la adjudicación permitan un análisis coherente a la luz de la equidad y la justicia y que las resoluciones del pasado formen parte importante de la decisión, habida cuenta, que la diversidad de criterios genera una absoluta inseguridad jurídica y falta de predecibilidad, la decisión debe formar parte de la cadena de precedentes, que repose coherentemente en sus propias

decisiones y en la de sus pares, cuyo análisis se inicie a partir del caso inmediato en una serie de círculos concéntricos. Cualquier divergencia o cambio de tratamiento en este contexto requiere una adecuada fundamentación, justificada en forma precisa y transparente. La predecibilidad permite al ciudadano hacer un análisis de los resultados, a partir de los precedentes y normas legales, la falta de estos elementos le impide este análisis y vulnera su derecho a la petición y al debido proceso. La protección jurídica, es una virtud inviolable del Estado de Derecho.

- II. El daño, es la lesión a un interés jurídicamente protegido, la responsabilidad civil extracontractual no es abstracta, tiene por causa al daño, sin daño no hay responsabilidad, tampoco hay daño sin ilícito, todo daño es injusto y por lo tanto es ilícito. El daño injusto es lo que legitima la acción resarcitoria, implica lesión de un interés protegido, de manera que la simple lesión comporta resarcimiento. Todo acto que contravenga una norma legal, viole una prohibición y con ello vulnere un derecho ajeno, genera daño; la antijuricidad o ilicitud, es un requisito *sine qua non* de la responsabilidad civil extracontractual, si no hubiera violación de derecho subjetivo, no habría causa que justifique su resarcimiento, toda vulneración de un interés jurídico protegido es un acto ilícito o antijurídico, de donde el daño y la vulneración del derecho *alterum non laedere*, permanecen entrecruzados y mantienen una relación de causalidad, si no hubiera vulneración de un interés digno de prevalecer no habría daño y si no hubiera daño no existiría causa para la obligación de reparar. El acto ilícito civil en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, está vinculado al quebrantamiento del derecho ajeno *alterum non laedere* (no dañar a otro), entonces el sujeto que vulnera este principio, incurre en una conducta ilícita o antijurídica, en cuyo caso se está ante una culpa implícita de naturaleza objetiva, que se produce por la violación de la norma, y ésta es apreciada como tal, sin tomar en cuenta la voluntad interna, las intenciones ni condiciones psicológicas del dañador. En la responsabilidad extracontractual, es también necesaria la violación de un deber jurídico preexistente establecido por ley, no causar daño a los demás (*alterum non laedere*), la responsabilidad nace del incumplimiento o de la violación de un deber jurídico que es en última instancia, la regla general que prescribe e impone a todo hombre a no interferir en los derechos ajenos; la vulneración o quebrantamiento de la ley se constituye en fuente generadora de responsabilidad. No se debe confundir el ilícito objetivo con el subjetivo; la ilicitud objetiva surge por la sola violación de la norma legal, conducta que interfiere en el ejercicio del derecho subjetivo, no tiene que ver con el factor de atribución subjetivo vinculado a la calificación de la conducta del sujeto; los derechos del hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. El derecho como herramienta indispensable, para que la convivencia humana sea posible, instaura controles que regulan la relación de los hombres en sociedad, la ruptura de esos controles impone al sujeto dañador el deber de responder a quien sufre un perjuicio inmerecido, privilegiando en este caso a la

víctima del daño.

La responsabilidad civil extracontractual, se configura por el nexo causal entre el hecho del demandado y el daño infligido, la falta de este presupuesto libera de responsabilidad al demandado, se trata de las eximentes de la responsabilidad: culpa del damnificado o de un tercero y caso fortuito. Nuestra legislación siguiendo a su fuente incluye como eximentes la legítima defensa y el estado de necesidad. Considero que las eximentes generales de la responsabilidad extracontractual deben ser adoptadas por el sistema boliviano; excluyéndose los sistemas de justificación de estado de necesidad y legítima defensa, propios del derecho penal, no hay justa causa de que la víctima soporte la eventualidad de necesidad o legítima defensa del dañador. El principio “quién provoca un daño debe repararlo” se debe imponer frente a cualquier daño infligido, el equilibrio patrimonial, una vez superado el momento dificultoso debe restablecerse. La participación de la víctima no sólo es una eximente de responsabilidad, sino que permite la disminución equitativa del resarcimiento en aplicación de la justicia distributiva, *rectificadora o igualadora*, llamada también *sinalagmática*. Esta establece una medida tal con una proporción *aritmética*, vinculada a la relación de causalidad entre el daño infligido y la reparación por parte del dañador, de tal forma que la participación de la víctima interrumpe en el nexo causal, si la culpa es exclusiva de ésta o si existe concurrencia de culpas.

- III. La responsabilidad civil, se la sustenta y argumenta sobre la base de principios morales de los que deriva el derecho a la reparación, principios que pertenecen al orden de los valores en los que se inspira la responsabilidad civil extracontractual. Los principios morales y las normas jurídicas están entrelazadas. El derecho de daños tiene como principio la máxima: *actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos, ley universal: -no dañar- y el primer y fundamental principio, la armonía de las partes de un todo*. Bien es lo que todos los seres apetecen, principio del que emana no sólo su unidad sino su carácter general y universal; todos los preceptos dependen del primer principio, en el cual radican y del cual reciben su unidad. Además, todos los preceptos se ordenan a un mismo fin, porque se fundan en la naturaleza dictada por la razón, que en relación a la necesidad de convivencia, “*mandan lo bueno y prohíben lo malo*”, expresados en los adagios “*obrar y proseguir el bien y evitar el mal*”, “*haz el bien y evita el mal*”, “*no dañar a nadie*”, entendidos como “*respeto mutuo*”; evidentes por sí mismos, insertados de una manera indeleble en la conciencia valedera para todos los hombres y todos los pueblos, fuente y justificación de todos los derechos y leyes positivas; en este orden, todo hombre sin importar su cultura, su credo, su raza, sus costumbres, por el sólo hecho de pertenecer a la raza humana, tiene innato en su ser la concepción del bien y del mal, y con ella del primer principio y primer precepto, que no podrían ser objeto de discusión ni de revisión por quienes objetan los valores de la ilustración. Postulado platónico-tomista, que al establecer como fin último del hombre de todas las épocas y de

todas partes -el bien común-, sienta la base de que no obstante de la diferencia racial, la cultura, las ideologías, las costumbres, etc., todos buscan “el bien común”, entendido como: -respeto mutuo-, -no debe hacerse mal a nadie-, -dar a cada uno lo suyo-, -no dañar a otro-, reglas básicas necesarias para la convivencia pacífica, como garantía mutua de supervivencia, establecidas en forma coercitiva para evitar los ataques de los más fuertes contra los más débiles. Efectivamente, la diversidad cultural, la educación, la ideología, generan diferentes visiones y concepciones de los valores, pero la concepción del “bien común” entendido como *no dañar a nadie*, concebido como el primer y fundamental precepto de la ley de la naturaleza producto de la razón humana, no podría de ninguna manera ser objeto de discusión ni objeción, claro está, el “bien común” entendido en el derecho antiguo y reafirmado por el derecho moderno, como respeto mutuo, *-no dañar a nadie-* y el principio *-la paz-*, pacífica convivencia en sociedad, no diverso para ningún sujeto sea cualquiera la cultura a la que pertenezca, no puedo concebir a un hombre racional que no quiera vivir en paz; doctrina que da sustento a que ciertas obligaciones morales sean también obligaciones legales, cuyo cumplimiento puede ser obtenido coercitivamente. En consecuencia, la concepción de los derechos, como derechos legales, implica el reconocimiento del ordenamiento jurídico, bajo cuya óptica detrás de los derechos individuales hay diferentes tipos de obligaciones, que implican abstenciones de hacer algo que afecte el derecho ajeno o que interfiera en su accionar, y al mismo tiempo la obligación del Estado de proveer al titular de esos derechos, el uso coercitivo del poder contra aquellos que no cumplan sus obligaciones correlativas.

- IV. Los valores en la responsabilidad civil, son los derechos fundamentales, que establecen la necesidad de que los ciudadanos pongan el máximo cuidado para evitar la violación del derecho ajeno, y que las consecuencias dañosas de los errores personales no afecten a otros; su función es ponderar los derechos humanos, definir una nueva jerarquía de valores que proteja al individuo como tal, en su unidad física-psíquica, en consideración a la persona, a su derecho a la vida, a la salud, a la integridad psíquico biológica, a sus derechos personalísimos; derechos ínter subjetivos que se sustenten en el reconocimiento mutuo como sujetos de derecho. Juega un papel preponderante el “justo medio” de los Mesotes, que equilibra el ejercicio de los derechos subjetivos, “mis derechos se extienden hasta donde no afecten los derechos de los demás”. El reconocimiento genera respeto y cumplimiento, deberes naturales de hacer y no hacer, cuya vulneración u omisión son fuentes de responsabilidad. Los derechos intersubjetivos, fijan el límite del ejercicio de iguales libertades para todos, expresado en la declaración del hombre y del ciudadano: “*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro*”, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos y esos límites sólo pueden establecerse por la ley, “*el Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada*

uno puede coexistir con el arbitrio de todos los demás, según una ley universal de libertad. “Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás”, “los actos del pensamiento constituyen el objeto de un verdadero derecho de libertad, que se traduce en la exigencia de respeto frente a los demás, y de tutela en caso de lesión o amenaza”, postulados filosóficos que definen el límite del ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos a la paz social y al cumplimiento del primer precepto *no dañar, no interferir en el derecho ajeno*.

Pero también, marcan la prioridad de la libertad como primer y fundamental derecho subjetivo, dispuesto en un orden serial, libertad sobre el segundo igualdad; la libertad puede ser objeto de límites y compromisos solamente cuando entran en conflicto con otras libertades básicas, *cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás, cualquiera tiene derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción y sólo son legítimas las regulaciones que satisfagan la condición de compatibilidad de los derechos de cada uno con iguales derechos de otros*. La igualdad implica exclusión de toda discriminación y de toda preferencia, combinado con la libertad significa respeto a la diferencia, a la diversidad, al derecho ajeno. El imperativo “no dañar a nadie” está dirigido a no lesionar los derechos subjetivos de otro: la vida, la salud, la integridad física, los bienes materiales, el honor, etc., definido por el imperativo categórico de Kant: *no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan*; que previene la forma de actuar: haz el bien y evita el mal; pero el imperativo “no dañar” también va dirigido a que el ejercicio de un derecho legítimo, no interfiera en el ejercicio del derecho de otro sujeto: *Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad, Enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones*. Directriz fundamental que señala el límite del ejercicio de la libertad, que es compatible con el ejercicio de otros derechos intersubjetivos, mis derechos se extienden hasta donde comienzan los derechos de otros, se trata del ejercicio de actos lícitos, que al colisionarse con otros derechos, provoca un desequilibrio.

Cualquier persona cuya actividad provoque daño a otra persona o a sus bienes, será responsable del daño si su actividad, bajo ciertas circunstancias no es razonable. Una actividad no es razonable, si el costo marginal para evitar una actividad es menor que el costo del daño que dicha actividad amenaza causar a otro, concepción utilitarista que en el derecho de daños cumple una doble función, por una parte impone como fin la eficiente compensación y por otra cumple una función de disuasión de los actos dañinos, con el análisis “costo beneficio”. Pero también el ejercicio de los derechos abstractos subjetivos, pueden estar en pugna, el ejercicio de mi derecho puede invadir o restringir el derecho de otra persona, y así sucesivamente; la aplicación de la

responsabilidad igualitaria, considerar los intereses ajenos con la misma importancia de los propios, tiene un efecto circular, entonces *ambos sujetos tienen igual derecho real concreto de hacer lo que sea, siempre que ése su accionar no dañe a otros*. La irrupción de los derechos ajenos importa la lesión de un interés protegido y configura la figura del abuso del derecho, los actos en sí son legales, sólo al producirse la colisión y el desequilibrio generan la ilicitud sujeta a responsabilidad. Respetar a las personas es reconocer que poseen inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en su conjunto puede atropellar. El Estado interviene para resguardar el equilibrio del ejercicio de los derechos intersubjetivos, esto es, que ningún sujeto interfiera en el ejercicio de la libertad de otro sujeto, imponiendo responsabilidad a quién con sus actos u omisiones provoca daño a otro, independientemente de la valoración subjetiva de la conducta. Entonces, la acción demarcatoria la ejerce el Estado por medio de la norma y la intervención del poder judicial, que impone la obligación de reparar el daño infligido.

Bajo el *nomen iuris* “daño psicopsíquico”, el derecho de daños debería regular los derechos subjetivos, protegidos por el ordenamiento legal, de los que es titular un sujeto: la vida, la salud, la integridad psicológica, la paz, la tranquilidad, la privacidad, la libertad individual, el honor, la honra y pudor sexual, la vida de relación, los sagrados afectos, etc., todo lo relacionado al hombre en su unidad biológica, psíquica y personalidad; por una norma general que defina: su naturaleza objetiva, indemnización en dinero independiente al daño material, autonomía de acción con relación al daño material; alcances y la legitimación activa, además, de los parámetros de catalogación que orienten al juez en su tarea de calificación del daño: psíquico, biológico, moral directo e indirecto. La calificación debe ser en consideración a la intensidad del daño, la intensidad del padecimiento biológico y anímico, la gravedad del daño, la edad, la sensibilidad, el grado de preparación, etc., bajo un sistema mixto, para el daño físico la aplicación de las normas de seguridad social, y para el daño a la personalidad en hipótesis frecuentes, por tablas predefinidas por el poder judicial y un sistema abierto para casos excepcionales, en los que el grado de sensibilidad marque fundamental diferencia, con lo que se tendría un equilibrio entre los casos comunes y excepcionales, que magnifique los derechos humanos, otorgue seguridad jurídica y predecibilidad de los resultados. En cuanto a la legitimación de la acción del daño a la personalidad, la limitación del número de titulares de la reparación pueden llevar a injusticias y dejar fuera a personas afectadas y muy profundamente por el daño infligido a la víctima, las que además, no siempre coinciden con los parientes cercanos, sino con personas que guardan una estrecha relación de afecto. Por otra parte, el daño provocado por el homicidio del padre, la madre y los hijos, genera un daño directo a su familia en general y a sus padres, hijos y cónyuge en particular, que en forma diferente, con mayor o menor intensidad, sufren la pérdida; éstas son víctimas directas del daño

ocasionado al ser privadas de un ser querido, daño que debe ser calificado con independencia al daño material. Finalmente, la acción por daño a la personalidad sólo puede accionar a la víctima directa o indirecta, no es transferible por acto entre vivos ni por causa de muerte; salvo que la víctima hubiera iniciado acción, en cuyo caso los herederos suceden en las acciones y derechos incoados por el causante. No obstante que en la propuesta, el daño denominado psicopsíquico involucra a la integridad del hombre, sólo como norma de acción afirmativa en la propuesta incluyo el daño a la personalidad y como límite de la libertad de expresión e imprenta, la vida privada, la moral y paz pública, sobre la base del límite del ejercicio de los derechos intersubjetivos, que no tiene otro límite que el ejercicio de iguales derechos.

- V. El principio de responsabilidad y resarcimiento de los daños causados por culpa propia, que preside el régimen jurídico de las indemnizaciones, se amplía en el derecho moderno a dos grupos distintos, uno vinculado a la culpa del sujeto y otro al status: representante legal, comitente, propietario o guardián, por daños causados por incapaces, dependientes, animales y cosas. Dentro de estas hipótesis está la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos impúberes y púberes. Como principio se presume la capacidad de los sujetos, bajo cuya premisa los actos ilícitos son siempre imputables porque se consideran actos voluntarios, y en tal virtud dan nacimiento a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución. Pero la imputación civil en términos ordinarios, requiere la capacidad de querer y entender, esto es, que el sujeto tenga conciencia, ya que la inimputabilidad libera de responsabilidad al sujeto incapaz. Sin embargo, las soluciones difieren; unos las sujetan a la minoría de edad, (incapacidad legal) y otros al discernimiento (incapacidad natural). En mi concepto, el sistema que otorga mayor seguridad jurídica, es el que atribuye imputabilidad al mayor de edad (capacidad legal de obrar), la responsabilidad coincide con la mayoría de edad, solución de naturaleza económica que permite a la víctima satisfacer sus derechos y define la naturaleza directa de la responsabilidad de los padres por sus hijos menores. La esencia de la responsabilidad inexcusable de los padres y la inimputabilidad natural del impúber, rompe con el principio de la personalidad por culpa, así lo ha entendido el derecho francés, para el que el concepto *-imposibilidad de impedir el hecho-*, no es considerado como una atribución de culpa, sino como una situación de fuerza mayor; entonces la responsabilidad por hecho de los hijos menores, es incompatible con un fundamento de culpa *in educando* o *in vigilando*, es una responsabilidad de naturaleza objetiva. El fundamento de la responsabilidad de los padres está en la patria potestad y en el riesgo, teorías que junto a la tendencia de naturaleza económica, encuentran un responsable solvente frente a quien ha sufrido un daño injusto. La "patria potestad" hace *responsables legales* a los padres, ante terceros, por los actos dañosos de sus hijos menores, de manera que en caso de producirse un evento dañoso responden por sus hijos. La responsabilidad objetiva de los padres, haría responsables a ambos padres. La doctrina es muy

explícita al señalar que responde el padre que tiene la tutela, esté bajo su tenencia o habite con el menor. La exigencia de la tutela y cohabitación, en mi concepto, es acorde a la culpa *in vigilando* y *culpa in educando*; superado este concepto y definida la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores como objetiva, resulta irrelevante la cohabitación, ya que los padres responden por el daño provocado por sus hijos menores, no por culpa, sino por el hecho de ser sus padres, esto es, por el status legal de la patria potestad, independientemente de su ejercicio; no hay justificativo idóneo para que la carga de ese daño recaiga sólo en uno de los padres, ambos, en forma solidaria, deben asumir la responsabilidad de los actos dañosos de sus hijos menores, en igualdad de condiciones, tengan o no la tutela o tenencia de ellos, en la misma medida de su responsabilidad en satisfacer las necesidades básicas de salud, alimento, habitación y educación.

En cuanto al traspaso de responsabilidad de padres a maestros o establecimientos educativos de enseñanza y guarderías, que abarca el daño a terceros, entre los propios alumnos o los que se causen así mismos, dentro del establecimiento; siguiendo a la doctrina mayoritaria, la atribución de la responsabilidad sería de naturaleza objetiva y directa, el factor de responsabilidad no es otro que el riesgo creado, en cuyo caso se excluye la valoración de las circunstancias preventivas (educación y vigilancia) que hubieran ejercitado los responsables, ya que el ejercicio de esos actos no siempre impiden el daño, tampoco son justificaciones válidas para eximirlos de la reparación o resarcimiento. Un ajuste adecuado en el tratamiento de esta norma en la doctrina francesa, seguida por varias legislaciones, libera de responsabilidad a los profesores y define como sujetos pasivos de la acción, a los directores o dueños de los centros educativos privados y al Estado de los establecimientos públicos; tendencia plenamente justificada que retorna y reatribuye la responsabilidad primigenia y fundamental del Estado frente a la sociedad, fundamentada en la tutela del Estado en la educación, que en el caso boliviano, tiene rango constitucional con doble incidencia, una en relación a los incapaces y otra, ante la sociedad por la actividad dañosa, del novel profesional liberal.

En lo que toca a la responsabilidad del curador, la falta de mínima previsión puede generar daños irreparables, de ahí la exigencia de una escrupulosa corrección, la sola omisión de internación oportuna o implementación de medidas de seguridad genera responsabilidad objetiva del curador, correspondiendo, además, a un régimen directo.

- VI. Con relación al dependiente, la tendencia doctrinal mayoritaria, le atribuyen una responsabilidad de carácter objetivo. Sin embargo, no hay acuerdo en su fundamento, para unos está en la presunción *iuris et iure* de la culpa del principal, que al no admitir prueba en contrario resulta vana la calificación de la conducta del dañador, dando como resultado una atribución objetiva; para otros en el riesgo creado bajo un análisis riesgo-beneficio, riesgo-lucro, que

con la rectificación de concepción del riesgo creado, podría ser aplicado a toda hipótesis de riesgo así no haya beneficio; hay quienes refutando los fundamentos anteriores la justifican en el deber legal de garantía del principal. De mi parte, el fundamento la encuentro en la presunción legal de responsabilidad del principal, en razón de su status de propietario y en el riesgo o peligro que pueda generar la actividad o el uso de maquinarias o las circunstancias especiales que podrían derivar en daño.

La solución mayoritaria establece como norma general la acción de repetición o regreso, por el pago de la indemnización efectuada por el principal, propio de una responsabilidad indirecta, refleja y subsidiaria. Algunos limitan la acción de regreso a la culpa del dependiente. La naturaleza objetiva de la responsabilidad por otro, impone al principal la obligación de responder por los actos dañosos de sus dependientes, independientemente de la imputación de culpa; si el principal debe responder siempre por los actos dañosos de su dependiente, claro está sujeta a la existencia de un vínculo (nexo o relación causal) entre éste y el dependiente, y que el dependiente actúe en ocasión o durante el ejercicio del cargo, entonces, se trata de un régimen de responsabilidad directa, no indirecta. Si a este análisis, agrego que la acción de repetición, debería condicionarse en forma exclusiva a la imputación de culpa del dependiente, a que el principal no hubiera contribuido de modo alguno en el daño y que la actividad desplegada no revista riesgo ni peligrosidad, la conclusión lógica confirma que la acción de repetición o regreso es particular, no corresponde a una norma general sino excepcional. La justicia conmutativa, con su función rectificatoria y reguladora de las relaciones de cambio uniforma el equilibrio patrimonial, de tal manera, que todo desplazamiento injusto sea restituido por el causante del daño, fundamento de la acción de regreso, no hay justa causa de que el principal cargue con la culpa, negligencia o dolo de sus dependientes; el que provoca un daño debe repararlo. Igual Justificación tiene la excepcionalidad del régimen, no existe *justa causa* para que el dependiente por actos de ejercicio cuidadoso de sus funciones, en cumplimiento de órdenes del principal o por la naturaleza riesgosa de la actividad empresarial, sea reatado a una norma general de responsabilidad indirecta, que le imponga la repetición de lo pagado por el principal, esta solución no se ajusta a la justicia conmutativa ni a la esencia de la responsabilidad del principal. Por otra parte, el hecho de que la mayoría de las legislaciones mantengan como excepción la responsabilidad por hechos ajenos, se debe al imperio de la norma general, “no hay responsabilidad sin culpa”, este principio se impuso incluso en algunas legislaciones en las que el legislador incluyó dos normas generales una por hecho propio y otra por hecho ajeno. La exigencia de mayor claridad impone que la responsabilidad por otro, sea contenida en una norma general con especificación de sus presupuestos, sin tipificar caso por caso.

- VII. La armonía de las partes de un todo, la felicidad de todos, constituye deber primordial del Estado, éste tiene el deber de promover el bien, cuidar que cada

ciudadano haga lo que le corresponda hacer, premisa antigua combinada con las tendencias del mundo moderno atribuye al Estado primigenia y genuina responsabilidad; cualquier interferencia en la armonía y paz social, cualquier deficiencia en la salvaguarda de los derechos subjetivos de los ciudadanos que ponga en peligro o rompan la paz social, hace responsable al Estado. Responsabilidad que surge del origen mismo del Estado, constituido por la transferencia de poderes, mediante el contrato social, que tiene como fin la salvaguarda de los derechos fundamentales del ciudadano y el primero de todos es vivir en paz, libre de interferencias perjudiciales. Las tendencias actuales de la doctrina moderna seguida por la legislación y jurisprudencia se van enraizando e imponen:

- Una responsabilidad objetiva del Estado por los actos dañosos de sus autoridades y servidores públicos, sea que pertenezcan al ejecutivo, legislativo o judicial. El resarcimiento de daños patrimoniales y no patrimoniales. El nexo causal se integra entre el acto u omisión del funcionario público por la falta o deficiencia del servicio público y el daño infligido a la víctima, en cuyo resultado es irrelevante la valoración de la conducta del sujeto, no hay motivo de que la víctima sea constreñida a demostrar la culpa del servidor público; la culpa es reemplazada por la noción de falla del servicio. No es necesario al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello, sólo se necesita la prueba de la falla funcional orgánica o anónima del servicio público; la víctima debe demostrar la falta o falla del servicio y el daño originado por dicha falla, así como la relación de causalidad entre aquella y éste.
- Ampliar cada vez más los ámbitos de responsabilidad civil del Estado y eliminar las inmunidades.
- La imputación de culpa del funcionario o empleado público, sólo tiene importancia para efectos de repetición. Sin embargo, existen legislaciones entre las que se encontraba la nuestra, que hacen responsable de los actos dañosos, cometidos en el ejercicio de sus funciones a los propios funcionarios públicos o magistrados; postura que no responde a la esencia de la existencia misma del Estado. El Estado es el responsable primigenio de todo acto que vulnere derechos subjetivos o que resulte de una mala administración, malos servicios o inexistencia de los mismos, responsabilidad que tiene relación directa con el objeto de su existencia. En esta línea, hay legislaciones como la nuestra (C.P.E Art. 113) que hacen responsable patrimonialmente al Estado, en el marco constitucional, el Estado siempre es responsable por todo acto u omisión de sus funcionarios públicos y magistrados. La responsabilidad del Estado es directa, no está sujeta a la imposibilidad material o insolvencia del funcionario y la acción de regreso o repetición, responde a una responsabilidad interna de naturaleza contractual.

- La acción por la actividad judicial, sólo debe estar subordinada a que el demandante hubiera ejercitado los medios ordinarios de imputación o los demás remedios previstos por ley, mediante los medios cautelares y sumarios, que no fuera posible la modificación ni la revocación de la decisión judicial, esto es, que se hayan agotado los procedimientos en el ámbito en el cual se ha verificado el hecho que ha ocasionado el daño, sin que el desafuero del Juez fuera un óbice.
 - Pero el Estado no sólo es responsable por los actos ilícitos, sino también por los actos lícitos, esto es, cuando en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios especiales y anormales, en sentido que impliquen una carga o sacrificio adicional, que normalmente los administrados deben soportar por el hecho de vivir en sociedad; se trata de cargas que rompen el equilibrio haciéndola más gravosa para uno de los administrados; al perder el principio de igualdad, no obstante de la actuación legítima del Estado, esta pertenece a actos ilícitos objetivos y en tal calidad deben ser reparados.
 - Las tendencias oscilan entre quienes limitan la responsabilidad del Estado a actos ilícitos, que hubieran sido efectuados por el servidor público, durante o en ejercicio de funciones; y quienes extienden tal responsabilidad por los actos cometidos en su condición de funcionarios públicos, esto es, cuando el funcionario sin estar en ejercicio de sus funciones, realiza un acto dañoso que no hubieran podido perpetrar de no ser funcionario o servidor público, ésta calidad fue la que le dio ocasión del daño, nexo causal, relación del acto ilícito con el ejercicio de sus funciones o su calidad de funcionario público. Limitar la ilicitud al ejercicio de funciones, durante y en ocasión de cumplir funciones, fue una buena definición en la responsabilidad por el dependiente, no así en la administración pública, ya que pueden darse muchos ilícitos por servidores públicos fuera del ejercicio de sus funciones, que en igual forma deben ser reparados por el Estado, en consideración de que sólo su condición de servidores públicos, su status, le dieron ocasión de cometer tal acto perjudicial.
- VIII. Todas las legislaciones objeto de estudio, sin excepción, incluyen en su ordenamiento legal el concepto de riesgo, unas refiriéndose al animal feroz, otras a los vicios de la cosa o cosa riesgosa. Hay sistemas, para los que la responsabilidad por riesgo, se basa en el riesgo mismo de la cosa, en tanto que para otros, es la actividad la que reviste riesgo. Hay regímenes que le atribuyen un factor objetivo, en tanto que otros subjetivo, sujeto a la presunción de culpa. Varias legislaciones tipifican las cosas como riesgosas, mientras otras resuelven esta hipótesis con un sistema abierto a partir de la relación de causalidad adecuada entre la intervención de la cosa y el daño ocasionado, bajo la concepción de que todas las cosas pueden ser “peligrosas” en determinadas circunstancias, pero no todas son igualmente peligrosas en

cualquier circunstancia; solución a la que me inclino, en general la cosa más inocua puede provocar daño, en tanto que la considerada peligrosa podrían no provocarlo. En todos los casos, es el titular o guardián del bien, del semoviente o el titular de la actividad el que responde por el daño que provoca la cosa; en este ámbito la atribución no puede ser otra que la objetiva. El titular de un bien o de una actividad generadora de daño o que revista peligrosidad siempre debe responder por el daño provocado, no pudiendo eximirse aludiendo falta de culpa. Dicha responsabilidad debe ser regulada por una norma general abstracta que sistematice las hipótesis de responsabilidad sin tipificarlas, manteniendo un sistema abierto; la peligrosidad de un bien o de una actividad, debiera ser calificada por sus resultados, causalidad adecuada, no por su naturaleza *ex ante*. Su fundamento, la encuentro en la justicia conmutativa y distributiva. La conmutativa que instituye una relación de correspondencia entre riesgo y el responsable, riesgo y reparación, entre riesgo y beneficio obtenido o daño y reparación; bajo la fórmula: todo aquel que en ejercicio de una actividad causa daño o interfiere en el derecho ajeno, debe resarcir dicho daño, siendo irrelevante la culpa. Así en el caso de productos de consumo, la doctrina es uniforme en atribuir una responsabilidad de naturaleza objetiva, por el riesgo creado, por la tecnología moderna y producción en masa, no está fundada en la culpa, sino en el simple desarrollo de la actividad que causa el daño. Es una responsabilidad uniforme con respecto a todo consumidor y es una responsabilidad específica tanto por sus condiciones como por sus efectos, responsabilidad de la cadena productiva, si el productor no puede ser identificado, cada proveedor será considerado productor, a menos que éste identifique al productor. Su fundamento está en la justicia distributiva que regula la conexión entre el riesgo y las doctrinas económicas de distribución de riesgo a la sociedad, bajo el principio de solidaridad social y socialización de la responsabilidad civil, en cuya circunstancia el Estado acude en socorro económico de las víctimas de catástrofes, que permite externalizar las consecuencias dañosas, haciendo que estas recaigan en el conjunto de la comunidad y en el deber primigenio del Estado de responder por los actos dañosos que pongan en peligro la paz social.

- IX. Los principios de precaución y cautela, aplicados al derecho de daños, buscan impedir el evento dañoso, paralizan sus efectos dañosos y mantienen el equilibrio de relaciones intersubjetivas, reafirmando la responsabilidad como prevención. Desde una reflexión subjetivista, la prevención del daño y el efecto desincentivador de la responsabilidad civil, estaría íntimamente vinculado con la responsabilidad "subjetiva", con el presupuesto de "culpa", bajo cuya concepción el deber de resarcir el daño debería inducir al agente a la adopción de medidas idóneas para prevenir perjuicios a terceros, y al mismo tiempo, disuadirlo de la realización de actividades peligrosas o extremadamente riesgosas. Pero junto al factor subjetivo está el objetivo, actos dañosos en los que el deber de resarcir surge por el mero hecho del desarrollo de una actividad, con independencia de la culpa y sin ninguna valoración de la

diligencia del comportamiento, ni de la adopción de medidas necesarias para prevenir el efecto dañoso; en cuya especie podría considerarse lógico que el agente experimente en menor grado el efecto desincentivador de la responsabilidad, lo que no siempre es evidente; la multiplicidad de daños, generalmente, inducen al empresario a mejorar el proceso tecnológico de producción y la adopción de medidas de seguridad más eficaces. La dimensión de los daños se refleja más allá de los criterios de imputación, en la administración de la empresa, en el nivel de primas de seguro; la progresiva expansión del riesgo no haría otra cosa que aumentarlas. Tampoco la posibilidad de incluir en el precio el riesgo, puede ser una buena razón para no prevenirlas, un incremento de precios está ligado al mercado, que no puede ser subestimado. El aspecto “desincentivador” de las reglas de responsabilidad civil, pareciera estar absorbido por mecanismos propios de los sistemas tradicionales, que permiten a la empresa seguir ejerciendo su actividad garantizando a los damnificados un resarcimiento seguro.

Hay una tendencia cada vez mayoritaria, que propone como mecanismo desincentivador, la aplicación del daño punitivo; sistema utilizado en diferentes legislaciones. Se trata de conductas dolosas o de imprudencia temeraria, que revisten desprecio por los bienes ajenos. Bajo un análisis de costo-beneficio, consideran menos lucrativo reparar el daño que prevenirlo, por su intolerabilidad impone al dañador no sólo el resarcimiento, sino una pena civil. Esta figura aparentemente desnaturaliza los principios fundamentales de la responsabilidad civil, esto es, la correspondencia y equivalencia que impone una exacta relación de causalidad entre el daño infligido y la reparación o compensación; presupone una relación aritmética proporcional, en la forma sistematizada por la justicia sinalagmática o igualadora, que cuida el equilibrio patrimonial, rectificando cualquier desequilibrio que se hubiera producido; de manera que el damnificado obtenga la reparación o en su caso la compensación equitativa y no se genere un enriquecimiento ilegítimo por parte de éste último, ni se pierda la función reparadora, no sancionadora, de la responsabilidad civil. Pero, el fundamento que propugna hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos, a través de la actividad dolosa y dañosa, podrían ser una fórmula aplicable, no porque se considere que el acto doloso genere mayor daño que la culpa, esto es discutible, el acto doloso generalmente no incide en la relación causal sino, en una cuestión de equivalencia entre los beneficios injustos generados por el acto indolente con el resarcimiento, relación causal entre beneficios ilícitos y resarcimiento. Bajo el razonamiento de que la reparación debe ser equitativa y proporcional al beneficio injusto obtenido por el dañador y el juez al calificar el acto doloso, hace uso del sistema mixto de atribución de responsabilidad objetivo para calificar el daño y subjetivo para la cuantificación del resarcimiento, solución sustentada en el principio de igualdad, no existe justa causa para que el dañador se beneficie con un acto doloso y que la indemnización no guarde relación equitativa. La justicia conmutativa y correctiva tienen que ver con la

interacción entre individuos, si un sujeto realiza actos incompatibles con el principio de igualdad y libertad, debe reparar o compensar el daño provocado, restableciendo el equilibrio; además las consecuencias de la temeridad del acto, que a sabiendas y voluntariamente es perpetrado puede tener un doble efecto en la víctima, uno material y otro psicológico, que requieren ser ponderados al momento del resarcimiento.

Asimismo el legislador debe prever la gradación de la indemnización, particularmente en actividades peligrosas, actividades contaminantes, productos dañinos para la salud. El principio de restablecer las cosas a su estado original o compensarlas, restituir el equilibrio patrimonial, no sólo alcanza al daño infligido sino a sus consecuencias dañosas, por lo tanto, ingresan en la reparación, también los intereses del dinero usado por la víctima para reparar el daño; su justificación lo encuentro en la disminución del lucro cesante consecuencia lógica de la reparación que permite el uso y disfrute del bien, de fácil calculo a partir de los intereses bancarios que generaría dicho dinero si permanecería en una cuenta de ahorro.

- X. Nuestra legislación requiere un cambio profundo de arquetipos, se hace necesario que el legislador en cumplimiento de sus funciones, capte las necesidades de la sociedad y las traduzca en normas generales que regulen el sistema de responsabilidad civil extracontractual boliviano, sobre la base de normas generales abstractas, sujetas a un régimen bipolar de responsabilidad objetiva y subjetiva. La objetiva que sistematicen normas generales sobre responsabilidad por hecho propio y hecho ajeno, cosas inanimadas y actividades, que bajo ciertas circunstancias puedan generar daño o revestir riesgo o peligro, abuso del derecho, daño psicofísico, daño a la personalidad y psíquico autónomo, responsabilidad del Estado, responsabilidad profesional, etc. y responsabilidad subjetiva por hecho propio sujeta a imputación "culpa". Todas las hipótesis de daño a la persona, de daño por otro, semoviente, cosa inanimada y actividad, deben fundarse en criterios diferentes a la culpa, y definirse las eximentes de responsabilidad; establecer parámetros que permitan una mayor predecibilidad de los resultados, tales como la vinculación circular de los precedentes y el establecimiento de un sistema mixto compuesto por tablas de valor preestablecidas de daño a la persona, físico psíquicas y a la personalidad en hipótesis comunes y un régimen abierto para casos excepcionales en los que la sensibilidad sea un elemento fundamental en su apreciación, herramientas que permitirán al juez una interpretación creativa. Todas las modificaciones y ajustes de la responsabilidad civil extracontractual, deben ser creadas por el legislador, habida cuenta que la responsabilidad objetiva se constituye en una fuente creadora de obligaciones, por lo tanto, para la seguridad jurídica y predecibilidad, características de un Estado de Derecho, éstas deben ser introducidas por el legislador como norma expresa, de lo contrario no podrá generar vínculo obligatorio y otorgar seguridad jurídica. Aspectos que se encuentran reflejadas en la propuesta de reforma.

5.2 PROPUESTA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE LOS ILÍCITOS TÍTULO VII

5.2.1 Antecedentes.

La necesidad de la reforma del Código Civil boliviano es una idea antigua, aún no concretada en la forma ideada y de acuerdo a las necesidades de la sociedad boliviana y en particular del hombre boliviano como titular de derechos. Han habido varias iniciativas que, lamentablemente, quedaron como simples proyectos.

Así el Proyecto TORO,¹⁵³⁰ Siguiendo las tendencias doctrinales de la época, presenta un sistema objetivo, sujeto al principio “no dañar”, en cuyo contexto perfila varias cláusulas generales:

Art. 3110.- *Habrá delito en materia civil, siempre que mediante acciones u omisiones voluntarias y conscientes, se irroque a otro daño o perjuicio, en su persona, en... su familia, o en sus bienes y derechos.* Se definen las acciones u omisiones, voluntarias y conscientes (imputabilidad) como fuente del derecho de daño, no sujetos a culpa.

Art. 3112.- *Ningún acto se tendrá por ilícito, si no está prohibido por ley o los reglamentos.* Delimitación del ilícito objetivo a partir de la vulneración de una norma positiva, con lo que se fija el principio, sólo el legislador puede generar obligaciones extracontractuales.

Art. 3113.-..., *no hay hecho punible si no se ha producido o puede producirse el daño o perjuicio, por consecuencia del acto ejecutado, o por la omisión del que debía ejecutarse.* Los presupuestos descritos en los tres artículos glosados, configuran el derecho de daños, resumido en el Art. 3114.- *Todo aquel que irroga a otro daño o perjuicio está obligado a repararlo.* Norma que responde al primer precepto “no dañar”, al principio romano *neminem laedere*. Todo el que sin intención de hacer mal o en el ejercicio de un acto lícito, irroga a otro daño o perjuicio en su persona o bienes, está obligado a reparar, sin que pueda servirle de excusa, la inculpabilidad del acto o la circunstancia casual que lo produjo.

Art. 3146.- *Todo daño imputable aún la simple imprudencia o negligencia de su autor impone la obligación de repararlo. Son especialmente obligados a ... reparación: 1° Los que disparan imprudentemente armas de fuego; 2° Los que sueltan galgas, arrojan piedras u otros proyectiles sin las precauciones y cuidado*

¹⁵³⁰ TORO Demetrio. *Proyecto del Código Civiles*. Ed. Bolívar. Sucre 1920.

que emplearía para ello un buen padre de familia; 3° los que derriban árboles sin tomar las medidas necesarias para evitar siniestros en personas o cosas; 4° Los que del mismo modo, derriban paredes o edificios, o arrojan desde lo alto de ellos, cualesquier objetos que puedan producir daño o perjuicio; 5° Los que para cualquier objeto, obra o reparación, abren zanjas en aceras o caminos, donde puedan caer los que transitan por ellos de día o de noche, si no han tomado las medidas necesarias, para evitar el daño; 6° Los que para construir o reparar acueductos o puentes que atraviesan un camino no toman las mismas precauciones y 7° Los que en fábricas, oficinas y talleres, no lo cuidan con esmero a fin de evitar cualquier accidente capaz de comprometer la salud o la vida de trabajadores, vecinos o transeúntes. Consagra una responsabilidad de naturaleza objetiva, en esta parte tipifica algunas hipótesis, solución que no me parece adecuada, resulta más técnico un sistema abierto a futuras acciones que puedan generar daño, dejando a la interpretación creativa del juez la especificación de los casos.

El proyecto incluye el daño moral, independientemente del material: 3127.- Los delitos contra el pudor..., hacen responsables a sus autores de la indemnización..., 3129.- *Todo el que siendo acusado calumniosamente..., obtiene,.... inocencia,.... aquel que es absuelto en todas sus partes de la demanda civil, tienen derecho de ser indemnizados de las costas del juicio...perjuicios que hubieran sufrido, y que se justifiquen debidamente.* Abre la acción contra el denunciante o demandante; no incluye al juez, ni al Estado, que amerita hacerlo, la responsabilidad primigenia es del Estado.

Establece la responsabilidad de los padres por sus hijos menores en la forma resuelta por la legislación francesa, solución que la hago mía en la propuesta. Transfiere la responsabilidad de los incapaces, escuelas y centros de sanidad, 3149.- *Cesa la responsabilidad de padres, tutores y curadores, cuando sus hijos y pupilos, o personas sujetas a curatela, se encuentran en casa de educación o sanidad fuera de su inmediata autoridad o cuidado.*

Igual avance propone OSSORIO.¹⁵³¹ En su Anteproyecto, reproduce el texto del Art. 1912 del Código Civil Mexicano: *Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho.* Modificación acorde con el Art. 8 de nuestra norma civil, que consagra el derecho a la libertad de la persona como principio fundamental, cuyo límite se extiende hasta el ejercicio de iguales libertades intersubjetivas, con lo que se busca rodear de garantías efectivas al ejercicio del derecho intersubjetivo. No limitado como sucede en nuestro actual ordenamiento, al ejercicio del derecho propietario. Siguiendo la línea de TORO, también OSSORIO, fue categórico en señalar que el daño no tiene que ser necesariamente patrimonial, material, sino que también, alcanza a la órbita del daño moral: daños resultantes de la privación de libertad, de

¹⁵³¹ OSSORIO y Gallardo Angel. *Proyecto del Código Civiles*. Ed. López. Buenos Aires. 1943
Revista Jurídica No 31 Cochabamba Bolivia junio de 1945.

las ofensas al pudor, al honor; hipótesis omitidas en nuestra actual legislación que se ocupa en forma incidental del daño moral, (Art. 994 II).

En cambio el anteproyecto de 1999, es bastante conservador, en general sus modificaciones son de forma, no de fondo; no responde a los cambios doctrinales operados en el derecho de daños, ni a las propuestas de los proyectos que le antecedieron, tema que lo desarrollaré en la justificación de las reformas, propuestas en el presente trabajo de investigación.

El actual ordenamiento legal sobre responsabilidad extracontractual, se sustenta sobre una base esencialmente subjetiva, norma general que define: conducta dolosa o culposa del dañador (artículo 984), antijuricidad que presenta dos formas alternativas: dolo y culpa; la primera específicamente, como la actuación consciente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro y la segunda, configurada por la falta de previsión o descuido, en relación a la diligencia exigida para determinada conducta causante del daño. La doctrina especializada delimita la culpa, como: impericia, *falta de pericia en quién se supone debe tenerla o no tener la capacidad requerida para actuar en un momento determinado*,¹⁵³² desconocer o conocer mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio que impone obrar con precisión y diligencia, con ajuste a las reglas y métodos; negligencia, por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido para evitar el daño, omisión de diligencia exigida por naturaleza a una determinada actividad. Imprudencia, toda imprevisión, impericia, negligencia, haber hecho lo que no correspondía, un obrar precipitado o irreflexivo, que no tuvo en cuenta las consecuencias necesarias para evitar el daño o de lo que ello podía derivar.¹⁵³³ Y en su acepción objetiva: *violación de normas legales*, reglamentos u ordenamientos, bipolaridad extrañada en el Art. 984.

El código hace una gradación en función del dolo (Art. 994 III.), si bien el acto dañoso no varía por la intensidad o gravedad del acto ilícito, esta visión le otorga al juez la facultad de disminuir o incrementar el resarcimiento; no como pena, sino como medio desincentivador del daño, en cuyo caso, no se rompe la función reparadora de la responsabilidad civil extracontractual, que exige estrecha relación de causalidad entre el daño y la reparación (correspondencia entre el daño y reparación), ni destruye la función reparadora, no sancionadora de la responsabilidad civil extracontractual, se trata de una excepción que tiene por fin desincentivar el daño, en cuyo caso el legislador debe dar pautas claras que eviten la discrecionalidad del juez .

No obstante del desarrollo doctrinal en la materia y las necesidades sociales fuertemente sentidas, el sistema codificador ha mantenido el sistema clásico bajo la regla: *no hay responsabilidad sin culpa*, si no hay culpa del perjudicado no hay responsabilidad, principio francés antiguo. Por los actos ajenos del dependiente,

¹⁵³² MOGUEL Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición. México 1983. Pág. 48-

¹⁵³³ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA. OB. Cit Vol. I Pág. 300

hay presunción de culpa *iuris tantum*. Los hechos de cosas inanimadas y semovientes, son excepciones no susceptibles de ampliación. La carga de la prueba incumbe al damnificado.¹⁵³⁴

La falta de norma general que regule la responsabilidad civil objetiva, ha dado lugar a muchísimas injusticias, denegación de acciones por imposibilidad de demostrar la culpa del dañador o soluciones en vía de interpretación creativa, con la consiguiente falta de seguridad jurídica en la efectividad de la sentencia que crea un nuevo vínculo obligatorio legal, con ausencia absoluta de certeza jurídica.

5.2.2 Justificación de la reforma

La responsabilidad civil extracontractual, constituye uno de los capítulos más importantes del derecho civil. La creciente inseguridad material de la vida moderna cada vez más compleja, el impacto del industrialismo, el desarrollo de los medios de transporte, la comunicación social, la cibernética, etc., exigen mayor seguridad jurídica, el legislador debe responder en forma eficiente a las necesidades de un mundo cada vez más tecnificado.

La doctrina actual del derecho de daños, destaca el concepto moderno de acto *ilícito = injuria = injusto*, subraya que un acto injusto no siempre deriva de un elemento subjetivo (dolo o culpa), no requiere la impropia adjetivación para precisar su noción, toda vez que la sola vulneración de un derecho protegido por ley genera daño resarcible. Lo injusto está equiparado a *injuria*, esto es, injusticia. Pero para el derecho de daños, el término injusto implica la vulneración de intereses subjetivos protegidos por ley, cuyo quebrantamiento importa daño a otro, con lo que se configura el daño resarcible. Un análisis en contrario, lleva a la conclusión, que no todo daño importa reparación, sólo el daño injusto, esto es, la vulneración de derechos subjetivos son susceptibles de reparación, lo injusto hace resarcible al daño. La cláusula general descrita en el Art. 984 del Código Civil, no refleja esta doble función, la forma restrictiva en la que fue estructurado no da paso al ilícito objetivo, cerrando la compuerta a toda responsabilidad que no esté ligada a la culpa. La necesidad de cambio, impone una cláusula general, que refleje el primer precepto “no dañar” a manera de directriz, sistematizada en un régimen bipolar de responsabilidad objetiva y subjetiva, que integre un sistema mixto de responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad como consecuencia de un acto, viene limitada por los requisitos de causalidad y antijuricidad, la causalidad de lo que es contrario al derecho es un juicio de valor negativo que el ordenamiento jurídico emite a cerca de un determinado acto. Pero el acto puede ser contrario al derecho sin que sea necesariamente atribuible a culpa del autor, de tal manera, que la sola vulneración, aún involuntaria de un derecho o el incumplimiento de una norma que perjudique un derecho subjetivo ajeno, genere derecho al resarcimiento, porque existe un acto ilícito, aún cuando no sea valorado subjetivamente.

¹⁵³⁴ MORALES Guillen Carlos. *Código Civil Concordado y anotado*. Ob. Cit. Tom. II. Pág. 1262.

El código actual, con la inclusión de legítima defensa Art.- 985 y estado de necesidad Art. 986, genera un problema y pone en duda, qué actuar concreto es ilícito. Si formas de actuar aún siendo formalmente lícitas, pueden determinar violación de normas al producirse la coalición de derechos intersubjetivos y generar la ilicitud, “abuso del derecho”, cómo es posible que actuaciones en oposición formal de un precepto puedan ser lícitas y exentas de responsabilidad (legítima defensa y estado de necesidad). La antijuricidad del hecho ilícito como manifestación de un actuar contra el derecho y como supuesto que viene implícito en el actuar dañoso, es en definitiva la consagración legislativa del principio *neminem laedere*, bajo cuya directriz no pueden cohabitar eximentes que provengan de una conducta ilícita, entendida ésta, como todo acto que irrumpe en el derecho subjetivo de otro sujeto que tiene iguales derechos. El principio de igualdad impone a todos por igual, -quien provoca un daño a otro debe repararlo-; en este orden, la legítima defensa sólo puede tener cabida en el derecho de daños, inmersa en la eximente de la culpa de la víctima. En tanto que el estado de necesidad no quepa, una vez pasado el momento álgido de necesidad, el dañador debe reparar los daños infligidos a la víctima, no hay justa causa para que la víctima asuma el daño provocado por otro, así hubiera sido en estado de necesidad. Sí el propio Estado, se hace responsable por sus actos lícitos por ruptura del principio de igualdad, mucho más un particular.

El derecho como norma de convivencia social, incluye deberes positivos y obligaciones negativas, y entre éstas, está la de no abusar del derecho. Las máximas filosóficas definen el límite del derecho intersubjetivo, cualquier ruptura lleva consigo un acto ilícito injusto y con él un daño que debe ser reparado. Las orientaciones modernas prestan diligente atención a la sanción de una actuación que implique manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho, resulta extraño que se hubiera omitido en nuestra legislación, cuando el año 1943, en el proyecto de OSSORIO, fue sugerido su inclusión y por demás fundamentado.

Dentro de la órbita de los derechos dignos de ser protegidos, están los derechos subjetivos, tales como: el derecho a la vida, la salud, la integridad físico psíquica, el honor, el nombre, la privacidad, el patrimonio, concebidas bajo los principios fundamentales de igualdad y libertad. En consecuencia, importa derecho a la reparación del daño: persona (daño físico psíquico) derechos personalísimos (daño moral), patrimonio (daño material) y colectivos (derechos difusos). Se debe dar mayor realce a los derechos del hombre concebido como unidad biopsíquica. La transformación de estos derechos, en derechos jurídicamente protegidos, en verdaderos derechos positivos, hace que cualquier vulneración genere derecho a daños, libre de toda valoración subjetiva de la conducta del dañador, en forma independiente y autónoma, se trate de daño físico, moral o material, responden a la exigencia del mundo actual que da mayor preeminencia a los derechos del hombre.

La salud y la vida, pueden ser altamente dañadas por bienes de consumo y servicios, los que deben ser incluidos en forma expresa en el derecho de daños,

destacando la responsabilidad civil objetiva del profesional liberal, cuyo fundamento lo tengo expuesto en el capítulo IV punto 4.1.12.

La instauración de acciones colectivas (populares) por daños comunes, es fundamental, en defensa de los derechos difusos, a ello responde que se hubiera elevado al rango de derecho fundamental el disfrute de un ambiente sano y saludable, entendido como derecho subjetivo.

Hay tendencias doctrinales y legislativas, que establecen cláusula general en la hipótesis de responsabilidad por otro, definen: *toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*. Igual solución se da en las hipótesis del daño provocado por cosa inanimada, actividad riesgosa y semoviente, estas hipótesis deberían ser reguladas por cláusulas generales de naturaleza objetiva, definiéndose las eximentes de responsabilidad en función de la peligrosidad, de tal manera, que en los casos de peligro o riesgo de la actividad o de la cosa inanimada o semoviente, la responsabilidad sólo pueda ser eximida por culpa de la víctima, en la forma que fue resuelta para la actividad peligrosa (Art. 998). La aplicación de este sistema al daño provocado por animal se justifica en consideración a su peligrosidad. Así un can no vacunado puede contaminar de mal de rabia con consecuencias funestas.

Se deben incluir otras especies de daños en relación al status, tales como la responsabilidad del Estado y del profesional liberal. Las nuevas corrientes despojan de todo privilegio y prerrogativa, imponiendo el principio de igualdad de los Mezones, de manera que quien provoca un daño debe repararlo. Además, los daños provocados por los dependientes deben ser resarcidos por el principal, se trate de persona jurídica, de derecho privado o público, en cuyo ámbito se encuentra el Estado, que reasume su estatus de responsable primigenio por todo daño provocado por omisión, mala, deficiente o inadecuada prestación de servicios públicos. Varias de las legislaciones estudiadas incluyen la responsabilidad patrimonial civil del Estado, en el marco constitucional, reflejado en el código civil. También, en Bolivia fue incluido en la carta Magna,¹⁵³⁵ recordemos que el anteproyecto de OSSORIO propuso su inclusión en el código civil, (Art. 928) con el fundamento: *El Estado por los extravíos de sus agentes, origina agravio a la salud, en la vida, en la tranquilidad, en la honra, en los intereses de todos los súbditos. Negar su responsabilidad, es erigir un régimen de gobierno absoluto. En un Estado de Derecho no es concebible*.

El Estado limitado, en contraposición al Estado absoluto, sustenta la doctrina de los derechos del hombre, derecho: a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la igualdad, a la felicidad, que el Estado o más concretamente aquellos que detentan el poder legítimo, deben respetar, no invadiéndolos y garantizar frente a cualquier

¹⁵³⁵ Art. 13 los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior. Texto mantenido en el actual en el Art. 110 III.

intervención por parte de los demás.¹⁵³⁶ De donde el Estado no sólo es responsable por falta o deficiencia de servicios públicos, sino por su interferencia en los derechos subjetivos, y por el daño infligido por los demás en esos derechos. Un ejemplo en este tema es la legislación y jurisprudencia Colombiana.

Bajo el principio de igualdad, la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores, debería integrar a impúberes y púberes, con igual responsabilidad directa no sujeta a repetición, esto, por el fundamento legal del que surge de la patria potestad. Así como los progenitores tienen obligaciones legales de proveer la subsistencia, habitación, educación, etc. también tienen el deber de responder frente a los actos dañosos de sus hijos menores, responsabilidad que surge de su status legal, la patria potestad. Además, la responsabilidad debe ser de ambos progenitores en forma solidaria e indivisible, sin importar la tenencia de los hijos menores. La que sólo puede ser excluida por transferencia de responsabilidad a los establecimientos educativos o centros de cuidado.

La legislación francesa, seguida por algunas legislaciones sudamericanas, ha transferido la responsabilidad de los maestros de establecimientos públicos al Estado y de los privados, a los directores o propietarios, en cuyo caso el Estado, asume una responsabilidad subsidiaria. Solución que reatribuye la responsabilidad primigenia del Estado, que en el caso boliviano se encuentra justificada por la tuición del Estado en la educación, bajo cuyo amparo, el Estado debería responder por todos los actos dañosos de los estudiantes, sea a ellos mismos o a terceros.

Cabe destacar que la responsabilidad objetiva se constituye en fuente creadora de obligaciones, por lo tanto, debe ser introducida por el legislador como norma general expresa, de lo contrario no podrá generar vínculo obligatorio, con la certeza jurídica necesaria exigida a un sistema democrático de derecho.

5.2.3 Propósito y principios de la reforma

Los antecedentes del Código Civil en vigencia, dan cuenta que éste se fundó en dos principios fundamentales: la libertad y la igualdad ante la ley. Principios que en la parte de la responsabilidad extracontractual se reflejan por la omisión de prohibiciones o normas que limiten el ejercicio de derechos en relación a iguales derechos subjetivos, cuya irrupción importa un acto ilícito injusto que implica resarcimiento, en este orden, se hace necesario inyectar a las libertades un sentido social, de manera que los derechos intersubjetivos se limiten entre sí. La aplicación del principio de la igualdad, hace que todos tengan iguales derechos subjetivos que deben ser respetados en forma igualitaria, toda interferencia abre la compuerta a la aplicación del abuso del derecho, como fuente creadora de obligaciones.

En este orden, se hace aplicable la concepción “antigua” - *que cada uno respete*

¹⁵³⁶ BOBBIO Norberto. *Liberalismo y democracia*. Ob.Cit. Pág. 11.

su lugar y el de los demás – y la célebre máxima -no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan-, reflejada en el imperativo categórico de KANT, - *Una conducta es ilícita si la libertad de realizarla es compatible con la libertad de todas las demás personas de acuerdo con una regla general*-, que ratifica el principio de los Mezones: -*relación armónica entre las varias partes de un todo*-. Resumido en el “*respeto mutuo*” y la regla primera “*no dañar*”, expresada por los romanos con la prohibición *neminem laedere, alterum non ledere (no hacer daño a otro)*; importa un principio fundamental de orden social. El derecho descansa en el presupuesto de que el hombre es responsable de sus actos y que por lo tanto, no puede sustraerse de las consecuencias de su actuación perjudicial. El principio de justicia, en la forma concebida por RAWLS, garantiza a todos una libertad igual. Los principios de justicia, garantizan una protección segura de libertades equitativas. De tal manera, que cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas compatibles con un sistema similar de libertad para todos, *regla de prioridad*.

El hombre sujeto de relaciones jurídicas, dotado de libertad absoluta, cuyo único límite está en el ejercicio de iguales libertades subjetivas, centro del derecho; supone que los derechos que primero deben ser protegidos por la ley son: la vida, la salud, la integridad físico psíquica, los derechos personalísimos y colectivos, bajo una concepción integral del hombre material y espiritual, de tal manera que si el daño afecta a los sentimientos profundos del ser humano, éstos deben ser valorados en forma independiente y autónoma de los derechos físicos o materiales. Pensamiento que da realce al ser humano en su integridad, que además abarca al hombre en relación con otros sujetos, que al ser afectados en sus derechos difusos pueden en forma colectiva exigir el resarcimiento.

Resulta incompatible hablar de derechos fundamentales y Estado absoluto, el Estado, debe asumir la responsabilidad de sus actos dañosos en la misma medida que cualquier sujeto de derecho, sea éste individual o colectivo. LOCKE enseña a cuantos seres humanos quieran consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie puede dañar a otro en su vida, salud libertad o posesiones, concepción que incluye al Estado, justificando los límites de su poder.

Pero la responsabilidad del Estado no sólo es por actos ilícitos sino también por lícitos, originados por cargas o sacrificios adicionales a las que normalmente los administrados deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. En cuya hipótesis se impone una típica responsabilidad objetiva, en aplicación del principio de igualdad, situación en la que no se analiza la falla o deficiencia del servicio, sino el desequilibrio patrimonial y la igualdad vulnerada, que configura el acto ilícito que debe ser reparado generado por cargas especiales.

Las leyes han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción, éstas reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo junto a las “reglas del reconocimiento”; para HART, el término de *reconocimiento*, implica obligatoriedad, los derechos subjetivos son judicialmente exigibles, la exigibilidad constituye un elemento fundamental de la legitimidad de los derechos, sólo los derechos

regulados por una norma positiva pueden generar sanción por su incumplimiento o vulneración, justificación suficiente para asentar el principio de que los derechos humanos deben ser contenidos en normas coercitivas, elemento central del derecho de daños, que dota de certeza a decir de AARNIO, es el elemento más importantes para medir la legitimidad. La protección jurídica es una virtud inviolable del Estado de Derecho. Pero, la certeza jurídica, se garantiza por los principios formales del procedimiento, una de las vías puede ser la sistematización de las decisiones, en la manera propuesta por DWORKIN.

5.3 NOMEN ACTUAL

TÍTULO VII

DE LOS HECHOS ILÍCITOS

TÍTULO VII

5.3.1 Nuevo nomen. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Justificación.- el título “Responsabilidad extracontractual”, es más amplio y acoge bajo su amparo daños objetivos y subjetivos, la nominación de “Hechos ilícitos”, mal entendidos fue uno de los argumentos utilizados para sujetar la responsabilidad a un factor exclusivamente subjetivo, la culpa.

Nuevo artículo y texto.

5.3.2 Artículo 984.- Responsabilidad.

Quien con un acto u omisión causa un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

Justificativo

Una norma general abstracta que regule al sistema de responsabilidad extracontractual, ubica en primer término a la víctima y su derecho a la reparación, responde a un sistema centrado en la víctima y no en el dañador, con lo que se humaniza el derecho de daños y se sienta el principio de quien provoca un daño debe repararlo, principio del derecho natural hecho positivo, acorde con la garantía Constitucional del derecho de la víctima a la indemnización, reparación y resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos (Art. 113 I).

Texto actual.

5.3.3 Artículo 984.- Resarcimiento por hecho ilícito.

Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

Texto y artículo modificado.

5.3.4 Artículo 984.- bis. Resarcimiento por acto ilícito.

Quien por un acto de: impericia, negligencia o desatención, causa un daño injusto queda obligado al resarcimiento. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde

al autor.

Justificación

Sustituyo el término culpa o dolo por: impericia, negligencia o desatención, que de acuerdo a la doctrina moderna de la responsabilidad responden a las formas de daño por culpa.

La sustitución del término “hecho” por “acto”, lo considero más técnico, habida cuenta que los actos ilícitos son imputables cuando tienen la calidad de actos voluntarios y en tal virtud dan nacimiento a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución, ya que la imputación civil requiere la capacidad de querer y entender. El inimputable no es sujeto de responsabilidad.

Mantengo el término “injusto”, contrariando la reforma sugerida en el anteproyecto del Código Civil, toda vez que lo injusto del daño es lo que legitima la acción resarcitoria, implica la lesión de un interés jurídicamente protegido, su sola lesión comporta resarcimiento. El término *injusto* refleja la vulneración de un interés jurídicamente relevante y tutelado por ley, en éste orden, están los derechos subjetivos. No se podría hablar de daño si este no fuera injusto, si no configurara la vulneración de derechos protegidos, sin daño injusto no hay reparación.

Se invierte la carga de la prueba al autor del daño, con lo que se libera a la víctima de tener que probar la culpa de su dañador.

Texto actual

Artículo 985.- Legítima defensa.

Quien en defensa de un derecho propio o ajeno, al rechazar por medios proporcionales una agresión injusta y actual ocasiona a otro un daño, no está obligado al resarcimiento.

Artículo 986.- Estado de la Necesidad

I Quien por salvar un derecho propio o ajeno de un peligro actual no provocado por él y no evitable de otra manera, ocasiona a otro un daño para impedir otro mayor, sólo debe indemnizar al perjudicado en proporción al beneficio que personalmente ha obtenido. (Art. 326 C. Penal)

II La misma obligación debe el tercero en favor de quien ha precavido el mal.

Artículo 987.- Causantes del estado de la necesidad

El perjudicado puede pedir el resarcimiento del daño contra quien ocasionó culposa o dolosamente el estado de necesidad, pero en este caso ya no tiene derecho a reclamar la indemnización prevista en el artículo anterior.

5.3.5 Exclusión de los artículos 985, 986 y 987, Legítima defensa y Estado de la Necesidad.

Justificación

La legítima defensa y el estado de necesidad, lo encuentro plenamente justificado

como causas de justificación en materia penal, no así en el derecho de daños. La legítima defensa no se justifica como acto autónomo de eximición de responsabilidad, sólo puede ser admitido en el marco del daño provocado por la víctima. Por otra parte, no es lógico sacrificar el interés ajeno para reducir el daño propio o evitar un peligro, admitir lo contrario no es equitativo. Agravar al damnificado con las consecuencias de la legítima defensa o del acto forzado por necesidad, rompe el principio de igualdad y genera privilegios a quién irrumpen en el derecho ajeno para obtener la solución a sus propios problemas; el acto injusto, una vez superado el momento crítico debe ser reparado o indemnizado, por el dañador. Considero que todo el que vulnera un derecho ajeno y con ello provoca un daño debe repararlo sin ninguna excepción. En este orden, incluso el Estado responde por los actos administrativos lícitos necesarios para la colectividad, en aplicación del principio de igualdad, no hay motivo que un sujeto privado tenga trato preferente al propio Estado.

Nuevo artículo y texto

3.3.6 Artículo 986.- Daño físico psíquico a la persona.

Quien con un acto u omisión, vulnere o menoscabe injustamente: la integridad física o psíquica de la persona, la vida, la salud, la estética o los derechos personalísimos de ésta, está obligado a reparar mediante indemnización en dinero, con autonomía e independencia del daño material a la víctima y a quienes hayan sido afectados en sus sentimientos profundos por el daño moral a la víctima.

Justificación.

En la propuesta, la sola lesión a la integridad física psíquica de la persona, es jurídicamente relevante, responsabilidad objetiva, se da realce a la persona, a sus derechos: vida, salud, estética, derechos personalísimos, sean éstos de naturaleza patrimonial o moral, bajo una concepción unitaria y autónoma. El resarcimiento no está ligado sólo a la capacidad de producir ingresos, la persona y la salud son apreciadas como un *bien* considerado en cuanto tal. Resulta ser una propuesta acorde a la era de los derechos humanos, con relevancia en los derechos subjetivos de la persona.

La concepción del daño físico-psíquico que integra todos los daños de la persona, encuentra su justificación en la defensa de los derechos fundamentales proclamados en las diferentes constituciones; en la Convención Americana de Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos del Hombre; el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; es un sistema que enaltece al hombre y sus derechos dándoles preeminencia, corriente de revalorización del ser humano concebido como una unidad.

En cuanto a la activación de la acción, la tendencia doctrinal es la de limitar a los descendientes y esposo; pero la sola relación de parentesco no basta para hacer viable la legitimación activa de la indemnización por daño moral indirecto, más

bien, alcanza a quién o quienes efectivamente han sido afectados en sus sentimientos profundos por el daño moral a la víctima, esta solución deja al juez su calificación.

Nuevo artículo y texto

5.3.7 Artículo 987.- Daño a la personalidad.

Quien con un acto u omisión, menoscabe injustamente la vida, la salud, la integridad psicológica, la paz, la tranquilidad, la privacidad, la libertad individual, la igualdad, o la diferencia igualitaria, el nombre, el honor, la honra, el pudor sexual, los sagrados afectos y creencias, todo lo relacionado al hombre en su integridad física psíquica, está obligado a indemnizar pecuniariamente, independiente del daño material, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio psicológico.

La inviolabilidad de la libertad de expresión e imprenta, no tienen más límite que el respeto a la vida privada, la moral y paz pública.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos, sólo pasa a los herederos de la víctima, cuando ésta haya intentado acción en vida.

Si el daño moral afecta a instituciones o personas jurídicas, la acción corresponderá a sus representantes.

Justificación

El Estudio comparado, me permite proponer la inclusión del daño moral, bajo el *nomen iures* daño a la personalidad, que involucra en forma general al daño patrimonial y moral. Los derechos personalísimos del ser humano, merecen tutela jurídica, cualquier intromisión dañosa debe ser reparada. En este orden, la Declaración universal de Derechos humanos, expresa: Art. 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Derechos civiles que fueron con mayor precisión en la nueva Constitución (Art. 21 2.).

Por la proliferación de ataques a la privacidad consideré oportuno regular el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión y respeto a la vida privada y a la moral, con una concepción más integradora de la persona que apoya la tesis de que el daño a la persona en todas sus dimensiones (física, psíquica, personalidad, estética, etc.), deben ser tratados en forma integral y bajo el concepto de daño biológico, resuelto así por la legislación italiana.

La acción por daño moral es personalísima, sólo le corresponde a la víctima, sin embargo una vez iniciada la acción es transmisible por causa de muerte.

Se incluye a instituciones y personas jurídicas, habida cuenta, que de acuerdo a la doctrina, particularmente española, también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales en la medida de su propia naturaleza, como es la hipótesis del derecho al honor.

Nuevo artículo y texto

5.3.8 Artículo 988.- Responsabilidad por hecho ajeno.

Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino por el hecho dañoso de aquellos que estuvieren bajo su cuidado y dependencia.

Justificación

Se establece como norma general de responsabilidad por hecho ajeno, el sujeto no sólo es responsable por acto propio sino por otro que esté bajo su cuidado o dependencia.

Texto actual.

Artículo 998.- Actividad peligrosa.

Quien en el desempeño de una actividad peligrosa, ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima.

Texto y artículo modificado.

5.3.9 Artículo 989.- Responsabilidad por cosa y actividad

Quien ocasione daño a otro con una cosa o con el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, sea ésta por naturaleza o por los medios o circunstancias empleadas, está obligado al resarcimiento, a no ser que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Justificación

Se incluye en un sólo artículo la responsabilidad por cosa y actividad sin tipificarlas, éstas pueden ser peligrosas o riesgosas bajo ciertas circunstancias o según los medios empleados. Norma que involucra bienes y actividades en general, permite la aplicación de la norma general al caso concreto mediante la interpretación creativa del Juez. El texto se aparta de la propuesta del anteproyecto, que copia en forma textual la norma italiana y sujeta la responsabilidad a prueba de haber adoptado las medidas necesarias para evitar el daño e introduce la hipótesis particular del daño provocado por la circulación de vehículo. Considero que el daño provocado por toda cosa o actividad, sea o no riesgosa, debe ser reparado incluyendo el caso fortuito, la única eximente sería la culpa inexcusable de la víctima. Dentro de la cosa riesgosa está la circulación de vehículos, por lo que no considero necesario tipificar este caso concreto.

Texto Actual

Artículo 977.- Ruina de edificio u otras construcciones.

El propietario de un edificio y otra construcción es responsable del daño causado por su ruina, excepto si prueba el caso fortuito o de fuerza mayor o la culpa de la víctima.

Texto y artículo modificado.

5.3.10 Artículo 990.- Ruina de edificio y daños de vecindad.

El propietario de un edificio u otras construcciones, es responsable del daño causado, si la ruina proviniera de mala construcción o falta de mantenimiento.

El propietario es también responsable de todas las molestias ocasionadas a sus vecinos, por inmisiones de todo género, excavaciones o fosas, uso de maquinarias, caída o peligrosidad de árboles, aglomeración de materiales nocivos a la salud, depósitos de agua que humedecen paredes, caída de todo tipo de objetos.

Justificación

Coincidiendo en parte con el anteproyecto, incluyo las causas que pueden provocar el daño. Propongo un nuevo párrafo por daños de vecindad en consonancia con las molestias de vecindad reguladas en el capítulo de la propiedad, tratando que todas las hipótesis de responsabilidad sean tratadas en el capítulo que regula la materia.

Nuevo texto y artículo

5.3.11 Artículo 991.- Responsabilidad por abuso de derecho.

Quien haya causado un daño a otro en el ejercicio abusivo de su derecho, o por ejercicio contrario al fin y objeto para el que fue instituido y que tal ejercicio no revista utilidad, está obligado a reparar el daño.

Justificación.

El abuso del derecho se constituye en una fuente objetiva de responsabilidad civil extracontractual. La irrupción en los derechos ajenos importan la lesión de un interés protegido y configuran la figura del abuso del derecho, los actos en sí son legales, sólo al producirse la colisión y el desequilibrio, generan la ilicitud sujeta a responsabilidad. En nuestro ordenamiento, el abuso del derecho se reduce al límite del ejercicio de la propiedad; en esta propuesta, se amplía a todos los derechos intersubjetivos, mediante norma general. Se incluye la concepción utilitaria de ROOS, una actividad provoca daño no intencional a otra, si el costo marginal de evitar esa actividad es menor que el costo del daño que dicha actividad causa a otro. Recordemos el ejemplo que nos da éste autor, de un estudiante de álgebra y un músico de rock, que al ejercitar cada cual su actividad legal, el segundo interfiere en la concentración del primero y con ello provoca daño.

Texto actual.

Artículo 988.- Daño causado por persona inimputable.

Quien en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho a menos que su incapacidad deriva de culpa propia.

5.3.12 Excluido el Artículo 988.- Daño causado por persona inimputable.

Justificación.

Su texto se incluye con algunas modificaciones en el artículo siguiente, integrando en un sólo artículo bajo el mismo *nomen iures*.

Texto actual.

Artículo 989.- Resarcimiento del daño causado por persona inimputable.

El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho.

Los curadores son responsables, de todos los actos dañosos de sus curados.

Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

Texto y artículo modificado.

5.3.13 Artículo 992.- Daño causado por persona inimputable.

Si al momento de cometer un hecho dañoso, el sujeto no tenía capacidad de querer o entender, éste no es responsable del daño a menos que su incapacidad derive de culpa propia. Los representantes legales de los incapaces asumen la responsabilidad por los actos dañosos de sus hijos, pupilos o curados.

Los curadores son responsables por todos los actos de sus curados, no pudiendo eximirse de la responsabilidad, sino por culpa inexcusable de la víctima.

Si la víctima no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la reparación, puede el Juez, en consideración a la situación económica de las partes, fijar una indemnización equitativa al autor del daño.

La responsabilidad de los padres y tutores, es traspasada a los centros educativos y de sanidad, por el tiempo que permanezcan los incapaces, bajo el cuidado de éstos.

Justificación.

Se excluye la edad, manteniéndose como principio la inimputabilidad del incapaz sin discernimiento, al que no se le puede atribuir culpa ni responsabilidad de sus actos ilícitos, las consecuencias dañosas se las deriva a sus representantes legales, que se constituyen en responsables de los incapaces frente a la víctima. Se traslada el párrafo segundo del Art. 989, ya que puede ser aplicado a todos los supuestos de responsabilidad por incapaz. Se agrava la responsabilidad del curador, debido a la peligrosidad que puede revestir el insano mental.

5.3.14 Excluido Artículo 989.- Resarcimiento del daño causado por persona inimputable.

Justificación.

La excluyo, su texto modificado lo tengo integrado al artículo siguiente. La propuesta, atribuye responsabilidad directa de los padres, por los actos dañosos de los incapaces en general, sean estos púberes e impúberes.

Texto actual.

Artículo 990.- Responsabilidad del padre y la madre o del tutor.

El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho.

Texto y artículo modificado.

5.3.15 Artículo 993.- Responsabilidad del padre y la madre o del tutor.

El padre y la madre en forma solidaria o a falta de estos el tutor, son responsables del daño injusto causado por sus hijos menores o pupilos. Siendo aplicable al caso de los púberes lo previsto en el tercer párrafo del Art. 992.

Justificación.

Se establece la responsabilidad pura y simple de los padres y tutores del incapaz en general, que clarifica la responsabilidad de naturaleza objetiva y directa. Los padres responden en forma solidaria de los actos dañosos de sus hijos, sin que su responsabilidad esté sujeta a la cohabitación o tenencia del menor, son responsables en virtud del status otorgado por la patria potestad.

Texto actual.

Artículo 991.- Responsabilidad de los maestros y de los que enseñan un oficio.

Los profesores o maestros y los que enseñan un oficio deben resarcir el daño causado por sus discípulos y aprendices menores de edad no emancipados estando bajo su vigilancia, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho. En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias, invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas, conforme al derecho común, por el demandante en la instancia

Texto y artículo modificado

5.3.16 Artículo 994.- Responsabilidad del Estado y directores de establecimientos privados

El Estado es responsable por los daños injustos causados por los alumnos menores de edad, no emancipados, cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa pública. Rige igual responsabilidad para los propietarios de establecimientos privados de enseñanza o capacitación. En este último caso la

víctima que no sea satisfecha en sus derechos, puede demandar al Estado, que responde en forma subsidiaria.

Los Establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil, a tal efecto las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

Justificación.

Resulta adecuado que quién responda por los actos dañosos de los estudiantes, sea quien tiene la tutela de la educación y en el sistema constitucional boliviano es el Estado, por lo que parece apropiado siguiendo el modelo francés atribuirle responsabilidad por todos los actos daños injustos de los educandos menores, no emancipados, que estudian en establecimientos educativos públicos. Responsabilidad de naturaleza directa y subsidiaria e indirecta en el caso de los establecimientos educativos privados, de los que son responsables directos los dueños o directores. Se consagra la responsabilidad objetiva del Estado y de los propietarios de establecimientos educativos.

Tomando el modelo argentino, se propone la inclusión de un seguro de responsabilidad civil, con lo que se tiene asegurado el resarcimiento del daño en favor de la víctima.

Texto actual

Artículo 992.- Responsabilidad De Los Patronos Y Comitentes.

Los patronos y comitentes son responsables del daño causado por sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos que les encomendares.

Texto modificado.

5.3.17 Artículo 995.- Responsabilidad del Principal o Comitente.

El principal o comitente, es responsable del daño causado por sus dependientes, si en ejercicio o cumplimiento de su cargo o servicio y en ocasión de sus funciones o trabajos encomendados causaren daño a otro. Igual responsabilidad tienen las personas jurídicas por los daños causados por quienes la dirijan, administren o representen.

Justificación.

Considero atinente la sugerencia del anteproyecto, que delimita la responsabilidad al ejercicio y con motivo de la labor encomendada, demarcando el rango en el que debe responder siempre el principal. Los adjetivos de doméstico y empleado, fueron sustituidos por el adjetivo calificativo “dependiente” que tiene un significado amplio e involucra a toda persona que se encuentra subordinada a otra, sea empleado, trabajador, obrero, doméstico, etc.

Se incluye la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus administradores y representantes.

Nuevo artículo y texto

5.3.18 Artículo 996. Responsabilidad del Estado.

El Estado es responsable por los daños injustos que le sean atribuidos por acción u omisión de servidores públicos. El Estado debe repetir lo pagado si el acto de acción u omisión dañoso provino de impericia, negligencia o desatención de sus servidores, de acuerdo a las normas de control interno.

Justificación.

El ejercicio de la función pública, es un servicio a la colectividad, el órgano de poder público es responsable del ejercicio de las atribuciones consignadas en la Constitución y demás leyes, cualquier vulneración, negligencia, error o inadecuada administración lo hace responsable ante la víctima; responsabilidad que se encuentra fundada en el origen mismo del Estado, constituido por la renuncia de derechos subjetivos para una eficiente administración. Se excluye la condición de que el daño hubiera sido efectuado en el ejercicio o en cumplimiento de su cargo o servicio o en ocasión de sus funciones, se hace hincapié en la responsabilidad del comitente, debido a que el servidor público, es responsable en el desempeño de sus funciones o por los actos dañosos que ejerciten por su calidad de servidor público. La acción de regreso es una cuestión interna, no afecta la relación entre el Estado y la víctima. En el marco constitucional como garantía se atribuye responsabilidad al Estado, cuando manda la repetición de lo pagado por actos dañosos de sus servidores (Art. 113 II)

Texto actual

Artículo 993.- Repetición.

I: El padre y la madre, el profesor o el maestro o el tutor pueden repetir lo pagado como resarcimiento contra el autor del daño que en el momento de cometer el hecho ilícito contaba más de diez años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender.

II. El patrono, el comitente y el que enseña un oficio pueden asimismo repetir lo pagado contra el autor del daño.

Texto y artículo modificado

6.3.19 Artículo 997. Repetición por culpa del autor del daño.

Quien paga el daño causado por sus dependientes, funcionarios, gerente, administrador o representante legal, puede repetir de los bienes de estos lo que hubiese pagado injustamente, siempre y cuando, el daño sea atribuible a impericia, negligencia o desatención de estos.

Justificación.

La acción de repetición se la sujeta y condiciona a la culpa, dolo o negligencia del autor del daño, y sólo legitima la acción contra los dependientes y contra quienes actúan en nombre de una persona jurídica pública o privada, habida cuenta que la

solución dada en las hipótesis de responsabilidad por actos dañosos de hijos menores, pupilos y curadores, pertenecen a un régimen directo no susceptible de repetición. En cuanto a los dependientes también la responsabilidad es directa, sin embargo, en aplicación de la justicia conmutativa deben repetir lo pagado sin justa causa, sin que ello afecte en la relación de la víctima con el principal obligado al resarcimiento, independientemente de la culpa o dolo de su dependiente.

Texto actual.

Título 996.- Daño ocasionado por animales.

El propietario de un animal o quien de él se sirve es responsable del daño que ocasiona dicho animal sea que esté bajo su custodia, sea que se le hubiese extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima.

Texto y artículo modificado.

5.3.20 Artículo 998. Daño ocasionado por animales.

El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, salvo que pruebe la culpa de la víctima.

Justificación.

Se sustituye el calificativo propietario por dueño y en lugar de que la atribución de la responsabilidad recaiga sobre el que sirve del animal, se imputa el daño a todo el que lo tiene bajo su cuidado, con lo que se otorga mayor protección a la víctima, incluyéndose como único excluyente la culpa de la víctima, debido que el animal reviste riesgo y si provoca daño, no puede ser eximido el responsable por caso fortuito.

Nuevo texto y artículo.

5.3.21 Artículo 998 bis. Daño al consumidor

Toda persona, sea física o jurídica, pública o privada, que aún ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o preste servicios a consumidores o usuarios y provoque daño por vicio o riesgo de la cosa, por deficiente información, mala o defectuosa prestación de servicios responderá por los daños irrogados a la víctima por su acción u omisión.

Son responsables: el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor de bienes y servicios y los profesionales liberales.

El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión de su servicio.

La responsabilidad de la cadena productiva: productor, importador, distribuidor y comercializador es solidaria, sin perjuicio de la acción de repetición que corresponda.

El productor, importador, distribuidor, comercializador y prestador de servicios, pueden eximirse de responsabilidad, total o parcial, si demuestran que la causa del daño fue ajena o se debió al uso indebido del bien o servicio por parte de la víctima.

El consumidor puede accionar en forma individual u organizada en defensa de sus derechos colectivos. Las asociaciones de consumidores están legitimadas para accionar, cuando resulten objetivamente afectadas o amenazadas en sus intereses colectivos y derechos difusos.

Justificación.

El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor o prestador de servicios. El productor y el prestador de servicios, asumen los riesgos derivados del producto o actividad, en consecuencia, las fallas o defectos de calidad e idoneidad del producto o servicio vinculan al productor o profesional con el consumidor, sin importan la forma como éste lo adquirió. En la acción no se discute los efectos del contrato, sino el defecto del producto y el daño provocado por el mismo, en este contexto, se debe establecer la relación de causalidad entre la elaboración, fabricación, importación o distribución del producto y el daño provocado por su uso, carácter extracontractual de la obligación. La obligación de responder por la calidad e idoneidad, recae tanto en el expendedor como en el proveedor, productor e importador, con lo que se define la cadena productiva. Al servidor profesional le incumbe los daños provocados por su acción u omisión, a quién además le corresponde la carga de la prueba, nadie más que él puede demostrar que cumplió con todas las técnicas, destrezas y habilidades propias de su profesión. La propuesta lo despoja de privilegios, imponiendo el principio de igualdad sobre intereses particulares y realza al hombre y su derecho a la salud, la vida, libertad y patrimonio. En consonancia con la garantía constitucional se abre la acción colectiva o comunitaria en favor de los consumidores cuyos derechos son vulnerados. En la actualidad en Bolivia rige el D.S. No 0065, de 3 de abril del 2009, que detalla las normas aplicables en defensa del consumidor, considero que la norma civil debe regular todas las hipótesis de responsabilidad, las normas reglamentarias pueden coexistir con los principios rectores demarcados por la norma general civil.

Nuevo texto y artículo.

5.3.22 Artículo 998 ter. Eximentes de responsabilidad.

Quien esté sujeto a la responsabilidad prevista por el Arts. 986-988, 990 y 996, sólo puede eximirse de la responsabilidad: por caso fortuito, culpa del damnificado o de un tercero. La culpa del damnificado puede disminuir en forma equitativa la reparación, de acuerdo a la concurrencia de culpas.

Justificación.

Las normas generales de responsabilidad objetiva, se complementan con los

eximentes generales, excluyendo el uso de la culpa, con lo que se reafirma su carácter objetivo.

Texto actual.

Artículo 994.- Resarcimiento.

El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie, caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañosos.

El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por ley.

El Juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento, al fijarlo considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo.

Texto y artículo modificado.

5.3.23 Artículo 999. Valoración del daño

I El perjudicado puede pedir la reparación del bien o el pago de daños y perjuicios. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión dañosa, incluyendo el daño emergente, el daño a la persona y a la personalidad. Debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y daño producido.

II El monto de la indemnización devenga intereses legales desde el momento de la verificación del daño, en caso que la reparación del daño sea efectuado por la víctima, los intereses que debe pagar el damnificado son los intereses bancarios que hubiera obtenido de permanecer su dinero en ahorro y debe guardar el mismo valor adquisitivo, mediante una operación de indexación.

III Si el daño a la persona causa incapacidad parcial, total o permanente, o parcial permanente, el grado de invalidez y días de impedimento se determinará en consonancia a las normas de seguridad social. Para calificar la indemnización se tomará en cuenta el salario o ingresos que percibía la víctima y en caso de incapacidad total, se agregará los incrementos que en el ejercicio de su actividad hubiera recibido en el futuro. Pudiendo el Juez, también considerar el chance que hubiera tenido en mejorar sus ingresos, bajo criterios de previsibilidad y elementos que puedan conducir a una lógica y natural conclusión de que en situaciones normales hubieran sido posible.

IV Si como consecuencia del daño falleciera la víctima, la indemnización cubrirá los gastos de asistencia médica y funeraria, el suministro de alimentos al cónyuge supérstite y otros beneficiarios, así como el daño moral infligido a sus seres queridos por el dolor sufrido por la pérdida.

V La indemnización por el daño a los derechos personalísimos, menoscabo a la: libertad, igualdad, integridad psíquica, decoro, honor, reputación, al crédito, al

nombre, a la vida privada, a los sentimientos, afectos y creencias, lo determinará el juez, tomando en cuenta la intensidad del daño, el ímpetu del padecimiento anímico, la gravedad del daño, la edad, la sensibilidad, el grado de preparación de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. La calificación, en las hipótesis frecuentes guardará relación con las tablas de valores preestablecidas por el poder judicial y en las excepcionales los calificará el juez de acuerdo los parámetros señalados en este inciso.

VI Corresponde al profesional, demostrar que cumplió con todos los procedimientos técnicos, destrezas, habilidades y aptitudes propias del ejercicio de su profesión, así no hubiera obtenido el resultado y a la víctima la relación de causalidad entre el daño y el ejercicio profesional. Serán pruebas idóneas los reglamentos y normas deontológicas aprobadas por los Colegios o Sociedades profesionales.

VII En el daño producido por el productor, el demandante deberá probar el daño, el defecto y el vínculo de causalidad entre el defecto y el daño. El Juez debe tomar en cuenta la magnitud del daño causado. En el caso de productos de consumo, la responsabilidad corresponde al riesgo creado por la tecnología moderna y producción en masa. El agente es responsable por el daño a la salud, por el desarrollo de la actividad, independientemente de los efectos contractuales.

VIII Un producto es defectuoso si el riesgo supera la utilidad o los beneficios, el Juez debe calificar, también, el defecto del producto y la falta de información.

IX El Juez puede disminuir la cuantía del resarcimiento, en consideración de los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación patrimonial del responsable; o incrementar equitativamente a los beneficios obtenidos por la actividad dolosa e indolente del dañador.

X Los precedentes en materia de responsabilidad civil vinculan en forma concéntrica las sentencias futuras.

Justificación

Adopto la propuesta del anteproyecto,¹⁵³⁷ en el cambio del *nomen iures*,

¹⁵³⁷ El artículo nominado “Resarcimiento” (994), tuvo varias modificaciones, tales como el *nomen iures*, fue cambiado en la propuesta por “Valoración de daños”, agregan nuevos párrafos que junto con los anteriores determinan que para la calificación de los daños, el juez se apoye en las reglas de la responsabilidad contractual (daño emergente y lucro cesante) y reglas de equidad. Introduce casos de daños a las que las personas, que no estaba previsto en el texto corregido, haciendo una distinción entre casos de impedimento permanente o no permanente, total y parcial y de muerte. En el primer caso, la Indemnización se fija teniendo en cuenta dos parámetros: las condiciones de las partes, o sea, de la víctima y del responsable del daño y la gravedad de éste: y para el caso de muerte, se toma en cuenta los gastos de asistencia médica, de funerales y de alimentos, que deben apreciarse no sólo con equidad, sino también considerando las pruebas objetivas que correspondan. Que el resarcimiento puede pedirse en especie, cuando fuere posible, o cuando no sea posible, por equivalencia, resaltando de esta forma las dos maneras de cumplimiento de la obligación emergente de hecho ilícito. La forma de determinar los daños morales, fijándose como regla el perjuicio que se ocasiona al honor, la moral, al buen nombre de

“Valoración de daños” y nuevos párrafos, pero en su mayoría con redacción diferente, varios de los aspectos incluidos responden a los cambios doctrinarios operados e introducidos en legislaciones más avanzadas.

I Como primera medida se propone el restablecimiento del derecho al estado original y en su defecto el pago de daños y perjuicios, la extensión del resarcimiento involucra al daño material a la persona y personalidad o moral, sobre la base de una adecuada relación de causalidad, entre el hecho y daño producido, principio rector de la responsabilidad civil.

II Se incluye los intereses legales y en caso de reparación del daño por la víctima, intereses bancarios, bajo el principio de la causalidad entre el daño y la indemnización, que debe guardar una relación equitativa.

III Se incluyen las diferentes incapacidades, cuya categorización se la sujeta a la ley de seguridad social, con lo que se facilita la labor del juez. La indemnización en el salario o ingresos que percibía en el ejercicio de su actividad y los incrementos que pudiera generar en el futuro y finalmente el chance sujeta a la previsibilidad adecuada, aspectos que también responden al principio de causalidad entre daño y reparación.

IV En la hipótesis de muerte como consecuencia del daño, la calificación de los rubros a los que alcanza el daño material y daño moral de sus seres queridos. Aclarando que se trata de una responsabilidad directa.

V Alcances del daño a los derechos personalísimos, incluyendo el derecho a la intimidad y su indemnización en dinero, independientemente del daño material, con lo que se marca la autonomía del daño moral, y se establecen parámetros generales para su calificación, además que se limita la discrecionalidad del juez.

VI La responsabilidad del profesional liberal, atribuyéndole la carga de la prueba, responsabilidad de naturaleza objetiva, demostración de técnicas, destrezas habilidades y aptitudes propias de su profesión, el uso de reglamentos internos deontológico para la calificación.

VII En el daño causado por el productor, su calificación en consideración al nexo causal entre defecto y daño, la responsabilidad agravada por artículos de consumo y riesgo creado.

VIII La calificación del producto defectuoso de la relación utilitaria entre riesgo y utilidad o beneficio.

IX La facultad otorgada al juez, para disminuir o incrementar equitativamente la

las personas, la intimidad y otros derechos de la personalidad regulados por el Código Civil, habiéndose dejado de lado en este punto la norma corregida que remite la forma de resarcimiento a “los casos previstos por la ley”, lo que no es la mejor solución, porque tal ley no existe.

indemnización, con el fin de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la acción dañosa o incremento equitativo de la indemnización, daño punitivo. La forma de la reparación, su alcance y parámetros, pueden constituirse en verdaderos elementos desincentivadores del daño.

X La vinculación de precedentes, son herramientas que buscan limitar la discrecionalidad del juez y otorgar seguridad y certeza jurídica al ciudadano.

Texto actual.

Artículo 999.- Responsabilidad solidaria.

Si son varios los responsables, todos están obligados solidariamente a resarcir o a indemnizar el daño.

Quien ha resarcido o indemnizado todo el daño tiene derecho a repetir contra cada uno de los otros en la medida de su responsabilidad. Cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, el monto del resarcimiento o de la indemnización se divide entre todos por partes iguales.

Texto y artículo modificado.

5.3.24 Artículo 999 bis. Responsabilidad solidaria.

Si son varios los responsables todos están obligados solidariamente a resarcir o indemnizar el daño.

Quien ha resarcido o indemnizado todo el daño, tiene derecho a repetir contra cada uno de los otros obligados, en la medida de su responsabilidad. Cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, el monto del resarcimiento o de la indemnización se divide entre todos por partes iguales.

Justificación.

Adopto la propuesta del anteproyecto. Tratándose del daño que compromete a varios responsables todos ellos están solidariamente obligados al resarcimiento. Si bien la voz “resarcimiento” es equivalente a indemnización, tratándose de daño, es mejor emplear la voz “resarcimiento”, por cuyo motivo se sustituye la palabra indemnización en los dos párrafos del artículo. En el párrafo II se prevé la repetición del que ha pagado la obligación contra los otros obligados, en la medida de su responsabilidad. Así como la presunción de igual responsabilidad

Nuevo artículo y texto.

5.3.25 Artículo 999 ter. Acciones colectivas.

Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos indeterminados, vinculados por intereses y derechos difusos contingentes y afectados directamente por acciones u omisiones dañosas, podrán interponer acciones colectivas para obtener el resarcimiento. El juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones en favor de la colectividad directamente afectada, y reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al

responsable al pago del veinte por ciento (20%) del valor que represente la indemnización en favor del accionante.

Justificación.

Se incluye este artículo, en similar sentido de las legislaciones: chilena, ecuatoriana y colombiana, introduciendo intereses o derechos difusos, transindividuales de naturaleza indivisible, del que sean titulares personas indeterminadas o ligadas por circunstancias de facto o por intereses o derechos colectivos del que sea titular el grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí por intereses o derechos homogéneos, así entendidos los provenientes de un origen común. Al tratarse de derechos colectivos se impone una sanción en favor del demandante, que cubra costas y gastos en consideración del tiempo demandado en el porcentaje del 20%, que cumple una función compensatoria por la acción emprendida en favor de toda la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación social*. Ensayos sobre filosofía. Ed. Coyotán. México 1995.
- ACUÑA Anzorena Arturo. Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual, en estudios sobre responsabilidad civil. Ed. Platense. La Plata. 1963.
- ANDORNO CIFUENTES-DO COUTO E SILVA-GODENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA-MOSSET ITURRASPE-PARELLADA-FERNÁNDEZ SESSAREGO-STIGLTZ. *Daño y protección a la persona humana*. Trabajo realizado por KEMELMAJER de Carlucci Aída y PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. La Rocca. Buenos Aires. 1993.
- ADORNO Luís. Legitimación activa, daño moral indirecto. La Ley Buenos Aires 1998.
- ALPA Guido. *Nuevo tratado de Responsabilidad*. Trad. Leysser L. León Juristas editores. Lima. 2006.
- ALPA –BESONNE Y GAMBARO. Aspectti privatistici della tutela dell'antienta: l'esperienza americana e francesa, en la tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milán. 1976.
- I Fatti Illeciti. Trattato di diritto privato. 2da. Ed. Turín. 1995.
- ALTERINI Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil. Límites de la reparación*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.
- Contornos actuales de la responsabilidad civil. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987
- ALTERINI Atilio-AMEAL Oscar J.-LÓPEZ Cabana Roberto M. *Derecho de obligaciones*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996 No 474.
- Derecho de obligaciones*. 2do. ED. Lexi. Buenos Aires. 2004.
- ALTERINI-LÓPEZ CABANA. El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, "en Derecho de daños" ED. La Ley. Buenos Aires. 1992.
- ARISTÓTELES, *Política y la Ética Nicomaquea*, edición bilingüe y traducción de María Araujo u Julián Marías, Introducción y notas de Julián Marías, Clásicos políticos. Instituto de Estudios político. Madrid. 1960.
- BADENI Gregorio. Las doctrinas de la real malicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La Ley. Buenos Aires. 2000.
- BARBERO Doménico. *Sistemas de derecho privado*. Trad. española de Sentis Melendro. Buenos Aires. 1967.
- BIANCA Cesare Massimo. *Supervivencia de la teoría de la culpa en*

- Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* Bueres-Kemelmajer de Carlucci. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997.
- BOBBIO Norberto. *Liberalismo y Democracia.* Traducción de José F. Fernández Santillán. Fondo de Culturas económicas. México. 1989.
- Teoría general del derecho.* Trad. Eduardo Rozo Acuña. Ed. Debate. España. 1996.
- BOFIA Boggero Luís María. *Tratado de las Obligaciones.* Astrea. Buenos Aires. 1981.
- BORDA Guillermo. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. La Ley. Buenos Aires. 1945.
- Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1955
- BORJA Soriano Manuel. *Teoría general de las obligaciones.* Prorrúa. México. 1962.
- BREBBIA Roberto H. La equidad en el derecho de daños, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Aníbal ALTERINI. Buenos Aires. 1991.
- Accidentes de automotores.* Bibliografía OMEBA. Astrea. Buenos Aires. 1982.
- La relación de causalidad en el derecho civil. Juris. Rosario 1975
- BUERES Alberto J. Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos. Abaco. Buenos Aires 1981.
- BUSNELLI. Illecito Civile, Enciclopedia giuridica Treccani. Roma. 1989.
- ¹⁵³⁸BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil.* 9na edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997.
- Derecho ambiental, fundamentación y normativa. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995.
- El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.
- La indemnización por pérdida de chance y el resarcimiento de daño por moral por incumplimiento contractual. La Ley. Argentina 1989.
- La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual. La Ley. Buenos Aires. 1996.
- La voluntad de cada uno es el sólido arbitrio para decidir intervención en su propio cuerpo. La Ley. Buenos Aires. 1991.

- Responsabilidad social de los medios masivos de comunicación. La sociedad mediática. La Ley. Buenos Aires 1998.
- Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad. La Ley. Buenos Aires. 1991.
- Responsabilidad civil y otros estudios. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1984.
- Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995.
- CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Revisada, actualizada y ampliada por Luís Alcalá Zamora y Castillo. Heliasta. Buenos Aires. 1979.
- CALDERA, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.1982.
- CARBONNIER. *Le silence et la gloire*. En Dalloz. París. 1951.
- CARUSI. Responsabilidad del médico e obbligazioni di mecí. Rass Dir. Civ. Italia. 1991.
- CASTÁN Tobeñas J. *Derecho civil español*. Madrid. 1955.
- CAZEAUX Pedro - Trigo Represas Félix A. *Derecho de las obligaciones*. Segunda edición. ED. Platense. La Plata. 1994.
- CICERON. *De legibus, Las leyes*. Edición bilingüe traducción, introducción y notas de Álvaro D'Ors, Clásicos políticos. Instituto de estudios políticos. Madrid. 1970.
- CISNEROS Farías Germán. *Interpretación sistémica del Derecho*. Porrúa. Argentina, México. 2008.
- La voluntad en el Negocio Jurídico*. Trillas. México, Argentina, España, Colombia, Puerto Rico, Venezuela. 2001.
- CLEMENTE Meoro Mario F. CABANILLAS Múgica Santiago. *Responsabilidad civil y contratos de Internet*. Ed. Comares. Granada 2003.
- COLAUTTI Carlos E. La libertad de expresión y el espacio cibernético. La Ley. Argentina. 1999.
- CONCEPCIÓN Rodríguez José Luís. *Derecho de daños*. 2Da. Edición. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.
- DE AGUILAR Días José. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Ameba. Buenos Aires. 1967.
- DE ÁNGEL Yagüez. *La responsabilidad civil*. Deusto. Bilbao. 1988.
- DE CUPIS Adriano. *El daño. Elementos*. Trad. Ángel Martínez Carrión. Ed. Bosch.

- Barcelona. 1975.
- El daño Teoría general de la responsabilidad civil. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Bosch. Barcelona. 1970.
- DE DIEGO Clemente. *Instituciones del Derecho Civil Español*. Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid. 1959.
- DE LORENZO Miguel Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.
- DE MATTEIS. *La responsabilidad médica*. Cedam. Padova. 1995.
- DE VICTORIA Francisco. *La justicia*. Trad. Luís Frayle Delgado. Tecnos. Madrid. 2001.
- DEL VECCHIO Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 9na. edición española. Bosch. Barcelona. 1980.
- DEMOGUE *Traité Des Obligations En Général*. Arthur Rousseau. París. 1923-1933.
- DEUTERONOMIO *El Antiguo Testamento*. La Biblia. Traducción directa de los textos originales: hebreo, arameo y griego. Sociedades bíblicas unidas. Copia. México. 1983.
- DÍES Picazo. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*. En estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana. Ed. Dykinson. Madrid. 2001.
- Derechos de daños*. Civitas. Madrid 2000.
- DOMAT Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Ed. Librería Pujal. Barcelona. 1861.
- DOWORKIN Ronald. *Impero de la justicia*. Traducción Claudia Ferrari. Gedisa. Barcelona. 1988
- DUGUIT León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*. 2da. edición. Trad. Carlos G. Posada. Ed. Francisco Beltrán. Madrid. 1915.
- DWOKIN Ronald. *El Imperio de la justicia*. Trad. Claudia Ferrari. Gedisa. Barcelona. 1988.
- FACCIANO Luís. La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena 2000.
- FAYT Carlos. La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción. La Ley Buenos Aires. 2001.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edición Atlas. São Paulo. 2006.

- FORTINO. La responsabilitá civili del professionista. Milano 1985.
- FRANZONI *La responsabilit'a oggettiva*, C. Socials- Dipòsit llibres. Padua 1988.
- FREKING Salas Oscar- ORTIS Mattos Pastor- CORDEO Miranda Mario- DIAZ Romero Enrique. *Anteproyecto del Código Civil reformado*. Ed. Ministerio de justicia. La Paz. 1999.
- GARCÍA de Enterría Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Reedición Ed. Civitas. Madrid.1984.
- GHIDINI Gustavo. La resposabilitá del produttore di beni di consumo. Profili percontractuali. Amministrazione. Milán.1970.
- GIORGIANI M. *L'inadempimento*. GIUFFRE', Milano,1975.
- GOMIS Catalá Lucía. *Responsabilidad por daño al medio ambiente*. Ed. Aranzari. Alicante. 1998.
- GRECO L'illecito degrado dell'ambiente ed il problema del resarcimento dei dan subiti dagli enti pubblici. Amministrazione. Milano.1984.
- GROCIO Hugo. *De iure Belli Ac Pacis*. Versión castellana del profesor Hurtado, en Passerin. Derecho natural. 1625.
- HABERMAS Jürgen. *Factibilidad y Validez*. Introducción y traducción sobre la 4ta. Edición Manuel Jiménez Redonda. Simancas ediciones. Valladolid 1998.
- HANS-JOACHIM RUDOLPHI. *Causalidad e imputación*. Trad. Claudia López Días. Ed. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- HART H.L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrión. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963.
- HENAO Pérez, Juan Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1964-1990. Ed. Universidad externa de Colombia. Colombia. 1991.
- HOBBS *Leviathan*. Ed. Libertador. Argentina. 2004.
- HUMBOLDT, W. Von Ideenzueinem "Versuch die Grezen des Staates zu bestimmen" (1792) (tr. It. Idee per" Saggio sui limiti del" azione dello stato", a cargo de Serra, Ed. Il Milano. Bolonia. 1961.
- IHERING Von Rudolf. *Estudios jurídicos*. Trad. Adolfo González Posada. Heliasta. Buenos Aires. 1974.
- JIMÉNEZ Eduardo. Los derechos humanos de la tercera generación. Ediar. Buenos Aires. 1997.
- JORDANO Fraga Francisco. La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Cívitas. Madrid. 1994.
- JOSSERAND Louis. *Del espíritu de los derechos y su realidad. Teleología jurídica*. Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajías Jr. Ed. José M.

- Cajica. Puebla. 1946.
- La responsabilité envers sois - même, Dalloz Hebdomadaires, Paris. 1934
- JOURDAIN Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 6ta. Ed. Dalloz. Paris. 2001.
- KANT Emanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons. Lengua castellano. España. 2005.
- KELSEN Hans. *Teoría Pura Del Derecho*, 2A. ED. Trad. Vernengo, Roberto J. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.
- KENNY Silvia Elena. *Concepto de caso fortuito y de fuerza mayor en nuestro código civil*. En "Homenaje a la Memoria del profesor Alfredo Colmo. Buenos Aires, 1962.
- LAFAILE. *Tratado de las obligaciones*. Ediar. Buenos Aires. 1950.
- LAMBERT-FAIVRE Ivonne. *La evolución de la responsabilidad civil, de una deuda responsabilidad hacia un crédito de indemnización*. Trad. Eliana Núñez, en Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, Derecho de daños (y otros estudios). Buenos Aires. La Ley. 1992.
- LAZARTE Álvarez Carlos. *Principios de derecho civil*. Trivium. Madrid. 1998.
- LEHMANN Heunrich. *Derecho de las obligaciones*. Trad. De Bias Pérez González y José Alguien. Bosch. Barcelona. 1947.
- LEÓN González José María. Significado y función de la culpa en el actual derecho del daño. (Especial consideración de la culpa de la víctima) En la responsabilidad civil de Roma al derecho moderno. ED. Universidad de Burgos. 2001.
- LINARES Juan F. En torno a las llamadas responsabilidad del funcionario público. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1958.
- LLAMAS Ponbo Eugenio. Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Trivium. Madrid. 1999.
- LLAMBIAS Jorge. Código Civil anotado. Doctrina Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1984.
- Tratado de derecho civil. Obligaciones. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1973.
- LOCKE *En sayo sobre el gobierno Civil*. Trad. Armando Lázaro Ros. Introducción de Luís Rodríguez Aranda. Aguilar. Madrid. 1969.
- LÓPEZ Días Elvira. El derecho al honor en las personas jurídicas. Nuevas tendencias en la jurisprudencia. La Ley. España. 2001.
- LÓPEZ Díaz Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad externa. Colombia. 1996.
- LÓPEZ Herrera Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. Lexis Nexos.

- Argentina. 2006.
- LÓPEZ Mesa Marcelo. *Curso de derecho de las obligaciones*. Depalma. Buenos Aires. 2001.
- LORENZETTI Ricardo. *La economía del derecho: la culpa y el riesgo. En responsabilidad por daños*. En Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", Director: Alberto Bueres, Editorial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1990.
- Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes Goldenberg. Buenos Aires- 1994.
- LUHMANN Niklas- DE GEORGI Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Trad. Torres Nafarrate, Javier. Abstract ITESO. Guadalajara. 1993.
- MANTONI Colpa, Digesto delle discipline penali. Ed. Padua. Turín. 1991
- MANTOVANI. *Diritto penale*. 3ra Ed. Padua. Turín. 1992.
- MARTÍN Mateo Ramón. *Nuevo derecho energético*. Ed. Instituto de estudios de administración local. Madrid. 1982.
- Tratado de derecho ambiental, Trivium. Madrid. 1991.
- MARTÍNEZ Pichardo José. *Lineamientos para la Investigación Jurídica*. Porrúa. Argentina, México. 2005.
- MASSETO. Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio), en Inc. Dir. Milán. 1988.
- MATTEI Ugo *Il modello di common law*, Giapichelli Editore. Turín 1996.
- MAZEAUD Henri León MAZEAUD Jean. *Lecciones de Derechos Civil*. Trad. Luís Alcalá-Zamora y Castillo. EJEA. Buenos Aires. 1960.
- MAZEAUD Henri León TUNC André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. de Luís Alcalá Zamora y Castillo. EJEA. Buenos Aires. 1961.
- MAZEAUD Henri León. MAZEAUD Jean--CHABAS. *Derecho Civil Obligaciones*. Trad. Luís Andorno, Zavala. Ed. Buenos Aires. Buenos Aires 1997.
- MESSINA de Estrella Gutiérrez Graciela. *La responsabilidad civil en la tecnología. Tendencias y perspectiva. En derecho de daños*. Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe. La Roca. Buenos Aires. 1989.
- MESSINEO Francesco. *Manual de derecho Civil y Comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires. 1971.
- MILL Jhon Stuart. *Sistemas de lógica inductiva...* Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Ed. Daniel Jorro. Madrid 1917.
- MIR Puigpelat Orión. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid. 2002.

- MODICA Doná Alle Rose Chiara. Gli organismo genéticamente modificati e la responsabilità dei produttori del diritto francese, en responsabilità civil e previdenza anno. Italia. 2001.
- MOGUEL Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición. México. 1983.
- MOISSET DE ESPANÉS Luís Formas de Reparación (Estudio de derecho Comparado y Argentino) en temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Morillo. Ed. Platense. La Plata. 1981.
- MORALES Guillen Carlos. *Código Civil, concordado y anotado*. 3ra. edición. Ed. Gisbert. La Paz. 1991.
- MORENO Trujillo Eulalia. La protección jurídica privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro. Bosch. Madrid. 1991.
- MOSSET Iturraspe Jorge. *Responsabilidad por daños parte general*. Ediar. Buenos Aires. 1971.
- OCKE *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. De Armando Lázaro Ros. Introducción de Luís Rodríguez Aranda Aguilar. Madrid. 1969.
- ORGAZ Alfredo *El Daño resarcible*. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1952.
- Los intereses en los daños y perjuicios, En nuevos estudios de derecho civil. Omeba. Buenos Aires. 1954.
- ORLANDO Vittorio Manuele. Saggio di una teoría sul fondamento giuridico Della responsabilità civile, aproposito Della responsabilità directa delle Stato. Archivio di diritto pubblico III. Torino 1893.
- ORTALÁN M. *Instituciones de Justiniano*. Trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas. Ed. Heliasta. Argentina. 1976.
- OSSORIO Ante proyecto del Código Civil Boliviano. Ed. López. Buenos Aires. 1943.
- PANTALEÓN Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. El centro del Código Civil. Ramón Areces. Madrid 1990.
- PASCAL Estevil Luís. La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual. Bosch. Barcelona. 1990.
- Hacia un concepto actual de la responsabilidad. Bosch. Barcelona. 1990.
- PARELLADA Carlos A. *Responsabilidad del Estado*. La Rocca. Buenos Aires. 1993.
- El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales. La Ley Buenos Aires. 1987.
- PECES-BARBA Gregorio. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Ed. Debate. Madrid. 1983.

- PEGORARO Lucio-RINELLA Ángel. *Introducción al derecho público comparado*. Universidad Autónoma de México UNAM. México 2006.
- PEIRANO Facio Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Temis. Bogotá 1979.
- PEÑA López Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Comares. Granada 2002.
- PÉREZ de Real Roxana. Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas. Ed. La universidad. Buenos Aires. 1995.
- PIZARRO Ramón Daniel. *Causalidad adecuada y factores extraños*. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, 1ra. parte Ed. Rocca. Buenos Aires. 1989.
- Daño moral*. Hammurabi. Buenos Aires. 1996.
- Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño de los medios de comunicación) en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alcina. Hammurabi. Bellido Perrot. Buenos Aires. 1990.
- PIZARRO Ramón D. VALLESPINOS Carlos G. *Obligaciones*. Hammurabi Buenos Aires. 1999.
- PLANIOL Marcel. RIPERT Georges. ESMEIN Paul. *Tratado práctica de derecho civil francés*. Trad. Mario Días Cruz. Ed. Cultural. La Habana 1946.
- PLANIOL-RIPERT-ESMEIN. *Tratado práctico de Derechos Civil francés*. Trad. Mario Díaz Cruz. La Cultural. Habana. 1946.
- PLATON Diálogos, La República. Ed. Porrúa S.A. México. 2000.
- PONZANELLI, G., *La responsabilità civile (Profili di diritto comparato)*. Franco Angeli editora. Bolonia. 1992.
- POUND Roscoe. *Justicia conforma a derecho*. Versión española de Martín Esteve. Ed. Letras. México 1965.
- POTHIER R.J. *Tratado de las obligaciones*. (Trad. S. M. S.). Ed. Atalaya. Buenos Aires. 1947.
- PRIEST La scoperta de la responsabilità d'impresa. Una storia critica delle origini intellettuali del moderno sistema di responsabilità civile. Tra. Italiana de Pardosi y Somaré. Rezo Civ. Preu. Italia 1985.
- PRINGIGALLI. *La Responsabilità DelMedico*. Nápoles. 1983.
- PUIG Brutau José. *Fundamento de derecho civil*. Bosch. Barcelona. 1983.
- RAWLS John. *Teoría de la justicia*. Trad. María Dolores González. Fondo de Cultura económica. México. 1995.
- Sobre las libertadas*. Paidós. Barcelona- Buenos Aires- México. 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima

- segunda edición. Escasa Calpe. Argentina. 2001.
- REGLERO Campos Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*. Aranzadi. Navarra. 2003.
- RINELLA Ángel. *Introducción al derecho público comparado*. Universidad Autónoma de México. México. 2006.
- RIPERT Georges-BOULANGER Jean. *Tratado de derecho civil*. Trad. Delia García Daireaux. Ed. La Ley. Buenos Aires. 1965.
- ROMERO Colomo Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Montecorvo. Madrid. 2002.
- ROSS Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1963.
- ROSAS Lucía. *Aplicación al Método científico experimental*. 2da. edición. Ed Trillas. México. 1999.
- RUDOLPHI Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Universidad Externa de Colombia. 1998.
- SAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*. Trad. de Marina Gascón. 2da. Ed. Trotta. Madrid. 1997.
- SALVADOR Cordech Pablo. *Lecturas recomendadas*. Comentario de Días de Picazo y Ponce de León, *Derecho a daños*. Civitas. Madrid. 1999.
- SALVAT Raimundo. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. 2da. Ed. anualizada por Acuña Anzorena. Tea. Buenos Aires 1958.
- SALVI C. *Responsabilità estracontrattuale. Modelli e funzioni*. Cedan Padova. Nápoles. 1985.
- SANTO TOMAS de Aquino. *La suma Teológica*. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1956.
- SANTOS Briz Jaime. *La responsabilidad civil*. 7ma. Ed. Montecoro. Madrid. 1993.
- La responsabilidad civil. Temas actuales*, Ed. Montecoro. Madrid. 2004.
- SAVIGNY Federico Carlos. *Le droit des obligations*. Ed. A. Durand- P. Lauriel. Paris 1873. Tom. I.
- SCHIPANI Sandro. El Sistema Romano de la Responsabilidad Extracontractual; el principio de la culpa y el método de la tipicidad, en "La responsabilidad homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg. Giappichelli. Torino. 1969.
- SEGOVIA Lisandro. Código Civil de la República Argentina. 2da. Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1933.
- SILVA Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. "El Servicio Público"*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995.

- SPOTA Alberto. *Tratado de Derecho Civil.*, Depalma. Buenos Aires. 1968.
- STIGLITZ Gabriel. *Daños y perjuicios.* Ed. La Rocca. Buenos Aires. 1987.
- La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas. La Ley. Buenos Aires. 1984.
- TAMAYO Jaramillo Javier. *De la responsabilidad civil.* Ed. Temis. Bogotá.
- TAYLOR Charles *El multiculturalismo "Política del reconocimiento"*. Trad. Mónica Etrilla de Neira. Ed. Colección popular. México 1993.
- TRIGO Represas Félix A. LÓPEZ Mesa Marcelo. *Tratado de la responsabilidad Civil.* La ley. Argentina. 2004.
- TRIMARCHI Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva.* Milan.
- Instituzioni di diritto privato.
- TORO Proyecto del Código Civil. Ed. Bolívar. Sucre Bolivia. 1920.
- TUNC André *La irresponsabilité civile.* 2da. Ed. Económica. París. 1990.
- VÁZQUEZ Ferreira Roberto. *Responsabilidad por daño. Elementos.* Depalma. Buenos Aires. 1993.
- VICENTE Domingo Elena. *El daño en el tratado de responsabilidad civil.* Dirigido por Fernando Reglero Campos. Aranzadi. Navarra. 2002.
- VILLACA Azevedo Álvaro. *Teoría General de las obligaciones.* Trad. Pablo Macedo. Porrúa. México. 1974.
- VILLEY Michel. En torno al contrato, la propiedad y la obligación. Gherzi. Buenos Aires 1980.
- VISINTINI Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore.* en: SCHLESINGER, Pietro. *Il Codice Civile. Commentario.* Giuffrè. Milan. 1987.
- Trattato breve della responsabilità civil. . 3ra. Ed. CEDAN. Padua. 2005.
- Responsabilidad contractual y extracontractual.* Trad. Ed. Y notas Leysser L. León. ARA editores. Lima 2002.
- VOLTAIRE. *Tratado de la tolerancia.* Edición, prólogo y notas de Palmiro Togliatti. Crítica. Barcelona. 1999.
- VON Tuhr Andreas. *Tratado de las obligaciones.* Trad. De W Roces. 1ª edición. Reus. Madrid 1934.
- WELZEL Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Traducción del alemán por Felipe González Vicén. IB de F. Buenos Aires. 2005.
- WINDSCHEID. *Diritto de la pandente.* Trad. italiana de C. Fadda y P.E. Bensa, Turín 1904.
- WOLFF Martín. *Derecho de cosas.* Trad. Blas Pérez González y José Alguer.

- Bosch. Barcelona. 1951.
- YZQUERDO Tolsada Mariano. Responsabilidad Civil contractual y extracontractual. Reus. Madrid 1993.
- La Responsabilidad Civil ante el nuevo milenio. Dykinson. Madrid. 2001.
- ZABALA De Gonzáles Matilde, *Resarcimiento de daños*. Hammurabi. Buenos Aires. 1999.
- Indemnización punitiva. En responsabilidad por daños en el tercer milenio. teoría general del derecho de daños*. Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini. Abeledo-Perrot. España. 1997.
- Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi. Buenos Aires. 1999.
- ZANNONI Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires. 1982.

REVISTAS

- ALTERINI Atilio Aníbal. Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto del código Civil. LL Buenos Aires. 1999.
- El abuso del derecho*. Estudio de Derecho Comprado. La ley. Buenos Aires. 1990-B-1101.
- ANDORNO Roberto. *Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio*. Número especial Bioética bajo la coordinación de Pedro F. HOFT JA. Buenos Aires. 2003-III fascículo No 4.
- El principio de precaución un nuevo estándar jurídico en la Era tecnológica*. La Ley. Buenos Aires. 2002-D
- BARASSI Contributo allo Studio Della responsabilità per fatto non proprio in special modo a mezzo di animali. En Rev. It. Sc. Giur. Italia.1897.
- BONASI Benucci. *La responsabilidad civil*. Bosch. Barcelona. 1958. No 19.
- BORDA Guillermo A. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. La Ley. 94-828 No II.
- BREBBIA Roberto H. *La relación de causalidad en el derecho civil*. Juris. Rosario. 1975. No 4.
- BROUWER de Koning Gustavo. *El secreto médico*. Revista de Derecho de daños. Culzoni. Santa fe. 2003.
- BUERES Alberto J. *Derecho civil*. Conferencia en las II jornadas Sanjuaninas. 1984.
- BUSTAMANTE Alcina Jorge. *Responsabilidad por daño ambiental*. La ley. Buenos Aires.1994-C-1056.

- Función de la equidad en la realización de la justicia. Ley. Buenos Aires. 1990. E-630.
- Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad. La Ley Buenos Aires .1991-E 1379/1380.
- Equidad evaluación del daño no mensurable. LL. Corte Nacional. Buenos Aires.1990.
- CALABRESI y HIRSCHOFF. *Toward a test for Strict Liability in torts*. Yale law journal. 1972
- CAZEAUX Pedro N. *El código Civil*. JA Doctrina 1970.
- CECLA O SUPERFUND LAW 42, USCA, comprehensive environmental response, compensation and Liability. Ac. De 1980. Sección 9607
- COLAUTTI Carlos E. *La libertad de expresión y el espacio cibernético*. La Ley. Buenos Aires. 1999-E-1329.
- DÍAS albad Silvia, Responsabilidad civil por los hechos realizados por menores de edad (comentario a fallo). Revista. Poder judicial. Ecuador.1991. No 23.
- DÍES Picazo, Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. En la responsabilidad en el derecho. Anuario de la facultad de derecho de la universidad Autónoma de Madrid.2000. No 4.
- FACCIANO Luís. La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena. 2000
- FLEMING Jon. *C'èun futuro per i torts*. Traducción italiana de Rosello y Pardolesi. Revista Civil Privada. Italia. D 1984.
- JOSSERAND Louis. *Evolution et actualités*. Conférence de droit. Lib. Du Recueil Sirey. París. 1936.
- La responsabilité envers sois - même*, Dalloz Hebdomadaires, París. 1934. Nos. 883 y 900.
- Evolution et actualités*. Conférence de droit. Lib. Du Recueil Sirey. París. 1936.
- JOURDAIN Patrice, nota en Revue Trimestrielle de Droit Civ. *Evolution et actualités*. Conférence de droit Lib. Du Recueil Sirey. París. 2001.
- KEMELMAJER de Carlucci Aída. *El deber de los jueces de reparar el daño causado*. Revista de Derecho de daños No 9 Buenos Aires. 2000.
- LLAMBÍAS Jorge. Ley 17.711, reforma del Código Civil. JA. -V-793 No 50. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires. 1969.
- LÓPEZ Mesa Marcelo. Algunos excesos en la responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la teoría del riesgo creado? Revista de Derecho Administrativo. Ed. DePalma Buenos Aires. 1987.
- La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado, Revista de

- derecho Administrativo. Depalma Buenos Aires. 1998.
- LÓPEZ Olaciregui José María. *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*. Revista el derecho comercial y las obligaciones. Depalma. Buenos Aires. 1978.
- LÓPEZ Santa María Jorge. *Responsabilidad por falta de servicio*. Facultad de Derecho, sobre la base de un artículo del profesor publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Diego Portales. 1997. www.udp.cl/DERECHO/estudiantes/apuntes/resp_del_estado.PDF.
- MALLET-OUJOL Nathalie. Internet et la responsabilité du fournisseur d'hébergement. Recueil Dalloz. París. 1999.
- MIRRA Álvaro L. Valery. Derecho ambiental brasilero. El principio de precaución y su aplicación judicial. Lexis Nexos 2003 JA, 2003-III Fascículo 12.
- MOSSET Iturraspe Jorge. Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinada, en JA Doctrina. Buenos Aires. 1973.
- La responsabilidad. Exoneración en casos de mala práctica médica, JA Doctrina. Buenos Aires. 1988.
- PANTALEÓN Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, en la responsabilidad en el derecho*. Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2000. No 4.
- La responsabilidad en el derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2000.
- PARELLADA, Carlos Alberto. *El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, en la Ley 1987 D 978, No 1.
- PICASSO Sebastián. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Comentario al Art. 1072 Código Civil. Hammurabi. Buenos Aires. 1999.
- POSNER Richard. *A theory of negligence*. En Journal of legal studies. 12972
- POSTEGLIONE. *Una svolta per el diritto ambientale*. La legge 8 de luglio 1986 No 349, en revista giuridica dell ambiente. Bologna. 1986.
- MIRRA Álvaro L. Valery. Derecho ambiental brasilero. El principio de precaución y su aplicación judicial. Lexis Nexos, 2003 JA, 2003-III Fascículo 12.
- PUIG Peña Federico. *Tratado de Derechos Civil español*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.
- SANTOS Briz Jaime. *Derecho de daños*. Ed. Revista de derecho privado. Madrid 1963.
- SOTO Kloss, Eduardo, *Base para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno*. Gaceta Jurídica N° 56. 1985.

SOTO Nieto Francisco. *Valoración del perjuicio estético*. Revista La Ley. Española 2002-3. C.NAC.COM.FED.

SPOTA Alberto. *El daño causado por el dependiente*. JA. Buenos Aires. 1943 I-386.

ROGEL Vide Carlos. *Notas sobre el llamado efecto 2000 la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones*. Revista general de legislación y jurisprudencia III época. No 1 enero-febrero 1999 Reus Madrid 1999.

YZQUERDO Tolsada Mariano. *Responsabilidad civil ante el nuevo milenio*. Tribunal Supremo de España, sala 1ra. 06/06/2002

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO Civil de la República Argentina, AZ editora Buenos Aires 1985

CÓDIGO Civil Boliviano, Ed. Serrano Ltda. Cochabamba Bolivia. 1975.

CÓDIGO Civil Brasileiro. 9na. Edición. Actualizado 8.1.90. Revista de los tribunales. San Paolo. 1990.

CÓDIGO Civil República del Chile. Ed. Jurídica del Chile 1981.

CÓDIGO Civil de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1887

CÓDIGO Civil Ecuatoriano, Codificación No. 000. RO/ Sup 104 de 20 de Noviembre de 1970.

CÓDIGO Civil Francés Ley de 7 de noviembre de 1922 Diario Oficial de 9 de noviembre de 1922) (Ley de 7 de de abril de 1937 Diario Oficial de 6 de abril de 1937 rectificativo DORF 12 de mayo de 1937) (Ley nº 70-459 de 4 de junio de 1970 Diario Oficial de 5 de junio de 1970 en vigor el 1 de enero de 1971) (Ley nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 8 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002. Dernier texte modificateur signalé : Loi 2003-516 du 18 juin 2003 (JO du 19/06/2003), en versión español.

CÓDIGO Civil Italiano. Real Decreto de 16/03/1942.

CÓDIGO Civil Para el Distrito Federal en materia común para toda la república a en materia federal. McGraw-HILL. México 3ra Ed. 1998.

CÓDIGO Civil Peruano. Decreto Legislativo No 295, Ed. Inkari. 1984

CÓDIGO Civil de Venezuela. Educen Caracas Venezuela 1982. Ley No 1860 de 31 de diciembre de 1962.

JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial De Barcelona. Sistema informático El derecho Español.

Audiencia Provincial de Victoria. España Tom. 1982.

Audiencia Provincial Pontevera Sec. 6ª. El derecho. España.

Cámara Federal de la Plata. JA.

CNCIV. Sala A. Buenos Aires. La ley.

Conferencia de la ONU Estocolmo Suecia. Corte di Cassazione. Recueil Dalloz Cour de cassation. Dalloz Hebdomadaire, versión en español.

CSJN La ley. Buenos Aires.

Declaración de la Conferencia de las naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Estocolmo.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente Desarrollo ONU.

Directiva Del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. (85/374/CEE). Hecho en Bruselas.

Jurisprudence, versión en español.

Parlamento europeo y Del Consejo. Directiva.

Supreme Court de Estado Unidos. Foro.

Tratado de Asunción sobre medio ambiente. Naciones Unidas sobre el medio ambiente en Estocolmo.

Tratado del MERCOSUR. Conferencia de Estocolmo.

Tribunal Circuito 5ª Palma Beach (Florida).

Tribunal de Milán, en Danno e responsabilità.

Tribunal Supremo Español. RAJ.

Tribunal Supremo Bolivia. Gaceta jurídica, Labores Judiciales. Poder Judicial.

APÉNDICES

APÉNDICE 1

CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO. DE LOS HECHOS. PROMULGADO EL 6 DE AGOSTO DE 1975, VIGENTE DESDE EL 2 DE ABRIL DE 1976.

TITULO VII

DE LOS HECHOS ILÍCITOS

Art. 984.- (RESARCIMIENTO POR HECHO ILÍCITO).

Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

Art. 985.- (LEGÍTIMA DEFENSA).

Quien en defensa de un derecho propio o ajeno, al rechazar por medios proporcionados una agresión injusta y actual, ocasiona a otro un daño, no está obligado al resarcimiento.

Art. 986.- (ESTADO DE NECESIDAD).

I. Quien por salvar un derecho propio o ajeno de un peligro actual no provocado por él y no evitable de otra manera, ocasiona a otro un daño para impedir otro mayor, sólo debe indemnizar al perjudicado en proporción al beneficio que personalmente ha obtenido.

II. La misma obligación debe el tercero en favor de quien ha precavido el mal.

Art. 987.- (CAUSANTE DEL ESTADO DE NECESIDAD).

El perjudicado puede pedir el resarcimiento del daño contra quien ocasionó culposa o dolosamente el estado de necesidad, pero en este caso ya no tiene derecho a reclamar la indemnización prevista en el artículo anterior.

Art. 988.- (DAÑO CAUSADO POR PERSONA INIMPUTABLE). Quien en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho a menos que su incapacidad derive de culpa propia. (Art. 5° del Código Penal, Art. 60 del Código de Procedimiento Penal).

Art. 989.- (RESARCIMIENTO DEL DAÑO CAUSADO POR PERSONA INIMPUTABLE).

I. El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho.

II. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

Art. 990.- (RESPONSABILIDAD DEL PADRE Y LA MADRE O DEL TUTOR).

El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho.

Art. 991.- (RESPONSABILIDAD DE LOS MAESTROS Y DE LOS QUE ENSEÑAN UN OFICIO).

Los profesores o maestros y los que enseñan un oficio deben resarcir el daño causado por sus discípulos y aprendices menores de edad no emancipados estando bajo su vigilancia, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho.

Art. 992.- (RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS Y COMITENTES).

Los patronos y comitentes son responsables del daño causado por sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos que les encomendaren.

Art. 993.- (REPETICIÓN).

I. El padre y la madre, el profesor o el maestro o el tutor pueden repetir lo pagado como resarcimiento contra el autor del daño que en el momento de cometer el hecho ilícito contaba más de diez años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender.

II. El patrono, el comitente y el que enseña un oficio pueden asimismo repetir lo pagado contra el autor del daño.

Art. 994.- (RESARCIMIENTO).

I. El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.

II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.

III. El juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento al fijarlo, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo.

Art. 995.- (DAÑO OCASIONADO POR COSA EN CUSTODIA).

Quien tenga una cosa inanimada en custodia, es responsable del daño ocasionado por dicha cosa, excepto si prueba el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima. (Arts. 703, 704 del Código Civil)

Art. 996.- (DAÑO OCASIONADO POR ANIMALES).

El propietario de un animal o quien de él se sirve es responsable del daño que

ocasiona dicho animal sea que está bajo su custodia, sea que se le hubiese extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima.

Art. 997.- (RUINA DE EDIFICIO O DE OTRA CONSTRUCCIÓN).

El propietario de un edificio u otra construcción es responsable del daño causado por su ruina, excepto si prueba el caso fortuito o de fuerza mayor o la culpa de la víctima. (Arts. 116, 743, 1464 del Código Civil)

Art. 998.- (ACTIVIDAD PELIGROSA).

Quien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima.

Art. 999.- (RESPONSABILIDAD SOLIDARIA).

Si son varios los responsables, todos están obligados solidariamente a resarcir o a indemnizar el daño.

Quien ha resarcido o indemnizado todo el daño tiene derecho a repetir contra cada uno de los otros en la medida de su responsabilidad. Cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, el monto del resarcimiento o de la indemnización se divide entre todos por partes iguales (Art. 435 del Código Civil).

APÉNDICE 2

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO. HECHOS ILÍCITOS.

Elaborado en cumplimiento de la resolución ministerial No 0039, de 30 de octubre de 1997, se creó una comisión encargada de su elaboración, que fue presentado al congreso en marzo del 1999.

NOMEN De los hechos ilícitos.

Nuevo *nomen iuris*

De la responsabilidad extracontractual por hechos ilícitos.

Justificación se cambia titulo VII por Título V que ahora se llama responsabilidad extracontractual por hechos ilícitos.

ARTICULO 984. (RESARCIMIENTO POR HECHO ILÍCITO).- Se suprime la palabra “Injusto” después de ‘daño’, porque ésta no tiene una categorización que permita diferenciar entre un supuesto daño justo y otro injusto. El daño, como uno de los elementos de la responsabilidad civil, no puede tener el adjetivo de “Injusto porque al margen de cualquier consideración se concreta en el perjuicio patrimonial que se ocasiona a otro, por dolo o por culpa.

ARTICULO 986. (ESTADO DE NECESIDAD).-El texto actual se refiere a la situación de quien por “salvar un derecho propio o ajeno” ocasiona a otro un daño para Impedir otro mayor, debe indemnizar al perjudicado. El estado de necesidad se justifica cuando se trata de salvar a la persona, sea la propia o la ajena: pero no es el caso del “derecho” propio o ajeno, amenazado de un cierto peligro.

El artículo 986 se inspira en el artículo 2045 del Código Civil italiano, en el cual el estado de necesidad se encuentra regulado en función de preservar a la propia persona o ajena de un daño grave. Por estas razones se modifica sustancialmente la redacción actual del artículo 986, resaltando que el daño se refiere a la “persona”. Finalmente, se suprime el párrafo II por su falta de claridad y sentido jurídico.

ARTICULO 991. (RESPONSABILIDAD DE LOS MAESTROS Y DE LOS QUE ENSEÑAN UN OFICIO).- Se cambian las palabras “estando bajo su vigilancia” que está después de “emancipados” por la frase “por el tiempo que hayan estado bajo su vigilancia puesto que se debe aclarar que la responsabilidad de los maestros y de quienes enseñan un oficio está limitada sólo al tiempo que los alumnos y aprendices estén en clases, pero después de ellas la responsabilidad es de los padres o tutores.

ARTICULO 992. (RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS Y COMITENTES).- Se mejora la redacción aclarando que la responsabilidad de patronos y comitentes

por sus domésticos y empleados, es emergente del hecho de que con motivo de los trabajos encomendados causen daño a otro.

ARTICULO 993. (REPETICIÓN).- Se introduce correcciones de mera forma en el párrafo 1; así, se pone “comas” (,) después de las palabras “maestro” y “tutor”; también se suprimen las palabras “como resarcimiento”, que estrictamente no corresponde porque se trata de una acción de repetición, además de que el daño ha sido causado a otra persona y no a quien pagó por cuenta de las personas referidas en los artículos precedentes; es decir, que la indemnización se debe a quien sufrió el daño. Finalmente, se cambia la palabra “contaba” por “tenía”.

ARTICULO 994. (VALORACIÓN DE DAÑOS).- Este artículo es de la máxima importancia porque comprende las reglas de valoración del resarcimiento, en cuya consecuencia se resalta mejor el contenido modificando su “nomen” por el de “Valoración de daños” y se agregan nuevos párrafos que junto con los anteriores determinan que para la calificación de los daños, el juez se apoya en las reglas de la responsabilidad contractual previstas por los artículos 344, 346 y 348, como así lo dispone el nuevo párrafo 1.

El párrafo II, que también es nuevo, preceptúa que en el caso del lucro cesante, tomando en cuenta que se trata de casos de responsabilidad extracontractual, para la determinación del lucro cesante el juez aplicará reglas de equidad.

El nuevo párrafo III se refiere a los casos de daños a las personas, que no estaba previsto en el texto corregido, haciendo una distinción entre casos de impedimento permanente o no permanente, total y parcial, y de muerte. En el primer caso, la Indemnización se fija teniendo en cuenta dos parámetros: las condiciones de las partes, o sea, de la víctima y del responsable del daño, y la gravedad de éste: y para el caso de muerte, se toma en cuenta los gastos de asistencia médica, de funerales y de alimentos, que deben apreciarse no sólo con equidad, sino también considerando las pruebas objetivas que correspondan.

El párrafo IV, que corresponde al I del texto corregido, prevé que el resarcimiento puede pedirse en especie, cuando fuere posible, o cuando no sea posible, por equivalente, resaltando de esta forma las dos maneras de cumplimiento de la obligación emergente de hecho ilícito.

El párrafo V se ocupa de la forma de determinar los daños morales, fijándose como regla el perjuicio que se ocasiona al honor, la moral, el buen nombre de las personas, la intimidad y otros derechos de la personalidad regulados por el Código Civil, habiéndose dejado de lado en este punto la norma corregida que remite la forma de resarcimiento a “los casos previstos por la ley”, lo que no es la mejor solución, porque tal ley no existe o, por lo menos, no se la menciona.

El párrafo VI, que es el anterior III, mantiene su redacción original.

ARTICULO 996. (DAÑO OCASIONADO POR ANIMALES).- Se pone “coma” (,) después de la palabra “animal” del segundo renglón, y las palabras “de él” se cambian de lugar poniéndose después de la palabra “sirve”, para precisar mejor la

redacción del texto. Se sustituye la palabra “hubiese” que está antes de “extraviado” por “hubiere”, para evitar la cacofonía

ARTICULO 997. (RUINA DE EDIFICIO U OTRAS CONSTRUCCIONES).- En el caso de la responsabilidad por hechos de los edificios, al lado de la ruina, se agrega los casos de falta de mantenimiento o vicios de construcción que técnicamente son distintos del caso de ruina previsto en el Código.

ARTICULO 998. (ACTIVIDAD PELIGROSA).- El artículo I de esta disposición consagra la responsabilidad objetiva de quien implanta cualquier forma de actividad peligrosa para terceros, encuentra en el texto actual como única forma de excepción la culpa de la víctima. En el artículo 2050 del Código italiano que inspira la norma, se contempla el caso de que no se hayan adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”, que con nueva redacción se incluye en el texto del artículo 998. El párrafo II se refiere responsabilidad del conductor de un vehículo que debe resarcir el daño ocasionado a las personas o a las cosas y el párrafo III complete el cuadro refiriéndose a la responsabilidad del propietario del vehículo, que en todo caso responde de la falta de mantenimiento de su vehículo, particularmente cuando es de uso público.

ARTICULO 999. (RESPONSABILIDAD SOLIDARIA).- Tratándose del daño que compromete a varios responsables, todos ellos están solidariamente obligados al resarcimiento. Si bien la voz “resarcimiento” es equivalente a indemnización, tratándose de daño, es mejor emplear la voz “resarcimiento”, por cuyo motivo se elimina la palabra indemnización en los dos párrafos del artículo. Asimismo, en el párrafo II que se refiere al caso que uno solo de los obligados ha resarcido el daño, éste, estrictamente, tiene “acción de repetición” contra los otros obligados, en la medida de su responsabilidad, por lo que es mejor cambiar la palabra “derecho” por la de “acción”, además de que no siempre se puede resarcir “todo el daño” ya que también se lo puede hacer en forma parcial, supuesto al que no se refiere el Código en su actual redacción, de donde se desprende que es más aconsejable referirse simplemente a la indemnización del daño y no a “todo el daño”.