

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE DAÑOS

GRACIELA MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ (*)

Resumen: La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil. La mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no solamente podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad. El fundamento de la indemnizabilidad no está en el acto ilícito sino en el hecho dañoso. Una de las directivas del régimen de indemnización consiste en la ampliación de los daños resarcibles: el daño moral es decididamente aceptado, el daño lícito trae obligación de resarcir, y, entre otros, cobra importancia el denominado "daño a la vida de relación" o "daño a la actividad social". El derecho de daños tiene una clara función social. Contemporáneamente estamos asistiendo también a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en la prevención y evitación de los daños, dando posibilidad al justiciable de requerir la paralización de la actividad antes de que genere el ilícito¹. La ley N° 26.994 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Argentina, ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y ha determinado que esa área del derecho tiene dos finalidades: la *prevención* y la *reparación* de los daños (art. 1708 del CCC) porque sabemos que hay daños como los inferidos a la persona o al ambiente, entre otros, cuyo desmantelamiento es imposible, así como la vuelta al estado anterior al daño. La responsabilidad civil se ve acrecentada y privilegiada por la debilidad del hombre común, el ciudadano "pequeño", el hombre necesitado y falto de experiencia en muchos quehaceres, el que vive y padece la vulnerabilidad de la era tecnológica².

(*) Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Civil II, Obligaciones, de la Universidad Nacional de Mar del Plata (e-mail: gracielamessina@arnet.com.ar).

¹ La Resolución 39/248 de abril, 1985, de la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó directivas de protección al consumidor instando a los gobiernos a una política enérgica a fin de garantizar que los productos sean inocuos -citado por ALTERINI, Atilio A. en "Contornos...", cit., págs. 24 y sigs.- donde trae importantes referencias al Proyecto del Senado sobre protección al consumidor y otros estatutos que contienen prescripciones puntuales en el tema de la evitación y prevención de los daños y desmantelamiento de su causa.

² MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en "Revista

Palabras clave: Atilio Alterini. Responsabilidad. Derecho de daños. Función social. Prevención. Reparación. Vulnerabilidad.

Abstract: The reparation of the victim is the indisputable and fundamental purpose of the civil liability. The perspective of tort law has changed focusing on the victim rather than the responsibility, and we can not only talk about reparation. Today, law tends to protect the victim's weakness. The basis of compensability is not the illegal act, but the harmful act. One of the directives of the compensation regime involves the expansion of the compensable damages: moral damage is decidedly accepted, legal damage causes the obligation to compensate, and, the so-called "harm to the relationship's life" or "damage to social activity" has become important. Tort law has a clear social function. Contemporaneously we are also witnessing a revision of the concept of "reaction against harmfulness", which is the prevention and avoidance of damages. This offers to the defendant the possibility of requiring cessation of activities before generating the illicit act. Law No. 26.994 Unification of the Civil and Commercial Code in Argentina, has unified contractual and extracontractual liability, and has also determined that this area of Law pursue two goals: preventing and repairing damage (art. 1708 CCC). We know there are damages inferred to persons or the environment, whose dismantling is impossible, and also impossible is to return to the pre-injury status. Civil Liability is enhanced and privileged by the weakness of the common man, the "small" citizen, the man in need, the inexperienced man; the one who lives and suffers the vulnerability of the technological age.

Keywords: Atilio Alterini. Responsibility. Tort Law. Social function. Prevention. Reparation. Vulnerability.

Atilio A. Alterini no fue sólo un renovador del derecho privado, fue un creador de tendencias que perduran en el tiempo y que hoy se han consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina -ley 26.994-. Al maestro se deben los desarrollos de esta área del derecho, plasmados en todos los Proyectos de Unificación y Actualización del Derecho Civil del siglo XX, que lo tuvieron como autor o mentor.

de la Asociación Argentina de derecho comparado", N° 1, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1977.

Alterini decía -citando a Naisbitt³- que nos encontramos en un "tiempo entre paréntesis" entre dos eras: la sociedad industrial que concluye y la otra nueva que viene a reemplazarla⁴..., donde el signo de las nuevas épocas es el progresivo (y feliz) abandono de la cultura de masas para encaminarnos hacia la calidad, la individualización, el consumo a medida, a la excelencia personal. El paso de la etapa industrial a la era tecnológica traería la desmasificación en el derecho de las obligaciones.

A cada fase del proceso de creación y aplicación de nuevas técnicas corresponde una interpretación jurídica distinta del derecho de daños, para atender a la transformación social que se opera.

Las dudas que se manifiestan hoy con relación al rol que debe desempeñar la responsabilidad civil, así como las que conciernen a su fundamento, indican que la institución no está estabilizada⁵.

En sentido general podría decirse que el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando.

"En sentido estricto la responsabilidad civil se refiere a actos que por haber causado daño patrimonial terminan en una indemnización"⁶. Ser responsable es sufrir las consecuencias de un daño.

I. La evolución del sistema de responsabilidad

a) Los daños causados por el hombre

El contexto político, social y económico de Vélez Sarsfield, su marco de referencia, unido a la influencia y al atractivo del individualismo que

³ NAISBITT, John, "Macrotendencias", trad. en español, Madrid, Mitre, 1983, pág. 261; expresa que estamos viviendo en el tiempo entre paréntesis, el tiempo entre eras.

⁴ ALTERINI, Atilio A., "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era pos-industrial", en ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad Civil", Medellín, Dike, 1995, pág. 83.

⁵ VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions", en GHESTIN, Jacques (dir.), "Traité de Droit Civil", París, L.G.D.J., 1982, pág. 75.

⁶ LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "Notas sobre el sistema de responsabilidad civil del Código Civil, balance de un siglo" en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964-1.

impregnaban el Código Civil francés, dio por resultado el sistema de responsabilidad vigente.

Aquella corriente de pensamiento plasmada en el art. 1384 del Código de Napoleón determina dos tipos de responsabilidad: a) por el hecho propio, b) por el de las personas de quienes se debe responder o las cosas que se tienen bajo la guarda⁷.

Cuando los daños eran producidos por el hombre y el factor de atribución era exclusivamente subjetivo, se veía lógico y primordial sancionar al autor del incumplimiento.

El Código Civil de Vélez Sarsfield enfoca la responsabilidad en vistas a la sanción más que a la reparación, porque la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: sólo era responsable el autor y cuando él era culpable -sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas⁸-.

*b) La Revolución Industrial:
las cosas como elementos productores de daño*

El pasaje de una economía agrícola a la etapa de producción industrial ha innovado profundamente en los problemas que se creían resueltos en el instituto de la responsabilidad civil⁹.

En primer lugar, ha incrementado el número y el tipo de situaciones subjetivas que necesitan protección respecto al riesgo de daños, con su incidencia en el problema de la injusticia de ellos.

En segundo lugar, ha determinado el aumento de las hipótesis de dañamiento, por la utilización de los complejos mecanismos de producción y la intervención de "cosas" en la causación de aquéllas.

⁷ LÓPEZ OLACIREGUI, *ibid.*, nro. 32, recuerda que en el sistema francés la culpa sólo es exigida, por aplicación del art. 1382, Cód. Civ., a la responsabilidad por el hecho propio, y descarta la subjetividad en la elección o la vigilancia referida a la segunda aplicación del art. 1384: responsabilidad por el hecho de otros o por las cosas que se tiene bajo la guarda. Cfr. SAVATIER, R., "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français", T. I, nro. 326, considera que esta interpretación del art. 1384 permitió desligarse del factor subjetivo como elemento básico de atribución, dándole a la responsabilidad civil nueva vida.

⁸ ORGAZ, Alfredo, "La Culpa", Córdoba, Lerner, 1970, pág. 185.

⁹ BARCELLONA, Pietro, *Diritto Privato e Processo Economico*, 2ª ed., Jovene Editore, 1984, pág. 313.

La respuesta de la responsabilidad civil a esa etapa del proceso técnico está dada por la formulación de la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva, y su función pasa a ser reparadora o resarcitoria. La indemnización como retribución hace desaparecer los efectos del acto ilícito -en sentido objetivo- reponiendo a la víctima al estado anterior al perjuicio sufrido.

En la era industrial la función del instituto apuntaba a lograr una justa indemnización, para lo que se crearon mecanismos normativos de responsabilidad objetiva para los infortunios laborales, los daños aéreos causados a los terceros en la superficie, los accidentes nucleares y, en general, para las víctimas de los perjuicios ocasionados por cosas riesgosas o viciosas – art. 1113, ley 17.711.

Esta tendencia de proteger a los débiles de los daños inculpables que ocasiona el progreso -al decir de Orgaz¹⁰- se ve en la solución que la doctrina ha ido otorgando a los distintos supuestos de indemnización de daños, y a cuarenta años de las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹¹ advertimos que son tantos los casos en que la responsabilidad es objetiva, que aquella regla general de la culpabilidad como factor de atribución ha pasado a ser minoría¹².

"La responsabilidad-culpa nació de la conciencia del hombre de crear la materia; la responsabilidad-riesgo deriva del hecho de no dominarla más; entonces se habla ahora más de la víctima y de los daños que del responsable de esa culpa"¹³.

¹⁰ ORGAZ, Alfredo, "La culpa", cit., pág. 189.

¹¹ V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario en 1971, Comisión del Tema V "Fijación de los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil", en su 8ª recomendación dice: "El factor de atribución subjetiva, la culpabilidad, constituye la regla general de la responsabilidad civil".

¹² Se declaró la responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los productos elaborados (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986), por el daño ambiental o ecológico (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983); en la responsabilidad civil por la utilización de productos farmacéuticos y medicinales (Segundo Encuentro de las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Responsabilidad Civil por Productos Farmacéuticos o Medicinales, Morón, 1987); en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos (III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986), por daño informático (Comisión II, XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987).

¹³ SAVATIER, R., "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français"; MAZEAUD, H.

c) Los daños de la "era tecnológica": actividades riesgosas

Existen sectores neurálgicos donde la inadaptación de las reglas de la responsabilidad civil es particularmente evidente y llama a la reforma.

Hoy los grandes temas que centran nuestra atención y necesitan una revisión son los accidentes por la circulación de los automotores, los causados por los productos elaborados, los daños resultantes de la contaminación ambiental, la responsabilidad de los profesionales, el daño informático y los perjuicios que en el futuro ocasione la aplicación de la biotecnología. Éstas son manifestaciones típicas -las que hasta ahora conocemos- del impacto de la "era tecnológica" en la responsabilidad civil.

La mayor parte de las hipótesis de accidentes descriptos no entra dentro del esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la solución de responsabilidad objetiva por daños causados por cosas riesgosas o viciosas, hoy se funda la responsabilidad en actividades riesgosas.

El desarrollo de las anteriores etapas del crecimiento técnico permitió al derecho adaptarse con mayor rapidez y seguridad a las circunstancias dañosas que cada época presentaba, pero la aceleración de los fenómenos técnicos impide una rápida respuesta legal a los interrogantes que se plantean. Los sistemas ideados para rever la responsabilidad civil van desde la abolición total de su régimen actual, a los que -manteniendo el esquema tradicional- proponen modos de reforma que permitan contemplar los nuevos daños. Dice André Tunc: los juristas tratan de conservar puro el derecho de la responsabilidad civil, pero así se apartan de la realidad¹⁴. En una posición renovadora, Starck propicia la creación de dos sistemas distintos de responsabilidad: uno para los daños corporales por un lado, y el otro para los daños morales y daños económicos; para los primeros existiría un sistema de indemnización independiente de la culpa del autor. Esta opinión ha sido suscripta por modernos juristas extranjeros que arman un nuevo sistema de responsabilidad civil particular para los daños corporales¹⁵.

y L., "Traité de la Responsabilité Civile", t. I, 3^a ed., Bs. As., Ejea, págs. 64 y ss.

¹⁴ FRIEDMANN, W., "El derecho en una sociedad en transformación", México - Bs. As., Fondo de Cultura Económica, pág. 19.

¹⁵ VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions" en *Traité de Droit Civil*, Jacques Ghestin (dir.), Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1982.

Así como el daño en la etapa industrial era, preferentemente, el causado con intervención de cosas peligrosas, podemos decir que en la era posindustrial los siniestros pertenecen a las actividades riesgosas.

La finalidad de la responsabilidad civil no consiste en el descubrimiento del "verdadero" autor del hecho dañoso, sino en la fijación de un criterio gracias al cual se pueda sustituir la atribución automática del daño con un criterio jurídico.

Una concepción realista nos indica que el progreso tecnológico se acompaña de riesgos, que, como se ha visto, difícilmente pueden ser previstos o evitados. La doctrina italiana ha encontrado un excelente remedio en la aplicación del "riesgo de empresa", que a la vez de satisfacer la reparación de la víctima sirve como instrumento de racionalización del sistema económico.

Ricardo de Ángel Yágües, siguiendo las corrientes doctrinarias más modernas, señala que "ni siquiera el *tort* (el daño) es lo más relevante, sino que lo que adquiere importancia es el carácter social que *todos los daños* revisten, perspectiva de la que se habla simplemente de *accidentes*, con deliberada voluntad de posponer los rasgos jurídicos¹⁶.

La función de la responsabilidad civil ha pasado a la idea de "distribución" de la carga de los riesgos. Si bien ésta es la corriente dominante en el panorama actual, y numerosas escuelas centran su atención en fijar las bases para la distribución de los daños, creemos que la responsabilidad civil continúa atendiendo a otras finalidades que conviven con aquélla, las que trataremos de esquematizar en el capítulo siguiente.

II. Funciones del derecho de daños

El derecho de daños de la hora actual no tiene sus *roles* claramente definidos, debido a su falta de adaptación a la aceleración de los fenómenos técnicos¹⁷. André Tunc¹⁸ se refiere a "la situación patológica de la responsabilidad civil en los países industrializados".

¹⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación de daños)", Madrid, Civitas, 1995, pág. 17.

¹⁷ Cfr. TERRÉ, F., "Propos sur la responsabilité civile", en "Archives de Philosophie du Droit", t. 22, 1977, pág. 37; TUNC, André, "Rapport au colloque franco-germano-suisse

a) Por un lado, se constata un considerable aumento de los daños resarcibles como una de las tendencias actuales del instituto, en el que se llega a admitir la indemnizabilidad de los daños lícitos, prescindiendo de la antijuridicidad para situar la teoría del responder civil en el daño injustamente sufrido por la víctima (y no injustamente causado)¹⁹.

No obstante, en este tema, algún sector de la doctrina todavía es reacio a admitir la tendencia de alargar el campo de la reparación, aferrándose a la regla que reconoce como axioma general el resarcimiento solamente fundado sobre la responsabilidad²⁰.

El aumento de los daños indemnizables es evidente: ya nadie duda hoy en aceptar la resarcibilidad del daño moral, y los daños patrimoniales corporales o sobre los bienes se han ampliado cualitativa y cuantitativamente.

Dice Jorge Mosset Iturraspe: "Las antiguas fronteras de la responsabilidad civil exigían, para que se configurara el daño jurídico, la lesión a un derecho subjetivo o a una facultad (art. 1068), a un interés jurídicamente protegido; las nuevas, atentas a un derecho común de la humanidad, que va camino a ser 'fondo común de las legislaciones', consideran suficiente la lesión a intereses relativamente estables y ciertos, a intereses que no sean ilegítimos"²¹.

b) Pero, por otra parte, ese aumento o "explosión" de la responsabilidad civil no se corresponde con los principios y las funciones que se le asignan, y es por ello que el instituto debe ser revisado y actualizado.

En este momento él adquiere una importancia sin precedentes, está rodeado y penetrado por las instituciones que han modificado profundamente

sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile", en "Tort", 9^a ed., nro. 1, 1971, coinciden en fijar en la época industrial el momento en que la responsabilidad civil no puede responder a los complicados daños que se generan.

¹⁸ TUNC, André, "La responsabilité civile, Économica de la Coll. Études Juridiques Comparatives, París, 1981, pág. 3 y ss.

¹⁹ LÓPEZ OLACIREGUI, José M. "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", RDCO, año II, n° 64, agosto de 1978.

²⁰ TRIMARCHI, P., "Il diritto privalo nella società moderna", Milán; y TRABUCHI, cit. por BARCELLONA, Pietro, cit., pág. 292.

²¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado", Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1977, n° 1, pág. 143.

su diseño tradicional y ponen en cuestión sus funciones y su dominio²².

Geneviève Viney es una de las civilistas modernas que más ha investigado sobre el tema, pero previo a ese planteo la autora considera cuál es el lugar que debe ocupar el instituto y los objetivos que debe perseguir²³, y más aún si la responsabilidad tiene sentido hoy y cuál es su verdadero papel. Llega a la conclusión de que a pesar de los reparos de que ha sido objeto en los últimos tiempos, la responsabilidad conserva, todavía hoy, una vitalidad real.

a) Ámbitos en los que opera la finalidad de la responsabilidad civil

Las finalidades de la responsabilidad civil no pueden resumirse en un solo criterio: resultan del plexo de aspectos que debe satisfacer tanto en el contexto social como en atención de la víctima del daño. No creemos que la función pueda resumirse -como algunos sostienen- solamente en un modo de distribución de la carga de los riesgos, sino que ésta es sólo una de las finalidades que atañen a su cometido.

Los *roles* de la reparación de daños se desenvuelven en dos ámbitos:

1. Instrumento de regulación social

Hemos esbozado al comienzo de este trabajo el condicionamiento del ordenamiento jurídico por los niveles de conocimientos científicos y las técnicas creativas; se debe llegar a admitir que estos progresos tienen que producir un inevitable influjo en el desarrollo jurídico. "Esta correlación se da siempre que el avance técnico tenga proyección social"²⁴. Una de las formas de incidencia más importante que la ciencia ha producido en el campo del derecho privado, es la que aparece en el derecho de daños, donde se van contemplando nuevas realidades, perfilando tendencias que permiten vislumbrar prospectivas posibles en el futuro.

²² VINEY, Geneviève, ... citada en TUNC André en "La responsabilité civile" Economica, de la Coll. Études Juridiques Comparatives, Paris, 1981, pág. 7.

²³ VINEY, Geneviève, "Les Obligations...", t. IV, cit., 1982.

²⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)", Madrid, Cuadernos Civitas, Madrid, pág. 90.

Debemos admitir -con palabras de Julio Cueto Rúa- que el derecho no es sólo un sistema normativo, como tampoco sólo es valor, sino también es hecho. "...Además, el derecho es un instrumento de control social. Se lo considera como una suerte de aparato, de mecanismo que permite conducir el comportamiento social. Así gana una significación pragmática, valorable en términos de resultado, de eficacia, de utilidad"²⁵.

En este ámbito la responsabilidad civil desempeña las siguientes funciones:

*1.1. Prevención de comportamientos antisociales,
en la terminología de André Tunc²⁶*

El rol normativo de la responsabilidad civil se manifiesta, en principio, como una "incitación a evitar los comportamientos socialmente reprobables, pero se advierte aún que ella revela igualmente un aspecto positivo consistente en asegurar el respeto de los derechos"²⁷.

Autores de prestigio²⁸ también reconocen en la responsabilidad civil un medio de disuasión de comportamientos antisociales nocivos a la sociedad, y le asignan a ese papel un sentido general; es cuestionable si esa función tiene eficacia real en el plano individual, es decir, con relación al sujeto que causó el daño, porque la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y entonces los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos. En cambio, las condenas civiles, aunque sean individuales, pronunciadas en sentencias sobre responsabilidad profesional, conservan un efecto disuasivo real aunque ellas sean garantizadas por un seguro²⁹.

La acción de responsabilidad civil aparece -dice Geneviève Viney- como el medio para la afirmación de ciertos derechos, un medio de compeler,

²⁵ CUETO RÚA, Julio, "El derecho en la sociedad urbana e industrializada", en "Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados", n° 13, diciembre, 1970, pág. 17.

²⁶ TUNC, André, "La responsabilité civile", cit., pág. 135.

²⁷ VINEY, Geneviève, "Les obligations..." cit.

²⁸ VINEY, Geneviève, cita a TUNC, André, "La responsabilité civile et disuasion de comportements antisociaux", en "Mélanges Offerts a M. Ancel", págs. 407 y ss.; y el trabajo del mismo autor ya indicado.

²⁹ Dice la jurista francesa VINEY, Geneviève, "Les obligations..." cit., pág. 51.

de perfeccionar y de renovar el sistema jurídico existente. Dentro de esa función, es evidente que no puede ser suplida por los procesos de socialización directa de riesgos que de ninguna manera pueden jugar aquel rol.

Para la moderna corriente de pensamiento jurídico denominada "análisis económico del derecho"³⁰, la responsabilidad civil debe tener por objetivo la reducción de los costes de los accidentes.

Según esta postura el número o el coste total de los accidentes que existen en una sociedad dada es el producto de una decisión, más o menos explícita o más o menos consciente, de la propia sociedad. En la forma y el método de establecer esa cifra están implicadas consideraciones económicas y valores morales. La prevención supone técnicas muy elaboradas, que modernamente y a través de la escuela economicista del derecho se llevan a cabo mediante tres mecanismos³¹.

1ª Finalidad: reducción del número y la gravedad de los accidentes, que se logra mediante dos formas básicas:

1.1. prohibiendo actos específicos o actividades consideradas como causa de aquéllos: "prevención general", o método de mercado; y

1.2. encareciendo el ejercicio de esas actividades y, en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costos de los accidentes que provocan: "prevención específica" o método colectivo.

2ª Finalidad: reducción de los costos en función del coste social derivado de los accidentes. Una vez producido el siniestro la fórmula que se establece para indemnizar a la víctima tiene una importancia crucial; esta reducción secundaria se logra mediante el efecto de fraccionar los daños o pérdidas producidos por el accidente mediante el sistema de seguridad social.

3ª Finalidad: reducción administrativa del tratamiento de los infortunios y evaluación de los métodos de disminución de gastos para no generar una burocracia que aumentaría indirectamente los costes.

Las propuestas de Guido Calabresi -que hemos sintetizado- dirigidas a la función de reducción de los accidentes, conciernen a la política que cada sociedad debe asumir para prevenir comportamientos antisociales.

³⁰ BISBAL, Joaquín, en el "Prólogo" de la obra de CALABRESI, Guido "El coste de los accidentes. Análisis jurídico y económico de la responsabilidad civil", Barcelona, Ariel, 1984.

³¹ CALABRESI, Guido, "El coste de los accidentes..." cit., pág. 11.

La Ley Francesa del Tránsito³², entre otros aciertos plausibles, se propone la aceleración del resarcimiento mediante la disminución de litigios, y con ese fin impone al asegurador del vehículo "implicado" -terminología propia de la ley- hacer una oferta de transacción a la víctima de daños corporales y morales en un plazo imperativo³³.

En fin, Ricardo de Ángel Yáguez -citando a Pantaleón Prieto- concluye su libro³⁴ diciendo que lo característico del tiempo presente consiste, precisamente, en el hecho de que hoy no cabe hablar de "una" función de la responsabilidad civil, sino de las que esta venerable institución está llamada a desplegar... que son las que se encaminan a responder -de forma armoniosa en el conjunto del sistema- a la eterna pregunta de qué debe suceder cuando causamos un daño.

1.2. Distribución de la carga de los daños

Es evidente en los últimos tiempos un proceso gradual de socialización de los riesgos, que coincide con la diversidad de fundamentos de la responsabilidad.

La tendencia continua hacia la objetivación del derecho de daños en general, y en particular las numerosas articulaciones de sistemas amplios de seguridad social, han obligado a plantear problemas tales como los límites o topes de la responsabilidad objetiva (limitación del daño) o la eficiencia de los sistemas de indemnización extrajudicial por medio del seguro.

Los más entusiastas ven en un futuro cercano la desaparición de la responsabilidad civil, sustituida por un sistema de seguridad social y legislación asistencial; esa compensación equitativa de las víctimas se lograría

³² La Ley Francesa del Tránsito promulgada el 5/7/1985, sustentada en algunas de las ideas del "Proyecto Tunc", persigue varios objetivos: a) proteger a la víctima o a cierto tipo de perjudicados; b) simplificar algunos trámites que impone el sistema de responsabilidad; c) permitir un resarcimiento rápido, especialmente por una invitación imperativa a la transacción dirigida al asegurador.

³³ CHABAS, François, "La Ley Francesa del Tránsito después de seis meses de vigencia", L.L., 1986-D-861; dice: "Los especialistas consideran que eso representa la parte más importante de la ley. El número de los procesos provocados por los aseguradores era considerable: treinta veces más grande en Francia que en Alemania o Escandinavia; doce veces más que en Italia. El contencioso no podía ser suprimido; pero disminuirá en razón de las sanciones enormes que amenazan a los aseguradores".

³⁴ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, "Algunas precisiones..." cit., pág. 229.

mediante los ingresos fiscales del Estado que asumiría el costo de los daños causados.

Se han formulado tantas teorías sobre la asunción de la carga de los riesgos como autores han incursionado en el tema de la socialización de los daños, sea para instaurar el seguro forzoso en las actividades de máximo riesgo, sea para eliminar la responsabilidad como criterio de imputación del daño y transformarlo en un sistema de seguridad social integral.

Para resolver estas cuestiones Calabresi³⁵ opina que es necesario previamente contar con una teoría general de la responsabilidad civil, y como ésta no existe es poco probable que todos los proyectos elaborados en torno a la seguridad social en esta materia puedan traer conclusiones satisfactorias.

Se suele acudir como ejemplo óptimo al sistema de Nueva Zelanda³⁶, que aportó al problema de los accidentes una respuesta sin precedentes mediante un fondo público de indemnización de víctimas que hizo inútil toda innovación en materia de responsabilidad civil³⁷.

El efecto del seguro sobre el derecho de daños producirá, por un lado, cierta "ampliación de la responsabilidad", pero, paradójicamente, por otro, conducirá a la "contracción del campo de aplicación" en tanto su función admonitoria se vería restringida por la existencia misma del seguro³⁸. El resultado sería que, para una esfera muy limitada, el derecho de daños se acercaría más al derecho penal al sancionar la conducta inmoral, mientras que para la inmensa mayoría de accidentes debidos a las circunstancias

³⁵ CALABRESI, Guido, "El coste..." cit., págs. 43 y ss.

³⁶ Este sistema de compensación de accidentes entró en vigencia el 1-IV-1974; en su art. 5° se refiere al campo de aplicación de los daños corporales: la víctima o sus herederos son indemnizados automáticamente por un fondo financiado por el Estado sin necesidad de intentar la acción por responsabilidad civil. Suecia también ha orientado su método de compensación en la seguridad social que ha tornado prescindible el sistema de responsabilidad civil en cuanto al resarcimiento de los daños corporales.

³⁷ TUNC, André, "La responsabilité civile..." cit., págs. 145 y ss.

³⁸ FRIEDMANN, W., "El derecho en una sociedad en transformación" cit., pág. 179, opina que "el crecimiento incesante del principio de la responsabilidad social por daños no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, aeroplanos o a la amenaza de desempleo" (pág. 143).

sociales modernas la indemnización podría convertirse francamente en una cuestión de responsabilidad estricta o ser reemplazada por el seguro³⁹.

Desde el punto de vista de la víctima, el sistema ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio⁴⁰; la aparición del seguro, de la seguridad social, de los regímenes de garantía estatal, indican la evolución de la responsabilidad civil a otra forma de reparación colectiva o de socialización de los daños.

Una propuesta singular consiste en un sistema de responsabilidad social sobre la formación de una nómina taxativa de grandes flagelos sociales contra los que el hombre común no puede luchar; el Estado asume la prevención de los daños de la era tecnológica y la asunción de la carga de esos riesgos en función de la nocividad de las actividades altamente dañosas⁴¹.

En nuestro país la doctrina civilista reclamó en los últimos encuentros de la especialidad la instauración del seguro obligatorio para ciertas formas modernas de dañamiento y un fondo de garantía para asegurar a la víctima el cobro de la indemnización⁴².

1.3. Garantía de los derechos del ciudadano

André Tunc reconoce a la responsabilidad civil otra función: la garantía que otorga a los ciudadanos respecto a su integridad personal lo mismo que a sus bienes y sus derechos, "la idea de garantizar los derechos de los ciudadanos ha jugado un rol incontestable dentro del derecho de daños que constituye ciertamente una de sus funciones"⁴³.

³⁹ SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", 4^a ed. act., Madrid, Montecorvo, 1986, pág. 9.

⁴⁰ VINEY, Geneviève, "Le déclin de la responsabilité individuelle", París, LGDJ, 1965.

⁴¹ Esta propuesta pertenece a Francis Caballero en Francia en 1979,

⁴² ALTERINI, Atilio A., "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, págs. 35 y ss.. Las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Roberto H. Brebbia trataron en la Comisión III, sistemas de protección a los damnificados por actividades riesgosas o peligrosas; en su rec. 3^a, declararon: "A fin de brindar protección eficaz a las víctimas deberán implantarse regímenes de seguro obligatorio en los supuestos de daños causados por actividades o cosas riesgosas", rec. 4^a "El seguro obligatorio debe garantizar las indemnizaciones por muerte y daños corporales y espirituales".

⁴³ TUNC, André, "La responsabilité..." cit., págs. 149 y ss.

Guido Alpa también le asigna el valor de una finalidad esencial: "Las normas del Código concernientes a la responsabilidad civil, interpretadas e integradas en un sistema racional de indemnización, operan como una 'función de garantía', es decir, en resguardo del individuo de la acción de terceros, de las lesiones que devienen del ejercicio de las actividades de otro"⁴⁴.

El Consejo Constitucional francés reconoció expresamente ese carácter al principio del resarcimiento de los daños fundado en la prohibición de no dañar los derechos de otro⁴⁵.

2. *Indemnización de la víctima*

La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil.

Históricamente no ha sido la primera función: en las sociedades primitivas la falta aparecía como una ruptura del orden social y hasta del orden cósmico. Pero a medida que el ilícito civil se separó del crimen y del pecado, fue ganando su identidad propia y la indemnización de la víctima devino uno de sus objetivos fundamentales.

La mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no solamente podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad.

La debilidad de la víctima de daños no consiste en su inferioridad económica sino en la indefensión frente a las fuentes modernas de los daños tecnológicos: la víctima de accidentes nucleares, del daño ecológico, de la intromisión en la vida privada por sofisticados medios, la víctima de los daños de la biotecnología, de los productos de consumo masivo..., no posee los recursos necesarios para repeler y reaccionar contra los elementos tecnológicos causantes del daño.

A ese débil del derecho de hoy (en la terminología de Josserand)⁴⁶ lo

⁴⁴ ALPA, Guido, "La responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives", en "Revue Internationale de Droit Comparé", año 39, nro. 4, octubre - diciembre de 1986, pág. 1101.

⁴⁵ Una sentencia del Consejo Constitucional francés del 22-10-1982 declaró: "Tiene carácter constitucional el art. 1382 del Código Civil (similar a nuestro art. 1109, Cód. Civ.) porque no teniendo nadie el derecho de dañar a otro, el que lo hace tiene obligación de reparar".

⁴⁶ JOSSERAND, Louis, "La protección de los débiles por el derecho" en "Revista de

protege el sistema de responsabilidad civil elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, que adecua el derecho de daños a la realidad, para subsanar las falencias que en ese aspecto presentaba el Código Civil argentino.

La más reciente doctrina italiana que tiene por principales sostenedores a Scognamiglio, Trimarchi, Rodotà, ha delineado una tendencia distinta de aquella fundada en la culpa o en el acto ilícito, afirmando que la clasificación de la conducta (culpable o ilícita) no es el objeto del juicio de responsabilidad.

El fundamento de la indemnizabilidad no está en el acto ilícito sino en el hecho dañoso. Con una fórmula resumida se podría decir que el resarcimiento en sentido sustancial significa "imputación del resultado dañoso a un sujeto". La secuencia a que se hace referencia se puede describir así: evento dañoso... responsabilidad... obligación de resarcimiento⁴⁷.

El factor dinámico determinativo del proceso de imputación es el daño causado a otra persona, pero "para que el daño funcione como excitante de la imputación es menester que invista una calificación: la de ser injusto"⁴⁸.

Esta posición -que comparto- es sostenida implícita o explícitamente por nuestros más calificados juristas: Alterini, Kemelmajer de Carlucci, Bueres, López Cabana, Parellada, Gherzi, Goldenberg, Zannoni, Stiglitz -entre otros-, quienes al centrar la reparación en el elemento del daño, ubican la teoría del responder no en la existencia misma del acto ilícito, sino en el "acto dañoso" y la "reparación de los daños".

La responsabilidad civil en nuestros días presenta diversas tendencias que, como objetivo terminal, llevan todas a la finalidad esencial, que es la protección de la víctima.

Una de esas directivas consiste en la ampliación de los daños resarcibles: el daño moral es decididamente aceptado, el daño lícito trae obligación de resarcir, y, entre otros, cobra importancia el denominado "daño a la vida de relación" o "daño a la actividad social"⁴⁹.

derecho, jurisprudencia y administración", Montevideo, diciembre de 1947, pág. 313 y ss.

⁴⁷ SCOGNAMIGLIO, R., voz "Responsabilité civile" del "Nuovissimo Digesto Italiano".

⁴⁸ LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "Notas..." cit., pág. 54, afirma que es el daño injustamente causado el que provoca la reacción del ordenamiento jurídico, que consiste en imponer al autor una indemnización mediante la cual se realiza el mecanismo de retorno a la víctima.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas Fronteras..." cit., pág. 143.

Otra tendencia de la responsabilidad civil de nuestros días es el gradual proceso de socialización de los daños, sea mediante el seguro obligatorio o la seguridad social, beneficios éstos que aseguran a la víctima la eficacia del cobro.

El aumento de los factores de atribución incorporados expresa o implícitamente al Código Civil por la reforma de 1968, como el riesgo, la equidad, la normal tolerancia entre vecinos y los que la doctrina ha asumido como la garantía, el abuso de derecho, la solidaridad social⁵⁰, dan a la víctima de daños otros fundamentos para el reclamo de la indemnización que mejoran su situación en tanto no exigen la prueba puntual de la culpa como en el fundamento subjetivo.

La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil se ha reconocido -además de la consagrada por el art. 1113, 2ª parte, 2º párr., CCiv. modificado por la ley 17.711- en las jornadas y congresos de la especialidad: en los daños ocasionados por productos elaborados, en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, en el daño ecológico, en el daño informático, en el daño por productos medicinales o farmacéuticos⁵¹ y en las reglamentaciones vigentes y estatutos especiales que contienen esa solución para el daño nuclear⁵² y los causados a los terceros en la superficie por cosas arrojadas o caídas de aeronaves⁵³. La víctima de daños en el sistema de responsabilidad objetiva sólo tiene que probar -en principio- la existencia del daño, la conexión causal entre la cosa y el daño, y la calidad de dueño o guardián de dicha cosa en el demandado⁵⁴.

Se ha aumentado considerablemente la posibilidad de reclamar, ensanchándose el campo de los legitimados activos. Una aplicación concreta de esta tendencia es la facultad conferida a los damnificados por el daño ambiental: la Constitución Nacional reconoce la protección de los intereses

⁵⁰ La Constitución española y la Constitución italiana consagran expresamente el principio de solidaridad social.

⁵¹ MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. "La responsabilidad civil en la era tecnológica", Abeledo Perrot, 3ª ed. actual, Año 2012, capítulo XII, punto III.

⁵² Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Accidentes Nucleares de 1963, ley 17.048.

⁵³ Cód. Aeronáutico, ley 17.285.

⁵⁴ Esta es la opinión de LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Bs. As., Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 2570 y ss.; y Código Civil Anotado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, comentario al art. 1113, CCiv.

difusos y autoriza a reclamar a cualquier miembro de la sociedad, sin perjuicio de legitimar a los cuerpos intermedios.

Ante un hecho dañoso aparece frente a la víctima -facilitando la posibilidad del cobro- un amplio abanico de legitimados pasivos que responderán unas veces solidaria y otras concurrentemente.

Otra tendencia es la aligeración a la víctima de la carga de la prueba, porque en la práctica ello va ligado a la facilitación del trámite de acceso a la justicia.

Por otro rumbo esa facilitación de la carga de la prueba a cargo de la víctima se consigue con las presunciones de causalidad -cada vez más numerosas- en cuyo caso la víctima sólo debe probar el daño e indicar quién lo causó -la autoría- para presumirse la responsabilidad basada en la causalidad⁵⁵.

Contemporáneamente estamos asistiendo también a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en la prevención y evitación de los daños, dando posibilidad al justiciable de requerir la paralización de la actividad antes de que genere el ilícito⁵⁶.

La certeza del cobro de la indemnización por parte de la víctima está asegurada -entre otros mecanismos- con la invalidez de la abreviación convencional del plazo de prescripción⁵⁷ y la nulidad de las cláusulas limitativas

⁵⁵ Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Doctor Roberto H. Brebbia (Rosario, 1986), rec. 1ª de la Comisión II: "La existencia de presunciones contra el sindicado como responsable, constituye un mecanismo tendiente a facilitar al damnificado la obtención del resarcimiento"; rec. 3ª: "la relación de causalidad se refiere tanto a la autoría del daño (quién lo causó), como a su adecuación (de qué consecuencias se responde)"; rec. 7ª: "Las presunciones 'de responsabilidad' o 'de causalidad' se destruyen probando la interrupción del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la propia víctima), salvo casos especiales".

⁵⁶ La Resolución 39/248 de abril, 1985, de la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó directivas de protección al consumidor instando a los gobiernos a una política enérgica a fin de garantizar que los productos sean inocuos -citado por ALTERINI, Atilio A. en "Contornos..." cit., págs. 24 y ss.- donde trae importantes referencias al Proyecto del Senado sobre protección al consumidor y otros estatutos que contienen prescripciones puntuales en el tema de la evitación y prevención de los daños y desmantelamiento de su causa.

⁵⁷ Es prohibida la abreviación convencional del plazo de prescripción, a lo que la Ley de Seguros (17.418) agrega en el art. 59 la fijación de un plazo de caducidad para interponer la acción judicial.

de responsabilidad⁵⁸. La creciente preocupación de la doctrina por contemplar y reglamentar los contratos de contenido predispuesto y con condiciones generales⁵⁹ que se ha plasmado en la ley 24.240, obedece a la vocación actual del derecho por restituir el equilibrio frente a la contratación desigual.

La prevención de los daños en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

La ley N° 26.994/2014 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Argentina, ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y ha determinado que esa área del derecho tiene dos finalidades: la *prevención* y la *reparación* de los daños (art. 1708 del CCC) porque sabemos que hay daños como los inferidos a la persona o al ambiente, entre otros, cuyo desmantelamiento es imposible, así como la vuelta al estado anterior al daño.

La prevención constituye una función primaria de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial; en ello, nos apartamos del concepto de nuestro antecedente del derecho civil francés, para cuyo sistema de responsabilidad sólo existe la reparación cuando el daño se ha producido, y reserva a las normas administrativas y penales, la función preventiva.

Hay daños, como el que se verifica en la persona humana o en los bienes de incidencia colectiva, que no tienen retorno; la degradación de esos bienes impide la recomposición al estado anterior, por ello la función de prevención es prioritaria y está garantizada en el nuevo CCC en la sección 2ª “función preventiva y punición excesiva”, arts. 1710 a 1715. La obligación de prever el daño corresponde a cualquier persona, que el nuevo Código tipifica como *deber*, sea tanto para evitar un daño, como adoptar medidas razonables para disminuir su magnitud, o no agravar el daño que ha comenzado a generarse.

⁵⁸ STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel A., "Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta", L.L., 1984-D-Secc. Doctrina, pág. 995.

⁵⁹ VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), rec. 3-A, Com. II, se reclamó regulación normativa de los contratos predispuestos y la incorporación al Código Civil del principio de protección al más débil en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985).

Para garantizar esta función preventiva, el nuevo CCC pone en manos de quien acredite un interés razonable en la prevención (art. 1712), la *acción preventiva* (art. 1711), cuando “una acción u omisión antijurídica hicieran previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Concordantemente, la nueva legislación civil ordena que el juez que haga lugar a la acción, deberá dictar a pedido de parte o aun de oficio, una sentencia que, en forma definitiva o provisoria, disponga una obligación de dar, de hacer o de no hacer (art. 1713) según corresponda con el hecho que esté previendo el acaecimiento de un daño... “debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Este criterio prudente que debe observar la sentencia, es en la medida que estaría resolviendo sobre acciones futuras, que podrían poner en peligro la persona o lo bienes de otro; por ello, en función de poner un límite a la exacerbación de las diversas medidas de prevención judicial sobre un mismo caso, el art. 1714 se refiere a la punición excesiva, autorizando al juez a dejar sin efecto o morigerar las diversas penas impuestas (art. 1715 CCC).

Las tendencias modernas en el derecho de daños nos demuestran que su objetivo primordial es la protección de la víctima, función primera de la responsabilidad civil que hoy se ve acrecentada y privilegiada por la debilidad del hombre común, el ciudadano "pequeño", el hombre necesitado y falto de experiencia en muchos quehaceres, el que vive y padece la vulnerabilidad de la era tecnológica⁶⁰.

⁶⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Nuevas fronteras...” cit., pág. 137.