

INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS

1.1. Alterum non laedere

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber como comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño¹. Por eso Ricardo de Angel Yáguez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.² El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona³. La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal⁴.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice De Cupis una reacción del derecho para facilitar la represión del daño⁵. Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde, tal como veremos más adelante. De todos modos las excepciones a la indemnizabilidad del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera inconveniente que la víctima no sea compensada de algún modo.

1.2 Fundamentos de la obligación de responder

Ahora bien, ¿porqué se debe responder cuando se causa un daño? La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan los autores “en el *principio de justicia* que impone la necesidad de

¹ Esto nos permite diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad moral cuando se viola un precepto religioso, por ejemplo se comete un pecado de pensamiento o se viola un mandamiento religioso que no causa daño a nadie (inasistencia a celebración religiosa, codicia de bienes ajenos) o un deber moral que no es un deber jurídico (no se paga una deuda prescripta). Se trata de “acciones privadas ... reservadas sólo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” como dice el art. 19 de la Constitución. Pero cuando se daña a un tercero y aparece la responsabilidad civil, lo más común es que también haya responsabilidad moral, como por ejemplo en el homicidio o el robo.

² Angel Yáguez, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

³ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la segunda acepción de responsabilidad es “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”; a su vez la primera acepción de responsable no puede ser más ilustrativa: “obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona”.

⁴ Alterini por ejemplo comienza su tesis doctoral diciendo: “La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción. Como orden coactivo, el derecho organiza un sistema de sanciones, esto es la atribución de una consecuencia a la infracción de los deberes jurídicos; tal consecuencia significa un disvalor para quien es pasible de ella. En el plano de la responsabilidad por reparación de daños la sanción estriba en una mengua patrimonial que –a favor del damnificado– se impone al responsable, y tiene causa en el daño inferido al derecho subjetivo ajeno”. Alterini Atilio A. *Responsabilidad civil. Límites a la reparación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 15-16.

⁵ De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 82.

restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente”⁶, o en que “la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental *exigencia ética* ...”⁷, afirmaciones que son todas correctas no pudiéndose discutir su acierto dada su obviedad. Sin embargo, si bien es justo y ético indemnizar cuando se causa un daño, esas fundamentaciones siempre nos parecieron insuficientes. Por ello hemos buscado además los fundamentos filosóficos y económicos de la responsabilidad civil los que exponemos a continuación

1.2.1. Fundamentos filosóficos

Nuestros autores no suelen interesarse por los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Sin embargo es claro que la justicia conmutativa y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar, sobre todo porque en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostración de culpa, también llamada objetiva.

La cuestión ha motivado gran preocupación en los juristas del *common law*. Así por ejemplo para el profesor del Chicago-Kent College of Law, Richard Wright⁸, dos son las grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños. Una la teoría utilitaria, derivada principalmente de las enseñanzas de Jeremías Benthan y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (*aggregate social welfare*) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (*compensation and deterrence*). 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 estas teorías lo encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades sumamente riesgosas, p. ej. navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual quienes sufran daños por estas actividades deben percibir una indemnización no integral. De no ser así esas actividades directamente pueden no desarrollarse y esto trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral. En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro.

La otra gran teoría para Wright es la teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una “justa” compensación y disuasión (*just compensation and deterrence*).

Para Kant la doctrina del derecho (*doctrine of Right*) enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima “actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal”. Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente.

La concepción de Aristóteles al igual que la de Kant es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres. Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. Esta distinción fue desarrollada con más refinamiento por los primeros pensadores de la Iglesia, conocidos como la patrística hasta llegar a Santo Tomás de Aquino.

La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un aspecto positivo a tener acceso a esos recursos. En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Es este tipo de justicia el fundamento también de la responsabilidad por el hecho de otro, conocida en el *common law* como *respondeat superior* o *vicarious liability*.

⁶ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 8ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 79. La cursiva de la cita es nuestra. En el mismo sentido Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Obligaciones*, T. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 164.

⁷ Angel Yáguez, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. cit. p. 21.

⁸ Wright, Richard W, “Righth, Justice and Tort Law”, publicado en *Moral Foundations of the law of Torts*, Oxford University Press, 1995.

La justicia conmutativa o correctiva, en cambio tiene que ver con la interacción entre individuos y sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible con el principio de la absoluta e igual libertad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Al revés de la justicia distributiva, la justicia conmutativa se relaciona con un aspecto negativo que da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos. Este tipo de justicia se corresponde claramente con la función compensatoria.

El punto donde ambas clases de justicia convergen al igual que en la teoría kantiana es que todas parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres. La igualdad, como la libertad es uno de los principios rectores del derecho privado.

1.2.2. Fundamentos económicos

Otra respuesta complementaria al porqué de la obligación de indemnizar lo hemos encontrado en el análisis económico del derecho⁹, corriente de pensamiento nacida en Estados Unidos e Inglaterra, extendida ahora por todo el mundo y que sostiene que es posible analizar las reglas jurídicas en consonancia con las económicas, y demostrar en la mayoría de los casos su eficiencia económica y en los casos en que esto no sucede, proponer su reformulación.

El análisis económico del derecho parte de la base de que el individuo es un ser racional, pero que esa racionalidad la aplica al ámbito económico y guía sus pasos en la asignación de recursos¹⁰. En ese sentido la hipótesis de que se parte es conocida como individualismo metodológico, definido como “la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo”¹¹. Además el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el estado o el principal o garante. Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una *externalización*, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación¹², al ser difusos y no reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se *internaliza*, es decir es asumido por quien causa el daño.

Por ejemplo en el diario La Gaceta del 2.5.04 podemos ver una información que dice que en Tucumán las enfermedades respiratorias triplican a la media nacional por la contaminación ambiental. Esto significa que el ahorro que realizan los productores, o los dueños de automóviles y colectivos, por la falta de medidas para no polucionar, la terminan pagando individualmente las personas alérgicas cada vez que se enferman, las obras sociales que cubren estas dolencias, el estado a través de los hospitales, etc. En realidad no hay ningún ahorro porque lo que no se gastó en prevención se gasta en curación de enfermedades (cuando la víctima puede ir al hospital y siempre y cuando su padecimiento sea tratable). La responsabilidad civil puede ser una herramienta –no la única ni necesariamente la mejor– para corregir este tipo de situaciones.

Como vemos en un caso el dañador toma algo que no le corresponde sin pagar lo que vale (externalización), y en el otro caso debe hacerlo (internalización). ¿Cuál es la diferencia? El análisis económico del derecho parte de la base que la situación óptima es la que se produce cuando las partes negocian privadamente entre sí y que cuando menos costos y trabas legales existan la negociación arrojará resultados óptimos¹³. La diferencia es que

⁹ Se señalan como antecedentes del análisis económico del derecho a las obras del penalista italiano Beccaria y del filósofo inglés Bentham, pero lo cierto es que los antecedentes más próximos datan de los años 60 cuando Ronald Coase publica su famoso teorema en *The problem of social cost*, Gary Becker su artículo *Crime and punishment: an economic approach*; Guido Calabresi, *The cost of accidents*, y más tarde Richard Posner, *The economic analysis of law*. Tanto Coase como Becker recibieron el reconocimiento de la academia sueca con el premio nobel.

¹⁰ Una definición muy simple de racionalidad la brinda Posner cuando dice que consiste en “elegir los mejores medios para conseguir los propios objetivos buscados”. Posner, Richard, “Rational choice, behavioral economics and the law”, en *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1551.

¹¹ Schäfer, Hans Bernd; Ott, Claus, *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 61. Esto es lo que se conoce como REMM (Resourceful evaluating maximising man)

¹² La limpieza del aire o el agua, las enfermedades respiratorias, u otras enfermedades que se producen para dar algún ejemplo.

¹³ Esto es lo que descubrió Ronald Coase, premio Nobel 1991, autor del famoso teorema que lleva su nombre según el cual cuando los costos de transacción (de negociación, identificación del responsable, costos judiciales, dificultad de estimar el valor de cosas o

cuando se produce un daño las partes pudiendo, al menos muy teóricamente, haber negociado su costo de antemano no lo hicieron, debe entonces recurrirse a una ficción de lo que hubiera sido la transacción en el mercado¹⁴. Corresponde entonces al Juez al valuar el daño calcular por cuanto hubiera estado una persona dispuesta a desprenderse de tal bien, sea material o inmaterial. Es el mismo sistema que tenemos visto desde otro ángulo.

Así por ejemplo en los ilícitos culposos (y más aún en los intencionales) los costos de transacción son altos. El conductor de un automóvil no sabe muy bien a qué peatón puede atropellar, pero aún suponiendo que en un pueblo hubiera pocos peatones y que este conductor los conociera, se encontraría con otro fundamental escollo como es saber a qué valor están dispuestos los peatones a vender las lesiones de sus piernas, su brazos, o su vida misma; y aún si este increíble contrato se diera habría todavía que sortear el obstáculo de la ejecución judicial donde el contrato podría ser declarado nulo por violación del orden público. Es imposible que el conductor internalice voluntariamente estos costos mediante acuerdos privados, entonces estas externalidades deben ser internalizadas, perdón por la redundancia, por los victimarios indemnizando a sus víctimas por sus actos. Por eso Cooter dice que “la esencia de la responsabilidad de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados”¹⁵.

2. BREVE RESEÑA HISTORICA

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas según el tiempo a que nos estemos refiriendo.

En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba. El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes. La venganza dice Martínez Sarrión, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir”¹⁶. La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como hemos señalado. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.

Más adelante se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la ley de Moisés¹⁷ y se resume en la archiconocida frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente. El Talión fue tan importante que se dice que: “ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños,

daño moral por ejemplo) son igual a cero, cualquiera sea la regla de responsabilidad (responsabilidad objetiva, subjetiva) el resultado es siempre el mismo. Como se ve tienen obvias vinculaciones con la teoría liberal según la cual mientras más directa y con menos intervenciones sea la actividad y negocien las partes, tanto mejor.

¹⁴ Jorge Bustamante en un artículo muy citado por la doctrina argentina lo explica de la siguiente forma: “Cuando la economía analiza un sistema de responsabilidad civil lo hace teniendo en ese modelo de mercado para intentar “mimetizarlo” a través del derecho, que suple así una negociación que no fue posible por los prohibitivos “costos de transacción”. El análisis económico intenta ofrecer un método para determinar cuáles deberían ser los criterios jurídicos para alcanzar el mismo resultado que hubiese sido convenido a través de una negociación previa, pues este acuerdo hubiera realmente reflejado los costos y beneficios de cada parte y lo que cada una hubiera pedido de la otra para llevar a cabo la actividad que, en definitiva, se realizó unilateralmente, imponiendo costos no aceptados a la víctima. Bustamante, Jorge Eduardo, “Análisis económico de la responsabilidad civil” en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Director: Alberto Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 172.

¹⁵ Cooter, Robert; Ulen Thomas, *Law & economics 3^{ra} ed*, Addison Wesley Longman, New York, 2000, p. 290,

¹⁶ Martínez Sarrión, Angel, “La evolución del derecho de daños”, en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

¹⁷ En el libro del Exodo 21:23 dice: “Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.

limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre.”¹⁸

Así por ejemplo en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes.

En la Biblia en el libro del Exodo 21:37 tenemos un ejemplo de estos daños múltiples o talión: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”. Igualmente también se individualiza al autor del daño quien es responsable de la pena.¹⁹

Tiempo más tarde los hombres advirtieron que el sistema del Talión no era el mejor sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado su ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciega como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes²⁰.

En el primitivo derecho germano, también sucedió lo mismo aunque en el medio se legislaron ciertas penas infamantes, como ser cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimirlas con dinero.²¹ Luego la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, no permitiéndose ya la opción. El *quantum* de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior.

Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

2.1 El derecho romano

A nuestro juicio el derecho romano es el mayor legado que este pueblo extraordinario hizo a la humanidad. Pensamos esto porque creemos que la identidad cultural de Occidente se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano. Pertenece a Occidente y no seríamos quienes somos sin el derecho romano.

En el primitivo derecho romano en la Ley de las XII Tablas²² también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI.2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido (Tab. VII.18); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tab. VIII.19).

¹⁸ Martínez Sarrión, Angel, “La evolución del derecho de daños”, cit. p. 23. Más adelante el mismo va más allá y califica al Talión como un “giro copernicano” que “no sólo incide en el derecho, sino que deja sentir su benéfico influjo en la dulcificación de los sentimientos sociales, posibilitando un planteamiento más en consonancia con la adecuación *delito=sanción=reparación*, y con ello la ruptura del automatismo que impedía la apreciación de los factores modificativos de la responsabilidad.”

¹⁹ Así por ejemplo el libro del Deteronomio 24,16 dice: “No serán ejecutados los padres por las culpas de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado.”

²⁰ En la ley de las XII Tablas, ley 2 de la tabla VII, se legisla “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” es decir que ante la lesión de una parte del cuerpo y no hay arreglo, recién se aplica el Talión. ar un ejemplo “si

²¹ Martínez Sarrión, Angel, “La evolución del derecho de daños”, cit. p. 41. Incluso durante un tiempo parte de esta composición iba a parar a manos del municipio.

²² La ley de las XII tablas para los hermanos Mazeaud “representa una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una *poena*; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización.” Mazeaud Henri y León; Tunc André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1977, T.I. p. 39.

La ley Aquilia²³ es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. Era como lo dice un profesor europeo un talión económico²⁴, lo cual también era un gran avance.

Esta ley constaba de tres capítulos de los cuales nos interesa destacar el primero y el tercero, ya que el segundo como lo dice el mismo Digesto cayó pronto en desuso. El primer capítulo dice que “quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año”.

El tercer capítulo dice: “respecto de las demás cosas, fuera del esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximos²⁵”.

Tanto en el primer capítulo como en el tercero la palabra que se destaca es “injusto o injusticia”. El Digesto explica que por “injusticia” debe entenderse “no como cualquier clase de ofensa, como respecto a la acción de injurias sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa. De ahí que entendemos aquí *por injuria el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*”.²⁶

Las vías procesales de hacer valer los derechos de la ley Aquilia eran las acciones útiles y las acciones *in factum*. Esta última acción la concedía el pretor en ejercicio de su *imperium* aunque no se encontraran garantizadas en su edicto o no coincidían con las exactas palabras de la ley, pero que correspondían en vista a las particularidades del caso. Por medio de las acciones útiles se extendió la acción a personas ajenas al propietario²⁷. Se observa, salvando las distancias, una similitud en la concesión de las acciones *in factum*, con la concesión de acciones *in equity* (de equidad) del *common law*, como veremos más adelante.

Según Díez Picazo, quien sigue a Dernburg el panorama de los tipos de daños intencionales que reconocía el derecho romano puede ser resumido del siguiente modo. 1. *Damnum iniuria datum*: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales luego se amplió para hechos culposos. 2. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros. 3. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño. 4. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo (*corpore*) los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado. 5. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado.

Además de estos reseñados actos intencionales, el derecho Justiniano reconocía la categoría de cuasidelitos entre los que pueden mencionarse²⁸: *si iudex litem suam fecerit*²⁹; *positum et suspensum*³⁰; *effusum et deiectum*³¹; *receptum, nautae, cauponae et stabulari*.³²

²³ Digesto de Justiniano, 9.2.1

²⁴ Jansen, Nils, *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*, working paper n° 128, Barcelona, abril de 2002, en www.indret.com

²⁵ Digesto de Justiniano, 9.2.27

²⁶ Digesto de Justiniano, 9.2.5

²⁷ Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66,67.

²⁸ La siguiente enumeración ha sido tomada de Díez Picazo y Bustamante Alsina.

²⁹ Si el Juez hace suyo el proceso. Cuando el Juez no ha fallado conforme a derecho sino que su sentencia es inicua por su culpa o dolo, debe el magistrado indemnizar el daño. El error judicial como vemos ya era conocido y sancionado por los romanos.

³⁰ Si en un edificio o casa hay objetos suspendidos o colgados de manera que si caen a la calle causan daños.

Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado de Roma, no puede decirse con propiedad que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad. Los casos que se iban sucediendo según los hermanos Mazeaud³³ se trataban uno a uno, “decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma”. Podemos decir sin temor a equivocarnos que se trataba de un sistema de tipicidad de daños. En lo que nos interesa destacar los romanos también delinearon los conceptos de acto ilícito³⁴ y reparación integral.³⁵

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados. Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos. Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. De ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores. Los más conocidos son Bartolo y Baldo. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal. También se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido³⁶.

En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Así con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa como veremos a continuación.

2.2. El sistema francés

El gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la Codificación según Mazeaud-Tunc, fue “haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. La etapa decisiva estaba despejada en lo sucesivo: a partir de ese día, ha surgido la responsabilidad civil; posee una existencia propia, y va a comprobarse toda la fecundidad del principio tan penosamente deducido y a entreverse su campo de aplicación casi ilimitado.”³⁷

A su vez el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la iniuria implicaba la culpa.³⁸ Este lugar preeminente que ocupa la culpa hasta

³¹ Si de algún edificio o casa caen a la calle objetos que dañan a los transeúntes. La acción se concedía no sólo contra el dueño sino contra el que habitaba la casa. Ver art. 1119 del C.C. Se distingue de la anterior en que no es necesario que el objeto estuviera suspendido o colgando.

³² Este es un antecedente de la responsabilidad de los hoteleros y posaderos. Protegía a quienes se hospedaban por los robos de las cosas introducidas, aunque el robo hubiese sido cometido por terceras personas.

³³ Mazeaud Henri y León; Tunc André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit. p. 39. “Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero.”

³⁴ Según un romanista, “el acto “ilícito”, pues, era aquel hecho voluntario que no estaba permitido, que “no debía hacerse”, ya fuera porque una concreta orden normativa así lo disponía (una constitución, una ley, etc.) o bien por ser contrario a las mores de los antepasados, o simple y sencillamente, a los principios del ius. Téngase presente que no es ni remotamente nuestro concepto actual del acto ilícito, que se reduce a las conductas expresamente prohibidas por las leyes (en la Argentina, conforeme al art. 19 de la Const. Nacional). La idea romana era muchísimo más amplia, menos definida y técnica e infinitamente más rica en manos del jurista o del buen juez (y peligrosa en las del mal magistrado o del gobernante abusivo, que en el Lacio primero y en la hermosa Constantinopla después, los hubo por legiones). Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 484.

³⁵ “El que había obrado ilícitamente, pues, tenía la obligación de indemnizar al que sufriera las consecuencias de su acción. “Indemnizar” era volver al otro “indemne”. Esto es literalmente, “no condenado”, “absuelto”. Pero por el giro que fue tomando la expresión “daño”, fue queriendo significar “sin perjuicio”. Esta acepción ya se registra en el pasaje de la República al Principado, pues con ella aparecen los sustantivos “indemne” e “indemnidad” en Cicerón y Séneca. El ideal de la indemnización era la “restitución integral”, que abarcaba la totalidad de los perjuicios.” Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho romano*, cit. p. 500.

³⁶ Según Diez Picazo en esta limitación tuvieron mucho que ver los teólogos de la patrística. Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit. p. 75.

³⁷ Mazeaud Henri y León; Tunc André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit. p. 58.

³⁸ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, cit. p. 45. Sin embargo el autor a renglón seguido nos dice que “...en el fondo la noción de culpa se confunde con la de ilicitud , o sea que lo ilícito es culpable y lo culpable es ilícito. Ello

nuestros días se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar la culpa es la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire*, y además “cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario”. En segundo lugar “el acogimiento, que con especial delectación ha dispensado la sociedad a la culpa ... se ha debido a que ha constituido una noción arrebatada por el derecho a la moral. Culpa significa en el ámbito social lo que traduce el pecado en el moral [...] La culpa es, por consiguiente, un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad.”³⁹ Más adelante explicaremos que además del aspecto moral de la culpa como llave maestra del sistema, no sólo fue este el único motivo que condujo a su total aceptación sino también la influencia de la naciente industrialización y el maquinismo, pues la principal implicancia de la culpa en el aspecto económico es que no limita el nivel de actividad siempre que se observe el nivel de diligencia requerido para no tener que responder. La regla objetiva, en cambio, limita el nivel de actividad cuando la obligación de cuidado pesa sobre una de las partes o es unilateral, (p. ej. un conductor de automóvil frente a un peatón, el explotador de una central nuclear frente a los vecinos, el explotador de una aeronave frente a los que están en la superficie de la tierra) porque en estos casos la alegación de haber puesto toda la diligencia requerida no excusa el pago de los daños ocasionados, porque se responde por la sola causación, lo que es lo mismo que decir que para no responder hay que probar la ruptura del nexo causal y no la falta de culpa como en la regla subjetiva.

La Revolución Francesa no sólo marca el fin la monarquía, no es un mero cambio de gobierno, sino también el triunfo del Iluminismo, que pregonaba triunfo de la razón por sobre todas las cosas y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento tuvo en la Enciclopedia su correlato científico y en la Codificación el jurídico, y no hace falta decirlo que entre los Códigos dictados por la Revolución Francesa, el Código Civil es el código estrella. Someramente lo describimos a continuación porque fue la principal fuente legislativa de inspiración de Dalmacio Vélez Sársfield.

Siguiendo a Bustamante Alsina⁴⁰ podemos decir que el Código Civil francés tiene las siguientes características en cuanto a la responsabilidad extracontractual (arts. 1382 a 1386): a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil, f) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado. En cuanto a la responsabilidad contractual (arts. 1137, 1147 y 1148) los principios son: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación, b) el incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto, d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

A la enumeración que realiza Bustamante Alsina nos permitimos agregar que el Código no menciona la posibilidad de reparar el daño moral, ni en forma extracontractual ni contractual, sin embargo esto no ha sido obstáculo para su reconocimiento jurisprudencial. También debemos resaltar que ni en los arts. 1382⁴¹ ni 1383⁴² se menciona a la ilicitud como requisito, no obstante lo cual, jurisprudencia y doctrina la exigen.

Si tuviéramos que definir al Código Civil Francés en pocas palabras diríamos que es un sistema de atipicidad del ilícito, o con cláusula abierta, centrado en la culpa, y con dualidad de regímenes contractual y extracontractual.

resulta así porque no cumplir el deber de comportarse con diligencia es a la vez culpa (falta de diligencia) e ilicitud (violación de un deber legal)”.

³⁹ Martínez Sarrión, Angel, “La evolución del derecho de daños, cit. p. 64.

⁴⁰ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, cit p. 47. Hemos respetado textualmente la descripción porque nos parece sumamente didáctica.

⁴¹ “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”

⁴² “Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia”.

2.2.1 Evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa

Que el Código Civil Francés o Código Napoleón como también se lo conoce es un monumento jurídico no nos quedan dudas. Lo que queremos destacar ahora es como sin haber sido derogado, ha podido servir al progreso de Francia mediante una adecuada interpretación doctrinaria y jurisprudencial y legislación innovadora. Henri Capitant al prologar la primera obra de los Mazeaud alla por 1940 se sorprendía de la juventud del código a pesar de sus 130 años⁴³. Hoy tiene doscientos y sigue aún joven.

Este código que acabamos de ver centrado exclusivamente en la culpa, recibió sin embargo a la teoría del riesgo para la que no hay necesidad de demostrar la culpa, sino que esta se presume por la sola ocurrencia del daño, teniendo en cuenta que el 8 de abril de 1898 se dictó en Francia una ley que consagraba la teoría del riesgo en el ámbito laboral.

En el modelo del *Code Civil* la culpa era el centro del sistema y el factor de atribución casi exclusivo. En el modelo originario los redactores sólo contemplaron dos disposiciones en las que instituyeron disposiciones por hecho de las cosas: el art. 1385 que consagra responsabilidad por el hecho de los animales (derivado de la *actio pauperie* del derecho romano) y el art. 1386 que habla de los daños causados por un edificio en ruinas (procedente de la *cautio damni infecti*), pero aún esos casos estaban sujetos a la responsabilidad por culpa derivada de los arts. 1382 y 1383.

Sin embargo hacia fines del siglo XIX era evidente que la necesidad de demostrar la culpa como condición de procedencia llevaba a muchas injusticias. El mundo para el que fue pensado el *Code* había cambiado por influjo de la aparición de máquinas y cosas peligrosas, y fundamentalmente por cambio de un sistema artesanal de producción basado en la agroindustria a un sistema de producción en masa de bienes industriales. Los autores y los jueces comenzaron a plantearse entonces de qué manera⁴⁴ dar una respuesta justa a los daños que los nuevos inventos producían, en los cuales las más de las veces la demostración de culpa era una tarea ímproba.

2.2.1.1. Jurisprudencia

La apoyatura legal para el cambio surgió del art. 1384 primer párrafo, que decía que se debe responder “no sólo por el daño causado por el hecho propio sino hecho también de aquel que han causado las personas por las que se debe responder o *de las cosas que se tiene bajo la guarda*.” Según que interpretación se diera al artículo podría llegarse a la conclusión de que el mismo no exigía demostración de culpa sino que se presumía con la ocurrencia del daño.

El primer caso jurisprudencial donde se pone a prueba la hipótesis es el caso *Teffaine*, resuelto por la Corte de Casación el 18 de junio 1896 en el que un empleado mecánico había sido herido por la explosión del remolcador de una caldera. El *holding* fue que el primer párrafo deroga el régimen del 1382, porque autoriza la condena al 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.

El otro gran fallo que termina con la elaboración jurisprudencial y el régimen objetivo cuando intervienen cosas es el célebre caso *Jand'heur*, en el que Lise Jand'heur una menor resultó herida por un camión de la empresa demandada. Su madre demandó al propietario pero no probó el vicio de la cosa, aunque sí ofreció la prueba de la culpa. Se emitieron dos fallos contradictorios en los que dos tribunales sentenciaron uno que al no haberse ofrecido la prueba

⁴³ “La materia de los delitos y cuasidelitos fue objeto de cinco artículos (del 1382 al 1386) del código civil francés, que se han hecho famosos. ¡Cinco artículos tan sólo para un tema que ha adquirido tal amplitud! Pero ¡Qué bien concebidos y redactados están! Cuando se les compara con las fórmulas de Pothier, e incluso con las más firmes de Domat, se admira la concisión de aquellos preceptos. Están escritos sobre piedra; y soportan todavía, sin ceder, la enorme construcción que los tribunales y la doctrina han edificado sobre ellos. Se encuentra en los mismos el buen sentido, el realismo de los inmortales redactores del Código Civil. Si es verdad que los proverbios constituyen la sabiduría, puede decirse que esos textos legales son proverbios jurídicos; porque resumen la sabiduría de la tradición jurídica y se conservan jóvenes aun teniendo cerca de 130 años.” Capitant, Henri, Prefacio a la primera edición del tratado de los hermanos Mazeaud.

⁴⁴ Las soluciones propuestas fueron en grandes líneas tres. Una primera propuso el acrecentamiento de la responsabilidad contractual basado en un deber de seguridad, como en el contrato de trabajo o en el de transporte lo que ofrecía la dificultad de que tal obligación debía en esa época estar prevista y además que la autonomía de la voluntad con la fuerza imperante en esa época permitía excluir también mediante una simple cláusula. La segunda propuesta fue esbozada por Demolombe y consistía en interpretar extensivamente el art. 1386 sobre responsabilidad de los propietarios de inmuebles, lo que tropezaba con la gran dificultad de que la mayoría de los nuevos daños eran causados por cosas muebles. La tercera solución propuesta por Laurent, fue asignar al art. 1384 párrafo primero un ámbito propio que permitiera fundar sobre él todos los casos causados por el hecho de una cosa. Esta fue la teoría que terminó triunfando. Viney. P. 606.

del vicio sólo podía probarse la culpa, y el otro que el art. 1384 no formula ninguna distinción entre que el daño sea causado o no por la intervención de la mano del hombre sino que lo importante era la noción de guarda.”

Finalmente y como no podía ser de otra manera al existir fallos discordantes, el Tribunal de Casación el 13 de febrero de 1930 casó las sentencias sentando la famosa doctrina legal que “para la presunción que ella establece, la ley (art. 1384 párrafo primero) no distingue según que la cosa que ha causado el daño haya sido o no accionada por la mano del hombre”. De esta forma quedó consagrada la responsabilidad objetiva por el hecho de la cosa, pero debemos ser claros en afirmar que el caso Jand’heur evita distinguir, según Viney⁴⁵, entre cosas peligrosas y no peligrosas, y que desde 1930 esa distinción no se utiliza para justificar la aplicación o el descarte del art. 1384 primer párrafo, y que ese texto ha sido a menudo utilizado para casos causados por cosas que no presentan *a priori* ninguna peligrosidad.

Pero los embates sobre la culpa, otrora dueña y señora del sistema, también provinieron de una incesante legislación que tuvo notoria influencia en el derecho argentino, y que fueron multiplicando los casos de responsabilidad por el hecho de las cosas sin necesidad de demostración de culpa. Así podemos mencionar a la ley del 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo, reformada por una ley de 1946 en la que directamente la seguridad social toma a su cargo estos accidentes; la ley 31 de mayo sobre responsabilidad por daños causados por aeronaves a terceros en la superficie; la ley del 3 de enero sobre responsabilidad del propietario de navíos; y la ley de 7 de julio de 1967 sobre abordaje. Todas estas leyes han llevado a que la doctrina consagrada en el caso de 1930 sea cada vez menos utilizada⁴⁶.

2.2.2 Legislación

No quisiéramos terminar este capítulo sin mencionar tres leyes que demuestran la capacidad de innovación de los franceses, legislación de avanzada que contiene aspectos sumamente novedosos.

2.2.2.1 Accidentes de tránsito

Ley del 5 de julio de 1985, sobre indemnización de daños causados por accidentes de circulación de vehículos a motor, también conocida como ley Badinter en homenaje a Robert Badinter, quien fuera el Ministro de Justicia que la impulsó. Antes de esta ley se había encargado un proyecto a André Tunc, quien había ideado un sistema totalmente autónomo en el que se sustituía la responsabilidad civil por un sistema de seguridad social, el que finalmente no pudo cuajar, pero del que se extrajeron algunos de sus principios.

Francia ya había declarado la obligatoriedad del seguro en 1958 y desde 1952 tenía un fondo de garantía para cubrir aquellos casos de conductores no asegurados, insolvencia o que no pudiera identificarse al conductor, por lo que la ley del 5 de julio de 1985, que también consagraba la obligatoriedad del seguro, no contenía una gran innovación en ese sentido.

Entre los aspectos originales de la nueva ley, sobresale un papel del asegurador mucho más activo y una complementación de la responsabilidad civil con el seguro. Debe formular una oferta seria al damnificado y debe tomar la iniciativa de hacerlo bajo penalidades establecidas en la misma ley. Además la víctima está mucho más protegida, porque la jurisprudencia francesa se había tornado un poco estricta con algunos comportamientos de los peatones privándolos de indemnización.

Como puntos salientes podemos mencionar:

1. La ley crea un crédito a la indemnización en cabeza de la víctima más que una deuda de responsabilidad en cabeza del dueño o guardián.
2. La ley se aplica a todo accidente en que esté implicado un vehículo terrestre a motor, a excepción de los trenes y tranvías.
3. Se excluye la culpa intencional (*faute dolossive*) de la víctima, caso en el que no hay derecho a la reparación.
4. Se pagan únicamente los daños que tengan relación de causalidad con el accidente habiéndose establecido jurisprudencialmente una presunción a favor de la víctima.

⁴⁵ Viney, Geneviève, Jourdain Patrice *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París, 1998., p. 611.

⁴⁶ Así Viney, citando a Leduc nos dice que en 1960-1966 la Corte de Casación resolvió 130 casos de “responsabilidad por cosas inanimadas”; en 1966 a 1973 70 casos; en 1974 a 1979 50 casos y sólo 20 entre 1980 y 1984. Viney, Geneviève, Jourdain Patrice *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. Cit. p. 603.

5. La indemnización es debida por el dueño o guardián, siendo aplicable el derecho común para el resto de las personas.
6. A la víctima no puede oponérsele ni el hecho de un tercero ni la fuerza mayor.
7. Las víctimas de menos de dieciséis años o de más de sesenta, son indemnizados en todos los casos, con la sola excepción de haber buscado voluntariamente el daño.
8. Si el conductor ha cometido una falta que tiene relación causal con el accidente puede reducirse su indemnización.
9. No existe limitación de la responsabilidad, sino que se indemnizan todos los daños que sean “atentados a la personalidad” y a los “bienes”. Igualmente tienen legitimación pasiva tanto el damnificado directo como el indirecto (*par ricochet*).

2.2.2.2 Productos elaborados.

El 25 de julio de 1985 la Comunidad europea emitió la Directiva 374 sobre responsabilidad del fabricante de productos defectuosos. Luego de varios intentos de trasplantar la Directiva al derecho interno, entre ellos un proyecto encargado nada menos que a Jacques Ghestin, trece años después, en 1998 el legislador francés optó por incorporar un nuevo capítulo al Código Civil en vez de dictar una ley específica de responsabilidad del productor como habían hecho otros países.

Los rasgos mas salientes de la nueva ley que fue insertada en 18 incisos al viejo artículo 1386 del Código Civil, son.

1. Aunque pueda parecer extraño se trata de un régimen optativo para la víctima, la que puede elegir el régimen común, contractual o extracontractual si así lo desea.
2. Se prohíben las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad.
3. La ley pone punto final a la discusión sobre si la responsabilidad es contractual o no. De acuerdo al art. 1386 inc. 1º, haya o no contrato, el productor es responsable.
4. Se trata de una responsabilidad por productos y no por servicios. El productor responde únicamente cuando el producto es defectuoso.
5. El productor responde siempre que haya puesto voluntariamente en circulación el producto.
6. El producto se considera defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar. El defecto viene a ser el carácter anormalmente peligroso del producto.
7. Sobre la víctima pesa la carga de la prueba del daño, del defecto y de la relación de causalidad entre el defecto y el daño. El productor no puede exonerarse probando la falta de culpa.
8. La ley hace responsable al productor, pero equipara al fabricante del producto terminado, al de la materia prima y al de un componente. Igualmente responsable es quien pone su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto. Muy importante es que esta responsabilidad es *in solidum* o concurrente.
9. Son causas de exoneración no haber puesto en circulación el producto; o que el producto no haya estado destinado a la venta, la culpa de la víctima o de una persona por quien la víctima deba responder. El hecho del tercero exime únicamente cuando asuma las características de caso fortuito. Por último son causas de irresponsabilidad el cumplimiento de reglamentaciones imperativas de orden público. En estos casos se habla de “hecho del príncipe” y las normativas administrativas o legales.
10. Los riesgos de desarrollo también están contemplados como causal de exoneración pero tanto esta causal como el cumplimiento de la ley pierden su valor si el productor, después de que un defecto se manifiesta en el término de diez años de puesto en circulación el producto, no toma las medidas para prevenir las consecuencias dañosas.
11. La prescripción es de tres años.

2.2.2.3 Ley de sistema sanitario

En materia de sistema de salud, Francia dictó en el 5 de marzo de 2002⁴⁷ una ley innovadora⁴⁸ en muchos aspectos, y que en lo que nos interesa a nuestra materia también incursiona en el espinoso tema de los daños producidos

⁴⁷ *Journal Officiel de la République Française*, de 5 de marzo. Aunque se trata de una ley muy nueva la misma ya ha sufrido varias reformas, la última de ellas en julio 2003.

por actos médicos. Si bien la ley tiende a una reforma integral del sistema de salud, por lo que habla además de la democracia sanitaria y de la calidad del sistema de salud, tiene un título, el IV, relativo a la reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios, los que se intenta mitigar con institutos tales como el seguro, principios que deben regir la responsabilidad médica y un procedimiento “amistoso” de indemnización a las víctimas de accidentes médicos.

Particularmente novedosos resultan los siguientes aspectos.

1. Se establece el principio de que nadie puede prevalerse de haber nacido para reclamar daños. Este es uno de los más viejos requerimientos de los médicos en relación a las contracciones fallidas. Nacer con vida no se considera daño. Pero si la persona ha nacido con discapacidad debido al acto médico o éste la haya agravado o no haya aconsejado la toma de medidas necesarias a tiempo, los padres tienen una acción para reclamar los daños, excepto los gastos de manutención de por vida, los que están a cargo de la solidaridad nacional.

2. La ley, al igual que la *Loi Badinter*, trata de mejorar la posición de la víctima utilizando al instituto del seguro como herramienta. Así, se legisla sobre el acceso al seguro prohibiéndose el rechazo al aseguramiento por características genéticas en los contratos de vida o enfermedad, prohibiéndose incluso los exámenes genéticos o preguntas al respecto. En cuanto a los profesionales tienen la obligación de suscribir un seguro.

3. Los profesionales y los centros asistenciales responden siempre por culpa, salvo cuando se trate de daños derivados de productos utilizados en la atención médica, lo que vendría a constituir lo que nosotros llamamos un hecho de la cosa; y cuando se trate de infecciones intrahospitalarias, salvo que se pruebe causa ajena.

4. Muy importante es la creación de la *Comisión regional de conciliación e indemnización*, que trata de evitar los juicios de mala praxis, siendo una instancia obligatoria. Esta Comisión determina la existencia del daño y lo comunica a la aseguradora la que en el plazo de 4 meses debe realizar una oferta seria al damnificado o sus derechohabientes. Si la oferta es pobre, al igual que la *Loi Badinter*, se establece una penalidad. La aseguradora puede subrogarse contra el causante del daño, y contra la Comisión si considera que incurrió en error.

5. Ahora bien, si por alguna razón la aseguradora no formula oferta, o si el profesional no tenía seguro o fue insuficiente, se crea la Oficina nacional de indemnización, que es la que termina cubriendo los daños, también subrogándose contra el causante.

6. Si el profesional no contrata el seguro se hace pasible de una fuerte multa e inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Lo mismo rige para los centros asistenciales.

7. El plazo de prescripción es de diez años, a contar desde que el daño es definitivo.

2.3 Otros sistemas

En esta rápida y somera recorrida por los sistemas de responsabilidad civil que rigen en Occidente no quisiéramos dejar de lado al *common law* y al sistema alemán.

2.3.1. El *common law*

Al igual que el derecho romano el primitivo derecho inglés estaba lleno de formalismos. Una persona que tuviera derecho, denominada *cause of action*, debía obtener un *writ* por parte del Rey, algo parecido a la *actio* que se solicitaba al pretor años atrás en el derecho romano. El *writ* en los primeros tiempos consistía, previo pago de una suma de dinero en la Cancillería, en una orden del rey a un funcionario local para que hiciera respetar el derecho de aquel que se había procurado el *writ*. En un primer tiempo, el derecho se establecía con una *cause of action* y el remedio con un *writ*. Esto cambió más adelante cuando por las luchas entre el Parlamento y la Corona los *writs* se restringieron.

Los principales *writs* que se desarrollan allá por el Siglo XIII son dos: *trespass* y *case*. El *trespass*, según Díez Picazo equivalía probablemente al concepto romano de injuria o *iniuria*. En ambos casos se trataba de figuras netamente penales, porque se requería que la conducta fuese directa e intencional; las conductas culposas todavía no tenían cabida en el sistema. Ambas tenían por objeto restablecer la “paz del Rey”, impidiendo todo comportamiento que pudiera provocar venganza. El *trespass* era el remedio para todos los daños directos, inmediatos y causados por la

⁴⁸ Un comentario de la ley puede verse en Seuba Torreblanca, Joan Carles, “Breve presentación de la ley Francesa 2002-303, de 4 de marzo relativa a los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”, en www.indret.com Barcelona, abril 2002.

fuerza a la víctima ya sea en su persona (*trespass to persons*, que luego se subdivide en *assault* y *battery*) a su tierra (*trespass to land*) o a sus bienes (*trespass to goods*).

El *trespass to persons* como ya hemos dicho se subdividió en tres clases: 1. *Battery*: que era el uso de la fuerza contra otra persona, cualquiera fuera el instrumento⁴⁹. 2. *Assault*: consiste en la acción destinada a cometer *battery*, figura muy parecida a la amenaza⁵⁰. 3. *False imprisonment*: encuadran en esta figura cualquier situación por la que se priva de la libertad a una persona, aunque sea temporariamente sin tener una causa válida⁵¹.

El *trespass to land* consistía en injustificada intrusión en la propiedad de otra persona, aunque no se causara daño. Es muy parecido a la violación de domicilio que está tipificada en el código penal nuestro.

El *case* o *trespass on the case*, fue una figura que se desarrolló como un remedio para aquellas situaciones que no entraran en la peyorativa categoría del *trespass*, pero que al haber sufrido un daño debiera encontrarse una solución justa⁵². La primitiva distinción fue que constituía *trespass* si el acto era consecuencia directa de la fuerza del demandado, y *case* si era el resultado de una omisión o de un acto que no fuera la inmediata consecuencia del acto.

La principal distinción que existía entre las dos figuras era que el *trespass* no requería prueba del daño porque éstos se presumían como consecuencia necesaria y directa del ilícito. Era lo que se denomina un *tort actionable per se*⁵³. En cambio para que procediera el *case* era necesaria la prueba de los daños reales. Como veremos más adelante esta distinción existe en algunos *torts* hasta nuestros días en el *common law*, por ejemplo en los daños por difamación. La razón de esta no exigencia es el carácter penal del *trespass*, ya que se pensaba que la fuerza aplicada en las intrusiones aunque no causaran un daño real o demostrable, sí podían generar un resentimiento que era socialmente más conveniente evitar.

La segunda gran distinción, enseña Fleming, relacionada con el anterior párrafo es que en el *trespass* la intrusión o turbación se consideraba ilegítima, estando a cargo del demandado probar una causa de justificación⁵⁴, como podía ser la defensa propia o el estado de necesidad. En otras palabras existía una presunción de ilegalidad que facilitaba las cosas al actor. El *case*, en cambio, imponía al actor la prueba de la intención ilegal o la negligencia de parte del demandado.

Más tarde tiene lugar un proceso de asociación de actos intencionales con el *trespass* y actos negligentes con el *case*. También en un estadio posterior, y en virtud de un refinamiento de la sensibilidad jurídica, según Mattei⁵⁵, el *common law* comienza a distinguir entre tutela penal y civil. Cuando hacen su aparición las *felonies* (para delitos intencionales) y las *misdemeanors* (para delitos menores y culposos), estas figuras netamente penales desplazan al *trespass* que se convierte en un *tort* civil. Sin embargo la separación nunca fue total y como ya hemos señalado aún hasta nuestros días algunos *torts* también subsisten como delitos penales como la conspiración o el libelo. Y también hay *torts* que no siempre requieren prueba efectiva del daño, como la difamación.

Tenemos entonces que al igual que en el *civil law*, en el *common law* derecho penal y derecho civil no estuvieron separados al principio. El proceso de separación fue lento y en el *common law* crea una rama, *the law of torts*, y en el *civil law* nace la responsabilidad civil o como lo dice una expresión más moderna, el derecho de daños. Sin embargo y como lo señala Ponzanelli⁵⁶ la relación entre responsabilidad civil y penal, en una expresión que vale para ambos sistemas jurídicos, era “casi edípica”, porque requería la comisión de un “hecho ilícito” para que procediera la

⁴⁹ *Battery* consiste en tomar contacto en forma intencional con el cuerpo de otra persona de una manera dañina u ofensiva. Constituye *battery* por ejemplo, escupir en la cara a otra persona, cortar el cabello, besar a una mujer. Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, 1998, LBC, Sydney, 1998, p. 28.

⁵⁰ Para que exista *assault* se debe crear en la otra persona el miedo de un inminente contacto dañoso u ofensivo. Si la amenaza se lleva a cabo el *tort* se llama “*assault and battery*”. Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit. p. 31.

⁵¹ El *false imprisonment* no se da solo cuando se encarcela a alguien, sino también cuando se le impide que se vaya del lugar donde está. El *tort* se ha aplicado a muchas otras situaciones distintas de cuando fue creado, como ser cuando el chofer de un omnibus conduce a tal velocidad para impedir que un pasajero descienda. Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit., p. 33.

⁵² Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit., p. 21.

⁵³ La expresión *actionable per se* puede ser tomada como equivalente a la que utilizan los tribunales argentinos cuando dicen que como consecuencia de determinadas conductas o daños experimentados el daño surge *in re ipsa*. En el *common law* uno de los *torts actionable per se* es la difamación, es decir la mera expresión difamatoria hace presumir que el destinatario de las injurias sufre daños al menos simbólicos o nominales. Este principio se ha visto modificado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como veremos más adelante.

⁵⁴ Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit. p. 22.

⁵⁵ Mattei, Ugo, *Il Modello di common law*, Giappichelli Editore, Turín, 1996, p. 28.

⁵⁶ Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, 1992, Il Mulino, Bolonia, p. 61

responsabilidad civil, que en un primer momento tenía la indisimulada función de castigar a quien cometía un ilícito civil.

2.3.1.1 El concepto de *tort*

Conviene recapitular un poco sobre el concepto de *tort*. En sentido amplio *the law of torts* designa, como ya hemos dicho en el *common law* a una rama del derecho que sería equivalente a nuestro derecho de daños, aunque con la salvedad de que no incluye los daños contractuales.

Etimológicamente “*tort*” deriva del latín “*tortus*”⁵⁷ o “torquere”, que vendría a significar algo así como torcido y que tiene una raíz parecida a la palabra castellana “entuerto”⁵⁸ que no se usa prácticamente en el lenguaje jurídico. Primero esta palabra pasó al francés y de ahí al inglés llevada por los normandos que conquistaron Inglaterra.

Los autores norteamericanos todavía no se han puesto de acuerdo en una definición comprensiva de todo lo que es un *tort*. Prosser y Keeton, por ejemplo luego de expresar lo difícil que es llegar a una definición dicen: “En sentido amplio, un *tort* es un ilícito civil (*civil wrong*), distinto del incumplimiento contractual, para el cual el tribunal proveerá un remedio en la forma de una acción para el pago de daños”⁵⁹. La definición incluye otra palabra que también presenta sus problemas a la hora de encontrar un equivalente en lenguaje jurídico como es “*wrong*”⁶⁰ (equivocado o erróneo, algo que está mal).

Resulta sorprendente para una mentalidad como la nuestra ver que lo único general a que arriba Prosser es que lo antijurídico debe ser indemnizado y que la conducta antisocial debe ser desalentada. Es decir que los *torts* tienen un carácter residual muy grande en el que no se incluyen los daños causados por incumplimiento contractual, por ejemplo⁶¹.

2.3.1.2. Clasificación de los *torts*.

Los *torts* se dividen en tres grandes grupos, los *intentional torts*, que son la categoría primigenia como ya hemos visto, los *negligence torts*, de notable expansión y los *strict liability torts*, también de muy importante crecimiento en nuestros días.

Sobre los primeros, los *intentional torts*, solo diremos que aparte de requerir intención de dañar, llamada normalmente malicia (*malice*)⁶². Por ahora basta decir que estos *torts* son los que normalmente dan nacimiento a las condenas por daños punitivos.

⁵⁷ Los significados de las dos palabras según el diccionario Vox de García de Diego son: *Tortus* –a, um: pp. de Torqueo¶ ADJ.: torcido, retorcido (*torta quercus*, corona de encina; *torti capilli*, cabellos rizado) | tortuosos sinuoso. El significado de Torqueo torsi tortum: 2 tr.; torcer, retorcer (*serpens orbis torquet*, la serpiente se enrosca [forma roscas]; *capillos*, t., rizar los cabellos; *stamina t.*, hilar) |hacer rodar, arrastrar rodando (torquetur turbine pulvis, el polvo es arrastrado por el torbellino; hiemen t., desencadenar una tempestad) | hacer girar (se. t. girar) |gobernar (qui bella tuo sub numine torques, tú que presides las guerras) |disparar, lanzar |hacer cambiar de dirección, volver, dirigir (oculos ad moenia, los ojos hacia las murallas) | torturar, dar tormento; someter a interrogatorio [por medio de la tortura] | poner a prueba, sondear | atormentar, hacer sufrir.

⁵⁸ El diccionario de la Real Academia menciona como significado de entuerto a “agravio”, aunque el origen etimológico es la palabra latina *intortus*, de significado muy similar a *tortus*.

⁵⁹ Prosser, Willian Lloyd; Keeton, Page, *Prosser y Keeton on The law of torts* 5ª ed., Westpublishing Co, St. Paul Minnesota, 1984, pagina 3. “Broadly speaking, tort is a civil wrong, other than breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages”

⁶⁰ El concepto de *wrong* para el derecho anglosajón puede ser definido siguiendo a Peter Birks, profesor de la Universidad de Oxford, como “la violación o ruptura de un deber” (*breach of a duty*); *legal wrong* puede ser definido como “la violación o ruptura de un deber reconocido por la ley”; y lo que nos interesa más en este trabajo, *civil wrong* se define como “la ruptura o violación de un deber legal que afecta los intereses de un individuo de manera tal que la ley lo contempla como suficiente para permitir que ese individuo demande por su propia cuenta en vez de hacerlo como representante de la sociedad como un todo”. Birks, Peter, “The concept of a civil wrong”, publicado en *Moral foundations of the law of torts*, Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1995.

⁶¹ David Owen, nos da una definición más abarcativa cuando dice: “El derecho de daños (*the law of torts*) concierne las obligaciones de personas viviendo en una sociedad respecto a la seguridad, propiedad y personalidad de sus vecinos, tanto como un asunto *a priori* y como un deber de compensar el daño causado *ex post*. *Tort law* en otras palabras envuelve cuestiones de cómo la gente debe tratar al otro y las reglas de la propia conducta que la sociedad impone en casa sociedad para evitar daños impropios a los demás y para determinar cuando la indemnización del daño es debida”. Esta definición contiene no sólo la referencia a la obligación de indemnizar, sino que también hace formar parte de los *torts* a la prevención del daño. Es lo que se conoce como función preventiva del derecho de daños, faceta muy desarrollada en los Estados Unidos con las llamadas injunctons, algo muy parecido a las medidas autosatisfactivas de reciente aparición en nuestro derecho, en el que desde hace ya varios años los juristas, sobre todo procesalistas alzan su voz para reclamar la legislación de institutos similares, de innegable naturaleza cautelar, que permitan el planteo de un juicio en el que la única pretensión sea la evitación del daño sin tener que interponer una acción de fondo. Owen, David, *Philosophical foundations of tort law*, Oxford University Press, 1995, pag. 7.

⁶² También se suele hablar de *wrongful intent*, *evil motive*, *ill will*, *recklessness*. El significado de *malice* tiene en el *common law* un significado distinto del que se conoce en nuestro sistema jurídico por los fallos sobre libertad de expresión. *Malice* en los fallos derivados de *New York Times vs. Sullivan* se refiere a una actitud del informador hacia la verdad o falsedad de la noticia. Puede el

El *tort* de *negligence*, cuyo antecedente más inmediato es el *case*⁶³, sobre el que ya nos hemos referido, alcanzó una notable expansión sobre todo después de la revolución industrial, en que facilitó el desarrollo del maquinismo, la urbanización y el tráfico en las rutas y autopistas. Según Fleming a los nuevos riesgos que aparecían era imposible confrontarlos con los arcaicos remedios de los viejos *torts*. La forma de no impedir el desarrollo y brindar una respuesta adecuada, la encontraron los jueces en el ajuste de la *negligence*, y con el axioma “no hay responsabilidad sin culpa”⁶⁴, al igual que lo que había sucedido en Francia con Domat y Pothier. La regla de la responsabilidad por culpa, según Markesinis es la que mejor servía a la hipocresía de la sociedad victoriana, porque protegía a las industrias nacientes con un débil mercado asegurador. La regla de la culpa según este autor, en esa época tuvo un doble significado: “no sólo significaba que si se incurría en culpa se debía pagar, era también entendido (menos convincentemente) que se requería que si no se incurría en culpa no se pagara”⁶⁵.

En Inglaterra la negligencia como principio general de daños de quien causa daños incurriendo en ella fue reconocida con el famoso fallo de la House of Lords *Donoghue vs. Stevenson*⁶⁶. Antes de ese fallo la responsabilidad civil por negligencia sólo tenía lugar en muy aislados casos. El *holding* del fallo surge del voto de Lord Atkin que dice:

“La regla por la cual se debe amar al vecino se transforma en la ley: no debes dañar a tu vecino y la pregunta del abogado es: ¿Quién es mi vecino? recibe una respuesta estricta. Se debe tener cuidado razonable de evitar actos u omisiones que se pueda razonablemente prever que van a dañar a mi vecino. ¿Quién es entonces por ley mi vecino? La respuesta parece ser personas que están tan cercana y directamente afectadas por mi acto que se puede razonablemente contemplarlos como que serán tan afectados cuando yo esté dirigiendo mi mente hacia los actos u omisiones en cuestion.”⁶⁷

Los elementos para que haya negligencia según Markesinis⁶⁸ son cuatro: A. Un deber legal de actuar o de no actuar, (*duty*), B. Violación de ese deber (*breach of duty*), C. Nexo de causalidad o simplemente causa (*causation*)⁶⁹ y por último D. Daño (*damages*). Este requisito es la gran novedad de este tipo de *tort* y es lo que lo caracteriza. Recordemos lo dicho anteriormente que algunos *torts* no exigen la demostración del daño, sino que presumen su existencia como la difamación.⁷⁰

A simple vista puede apreciarse que los elementos son prácticamente los mismos que se requieren en el *civil law* para que proceda la responsabilidad por culpa, al menos en su formulación clásica. Así en nuestro sistema se requiere: 1. Acto ilícito, que estaría representado por el *duty* y su violación (*breach of duty*). El *duty* vendría a tener correspondencia con el interés jurídicamente protegido que a su vez surge de la obligación de comportamiento (positivo o negativo), la diferencia es que el common law desdobra en dos requisitos lo que en nuestro derecho se engloba bajo el

periodista tener la mejor intención hacia la víctima de la mala información, pero lo que se juzgará en definitiva no será esto. Volveremos sobre el tema en el capítulo sobre fallos de la Corte Suprema de EE.UU.

⁶³ El *case*, según Dobbs, surgía en tres situaciones: A. Cuando el daño que se causaba no había sido intencional. El ejemplo clásico que se menciona es: si una persona tira un leño por encima de una cerca y golpea a alguien el *tort* es *trespass to person*; en cambio si el leño se deja tirado en la calle y alguien tropieza en la oscuridad el *tort* es *case*. B. Cuando el daño surge de intrusiones consentidas, como cuando el veterinario trata de curar el caballo del actor y falla por negligencia. C. Cuando la culpa del demandado no radica en un acto positivo sino en su falta de acción, como cuando el pastor no cuida las ovejas. Dobbs, Dan B. *The law of torts*, West Group, Saint Paul, Minnesota, 2000, pp. 259-260.

⁶⁴ “The axiom “no liability without fault” was quickly raised to a dogmatic postulate of justice, because it was best calculated to serve the interests of expanding industry and entrepreneurial class, in relieving them from the hampering burden of strict (merely casual) liability and conducing to that freedom of individual will and enterprise which was at the forefront of contemporary aspirations.

⁶⁵ Markesinis, Basil -Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, cit., p. 504.

⁶⁶ 1932 AC 562

⁶⁷ “The rule that you are to love your neighbour becomes in law: You must not injure your neighbour and the lawyer’s question: Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called into question”

⁶⁸ Markesinis, Basil y Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 69.

⁶⁹ Dobbs divide a la causa en dos elementos. El primero es que el demandado haya sido de hecho la causa del daño a la víctima. El segundo es que la conducta haya sido la causa próxima del daño (*proximate cause*). Dobbs, Dan B., *The law of torts*, cit. p. 269.

⁷⁰ Fleming es un poco más exhaustivo y menciona como elementos: A. Deber (*duty*) reconocido por la ley que requiere la conformidad del actuar con un estándar de protección a los demás de riesgos irrazonables (*unreasonable risks*). B. Violación de ese deber, (*breach of duty*), que vendría a ser el elemento típico de la negligencia, o sea la violación o el incumplimiento del patrón de conducta. C. Daño. D. Causa. El sistema anglosajón habla normalmente de causa próxima (*proximate cause*) y de que daño no debe ser remoto (*remoteness of damage*). 5. Ausencia de conducta de la víctima que la perjudique en el cobro del daño, específicamente la negligencia contributiva (*contributory negligence*) y la asunción voluntaria del riesgo (*voluntary assumption of risk*). Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit. pp. 116-117.

rótulo de acto ilícito. De todos modos cada vez menos se considera que el hecho ilícito deba ser requisito de la responsabilidad civil. 2. Nexos de causalidad: igualmente se requiere que exista una relación de causalidad, principio válido para todas las obligaciones: no hay obligación sin causa. 3. Factor de atribución, principalmente la culpa, que se requiere que exista también en el *common law*, la que puede ser desplazada por la culpa de la víctima. La definición de culpa en el *common law* es la misma que en nuestro derecho: violación o infracción de deberes de cuidado o prevención. 4. Daño: elemento indispensable en nuestro sistema.

El paradigma del buen comportamiento en el *common law* es el *reasonable man*, ahora *reasonable person* para despojarlo de connotaciones sexistas, que vendría a ser el equivalente del buen padre de familia de que hablan nuestros códigos.

Fleming con la belleza de la prosa de su obra, no exenta de agudeza lo describe así: “la persona razonable es la encarnación de todas las cualidades que requerimos al buen ciudadano: si no un modelo exacto de perfección, por lo menos una mejor persona de lo que probablemente cualquiera de nosotros sea, o quizás incluso aspire a ser”⁷¹. En Inglaterra el Juez Pearson en *Hazell vs. British Transport Commission*⁷² lo definió como: “la regla básica es que la negligencia consiste en hacer algo que un hombre razonable habría hecho en esa situación u omitir hacer algo que un hombre razonable habría omitido en esa situación”. Lord Radcliffe dijo que el hombre razonable es la “antropomórfica concepción de la justicia”⁷³.

Una alternativa para poder llegar a decidir en qué casos hay negligencia la brinda la regla creada por el Juez Learned Hand en el celeberrimo caso *United States vs. Carroll Towing Co.*⁷⁴ Sobre este tema trataremos más adelante, bastando decir que la negligencia surgiría para este criterio por cuando el valor de las precauciones a tomar sea menor que el daño multiplicado por la probabilidad de que ese daño precisamente ocurra.

Finalmente debemos referirnos aquí a la regla de responsabilidad que se conoce como *Strict liability*, y que podríamos traducir como responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. Esta regla surge del famosísimo caso *Rylands vs. Fletcher*⁷⁵.

Ese caso estableció la regla de que una persona es responsable si en el uso “no natural” de su tierra acumula cualquier cosa factible de causar daño si se produce un escape⁷⁶. El caso se trataba de la construcción de una presa de agua para proveer a una fábrica. En el lugar elegido había un túnel de una mina en desuso, pero debido a la negligencia de los ingenieros, contratistas independientes, el túnel no se descubrió hasta que el agua inundó la mina ubicada en la propiedad adyacente por medio de pasadizos que las comunicaban. Se probó en el juicio que los demandados ignoraban la existencia del túnel. De acuerdo a las reglas existentes hasta el momento en el *common law* deberían haber sido absueltos.

La aplicación del nuevo factor de atribución regla no fue bien recibido de inmediato por los tribunales, pero al final terminó por imponerse. Es que en la individualista y liberal sociedad de la época no sonaba bien que se debiera responder aunque se fuera inocente, como había sido siempre hasta el advenimiento de la regla “no hay responsabilidad sin culpa”. En la antigüedad y también en el medioevo, en esos tiempos en que la vida era “salvaje y corta”⁷⁷ no era concebible o era incomprensible suponer que un daño no pudiera ser intencional.

Sin embargo según como se la interprete, la regla de *Rylands vs. Fletcher* no deja de tener su elemento de culpa al crear un riesgo anormal. Esta afirmación, que puede haber tenido algún viso de razón en el siglo pasado, es impredecible de la mayoría de las actividades de este siglo en que gran parte de las actividades cotidianas implica cierto

⁷¹ Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit. p. 118. “The reasonable person is the embodiment of all the qualities we demand of the good citizen: and if not exactly a model of perfection, yet altogether a rather better person than probably any single of us happens, or perhaps even aspires to be”.

⁷² 1958 1 WLR 169, 171. “...“the basic rule is that negligence consists in doing something which a reasonable man would not have done in that situation, or omitting to do something which a reasonable man would have done in that situation...”

⁷³ *Davis Contractors Ltd. Vs. Fareham UDC* 1956 AC 686, 728.

⁷⁴ 159 F. 169 (2d Cir. 1947).

⁷⁵ *Rylands vs. Fletcher* (1868) L.R. 3 H.L., 330.

⁷⁶ “We think that the rule of law is, that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape... and it seems reasonable and just that the neighbour, who was brought something on his own property which was not naturally there, harmless to others so long as it is confined to his own property, but which he knows to be mischievous if it gets on his neighbour’s should be obliged to make good to the damage which ensues if he does not succeed in confining it to his own property”. Del voto del Juez Blackburn. 1866 LR 1 Ex 265, affd (1868) LR 3 HL 330.

⁷⁷ Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, cit. p. 367.

riesgo. Es mucho más atinado fundar la regla de responsabilidad estricta en la tolerancia de la sociedad hacia ciertas actividades dañosas, pero socialmente útiles, con tal que se indemnicen sus inevitables consecuencias perjudiciales para terceros. La otra alternativa cuando una actividad es lesiva es directamente la prohibición o la reglamentación de su realización buscando minimizar la posibilidad de daños, aunque en este último caso, aún cumpliendo todas las disposiciones legales, no hay excusa para responder. Este tipo de responsabilidad se impone en actividades legítimas, pero dañosas con el propósito de internalizar el costo de los accidentes, y no ponerlo en cabeza de la víctima.

Otros casos de *strict liability* son la responsabilidad por productos elaborados, la responsabilidad por daños causados por animales, que existía antes de la regla de *Rylands vs. Fletcher*, la responsabilidad por daños causados por aeronaves y la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus empleados, por mencionar los ejemplos más relevantes.

2.3.2 El Código Civil Alemán

El Código Civil Alemán siguió una evolución distinta frente al Código Civil Francés porque sus juristas, primero con la Escuela Histórica y luego con la pandectística, según Diez Picazo discuten “en nombre de una rigurosa interpretación de los textos romanos y de un rechazo de las deformaciones que en ellos había introducido el Derecho Común, la generalización de la responsabilidad por culpa que el iusnaturalismo había llevado a sus consecuencias más extremas.”⁷⁸ Por la influencia que tuvo en la legislación de países europeos es comparable al hito que significó el código civil francés.

La notas más salientes del Código Civil Alemán en lo tocante a la reparación de actos ilícitos son:

1. No existe una cláusula general de responsabilidad por culpa como en el sistema francés. De acuerdo al artículo 823, se deben indemnizar aquellos daños causados en forma antijurídica, con dolo o culpa, pero que afecten “la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona...” Es un sistema muy cercano a la tipicidad (*enumerationsprinzip*). Los derechos mencionados son los que se entienden como absolutos. Como vemos hay una gran restricción, a pesar de que jurisprudencialmente se haya atenuado el rigor primitivo del Código.

2. Sí existe de acuerdo al art. 826 un principio de responsabilidad general por dolo, tal como ya habían descubierto los romanos: “Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño.” No sólo el daño debe ser doloso, sino además atentatorio contra las buenas costumbres.

3. El daño moral también es muy limitado. Según el art. 847 “En el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en *litis pendente*.”

Las razones de esta reglamentación fuertemente individualista y restrictiva con la víctima, no sólo se explican por razones jurídicas, sino porque al igual que en el *common law*, y en el derecho francés, el objetivo “era impedir que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo, todavía incipiente en Alemania en el final del siglo, un sistema de responsabilidad que fuera especialmente riguroso.”⁷⁹ Otros autores también coinciden en que el liberalismo político y económico ejercieron fuerte influencia en la redacción del Código y que la protección de la propiedad y la del patrimonio predominó ampliamente sobre la idea de la reparación, de la compensación y de la intimidación.”⁸⁰

⁷⁸ Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit. p. 86. Para el autor citado “Esta refacción se apoyó en la interpretación que Savigny había atribuido a la acción de la Ley Aquilia. Se fundó, asimismo, en el rechazo de la responsabilidad por culpa fuera de algunos casos concretos y en la admisión y en el carácter estrictamente material y patrimonial del daño aquiliano y en la discusión o debate que algunos autores mantuvieron sobre la admisibilidad de la responsabilidad por omisión.”

⁷⁹ Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit. p. 88.

⁸⁰ Enneccerus, Ludwig, Nipperdey, Hans Carl, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. I, Segunda parte, Trad. de Perez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981, p. 846. Según los autores, “Sólo así se explica, la edificación del derecho delictual sobre la violación de derechos subjetivos, y la ausencia de una norma unitaria sobre el delito, pero también la estrechez de los distintos supuestos de hecho delictuales, la antítesis demasiado tajante entre personalidad negocial y delictual y la exagerada preeminencia del principio de la culpa.”

3. NOCIONES GENERALES DE NUESTRO SISTEMA

Hemos ya realizado un muy superficial comentario de los principales sistemas de responsabilidad civil y hemos descripto sus principales características. Antes de comenzar en el capítulo siguiente de lleno con el sistema argentino, veamos a continuación cuales son sus principales rasgos.

3.1 El método del Código civil. Análisis crítico

El Código Civil de Vélez Sársfield no siguió un tratamiento unitario de la responsabilidad civil, sino que encontramos claramente definidas tres capítulos relativos a la obligación de responder. Sin embargo Vélez Sársfield siguiendo el modelo francés separó nítidamente la responsabilidad contractual de la responsabilidad por hechos ilícitos.

En primer lugar debemos mencionar que todas las disposiciones están contenidas en el Libro II “De los derechos personales en las relaciones civiles”, siendo ese el más amplio punto de contacto. Luego comienzan los senderos a bifurcarse. En ese mismo libro, en la Sección Primera, Parte primera titulada “De las obligaciones en general”, en el Título III, arts. 519 a 522, está regulada la responsabilidad civil contractual: “De los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero”. Más adelante, cuando se habla “De las obligaciones en relación a su objeto” en el Capítulo IV: “De las obligaciones de dar sumas de dinero” se legisla entre otras cosas sobre los intereses que son la medida de los daños cuando se incumple una obligación de dar dinero. Más adelante veremos que en algunos casos puede reclamarse el mayor daño, es decir no ceñirse únicamente al pago de intereses por la mora incurrida, pero por ahora diremos que el principio es que los intereses son la medida del daño, aunque el acreedor no haya sufrido daño y aunque el deudor pruebe que no son indemnización suficiente.

En segundo lugar en la Sección Segunda del mismo libro, en el Título VIII arts. 1066 a 1072 se legisla sobre los actos ilícitos; en el Capítulo I del mismo título, arts. 1073 a 1082 se habla de los delitos, en el Capítulo II, arts. 1084 a 1090, “De los delitos contra las personas”, Capítulo III, “De los delitos contra la propiedad”.

El Capítulo IV, arts. 1096 a 1106, “Del ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos”, es muy importante porque trata sobre las relaciones que surgen cuando un mismo hecho cae bajo el manto del derecho penal y de la responsabilidad civil, como el ejemplo típico del homicidio culposo sucedido en un accidente de tránsito, que a la vez de ser delito engendra la obligación de indemnizar a los familiares del muerto.

El Título IX, arts. 1107 a 1123, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos” es también muy importante porque en él están contenidos entre otros: el principio general de responsabilidad por culpa, heredado del sistema francés; la teoría del riesgo, luego de la reforma de la ley 17.711; la responsabilidad de los funcionarios; la responsabilidad de los padres; la de los hoteleros y posaderos, ejemplo de responsabilidad objetiva en el código de Vélez. El capítulo I, arts. 1124 a 1136 habla “De los daños causados por animales” y “De los daños causados por cosas inanimadas”.

No son estas las únicas disposiciones que existen en el Código sobre la reparación de daños, así en los arts. 901 a 906, dentro del Título I que habla “De los hechos”, tenemos la regulación sobre las consecuencias de los hechos, lo que tiene que ver nada menos que con la extensión del resarcimiento. Puede mencionarse el art. 907 que habla sobre el resarcimiento causado por hechos involuntarios o el art. 2618 que trata sobre los daños causados por el exceso en la normal tolerancia entre vecinos.

El método empleado por Vélez Sársfield es puesto bajo la lupa de los valores y el avance jurídico del Siglo XXI, y se le critica el doble régimen de responsabilidad (contractual y extracontractual), o la dispersión de algunos de sus artículos, como por ejemplo las consecuencias de los hechos. Debemos sin embargo tener en cuenta que al momento de su sanción el código recogió alguna de las disposiciones más novedosas de su tiempo, y que en algunos aspectos como ser la causalidad fue el primero en su tiempo.

Si tenemos que realizar una síntesis a la manera de otros códigos analizados y con el riesgo de ser demasiados simplistas podemos decir que el Código Argentino en lo tocante a la responsabilidad civil se caracteriza por:

1. Es un código de cláusula general, atípico, de responsabilidad civil por culpa.
2. La responsabilidad contractual y extracontractual, si bien la doctrina y jurisprudencia insisten en su unicidad, mantienen todavía diferencias de régimen legal.

3. Con la reforma de la 17.711 conviven, con la destacable labor de la jurisprudencia, la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo.

4. El daño moral es indemnizable con un criterio amplio, incluso para los contratos.

5. El código admite la existencia de factores objetivos, además del riesgo, ya mencionado, como ser la garantía, la obligación de seguridad, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos y el abuso del derecho.

6. Las leyes especiales que por fuera del Código han legislado sobre la responsabilidad civil no han desvirtuado su espíritu.

7. Se permite al Juez el recurso a la equidad para arribar a resultados justos en algunos casos (arts. 907 y 1069).

3.1.1 El deber de responder

El derecho es una herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible, lo que se logra instaurando un sistema de controles variados, que se expresan mediante normas, mandatos, prohibiciones, costumbres, etc., los que en caso de no ser respetados generan en el sujeto el deber de responder.

Responder es un verbo de raíz latina que tiene muchos significados de acuerdo al diccionario de la Real Academia, es decir que es un término polisémico⁸¹. La que nos interesan son las acepciones 16ª y 17ª. La primera nos dice que responder es “Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”. La segunda acepción citada es más genérica: “asegurar una cosa haciéndose responsable de ella”. Como vemos la última es más genérica que la primera, pero ambas pueden ser subsumidas, en sentido jurídico, con la que da Bustamante Alsina cuando dice que “responder es dar uno cuenta de sus actos”.⁸²

Hay deberes de responder que no interesan al derecho, pero sí a la moral, porque como hemos dicho a quien el ser humano debe dar cuenta es a su propia conciencia. Por ejemplo el que envidia los bienes o la mujer de su prójimo no puede ser penado, pero sí cometerá un pecado si eso está prohibido por su religión; o deberá rendir examen ante su conciencia si ella se lo reprocha, pero no irá preso ni indemnizará al prójimo por codicioso o lascivo, mientras esos sentimientos no se traduzcan en actos concretos que dañen al otro. Esta es una diferencia que existe entre moral y derecho. La responsabilidad moral existe aún sin acto exterior que la ponga en evidencia. Así una persona puede odiar a otra sin emitir palabra o gesto alguno, lo que le genera una gran responsabilidad moral pero no jurídica. Ello sin embargo no quiere decir que exista una total independencia entre moral y derecho ya que en algunos casos la moral tiene efectos sobre el derecho, como en el caso de la objeción de conciencia de una persona que profesa determinada religión y se niega a participar del servicio militar, o de un médico cuya religión le prohíbe el aborto o la contracepción y se niega a practicar estas operaciones.

El deber de responder que interesa a esta materia no es el que viene impuesto por la moral o las creencias, sino el que impone el ordenamiento jurídico, el que reiteramos algunas veces puede conceder efectos a comportamientos que normalmente estarían regidos únicamente por la moral o la religión. En algunos supuestos este deber de responder surge de la actuación unilateral del individuo como cuando roba, o atropella a otra persona. En otros casos el deber es bilateral porque existe un pacto previo, el que se asimila a la ley (art. 1197 C.C.), porque para las partes tiene esa fuerza. En la compraventa el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio y responden el uno para con el otro si no cumplen con sus respectivas obligaciones.

Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos, éticos, pero sin embargo todos tienen en común la existencia de dos elementos la ilicitud y la sanción, el *schuld* y el *haftung* de que hablan los alemanes o el *duty* y *liability* del *common law*. El presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud, y la consecuencia la sanción. Analizamos los temas seguidamente.

⁸¹ Seguí, Adela, *Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna*, 2001, en www.alterini.org

⁸² Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General...*, cit. p. 67.

3.1.2. La ilicitud

El ser humano es un ser racional, dotado de inteligencia y libertad, por lo que como principio puede hacer todo lo que desee a menos que ello esté prohibido de alguna forma. Este obrar contrario a la prohibición por más vaga que esta sea es lo que denominamos ilicitud. Puede consistir en una acción u omisión, y también tener lugar en una relación contractual como ante la ausencia total de contrato; puede ser unilateral o bilateral y puede causar daño o no. Comportarse no respetando la licitud –en el sentido más amplio que se quiera darle al término- acarrea una sanción, la que no asume un único rasgo característico sino que puede asumir múltiples formas según el tipo de responsabilidad que se trate. A continuación analizamos algunas de ellas.

Sobre la responsabilidad *moral* hemos tratado en el párrafo anterior por lo que nos remitimos a lo allí dicho.

Queremos hablar un poco sobre la responsabilidad *penal*, lo que constituye el máximo instrumento de control⁸³ de las conductas humanas por lo que tanto la ilicitud como la sanción tienen particulares formas. El derecho penal pertenece al derecho público y se caracteriza por su intervención violenta⁸⁴, estigmatizante, devastadora para quien la sufre. Es por ello considerada la última *ratio* del orden jurídico, aquello a lo que se recurre cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. Es además rigurosamente formal porque las conductas prohibidas están descritas en tipos que deben amoldarse perfectamente en la conducta que pueda haber realizado el delincuente. Surge únicamente cuando no se han respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger de esta forma, lo que hace que su titularidad sea también pública. La víctima tiene un papel secundario, no siendo parte del proceso penal, salvo que deduzca querrela. Las partes son el fiscal y el delincuente imputado; el querellante en cambio es un personaje contingente en el derecho argentino.

Además se diferencia la responsabilidad civil de la penal en que tiene lugar aun en casos en que no se ha causado daño, como ser en los delitos de peligro abstracto o concreto y también en los casos en que el delito no se consuma como ser la tentativa. Esto se explica porque el derecho penal no tiende a reparar daños sino a controlar conductas. Esto no quiere decir que penalmente no se tomen algunas medidas resarcitorias como ser la devolución de objetos sustraídos a su dueño o la liberación del privado de libertad. Además impera el principio de que en caso de duda se está a favor del reo.

La responsabilidad *ética* surge por ejemplo cuando se incumple algún deber impuesto por las incumbencias profesionales, el que normalmente está descrito en el código de ética profesional cuando éste existe. Lo más corriente es que la ilicitud ética cause un daño a terceros, pero no siempre es así. Por ejemplo el abogado que en vez de hablar con el abogado de la otra parte, trata directamente con el cliente de su contrario.

La responsabilidad *administrativa* puede asumir dos formas. Una está dada por las relaciones de la administración con sus funcionarios y empleados, quienes responden frente a ella en caso de no cumplir con los deberes a su cargo y deben atenerse a las consecuencias como sucede en una relación laboral. Pero la que nos interesa es la responsabilidad en que incurre el administrado cuando no cumple con las reglamentaciones administrativas, es decir cuando comete una falta o contravención. En estos casos hablamos del derecho administrativo sancionador, que tiene una intervención parecida a la del derecho penal, pero si se quiere es más suave, porque las penas son menos severas,

⁸³ El profesor de la Universidad Complutense de Madrid García Pablos de Molina opina que el control social es el “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. El control social dispone de numerosos *sistemas normativos* (la religión, la ética, el Derecho civil, el Derecho penal, etc.); de diversos órganos o portadores (la familia, la Iglesia, los partidos, los sindicatos, la justicia, etc.); *de variadas estrategias de actuación o respuestas* (represión, prevención, resocialización, etc.) *de diferentes modalidades de sanciones* (positivas, como ascensos, distinciones, buena reputación; negativas, reparación del daño, sanción pecuniaria, privación de la libertad, etc.) *y de particulares destinatarios* (estratos sociales deprimidos, estratos sociales privilegiados, etc.). La justicia, lógicamente, constituye uno de los posibles portadores del control social. El derecho Penal representa sólo uno de los sistemas normativos existentes [cursivas en original].” García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000. p. 3.

⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general 3ª edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998: “Hablar de derecho penal es hablar de un modo u otro de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del derecho penal.” p. 28 “La violencia es por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización del control* [cursiva en original]” p. 31

⁸⁴ García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000. p. 3.

generalmente multa, clausura o inhabilitación, pero no reclusión por ejemplo. La ilicitud también está rigurosamente descripta en tipos, las más de las veces en códigos como por ejemplo el código de faltas municipal.

La responsabilidad civil por último también necesita de la ilicitud y también al igual que las demás establece una sanción que consiste en la indemnización, ya sea que esta consista en dinero o en la reposición de las cosas al estado anterior. Es lo que se conoce como sanción resarcitoria. Sin embargo debemos aclarar que no es la responsabilidad civil la única sanción resarcitoria que se conoce. La nulidad, también vuelve las cosas anterior al acto que se ha declarado inválido y por ejemplo si se declara nula una compraventa debe entonces devolverse la cosa y el precio.

La sanción resarcitoria es además pecuniaria cuando consiste en una suma de dinero, o apreciable en dinero cuando se abona *in natura*, pero no es la única sanción pecuniaria que conoce el derecho civil. Podemos citar también dentro de esa categoría a los intereses punitivos, intereses sancionatorios, la cláusula penal moratoria, arras penitenciales.

Pero no debemos creer que aquí se agota el panorama de sanciones que puede imponer el derecho civil. También existen penas privadas no dinerarias, como ser la privación de la patria potestad, la desheredación, la indignidad para suceder.

Lo que tienen en común todas las responsabilidades de derecho civil, es que en todas existe el requisito de ilicitud y la sanción como consecuencia. Así, en los intereses punitivos la ilicitud estará dada por el cumplimiento moroso y la sanción es la tasa mayor que debe pagarse. En la indignidad para suceder o en la privación de la patria potestad los supuestos en que proceden estas sanciones están predeterminados de antemano.

¿Qué es entonces lo que distingue la responsabilidad civil de otras responsabilidades impuestas por el derecho? En primer lugar en que en la responsabilidad civil *debe existir daño*, lo que puede no acontecer en el derecho penal o en el derecho tributario con las infracciones formales. En segundo lugar la responsabilidad civil *no es excluyente* de otras responsabilidades y bien puede afirmarse que es complementaria. Por ejemplo si el delito penal ha causado un daño este debe ser indemnizado; lo mismo que el hecho por el cual se priva de la patria potestad al padre, también puede generar obligación de indemnizar al hijo (malos tratos, por ejemplo). Podemos decir que la responsabilidad civil *no es subsidiaria*, es decir no se impone luego de las otras sanciones o cuando éstas no se han impuesto, por lo que puede coexistir con la responsabilidad penal, ética, administrativa, sin dar lugar a planteos de *non bis in idem*. Incluso la responsabilidad civil *puede ser previa*.

3.1.3. La indemnización

Como ya hemos dicho cuando se causa un daño atribuible, la consecuencia de tal acción es que se debe responder. La forma en que se responde es mediante el pago de una indemnización, la que en la mayoría de los casos consiste en el pago de una suma de dinero. Si bien nuestro código sienta como regla para el caso de hechos ilícitos la llamada reparación *in natura*, exactamente “reposición de las cosas a su estado anterior”, como lo dice el art. 1083 reformado por la ley 17711, podemos afirmar que la regla jurídica no se corresponde con lo que “normalmente acostumbra suceder”, es decir que prácticamente siempre la indemnización se reclama en dinero.

Esta última afirmación debemos aclararla porque nos estamos refiriendo a lo que acontece cuando tiene lugar una demanda judicial. Si las partes negocian directamente o llegan a un arreglo, es probable que utilicen más la reparación en especie. En sede tribunalicia en cambio, creemos que es mucho más conveniente el pago en dinero, tal como era el sistema ideado por Vélez Sársfield. El pago en dinero ahorra muchos problemas que pueden suscitarse entre las partes por reclamos de calidad entre la situación anterior y la nueva. Por ejemplo si en un accidente de autos el demandado repara directamente el vehículo o contrata el taller donde se realizarán los arreglos, pueden luego suscitarse discusiones en torno a la calidad del trabajo, por lo que puede ser más conveniente entregar el dinero al actor para que contrate directamente y corra los riesgos. Por eso nos parece que la opinión sobre el principio ahora sentado debe estar entre la predicción de que “será letra muerta”⁸⁵ y las más optimistas que ven en ello un sistema más perfecto.⁸⁶ Es cierto que para borrar todos los efectos del daño la reparación *in natura* es más aconsejable, pero también que el dinero ahorra

⁸⁵ Bustamante Alsina, *Teoría General...*, cit. p. 77

⁸⁶ Andorno, Luis, “Comentario al Art. 1083” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, p. 242.

innumerables problemas y corta todo tipo de reclamos adicionales, que en vez de terminar con el daño puede causar aún más problemas.

No caben dudas de que la obligación de resarcir el hecho ilícito es una obligación autónoma, porque tiene su causa fuente en el hecho ilícito. Las dudas comienzan cuando tratamos sobre la responsabilidad contractual. La postura tradicional es la de Bustamante Alsina⁸⁷ para quien la opción del art. 1083 no existe en casos de responsabilidad contractual porque esta es *subsidiaria* y *accesoria*. Lo primero porque el art. 505 inc. 1 confiere al deudor la posibilidad de compeler el cumplimiento y el inciso tercero le da la posibilidad de reclamar las indemnizaciones correspondientes. Entonces recién podría hablarse de responsabilidad por daños, cuando el objeto haya desaparecido o sea imposible de cumplir por culpa del deudor. Es decir que primero habría que plantear el cumplimiento y ante su imposibilidad los daños. Lo segundo porque si la obligación contractual se declara nula y ya se hubiesen pagado indemnizaciones debe restituirse lo pagado como efecto normal de la nulidad. Además existe una prelación en el tiempo de la obligación contractual, la que sería primera en relación a la indemnización, siendo innegable que “una es razón de la existencia de la otra”.

Nos permitimos disentir con el maestro. En nuestra humilde opinión ambas indemnizaciones, la contractual y la extracontractual son autónomas y en ambas rige la posibilidad que establece el art. 1083. Ello por los siguientes motivos.

El art. 1083 si bien está incluido en el capítulo referente a los hechos ilícitos no quiere decir que sus disposiciones no puedan trasladarse al ámbito de lo contractual. Así, la definición de culpa del art. 512 se utiliza para ambas responsabilidades. No es óbice, ante la falta de mención expresa, aplicar un principio de una responsabilidad para la otra, máxime cuando el avance doctrinario nos muestra que tal distinción cada vez es más insostenible.

La obligación resarcitoria creemos que no es subsidiaria, sino autónoma o principal. En apoyo de nuestra tesis señalamos que no es incompatible acumular acción de cumplimiento con daños y perjuicios como se permite expresamente en el art. 1204 4º párrafo. Además el art. 889 expresamente menciona que ante la imposibilidad por culpa o mora, la obligación se convierte en una nueva. Si se convierte en una nueva no es entonces subsidiaria ni un efecto anormal de la obligación⁸⁸.

Por último respecto a la naturaleza jurídica, la indemnización constituye una deuda de valor, en la cual el dinero está *in solutioni* pero no *in obligatione*. La obligación es de reparar el daño, sea que ese valor corresponda con la depreciación monetaria o sea superior. Que se pague en dinero (*in solutioni*) no quiere decir que sea una obligación dineraria pura.

4. TENDENCIAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para poder exponer cuáles son las tendencias de la responsabilidad civil al momento en que este libro se escribe creemos que debemos antes exponer y sentar posición sobre cuáles son las funciones de la responsabilidad civil. Tal como podrá advertirse hablamos de funciones, porque creemos que el instituto objeto de este libro tiene además de la función compensatoria que la mayoría de la doctrina le atribuye como función exclusiva otras no menos importantes que pasamos a exponer.

4.1. Funciones de la responsabilidad civil

4.1.1 Función demarcatoria

En primer lugar la responsabilidad civil tiene una clara *función demarcatoria*⁸⁹ entre aquello que está permitido, es decir dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma, que no

⁸⁷ Bustamante Alsina, Teoría General..., cit. pp. 77-79. En el mismo sentido Borda, Guillermo, Tratado de derecho Civil. Obligaciones. T.I, Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 61. Otros autores admiten la subsidiariedad en un “único sentido y es que el acreedor puede ser satisfecho en especie”, Echevesti, Carlos, “Comentario al Art. 505” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T2A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, p. 67.

⁸⁸ Wayar, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones T.I, 2ª ed, Lexis Nexis Depalma, 2004, Buenos Aires, §78, p. 206.

⁸⁹ Salvador Coderch, Pablo, Castiñeira Palou, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, Marcial Pons, Madrid, p. 103.

necesariamente tiene que estar tipificada⁹⁰, sino que normalmente en los sistemas del *civil law*, es una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad como dice Viney⁹¹, en el caso de la responsabilidad por culpa, o una norma de distribución de riesgos como sucede con la responsabilidad objetiva.

Este principio de libertad, básico de derecho privado, en Argentina está expresamente consagrado en el artículo 19 de la Constitución, cuando dice que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”. También está formulado en el artículo 14 cuando garantiza a los ciudadanos el derecho de “ejercer industrias lícitas”.

Igualmente podemos agregar que de ese mismo artículo 19 de la Constitución Argentina surge el principio *neminem laedere* cuando comienza diciendo que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, *ni perjudiquen a un tercero* están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Puede incluso afirmarse que la función demarcatoria es en la Argentina de hoy una exigencia constitucional de un mismo artículo, que sienta dos principios: la libertad de actuación⁹² y el *neminem laedere*.

Queda claro que es un requerimiento de justicia que las personas conozcan de antemano las probables consecuencias de sus acciones, mucho más si deberán desembolsar dinero para pagar daños⁹³. En derecho penal esto está garantizado de manera clara con los tipos legales. En materia civil el principio, que si bien no exige tipificación, sí exige reglas claras que eviten la paralización de actividades o el desconocimiento de los costos de los riesgos, si se trata de actividades empresarias; o la evitación de sorpresas desagradables si se trata del hombre común. Quien es encontrado responsable de un daño inmediatamente adquiere la certeza de que lo que hizo está mal, aún si esa responsabilidad es objetiva. Su condena debe servirle de ejemplo a él y a los demás.

Se trata en definitiva de conocer el costo de la libertad de actuar y de saber que si no hay una buena razón es el individuo mismo quien tiene que cargar con esos costos. Esto ya fue expresado hace más de cien años por uno de los juristas más importantes del *common law*, Oliver Wendell Holmes Jr.: “es de buena política dejar que las pérdidas queden allí donde se producen, excepto cuando una razón especial que pueda ser demostrada justifica interferir”⁹⁴.

Por último siempre que una persona ejerce un derecho tiene además una expectativa de comportamiento ajeno respetando ese ejercicio. La función demarcatoria del derecho debería permitir a toda la sociedad saber como debe comportarse para no interferir en la esfera de libertad del prójimo. Para Suzanne Carval la función demarcatoria, que ella denomina *normativa*, sería la función originaria de la responsabilidad civil porque precisamente es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible⁹⁵.

4.1.2. Función compensatoria.

La función *compensatoria*⁹⁶, también llamada *resarcitoria*⁹⁷ o *indemnizatoria*⁹⁸, es para algunos autores la única función o la más importante de la responsabilidad civil⁹⁹. Para otros, como Markesinis¹⁰⁰ la función no es

⁹⁰ Según Dobbs, “*The tort rule confirms or articulates social ideals and perhaps reinforces them by imposing liability.*”, Dobbs, Dan, *The law of torts*, cit. p. 30.

⁹¹ Viney, Geneviève; Jourdain Patrice, *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. cit. p. 362.

⁹² Salvador Coderch, Pablo, Castiñeira Palou, María Teresa, *Prevenir y castigar Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, cit. p. 103.

⁹³ “...hay que empezar por afirmar la necesaria función de demarcación del derecho de daños (pag. 41 y ss.): dejar de un lado los daños no resarcibles –la mayoría- y del otro, aquéllos cuya producción da lugar a una pretensión resarcitoria es la más básica de las funciones de todo derecho de daños: uno ha de saber si el dolor causado por una ruptura de una relación amorosa o simplemente de amistad da lugar o no a una pretensión indemnizatoria (STS) 16.12.1996, Ar 9020); si las revistas electrónicas como Indret arruinarán impunes a las publicadas en soporte papel; si lo propio puede sostenerse en el caso de una inevitable infección hospitalaria contraída por quien fue contagiado de un virus trece o catorce años antes de que la ciencia médica identificara su existencia (STS 9.3.1999, Ar. 1368),o, más sencillamente si surge o no una pretensión resarcitoria por las infecciones que, hoy por hoy, están irremediabilmente asociadas con el ingreso en una unidad de cuidados intensivos de cualquier hospital español”. Salvador Coderch, Pablo “Lecturas recomendadas, Luis Díez Picazo y Ponce de León, en www.Indret.com, 31.12.99, p.4.

⁹⁴ “Sound policy lets losses lie where they fall, except where a special reason can be shown for interference”, Posner, Richard, *The essential Holmes*, , The U. Of Chicago Press, Chicago, Chicago, 1992. Fragmento extraído del celeberrimo libro *The Common law*.

⁹⁵ Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995, p. 175. “...elle continue à jouer son rôle originel de définition des comportements illicites, permettant ainsi au droit de la responsabilité de participer à une mission distincte de l’indemnisation e qui consiste dans l’élaboration du complexe réseau de règles de conduite sans lequel la vie en société ne serait pas possible”.

⁹⁶ Compensar de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su primera acepción es “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”. Su segunda acepción es Dar alguna cosa o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”

⁹⁷ Resarcir de acuerdo al mismo diccionario tiene por única acepción: indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio.

monopolizante de esta rama del derecho, porque también compensan la seguridad social o el seguro¹⁰¹. Con esta función el derecho de la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (*ex ante*).

Corolario de esta función es el principio que se denomina de reparación integral, conocido en inglés como *full compensation*¹⁰², que siempre se asocia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ambos, es justo decirlo son expresiones de lo que se conoce como con la justicia correctiva o conmutativa. La responsabilidad objetiva en cambio, está asociada siempre con la justicia distributiva como ya hemos visto en este capítulo 1.2.1.

El código civil argentino en su actual artículo 1109 de inspiración en el artículo 1382 del Código Civil Francés habla de una obligación de “reparar” el daño¹⁰³. Creemos que es la palabra justa para describir el objetivo de la responsabilidad civil, ya que reparar en su tercera acepción según el diccionario de la Real Academia es “desagraviar, satisfacer al ofendido” y según la sexta acepción es “remediar o precaver un daño o perjuicio”.

Está en duda asimismo que esta sea la función más importante del derecho de daños, al igual que está cuestionado que el derecho de daños sea el único instrumento o el mejor para compensar¹⁰⁴. Hay otros que también lo hacen, aunque no en forma integral, pero sí más rápida y económica, como la seguridad social o el seguro personal o contra terceros (*first party insurance* o *third party insurance*). Aclaremos al lector que esto es una postura personal y que no es mayoritaria en la doctrina argentina.

4.1.3 Función distributiva

La función distributiva no es normalmente expuesta por los autores de derecho civil, especialmente los argentinos, como una función separada de la función compensatoria. Nosotros creemos que la responsabilidad civil según cual regla se adopte (culpa o responsabilidad objetiva) cumple una u otra función predominantemente. La función compensatoria tiene su razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa, individualista, en el que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido¹⁰⁵. En cambio la función distributiva tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos

⁹⁸ Indemnizar también de acuerdo al mismo diccionario tiene una sola acepción: resarcir un daño o perjuicio. Como podemos apreciar, compensar, resarcir e indemnizar son sinónimos.

⁹⁹ Pantaleón Prieto, Fernando, “Comentario al art. 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Edición del Ministerio de Justicia, dirigido por Paz-Ares Rodríguez; Díez Picazo; Bercovitz; Salvador Coderch. P. 1971.

¹⁰⁰ Markesinis, Basil y Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, cit. p. 41. “Tort textbooks must openly admit that compensation has an important role to play in the law of torts. But it is not a monopolistic one”. (Los manuales de derecho de daños deben abiertamente admitir que la compensación debe tener un papel importante que jugar en el derecho de la responsabilidad civil. Pero no es un rol monopolístico.”

¹⁰¹ Otros autores también critican la preeminencia de la compensación: “According to the justice theory the basic goal of tort law is not and never has been efficient deterrence, efficient compensation (spreading all losses), retribution of public wrongs, or the identification or morally faulty injurers, but rather the prevention and rectification of injuries to individual’s persons and property that are the result of nonrightful conduct by others, which is conduct that is objectively inconsistent with the equal freedom of all. As such, tort liability is based on individual moral responsibility, rather than moral fault or blame for having injured another”. Wright, Richard W. “Principled adjudication: tort law and beyond”, en *7 Canterbury Law Review* 265 (1999), en <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9909291> p. 28

¹⁰² “According to the principle of full compensation, tort law seeks to put the victim in the position he was in before the tort.”. El autor toma esa definición del voto de Lord Blackburn en *Livingstone vs. Rawyards Coal Co.* 1880 5 App. Cas. 25,39. información de Van Wijck, Peter, Winters, Jan Kees, “The principle of full compensation in tort law”, en *Eur. J. of L. & E.*, 11:3; 319-332,2001.

¹⁰³ El proyecto de Unificación del Código Civil Argentino, en sus Fundamentos, se hace eco de la postura de tomar como principal función de la responsabilidad a la compensatoria, tomando una frase de Lambert-Faivre: “el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”. Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, 1999, Buenos Aires, p. 98

¹⁰⁴ Cane, Peter, *Atiyah’s Accidents, compensation and the law*, 6ª ed., Butterworths, Londres, 1999, p. 16. El autor dice que de los tres millones de personas que sufrieron daños cada año, solo 215.000 (aproximadamente el 6 ½% recibieron una compensación en la forma de *tort damages*. Sin embargo el valor total de lo pagado a ese 6 1/2% fue casi la mitad del total del valor de los pagos de la seguridad social hechos a un millón y medio de beneficiarios de esos pagos”. Otra opinión coincidente dice: “El derecho de daños es de gestión muy costosa. Típicamente por cada euro que cuesta mover la máquina de la justicia sólo medio llega a la víctima”. Salvador Coderch, Pablo “*Lecturas recomendadas, Luis Díez Picazo y Ponce de León*”, cit. p. 10. Otro autor señala que por cada dólar que recibe la víctima se gasta en el sistema otro dólar o más en costos de administración del sistema de responsabilidad civil. Kaplow, Louis; Shavell, Stephen “*Economic Analysis of law*” en, NBER working papers n° 6960, febrero de 1999. En Internet www.nber.com. Finalmente podemos citar a Patrick Atiyah, quien dice que el sistema de indemnización de daños por vía judicial, refiriéndose a Inglaterra es costoso e ineficiente. Menciona los datos aportados por la Pearson Commission que estableció que para pagar £ 200.000.000 el costo administrativo fue de £ 175.000.000. Atiyah, Patrick *The damages Lottery*, Oxford, Hart Publishing 1997, p. 153.

¹⁰⁵ “... la culpa civil es por lo general, rigurosamente objetiva –es infracción de deberes de precaución exigibles en el sector del tráfico en que actuaba el demandado-...”. Salvador Coderch, Pablo “*Lecturas recomendadas, Luis Díez Picazo y Ponce de León*”, cit., p. 2.

la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente¹⁰⁶. Por ello siempre que existe responsabilidad objetiva se desarrolla paralelamente un mercado de seguros, las más de las veces obligatorio, que permite distribuir los infortunios entre muchísimas personas.

Se sostiene con acierto que ambas funciones, la compensatoria y la distributiva tienen su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.¹⁰⁷

4.1.4 Función preventiva.

También tiene la responsabilidad civil una función preventiva, es decir de actuación *ex ante* de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda. En realidad si nos atenemos a la letra del principio *alterum non laedere*, lo que este ordena primero es precisamente no dañar al otro, lo que puede perfectamente entenderse como actuar *antes* de que se dañe. El principio no está formulado “siempre hay que indemnizar” o “procura indemnizar”, poniendo el énfasis en la compensación *ex post*, en vez de la prevención *ex ante*. El dicho popular “más vale prevenir que curar” tiene aquí plena aplicación.

Por una ficción decimos que hay que poner a la persona que ha sufrido un daño en una posición en la que le resulte indiferente sufrir el daño o ser integralmente compensada. Pero a nuestro juicio esto es una teorización, muy respetable por cierto, pero que sólo puede ser aplicable a veces en situaciones de daños materiales. En casos de daños corporales o lesiones al honor o a la intimidad, es poco probable que a una persona le dé lo mismo *ex ante* quedar inválido o ser indemnizado, o ser calumniado por un periódico a cambio de recibir una buena suma de dinero.¹⁰⁸

Ya hemos señalado más arriba que reparar es sinónimo de indemnizar y compensar, y que entre los significados de reparar está además del de satisfacer al damnificado, el de “precaer el daño”.

La observación de que la responsabilidad civil no debe tener por función prevenir los daños porque para ello están otras ramas del derecho que lo pueden hacer mejor, como el derecho penal o el derecho administrativo, implica concebir a la ciencia del derecho no como el todo unitario que es, sino como ramas o compartimentos comunicados entre sí. Creemos en la universalidad del conocimiento al igual que en la unidad del fenómeno jurídico. Que otras ramas del derecho, o incluso que otras ciencias, tengan por función la prevención de daños no quiere decir que el derecho de daños no sirva como instrumento preventivo o reductor de los daños o lo que es peor, que no deba aspirar a serlo. Si empíricamente se puede constatar que a la par de la compensación la condena de daños tiene un efecto de prevención, ¿porqué no hacer uso de esta herramienta?

4.1.4.1 La función compensatoria no excluye otras funciones

La función preventiva no debe ser considerada como separada o excluyente de la función compensatoria¹⁰⁹ o de otras funciones, como la satisfactiva¹¹⁰. Por el contrario como afirman Salvador Coderch y

¹⁰⁶ La responsabilidad del empleador por el hecho de su empleado es un ejemplo del tránsito de la función compensatoria a la distributiva. Si bien en los códigos, tanto en el francés, como en el argentino, influidos por el viejo principio de derecho canónico *qui facit per alium facit per se*, se estableció la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, el fundamento de esta responsabilidad en un primer momento se entendió por los autores, como basado en la culpa, ya fuera *in vigilando*, por falta de control, o *in eligendo*, por haberse equivocado al elegir a un empleador que causa daños. Existía en ambos casos una presunción de culpa de parte del empleador, lo que era totalmente consecuente con el espíritu individualista de la época.

La teoría de la culpa presunta del empleador (*in eligendo* o *in vigilando*) ha sido abandonada en el *civil law* (Viney, Geneviève, Jourdain Patrice *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. Cit. p. 862) e incluso en el *common law* que también la seguía en cierta manera (Markesinis, Basil y Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, cit. p. 532). Las teorías que se han buscado para llenar el vacío son múltiples, pero ninguna ha logrado imponerse del todo, Carbonnier (Carbonnier, Jean, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22ª ed., Puf, París, 2.000. p. 446). Viney después de mencionar al riesgo, la equidad, la garantía, o el interés social, no toma partido por ninguna de ellas, sino que dice que este tipo de responsabilidad es la resultante de “muy muchas razones entre las cuales, ... la idea de una garantía de solvencia a las víctimas de daños causados por las personas presumiblemente insolventes, ha jugado un rol muy importante... pero convendría sustituir esas explicaciones para construir un régimen adaptado a las necesidades de la sociedad contemporánea que contemple a la responsabilidad del principal desde una óptica nueva que considere sobre todo como un medio de imputar a la empresa la carga de los riesgos que ella ha creado” (Op. Cit. p. 859).

¹⁰⁷ Wright, Richard W, “Rigth, Justice and Tort Law”, publicado en *Philosophical Foundations of the law of Torts*, cit. p. 174

¹⁰⁸ La razón la expone muy correctamente Gómez Pomar: el dinero en caso de daños morales hace que la función de utilidad del dinero cambie y si bien recibe la misma cantidad de dinero que tenía antes del hecho, ese dinero no le brinda la misma utilidad. Gómez Pomar, “Daño moral”, en www.indret.com, 1/00, p. 3.

¹⁰⁹ Incluso autores que piensan que la principal función es la compensatoria no dejan de señalar que puede afirmarse como función secundaria la función preventiva (*präventionsfunktion*). Martin Casals, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, en *Centenario del Código Civil, T. II*, Editorial Ramón Areces, 1990, pp. 1256.

Castiñeira Palou¹¹¹, “la consideración de función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de compensación, lo integra pero no lo sustituye”. Para estos autores, en una aseveración que compartimos plenamente prevenir y sancionar no significa lo mismo. Las medidas sancionatorias siempre tienen un efecto preventivo general y especial, pero a la inversa las medidas preventivas no siempre sancionan¹¹². Cuando en la República Argentina no era obligatorio el cinturón de seguridad en vehículos automotores, había conductores que no obstante lo usaban como prevención. Ahora que ya es imperativo su uso, los conductores pueden seguirlo utilizando para evitar accidentes o para evitar la sanción y por añadidura evitar accidentes. Por una u otra vía el efecto preventivo o disuasorio debería darse.

La responsabilidad civil no es el único instrumento para prevenir, no es tampoco el mejor ni el peor, es simplemente uno de los tantos de los que dispone la sociedad. Tampoco sostenemos que el ser humano deba hacer uso de todas las ciencias para prevenir todos los daños al costo que sea. Esta utopía, válida quizás como anhelo, en la realidad lleva a que como dice el refrán, el collar sea más caro que el perro. Pensar que la evitación, o disminución de los accidentes y los costos que éstos traen aparejados deba ser el norte de algunas ramas del conocimiento humano, y en especial del derecho, es algo que nadie puede discutir. La racionalidad económica debe ser tenida en cuenta porque ese costo no puede nunca ser superior al accidente mismo. No hay pues, razones de peso para sostener que la responsabilidad civil no puede tener una función preventiva.

4.1.4.2 Jurisprudencia alemana

La jurisprudencia alemana¹¹³ nos brinda interesantes ejemplos de la penetración de la función preventiva en la responsabilidad civil, aunque en nuestra opinión también podría en cierta manera describirse como sancionatorios a los fallos que a continuación citamos.

En el primer caso la responsabilidad civil se instrumenta en lugar de una sanción. Surge el litigio por aplicación de la directiva 76/207 de la Comunidad Europea sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en el empleo (incluido acceso, ascensos y formación profesional) que impone a los estados miembros la obligación de adoptar las medidas para que esta discriminación no ocurra, aunque no menciona cuáles medidas deben adoptar los estados, quedando éstos en libertad de adoptar las que les parezcan más adecuadas, dentro del ámbito civil, penal o administrativo, pero teniendo en cuenta que cualquiera de estas medidas debía tener un efecto preventivo. El estado alemán eligió evitar la discriminación en el empleo mediante normas civiles. Así en el BGB la sanción por violación de la prohibición de discriminar no podía superar a tres meses de salario.

Resulta que un hombre fue discriminado porque se presentó a un trabajo donde solicitaban una mujer. El actor al no ser contratado demandó, una indemnización de tres veces y media el salario. El caso llegó a la Corte Europea que declaró que la indemnización de tres meses por lo simbólica violaba la directiva, que exigía que cuando un estado decidiera sancionar las prácticas discriminatorias mediante una indemnización, esta debía tener un carácter disuasorio y ajustarse al perjuicio sufrido¹¹⁴.

Otra sentencia trata sobre la igualdad ante la ley en un caso en que los padres de tres hijos muertos en un accidente de tránsito plantearon la desigualdad que existía entre la condena que se les reconoció a ellos por daño moral y la condena que se había concedido a la princesa Carolina de Mónaco por una publicación falsa, concretamente por lesión al derecho a la personalidad. A los padres de los menores se les reconoció DM 40.000 y a la Princesa DM 180.000.

El Tribunal Constitucional falló que la diferencia de montos era adecuada a la Ley Fundamental alemana porque los objetivos que se perseguían con las condenas al tratarse en un caso de un accidente de tránsito y en otro caso de una lesión a la personalidad eran distintos. En el primer caso eran únicamente resarcitorios, en el segundo caso había una fuerte necesidad de prevenir conductas futuras: “Así según la doctrina del Tribunal Supremo Alemán (BGH,

¹¹⁰ Así lo reconoce Pantaleón Prieto en casos de daños no patrimoniales. Pantaleón Prieto, Fernando “Comentario al art. 1902”, cit. p. 1971.

¹¹¹ Salvador Coderch, Pablo, Castiñeira Palou, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, Marcial Pons, Madrid, p. 113.

¹¹² Salvador Coderch – Castiñeira Palou; *Prevenir y castigar...*, cit. p. 115.

¹¹³ Los casos que a continuación reseñamos han sido comentados por Pablo Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz García en Indret.com. Salvador Coderch, Pablo y Ruiz García Juan Antonio, “Prevención y derecho de daños”, en Indret.com, abril 2.001.

¹¹⁴ *Nils Darhmpaehl vs. Urania Immobiliaenservice OHG*, 22.4.97, C-180/95, Rec. 1997, p. I-2195.

16.4.1996 IV ZR 308/95), el importe de la indemnización pecuniaria debe producir un auténtico efecto disuasorio de cualquier comercialización desconsiderada de la personalidad cuando una empresa informativa lesiona dolosamente derechos de la personalidad con el fin de incrementar su tirada o circulación y obtener mayores beneficios comerciales... Sin embargo, no se trata tanto de expropiar los beneficios, como de utilizar el intento probado de obtener ganancias como factor de medición o determinación del importe del resarcimiento. Por ello son determinantes puntos de vista preventivos que llevan, en la estimación de la indemnización pecuniaria, a un incremento notable de la cuantía de la indemnización”¹¹⁵

En cambio en el mismo fallo para los accidentes de tránsito el Tribunal Constitucional dijo que: “...[en el accidente] ni la violación suele ser dolosa, ni suele estar motivada por intereses comerciales. Pero entonces, si el ánimo de lucro no juega ningún papel, no hay que tener en cuenta la prevención como criterio para fijar el montante del resarcimiento. De forma similar, en la generalidad de los casos no es de esperar que un incremento de la indemnización por daños morales incentive al causante potencial de daños a modificar su precaución en la conducción.”¹¹⁶

Coincidimos con lo afirmado con respecto a los derechos de la personalidad, pero no así en lo que concierne a los accidentes de tránsito, máxime en un caso como éste en que el conductor estaba ebrio, quien por esa circunstancia se adjudicó para sí mismo mucha más libertad de la que el ordenamiento jurídico estaba dispuesto a concederle, violando una expresa prohibición legal. Por más que el causante del daño no haya tenido ánimo de lucro, su elección sí refleja una valoración económica medida en términos de costo de oportunidad por ejemplo. Su acto no resulta de un descuido momentáneo, sino de una conducta que debe desalentarse tanto o más que la violación del buen nombre de Carolina de Mónaco, sobre todo teniendo en cuenta la frecuencia con que conductores alcoholizados causan tragedias.

4.1.4.3. El análisis económico del derecho y la responsabilidad civil.

El análisis económico del derecho ha desarrollado el concepto de que el derecho de daños tiene como principal función la de prevenir accidentes (Calabresi, Posner, Landes, Cooter-Ulen, Kaplow-Shavell, entre otros) y evitarlos al menor costo para la sociedad. Algunos estudios han comenzado a revelar, según algunos autores, que los cultores del *Law & Economics*, no estaban tan lejos de la verdad cuando afirmaban la función preventiva de la responsabilidad civil, si bien otros sólo se animan a hablar de una influencia preventiva “moderada”, teniendo como soporte de sus afirmaciones las pocas investigaciones que existen hasta ahora sobre el tema¹¹⁷.

4.1.5. Función admonitoria.

Admonitorio¹¹⁸, según el diccionario de la Real Academia viene del latín *admonitor* que significa el que amonesta o aconseja. De esa palabra latina deriva *admonēre*, del cual a su vez viene amonestar, que tiene en sus dos primeros significados dice: 1 hacer presente alguna cosa para que se considere, procure o evite. 2. Advertir, prevenir, reprender.

¹¹⁵ *Bundesverfassungsgericht*, 8.3.2000 BvferG, 1 BvR 1127/96. La parte del fallo que transcribimos ha sido tomada de Salvador Coderch, Pablo y Ruiz García Juan Antonio, “Prevención y derecho de daños”, en www.indret.com abril 2.001.

¹¹⁶ Considerando 10.

¹¹⁷ Así por ejemplo el profesor de la U.C.L.A. Gary T. Shwartz después de resumir los datos disponibles sobre el sistema de Nueva Zelanda, los estudios de mala praxis médica de Nueva York (estudio Harvard y otros), accidentes de tránsito (influencia del cambio de un sistema de culpa a otro objetivo), productos elaborados llega a la siguiente conclusión: “No sector of tort law can be identified in which the prospect of liability has successfully reduced down to zero, or almost zero the rate of negligent conduct. ... Yet however untenable the strong version may be, sector by sector the reliable information provides adequate support for the argument in its more moderate form. Whether one considers the effect of FELA on railroad conduct, the effect of liability insurance on the number of teen-age drivers, the effect of categorical auto no-fault programs on highway accident rates in several countries, the effect of malpractice liability on particular forms of malpractice (for example, leaving sponges in patients) and on the overall rate of malpractice in states like New York, the effect of products liability on manufacturers’s willingness to improve product design, and the effect of liability on the risk management efforts of public agencies, non profit agencies, and commercial landowners, *there is evidence persuasively that tort law achieves something significant in encouraging safety.*” (La cursiva es nuestra. Schwartz, Gary T. “Reality in the economic analysis of torts law: Does tort law deter?”, en *42 U.C.L.A. Law Review*, 377 (1994) p. 423.

¹¹⁸ Admonitorio, según el diccionario de la Real Academia significa el que amonesta o aconseja, deriva del verbo amonestar que en sus dos primeros significados dice: 1 hacer presente alguna cosa para que se considere, procure o evite. 2. Advertir, prevenir, reprender. La palabra etimológicamente viene del latín *Admoneo –monui –monitum*: 2 tr. Traer a la memoria, recordar (*aliquem alicuius rei*, o de re, a alguien una cosa); advertir, prevenir (*ridiculum est istud me admonere*, es ridículo hacerme esta observación); amonestar, castigar, incitar, estimular. Diccionario Latín Español Vox, de García de Diego.

Esta función de la responsabilidad civil normalmente no aparece en los tratados de la materia. Sí aparece mencionada por algunos autores del *common law*¹¹⁹. Markesinis¹²⁰, si bien duda que esta función sea importante en el derecho de daños, admite que en algunos casos se da el efecto admonitorio de la responsabilidad civil, como sería por ejemplo el caso de mala praxis profesional, o daños por difamación, sobre todo agregamos, si se ordena la publicación de la sentencia.

4.1.6. Función sancionatoria

Sobre esta función de la responsabilidad civil también se ha hablado mucho y debe precisarse qué se entiende por función sancionatoria. Es claro que la función de castigar es totalmente ajena al derecho civil, si por ello se entiende una sanción infamante, estigmatizante, deshonrosa, desacreditante. Esas características las traen aparejadas las penas del derecho penal, sobre todo la prisión o reclusión, que privan al hombre de su bien máspreciado después de la vida misma, su libertad¹²¹.

Sanciones con este tipo de características son totalmente ajenas al derecho civil, y si bien como ya hemos dicho en un origen derecho civil y derecho penal fueron uno solo 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 la reparación y la satisfacción del ofendido.

No obstante hay autores que expresamente conciben a la responsabilidad civil como una sanción¹²².

Sin embargo sí pensamos que en algunos casos la responsabilidad civil cumple una función sancionatoria, por más empeño que se ponga en negarlo. Por ejemplo en los casos de culpa de la víctima (*contributory negligence* o *comparative negligence*) algunos autores directamente hablan de la naturaleza penal de la situación. Peter Cane¹²³ afirma que la culpa de la víctima “opera de hecho como un instrumento penal: el actor que contribuye con su negligencia es castigado siendo privado de parte de la indemnización a la que de otra forma tendría derecho”.

Veamos a continuación algunos otros ejemplos de dispositivos sancionatorios en leyes civiles.

4.1.6.1. Ley francesa del 5 de julio de 1985.

En el derecho francés la ley del 5 de julio de 1985¹²⁴, de la que ya hemos hablado (Cap. I 2.2.2.1) enrolada totalmente en la función compensatoria de la ley sin embargo dispone en los artículos 3 a 6 que el demandado puede prevalerse de la culpa de la víctima para suprimir o reducir su obligación indemnizatoria. Ello ha merecido la crítica de Viney¹²⁵ para quien “la privación de la indemnización aparece, más que dentro del derecho común de la responsabilidad civil, como una verdadera pena privada impuesta a la víctima, que justifica una apreciación restrictiva de las condiciones en que se pone en movimiento”.

Esa misma ley francesa tiene otros dispositivos sancionatorios como ser el artículo 16 que fija un término de ocho meses para que la aseguradora ofrezca el monto de la indemnización, vencido el cual la suma que se ofrezca o fije el juez producirá de pleno derecho el doble de intereses. La misma penalidad se establece para la aseguradora por el

¹¹⁹ Por ejemplo Morris, en un artículo que es considerado como muestra de una postura clásica de daños punitivos reconoce que la función compensatoria es la más importante del derecho de daños, pero agrega que: “en los casos de responsabilidad por culpa, hay una función admonitoria al igual que una función reparativa: el vínculo entre ambas proporciona una razón para tomar dinero del demandado y otra para entregárselo al actor”. Morris, Clarence, “Punitive damages in tort cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Junio 1931, n° 8, p. 1174

¹²⁰ Markesinis, Basil y Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, cit. p. 38. “The admonitory factor may also be significant in those cases (e.g. medical malpractice) where an adverse judgement can be seen as a negative statement about the tortfeasor’s professional competence or integrity”. (El facto admonitorio puede ser significativo en aquellos casos (por ejemplo mala praxis médica) donde un juicio perdido puede ser visto como una afirmación negativa sobre la integridad o competencia del profesional dañador)

¹²¹ En la Argentina no existe la pena de muerte. Su prohibición después de la reforma de 1994 que incorporó a la Constitución el Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica ha alcanzado jerarquía constitucional.

¹²² Pantaleón Prieto, Fernando, “Comentario al art. 1902”, cit. p. 1971, opina que a quien se le impone la obligación de indemnizar “puede sentirse tan “castigado” como aquel a quien se impone una multa o una pena privada; y la “amenaza” de tener que indemnizar puede, en algunos casos influir en la conducta de los sujetos...”

Esta concepción de la responsabilidad civil como sanción es criticada por Díez Picazo: “...tampoco puede encontrarse en las normas que cumplen un función indemnizatoria la realización de la idea de sanción, salvo que por sanción se entienda, de forma muy genérica, el anudar a un comportamiento determinadas consecuencias que puedan ser desfavorables para alguien”. Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit. p. 46.

¹²³ Cane, Peter, *Atiyah’s Accidents, compensation and the law*, 6ª ed., cit. p. 49. “It operates in fact as a penal device: the contributorily negligent plaintiff is punished by being deprived of some of the compensation to which they would otherwise be entitled”.

¹²⁴ Loi 85-677 du 5 Juillet, JORF 6 Juillet 1985.

¹²⁵ Viney, Geneviève, Jourdain Patrice *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., cit. p. 1147.

artículo 20 si una vez convenida o fijada la indemnización la misma no es pagada dentro del plazo de un mes. La suma se destina íntegramente a la víctima. Incluso Carval cita ya como ejemplo de pena semiprivada porque no se destina a la víctima al artículo 17 de esa misma ley que condena a la aseguradora a pagar el 15% de la indemnización a un fondo de garantía si el juez la considera manifiestamente insuficiente¹²⁶.

4.1.6.2. Otros ejemplos

La ejemplificación no termina aquí sino que pueden mencionarse otros ejemplos de cómo el art. 18.6 de la ley italiana 349/1986¹²⁷ que regula la acción del Estado contra el contaminador fijando criterios de valoración como ser la gravedad de la conducta individual y el lucro obtenido por el dañador: “Cuando no sea posible una cuantificación precisa del daño, el juez determinará el monto de modo equitativo, teniendo en cuenta *la gravedad de la culpa individual*, el costo necesario para la reposición y *el beneficio obtenido por el transgresor* como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente”

En España la ley 1/1982¹²⁸, de protección al honor, a la intimidad y familiar y a la propia imagen que en su art. 9.2 dice: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. 9.3 La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya introducido. *También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*”¹²⁹ El beneficio según la posición compensatoria no debería contar sino únicamente medirse la indemnización por el daño causado.

También el artículo 123 de la ley española de riesgos del trabajo, establece una indemnización que automáticamente se incrementa entre un 30% y un 50% en los casos de accidentes de trabajo cuando el hecho se haya producido como consecuencia de la violación de una obligación de seguridad de un reglamento.¹³⁰ Este incremento se destina a la víctima, y no es susceptible de aseguramiento por parte del empresario.

Ricardo de Angel Yágüez también menciona además de la ley de protección del honor y de la ley de patentes, al artículo 125 de la ley de España de propiedad intelectual que habla del “grado de difusión ilícita de la obra”. Asimismo cita a la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante del 24 de noviembre de 1982, que en su artículo 124 apartado 2 dispone que cuando el beneficio sea superior a la indemnización, se tomará, para la fijación de ésta, como mínimo la cuantía de aquél¹³¹.

La profesora y magistrada Aída Kemelmajer de Carlucci en el trabajo citado¹³² además menciona la ley española de patentes 11/1986 que en su art. 66 “ofrece al lesionado la opción de escoger entre tres alternativas posibles: los beneficios que hubiera podido obtener previsiblemente de no haber mediado la violación, los beneficios efectivamente obtenidos por el infractor mediante la ilícita explotación del invento y el precio que hubiera debido abonar al infractor por la concesión de la licencia que le hubiera facultado para realizar lícitamente los actos de explotación”.

La enumeración que se ha realizado no es exhaustiva, pero suficiente para probar nuestra afirmación de que existen en el derecho positivo de países del *civil law*, dispositivos sancionatorios en la responsabilidad civil, que consagran como criterios a tomar en cuenta a la hora de la procedencia de la responsabilidad por ejemplo a la cuantía de

¹²⁶ Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, cit. p. 175.

¹²⁷ Kemelmajer de Carlucci Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino? En *Anticipo de Anales, Año XXXVIII, Segunda época, Numero 31*, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.. pag. 53.

¹²⁸ Ver la discusión en Martín Casals, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, cit. pp. 1231-1273.

¹²⁹ Para Miquel Martín cuando se habla de beneficio indebido no se está haciendo alusión a ninguna idea sancionatoria sino que lo que la norma tiene que ver con el enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa, acción englobada dentro de una pretensión de daños. Martín Casals, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, cit. p. 1273.

¹³⁰ Para Luque Parra “el recargo en las prestaciones cumple una función coercitiva, sancionadora y resarcitoria, por lo tanto su naturaleza es pública – por cuanto constituye una pena patrimonial no transmisible ni compensable y privada –ya que acrece la presentación a que tiene derecho el trabajador o sus derechohabientes.....” Luque Parra, Manuel “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, en *Rev. Esp. D.T.*, n° 96, Julio/Agosto 1996, pp. 542.

¹³¹ Angel Yágüez, Ricardo de, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, pp.66 y 67.

¹³² Kemelmajer de Carlucci Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?”, pag. 50.

la indemnización a la gravedad de la culpa, o al provecho del dañante, criterios que, de acuerdo a la postura clásica no deberían influir en la condena. La compensación no es pues, la única función de la responsabilidad civil.

Dentro de la función sancionatoria, los daños punitivos son su máxima expresión, pero no la única, de la posibilidad de sancionar mediante la imposición de la obligación del pago de una suma de dinero. Nos remitimos a lo expuesto en este capítulo, punto 5.2.

4.2 Tendencias modernas de la responsabilidad civil

De acuerdo al profesor italiano Giulio Ponzanelli¹³³ pueden distinguirse en Occidente tres sistemas o tres etapas de responsabilidad civil. El punto de partida de esta clasificación es la codificación francesa que con su famoso artículo 1382 sienta el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, y hace surgir el primer modelo¹³⁴.

En este primer modelo lo que predomina es la culpa, la responsabilidad individual, con el acento puesto en el sujeto dañador y no en la víctima. La responsabilidad civil según Ponzanelli no logra desembarazarse todavía de su dependencia del derecho penal y es vista como subsidiaria de aquella en una relación “edípica”¹³⁵. Son características de esta etapa el predominio de la función punitiva de la responsabilidad civil porque el acento no está puesto ni en la compensación de la víctima¹³⁶ ni en la prevención de los ilícitos, por eso también la preeminencia de la culpa es casi absoluta¹³⁷. Hay asimismo una marcada tipicidad (sobre todo en el *common law* y en el derecho alemán), porque solo se responde si se ha cometido un “ilícito”, requisito que con el tiempo se fue mitigando hasta desaparecer. El daño moral al igual que la responsabilidad objetiva prácticamente no existen¹³⁸, se reparan casi exclusivamente los daños patrimoniales. La noción del consumidor y del productor de bienes masivos con sus respectivos derechos y obligaciones es completamente desconocida¹³⁹ y cuando existe es considerada como una responsabilidad derivada del contrato entre vendedor y comprador (*privity of contract*).

El surgimiento del segundo modelo lo ubica Ponzanelli más o menos cerca de 1920 y según él dura en el mundo hasta 1970 aproximadamente. Tres fallos de jueces del *common law* son los hitos de esta etapa,; *Donoghue vs. Stevenson*¹⁴⁰, *MacPherson vs Buick*¹⁴¹ y *Escola vs. Coca Cola Bottling Company*¹⁴², en los votos señeros de Lord Atkin, Benjamin Cardozo y Roger Traynor. A partir de estos fallos la responsabilidad del productor se extiende aún a favor de aquellos con quienes no hubiere contratado y el factor de atribución deja de ser la culpa para pasar a ser la responsabilidad objetiva.

El acento en este segundo modelo ya no está puesto en el victimario a quien hay que encontrar culpable, sino en la facilitación de la indemnización a la víctima a quien se considera inocente. La doctrina de la responsabilidad objetiva en palabras del Justice Traynor¹⁴³ surge precisamente para que quien está en mejores condiciones de prevenir el daño y de indemnizar así lo haga.

¹³³ Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, cit. pp. 49-183.

¹³⁴ Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, cit. pp. 49-66.

¹³⁵ Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, cit. p. 61. Esto se explica por el carácter residual que se otorgó a la responsabilidad civil en aquellos tiempos. Incluso en la terminología de los códigos civiles decimonónicos se habla de “delitos y cuasidelitos”.

¹³⁶ Esta función punitiva y no resarcitoria según Ponzanelli se explica por el acompañamiento que brindó en aquellos tiempos el derecho a la naciente industria, en donde las víctimas subsidiaron a los victimarios a través de las reglas de la responsabilidad civil. Además en aquella época los daños que se indemnizaban cuando el sujeto era encontrado responsable no alcanzaban para una reparación integral.

¹³⁷ En el *common law*, la correspondencia es con el *tort de negligence*.

¹³⁸ El caso inglés paradigmático de responsabilidad sin culpa *Rylands vs. Fletcher* es muy claro al hablar de “*abnormally dangerous activities*”. Es decir que una actividad peligrosa o era suficiente, sino que debía ser “anormalmente peligrosa”.

¹³⁹ Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, p. 58.

¹⁴⁰ 1932 AC 562. El caso trataba de la intoxicación que sufrió una señora a quien le habían invitado una botella de *ginger ale* que tenía un caracol podrido en su interior. El fallo de Lord Atkin extiende el *duty of care* a todos aquellos que razonablemente se pueda pensar que van a usar el producto. Es el fin de la doctrina de la *privity of contract*.

¹⁴¹ 217 N.Y. 382, 390, 111 N.E. 1050, 1053 (1916). El caso trataba del accidente sufrido por una persona que había comprado el automóvil a un concesionario y no directamente al productor. Una rueda de madera, que no había sido fabricada por Buick, sino por un subcontratista, se rompió y causó el accidente. El voto del Juez Cardozo hizo caso omiso de la doctrina del *privity of contract* de aplicación mayoritaria hasta ese momento.

¹⁴² 24 Cal.2d 453. En este caso a una camarera le explotó en la mano una botella de la conocida gaseosa y le produjo algunos cortes graves. El voto de la mayoría aplicó la doctrina del *res ipsa loquitur*, pero el Justice Traynor hizo lugar mediante la regla de la *strict liability*.

¹⁴³ *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*

De la tipicidad del primer modelo se pasa a una interpretación flexible de la ilicitud. Así surge en Italia el concepto del “daño injusto” y de las situaciones “merecedoras de tutela” que ensanchan el campo de lo resarcible¹⁴⁴ reconociendo nuevos derechos a ser tenidos en cuenta a la hora de reparar.

El imperio monopólico que tenía la responsabilidad subjetiva cede gran parte de su terreno a la responsabilidad objetiva. En algunas actividades, como la aeronáutica o la nuclear, se crean responsabilidades objetivas con limitación de indemnizaciones para lograr que ciertas actividades puedan desarrollarse, en un claro análisis costo beneficio. Culpa y responsabilidad objetiva pasan a convivir en un sistema que cobija a ambas según sea el tipo de actividad que cause los daños. Al no estar tan puesto el énfasis en la búsqueda de culpables sino de responsables que indemnicen a sus víctimas, la función compensatoria pasa a primer plano al igual que la función disuasoria. Se produce igualmente un relajo en lo tocante al nexo de causalidad con las teorías del *market share* y otras de presunción de causalidad¹⁴⁵.

El tercer modelo está en construcción todavía, y sus primeras manifestaciones conviven con el primero y el segundo. Esta tercera etapa ya la responsabilidad civil trasciende a los sujetos privados y países europeos y otros países son declarados responsables por no implementar¹⁴⁶ Directivas de la Comunidad Europea o por implementarlas en forma incorrecta¹⁴⁷ o por violar su texto.¹⁴⁸

Otro síntoma de una nueva etapa son los intentos de superación de las reglas de responsabilidad subjetiva con la traslación de los costos a la sociedad o a los propios usuarios mediante un seguro, lo que Calabresi llamaría fraccionamiento de riesgos¹⁴⁹ o la creación de fondos específicos que en algunos casos son financiados por impuestos o por tasas de los usuarios. Esta técnica de dispersión de riesgos sucede de varias maneras. Así, en Nueva Zelanda¹⁵⁰ la seguridad social cubre la indemnización de casi todos los accidentes de la vida cotidiana; en Suecia en cambio mediante una tasa que se fija por habitante el estado ha tomado a su cargo la indemnización de ciertos daños¹⁵¹ Otros ejemplos de fondos que toman a su cargo ciertos daños son por ejemplo en Estados Unidos el *National Childhood Vaccine Injury Compensation Act*,¹⁵² de 1986 mediante el cual el particular damnificado puede ceder al estado su derecho a accionar contra el laboratorio a cambio de una indemnización tarifada pagada por el estado¹⁵³ por los daños sufridos por niños vacunados, sobre todo en programas obligatorios de vacunación. Un último ejemplo que menciona Ponzanelli es una ley de Virginia¹⁵⁴ para compensar los daños sufridos por bebés como consecuencia de negligencia en el parto.

Otro caso de un fondo creado en otros países y que da muestra de esta nueva tendencia aunque ya no sea tan nuevo es el *Criminal Injuries Compensation Scheme* (1964) de Inglaterra que prevé indemnizaciones tarifadas para víctimas de delitos violentos mediante un procedimiento administrativo¹⁵⁵. También la ya mencionada ley francesa del 5 *Juillet* 1985 (conocida también como *Loi Badinter*, o ley del 5 de junio de 1985). De neto carácter indemnizatorio

¹⁴⁴ De esta forma se resarcen el derecho a la intimidad, la lesión al crédito, la pérdida de chance, la indemnización por pérdida del cónyuge, daño al medio ambiente, daño a la salud.

¹⁴⁵ “Ancora: da una concezione tradizionale del nesso di causalità, in cui era onere processuale degli attori dimostrare la sussistenza di un danno attuale, si è passati ad una concezione del nesso di causalità, nella quale l’attore assolve l’onere della prova dimostrando unicamente l’esistenza di un aumento del rischio che il danno possa verificarsi.” Ponzanelli, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit. p. 92.

¹⁴⁶ El leading case es *Franovich vs. Repubblica de Italia*, C 6-90 (1991) ECR I 5337, que condenó al estado italiano por la inexistencia de un régimen de indemnizaciones a favor de las víctimas de daños causados por vacunaciones obligatorias.

¹⁴⁷ El caso *RVHM Treasury, ex Parte British Telecom* (1996) 2 CMLR 217. El caso trataba de la violación de Inglaterra de la Directiva 90/531 sobre adquisiciones de servicios de agua, transporte, energía y otros considerados estratégicos. La empresa inglesa alegaba que era injustamente marginada de la participación en los procesos de compra en violación de la garantía. La Corte resolvió que la incorrecta transposición de una Directiva genera responsabilidad del estado siempre que la violación sea “seria y manifiesta”.

¹⁴⁸ En *Brasserie du Pecheur* C 46/93 (1996) 1 CMLR 889, Alemania fue condenada porque su ley de pureza de cerveza (*Rheinheitsgebot*) impidió la entrada de cerveza fabricada en Francia entre 1981-1987. Se resolvió que el factor de atribución es la violación de las previsiones directamente efectivas del Tratado (*breach of effective Treaty Provisions*).

¹⁴⁹ Calabresi Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Trad. de Joaquim Bisbal, 1984, Ariel, Barcelona, pp. 55-82.

¹⁵⁰ *Accident Compensation Act*, de 1972.

¹⁵¹ Según Ponzanelli se aplica principalmente a 1. Accidentes de circulación vehicular, 2 responsabilidad médica, 3 productos elaborados y 4 accidentes de trabajo. Ponzanelli, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, p. 134-135.

¹⁵² Ponzanelli, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, p. 145. Mediante esta ley al damnificado se le reintegran los gastos médicos, hasta US\$ 250.000 en caso de muerte; renuncia a beneficios de la “collateral source rule”; y hasta US\$ 250.000 de daños morales.

¹⁵³ El fondo se financia mediante un pequeño impuesto que se cobra en el precio de la vacuna.

¹⁵⁴ Virginia Birth – Related Neurological injury Compensation Act., Va Ann. Code & 32.2.5000. El fondo para indemnizar a las víctimas se financia con aportes de los hospitales, los pacientes y los médicos.

¹⁵⁵ Cane, Peter, *Atiyah’s Accidents, compensation and the law*, 6ª ed., pp. 249-272.

directamente crea una deuda de indemnización¹⁵⁶ a cargo de la compañía aseguradora; además declara inoponibles a la víctima su propia culpa o la de un tercero. Es un sistema que ante todo pretende reducir la litigiosidad mediante la indemnización (con fuertes sanciones disuasorias a las compañías) sin excusas prácticamente a las víctimas. Y la ley francesa de reforma del sistema sanitario, que acabamos de reseñar. España también tiene legislado p. ej. el Real Decreto 1.122/1997, de 18 de junio¹⁵⁷ sobre ayudas a víctimas de delito de terrorismo; y el Real Decreto 738/1997¹⁵⁸ de 23 de mayo de 1997 sobre ayudas a víctimas de delitos violentos y de la libertad sexual.

Constituye también muestra de un nuevo modelo de responsabilidad civil la aceptación en países del *civil law* como España, de las *class actions*, o acciones colectivas indemnizatorias¹⁵⁹.

4.2.1 El derecho Argentino: la responsabilidad civil entre tres modelos distintos.

¿Y el sistema argentino de reparación de daños? ¿En qué lugar de estas tres etapas podemos ubicarlo?. Nuestra opinión es que el derecho argentino tiene todavía sus fuertes raíces con el primer modelo, pues la culpa sigue siendo la *norma de clausura* del sistema¹⁶⁰, y se ha abandonado en alguna medida la doctrina el requisito de la tipicidad del ilícito¹⁶¹, aunque convive muy bien con el segundo de los modelos pues sobran los ejemplos de responsabilidad objetiva, lo que evidencia un traspaso del centro de gravedad del reproche culpabilístico del infractor a la facilitación de la indemnización de la víctima. El tercer modelo, que parece tan de avanzada nos aventuramos a decir que está también presente en el derecho argentino en el sistema de reparación de accidentes de trabajo, las leyes de indemnización para desaparición forzada o estado de sitio (terrorismo de estado), y también con leyes que rompen los esquemas clásicos de responsabilidad civil como la ley 24.240 de defensa del consumidor o la ley 25675 de ambiente, o las leyes de residuos peligrosos 24.051 y 25612 de residuos industriales.

5 La prevención del daño y el daño punitivo

Hemos dicho que en nuestra opinión la responsabilidad civil tiene varias funciones entre ellas la preventiva y la sancionatoria. Los temas que ahora tratamos se relacionan directamente con ello.

¹⁵⁶ Viney, Genevieve, Jourdain Patrice, *Traite de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. p. 1143.

¹⁵⁷ BOE 182, 31.7.1997.

¹⁵⁸ BOE 126, 27.5.97.

¹⁵⁹ Una buena síntesis en Marín López, Juan José “Las acciones de clase en el Derecho Español”, en www.indret.com, julio 2001.

¹⁶⁰ La expresión *norma de clausura* utilizada por Alterini en algunos de sus artículos significa tal como lo dice el proyecto de Código Civil de 1998, que a falta de norma legal o de estipulación de las partes el factor de atribución es la culpa. La expresión la toma del romanista italiano Sandro Schipani. Alterini, Atilio “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, p. 121. En el mismo sentido Andorno, Luis, “El factor subjetivo de imputación”, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, p. 176. Otros autores como Pizarro utilizan la expresión “válvula de cierre” que vendría a significar lo mismo. Según Pizarro, entre los grandes autores que opinan que la culpa es la norma de clausura del sistema argentino se ubican a “Alterini, Ameal, López Cabana, Bustamante Alsina, Brebbia, Casiello Trigo Represas, Compagnucci de Caso”. Para estos autores “la culpa es el principio rector de la responsabilidad civil y la válvula de cierre del sistema. [cursivas en el original] Ello, por cierto, sin perjuicio de la concurrencia con otros factores objetivos de carácter objetivo. La culpa representaría de tal modo, una suerte de “piso mínimo” o “base mínima” del sistema y sería aplicable residualmente en todo supuesto de responsabilidad civil en el que no correspondiera la aplicación de otro factor subjetivo más grave (dolo) u objetivo.” Otra postura, siempre siguiendo a Pizarro es la que considera que “la culpa ha dejado de ser el epicentro del sistema” y se encuentra “en el mismo plano de jerarquía cualitativa que la culpa”. Entre los sostenedores de esta postura están Bueres, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg, Lorenzetti). Pizarro, Ramón Daniel, “Comentario al art. 1113” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, pp. 500-501.

¹⁶¹ El art. 1066 del Código Civil Argentino consagraba a la ilicitud como requisito previo a la indemnización, consistiendo en la prohibición del acto por una ley ordinaria, municipal o reglamento de policía. La disposición era lógica para la época por el espíritu liberal tanto de la misma Constitución, como de los gobernantes de esa época. En este artículo Vélez Sársfield se apartó del *Code Napoleon*. En un muy meduloso artículo Ossola enseña que la antigua doctrina argentina (Salvat, Segovia) entendió el artículo 1066 en concordancia con el 1074, como consagrando un sistema de tipicidad formal, para quienes no había acto ilícito sin ley que lo prohibiera (primer modelo de Ponzanelli). Luego con la evolución de la doctrina argentina, se cambió hacia un sistema de antijudicialidad o tipicidad material, que ya no se centra en la expresa prohibición legal, sino que deduce que la sola causación de un daño viola el principio general del derecho *alterum non laedere*, y por eso mismo es ilícito. Ossola, Federico, “La antijudicialidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, pp. 57-103. En el mismo sentido Bueres, Alberto, “Comentario al art. 1066”, en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, pp. 53 y ss. En una posición intermedia el profesor Casiello dice que en materia civil cabe hablar aunque sea mínimamente de tipicidad cuando el ilícito civil reúna una serie de “notas” o “supuestos jurídicos” previstos en la norma. El presupuesto básico en responsabilidad civil para este profesor pasa a ser el daño. El daño “viene entonces a constituirse entonces en la llave maestra de la caracterización del tipo legal: siempre que exista daño causado *sin justificación* estaremos en presencia de un ilícito civil.” Casiello, Juan José, “Atipicidad del ilícito civil” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Directores: Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Abeledo Perrot, 1997, Buenos Aires, pp. 157-164.

5.1. La prevención

Como primer punto debemos aclarar que la prevención del daño no es tarea exclusiva de la responsabilidad civil. Son particularmente eficaces las regulaciones administrativas (p. ej. normas contra incendios, obligación de utilizar cinturones de seguridad, normas sobre construcciones, etc.) y también las sanciones penales. Lo que no quiere decir que la responsabilidad civil, modernamente no pueda ser vista como un instrumento más de prevención de los daños.

La prevención del daño puede ser enfocada desde dos aspectos. El primero de ellos es el de sostener que la responsabilidad civil tiene como función no sólo indemnizar el daño, *ex post*, sino prevenir su ocurrencia, es decir intervenir *ex ante*. Económicamente esto se explica porque la responsabilidad civil es uno de los sistemas más caros para indemnizar a las víctimas tal como ya hemos dicho al explicar la función compensatoria. Además cuando el daño ocurre, aún en los casos en que hay indemnización, la misma nunca es totalmente integral, o lo que es lo mismo nunca alcanza a todos los daños y para todos los damnificados. De alguna u otra manera siempre se produce alguna externalidad impune. En términos más gráficos se aplica el concepto médico, pero no por eso menos sabio o inaplicable: más vale prevenir que curar.

Este primer aspecto preventivo podemos llamarlo *económico* y parte de la base de que el hombre racionalmente egoísta preferirá observar la precaución debida y no causar daño, a tener que indemnizar porque sencillamente es más barato y ahorra dinero. Por esta razón en principio la indemnización debe ser igual al daño causado, aún en casos de responsabilidad objetiva. Las condenas que se pronuncian en juicios de responsabilidad civil actúan de la misma forma que en el derecho penal: prevención general para el conjunto de la sociedad y prevención específica para el responsable que ya ha indemnizado.

Pero la prevención también puede ser enfocada desde el ángulo *jurídico*, de la responsabilidad civil, porque ya hemos dicho que el derecho penal y el derecho administrativo son también instrumentos útiles de prevención. Hemos dicho que para que exista responsabilidad civil debe haber daño. El derecho interviene después, porque la intervención anterior está prohibida por la razón de que los juicios serían interminables y se paralizaría la vida social. Este es el motivo por el cual Vélez Sársfield en el art. 1132, en un texto vigente, prohibió la llamada *cautio damni infecti*, es decir la “garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina”.

Sin embargo después de la reforma a la ley 17.711 el art. 2499 consagra el principio opuesto cuando el segundo párrafo dice que: “Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”. El artículo tiene una amplitud muy grande porque no se circunscribe a la ruina de edificios sino que menciona a *otra cosa*. Qué significa *otra cosa*, es algo que se deja librado a la elaboración jurisprudencia, pero desde ya adelantamos que el 2499 es abarcativo de situaciones como ser contaminación ambiental, construcciones a iniciarse, lanzamiento de productos al mercado, etc.

Algunos autores hablan también de que la prevención en el derecho argentino es un principio inmanente del ordenamiento jurídico¹⁶², porque si no se previene estaríamos ante el absurdo de tener que admitir que existe un derecho de dañar¹⁶³. El *alterum non laedere*, de raigambre constitucional en nuestro derecho, debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención *ex post*) sino de evitación del daño (actuación *ex ante*).

5.1.2 Nuevos medios jurídicos de prevención

La realidad de nuevos daños y la necesidad de dotar a las víctimas de medios protectorios unidos a la lógica impecable de que a todos conviene la prevención antes que el juicio, ha llevado a la creación de nuevos instrumentos jurídicos de reciente aparición en el derecho argentino. El más conocido de ellos es lo que se conoce como tutela inhibitoria, la cual puede ser clasificada en sustancial y procesal¹⁶⁴.

¹⁶² Seguí, Adela, *Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998*, 1999, en www.alterini.org

¹⁶³ Seguí, Adela, citando al jurista Brasileño Marinoni, Luiz Guilherme y a Aguiar, *Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998*, cit.

¹⁶⁴ Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Obligaciones, T. 3*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999 p 241-245.

La *tutela sustancial inhibitoria*, o civil, es la que tiene que ver con el derecho de fondo, y tiene raigambre constitucional¹⁶⁵ en el art. 43 que permite el amparo contra actos de los particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o *amenacen* derechos y garantías reconocidos por la constitución. La tutela civil, además del amparo con su claro carácter preventivo, se manifiesta en varias disposiciones legales, a saber: el art. 1071 que prohíbe el abuso del derecho, lo que posibilita que se pida la actuación judicial cuando el acto abusivo aún no ha producido daños pero seguramente lo hará; el art. 1071 bis de protección a la intimidad que faculta al Juez a obligar al dañador a cesar en sus actividades; el art. 2618 que confiere acción para hacer cesar las molestias en las relaciones entre vecinos, tema sobre el que ampliaremos; el art. 79 de la ley 11723 de propiedad intelectual que autoriza al juez a “decretar preventivamente la suspensión de espectáculos y toda otra medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”; la ley 23.592 que obliga al que comete el acto discriminatorio a “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización” además de obligarlo a pagar los daños (sanción *ex post*); el derecho de réplica de raíz constitucional por la adopción del Pacto de San José de Costa Rica; el art. 21 de la ley 18248 de nombre que autoriza a pedir el “cese del uso indebido” del nombre “sin perjuicio de la reparación de los daños”. También pueden mencionarse ejemplos en la ley de defensa del consumidor arts. 42 y 52 y la ley de defensa de la competencia.

En todos los casos la tutela preventiva está dada porque se hace la salvedad de que el cese de la actividad dañosa, puede pedirse sin perjuicio o independientemente de los daños causados.

Es claro entonces que la ley argentina reconoce la existencia de un principio de prevención sustantivo.

Pero como todo principio de fondo, necesita de un instrumento procesal para manifestarse. Es lo que se conoce como *tutela procesal inhibitoria*. La forma más común de manifestarse este tipo de tutela procesal es mediante las clásicas medidas cautelares o preventivas legisladas en los códigos procesales, siendo las más importantes la medida de no innovar y la innovativa¹⁶⁶, sin que por ello puedan dejar de mencionarse otras como la suspensión de un acto asambleario, la clausura preventiva de una planta contaminante, etc. Estas medidas se dictan previa acreditación de la verosimilitud del derecho, cuando se quiera asegurar el resultado del proceso porque se teme que el tiempo que insuma el proceso torne ilusorio el derecho que se reconoce. Pero tal como hemos dicho son medidas accesorias en el marco de un proceso principal.

La gran novedad que se ha dado en los últimos años es la aparición de las llamadas medidas autosatisfactivas, que son “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como, por ejemplo de las diligencias cautelares clásicas.”¹⁶⁷ El rasgo más distintivo de la medida autosatisfactiva es que no necesitan de un proceso principal en el cual enancarse, por eso se dice que son autónomas. Sus otros caracteres, urgencia, despacho inaudita parte, verosimilitud en el derecho son idénticos a los de la medida cautelar. Su gran utilidad es que sirven para muchos procesos en los cuales la medida cautelar es idéntica al objeto del juicio, relevando al justiciable de tener que inventar¹⁶⁸ reclamos que realmente no necesita.

La tutela inhibitoria tiene gran utilidad y aplicación en la práctica y sirve para casos como derecho de réplica, retiro de circulación de publicaciones injuriosas, rectificación de publicidad engañosa, o en casos contractuales como cuando una empresa de medicina prepaga se niega a dar cobertura a determinados enfermos, de Sida por ejemplo.

Como conclusión de la prevención en materia de responsabilidad civil podemos resumir diciendo que en la Argentina está aceptada tanto desde el aspecto de fondo como de forma. Sin embargo debe tenerse cierta prudencia en su aplicación. No es posible la prevención a cualquier costo, ni tampoco la irrazonabilidad o el pánico. Además el principio constitucional es la libertad de actuación y de empresa, por lo que una prevención exagerada conspiraría contra derechos fundamentales, y frenaría la innovación y el progreso de la ciencia u otras actividades.

¹⁶⁵ Berizonce, Roberto, *Tutela anticipada y definitiva*, J.A. 1996-IV-741.

¹⁶⁶ Por ejemplo un tribunal de La Plata ordenó al demandado que abone mensualmente los gastos de rehabilitación y tratamiento causados por las secuelas de un accidente en que sufriera un menor, que no son cubiertos por la obra social hasta que termine la asistencia de las graves lesiones físicas al menor. En otros tiempos esto hubiera sido impensado porque la cautelar innovativa tiene el mismo objeto que la condena de fondo. *Román Andres B. y otros*, C. 2ª Civ. y Com La Plata, sala 1ª, J.A. 2003-IV,545.

¹⁶⁷ Peyrano, Jorge W. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en J.A. 1997-II-926, p. 930.

¹⁶⁸ Peyrano, Jorge W. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares...”, cit. p. 926. También Peyrano Jorge W. “Lo urgente y lo cautelar”, en J.A. 1995-II-899.

5.1.3 El principio de precaución

Sin embargo la mención de un *principio de prevención* en el derecho argentino debe ser distinguida de lo que internacionalmente se conoce como *principio de precaución* o enfoque precautorio¹⁶⁹, presente en el derecho internacional e interno de algunos países. Su primer antecedente se remonta al programa gubernamental alemán de protección del medio ambiente de 1971 (*vorsorgeprinzip*) y luego fue incorporado a varias leyes alemanas y luego a otras europeas¹⁷⁰, desde donde se incorporó a disposiciones de derecho internacional como la Segunda Conferencia Internacional del Mar del Norte; la Tercera Conferencia Internacional del Mar del Norte y el principio 15 de la “Declaración de la declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo” que dice: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como argumento para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. También puede mencionarse a la Convención de Cambio climático, al Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad, adoptado en Montreal el 29.1.2000 y el Tratado de Maastricht, art. 130 R. En España acaba de ser incorporado mediante el Real Decreto 180/2003 del 26 de Diciembre sobre seguridad general de los productos¹⁷¹.

Este principio, según Bergel, tiene dos componentes fundamentales: 1. La necesidad de actuar ante la amenaza de un riesgo real o potencial, cuya efectivización puede conducir a la generación de daños graves e irreparables, 2. La falta de evidencia científica con respecto a la existencia del propio riesgo.¹⁷² Se diferencia de la tutela preventiva en que la precaución aconseja actuar aún ante la incerteza de los daños que se estarían por producir, pero que de ser ciertos los temores sus efectos podrían ser devastadores. La incertidumbre que surge es científica, pero no por ello, debe dejarse de actuar o advertir el peligro potencial. Como ejemplos pueden mencionarse a la encefalopatía espongiforme (mal de la vaca loca)¹⁷³, contaminación ambiental, enfermedades que podrían transmitir los celulares¹⁷⁴, alimentos transgénicos¹⁷⁵. Su ámbito de aplicación es pues, el medio ambiente y los productos elaborados en la medida en que puedan afectar la salud humana.

El principio de precaución no tiende a frenar el progreso ni el desarrollo sino a lograr lo que se denomina *desarrollo sustentable*, por ello las medidas que se decretan en su virtud siempre tienen carácter provisorio y son reversibles, si el avance científico demuestra la inocuidad del producto.¹⁷⁶ Debemos aclarar que el principio de precaución no es un freno al desarrollo porque no implica necesariamente la prohibición de la actividad, sino que hay

¹⁶⁹ Bergel, Salvador, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en *Derecho Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.1008.

¹⁷⁰ Por ejemplo la ley de protección contra la contaminación de 1974 (inmissionsschutzgesetz); ley sobre productos químicos de 1980 (chemikaliengesetz), ley sobre el uso de energía atómica de 1985; ley de pruebas de tolerancia del medio ambiente (umweltverträglichkeitsprüfung) de 1990. En Dinamarca el principio está contenido en la ley 583 sobre productos y sustancias químicas; en Suecia en el código de medio ambiente de 1999; en Francia en el código rural. Los antecedentes han sido tomados del excelente trabajo de Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, J.A. 2003-III-962.

¹⁷¹ Un comentario de la norma puede verse en Salvador Coderch, Pablo; Seuba Torreblanca; Ramos González, Sonia; Luna Yerga, Alvaro, “Neminem laedere, principio de cautela y red de alerta”, en www.indret.com Working paper190, Barcelona, enero 2004.

¹⁷² Bergel, Salvador, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, cit. p. 1012.

¹⁷³ El mal de la vaca loca motivó una prohibición temporaria de ingreso de carne vacuna de Inglaterra a cualquier país de la Unión Europea. Ello motivó el caso *Reino Unido vs. Comisión de Comunidades Europeas*, Asunto C-180/96, recopilación de jurisprudencia 1998, página I-02265, en el cual se dijo la Corte Europea de Justicia dijo entre otras cosas : “98. En el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados. 99 Pues bien, ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos. 100 Corroborra este punto de vista el apartado 1 del artículo 130 R del Tratado CE, según el cual la protección de la salud de las personas forma parte de los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente. El apartado 2 de ese mismo artículo prevé que dicha política, que tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basará, entre otros, en los principios de cautela y de acción preventiva, y que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad Europea”. La cursiva es nuestra.

¹⁷⁴ Durante la década de los 90 se decía que los celulares podrían transmitir enfermedades al cerebro por la radiación que utilizan lo que parece estar descartado. Sin embargo un nuevo y reciente estudio afirma que los varones que llevan el celular colgando del pantalón o en el bolsillo podrían ver reducida en un 30% su fertilidad. “Los celulares reducirían un 30% la fertilidad”. Diario La Nación, Buenos Aires, 27.06.04, p. 1.

¹⁷⁵ La Corte Europea de Justicia en el caso *Association Greenpeace France y otros contra Ministère de l'Agriculture et de la Pêche y otros*, Asunto 6/99, Recopilación de Jurisprudencia 2000, página I-0161, decidió que en cumplimiento de la Directiva 90/220, un Estado, pese a que ningún otro formuló objeciones, puede si tiene nuevos elementos de información que lo llevan pensar que el producto puede presentar riesgos para la salud o el medio ambiente, denegar la autorización de comercialización, siempre y cuando lo comunique en el término que fija la Directiva 90/220 a los demás estados y a la Comisión.

¹⁷⁶ Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, cit. p. 968.

precaución cuando por ejemplo se limita a medidas intermedias como ser: “promover una profundización de los estudios científicos a fin de tener una idea más acabada de la magnitud del riesgo; imponer un etiquetado obligatorio de advertencia al consumidor; hacer un seguimiento más cuidadoso del producto y de sus efectos; alentar la búsqueda de soluciones alternativas más seguras para la población, etc.”¹⁷⁷

La diferencia entre la prevención del daño y la precaución del daño, es que en la *prevención* se sabe a ciencia cierta que un hecho dañoso ocurrirá si no se adoptan medidas; en la *precaución* existe la incertidumbre sobre el riesgo o la inocuidad. En el primero el riesgo es actual, en el segundo potencial,¹⁷⁸ por lo que la actuación de prevención normalmente es más fuertes. En algunos casos las medidas parecen coincidir como por ejemplo el etiquetado de los paquetes de cigarrillos y el de algunos productos alimenticios que advierten sobre la presencia de transgénicos. Pero esta coincidencia es sólo aparente, porque hay certeza científica respecto a los daños que causa el cigarrillo; en lo que concierne a los alimentos transgénicos todavía existe la duda, por lo que la decisión del consumidor no es la misma, en una consume sabiendo que le hará daño, en la otra asume el riesgo del que ha sido advertido.

La aplicación del principio de precaución, debe sin embargo, ser cuidadosa y meditada. Por un lado su aplicación irreflexiva conduce a detener la innovación y a veces es utilizado para frenar la sana competencia¹⁷⁹. Pero además su afianzamiento cada vez mayor lleva a pensar si no constituirá un nuevo factor de atribución para condenar al estado o al que no lo observa¹⁸⁰. Y de ser así muchos de los dogmas de la responsabilidad civil sobre causalidad y prueba del daño seguramente deberán ser revisados¹⁸¹.

5.2 El daño punitivo

Los daños punitivos son una institución jurídica que tuvo origen en dos casos ingleses relacionados del siglo XVII: *Wilkes vs. Wood*¹⁸², y *Huckle vs. Money*¹⁸³, en los cuales se mandó pagar más de lo que fue el daño sufrido con propósitos sancionatorios y preventivos. Actualmente existen daños punitivos en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y Estados Unidos, país donde el instituto tuvo expansión más notable.

Algunos autores norteamericanos como Dobbs¹⁸⁴ definen a los daños punitivos como “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado” Otra definición es la que dan Prosser y Keeton¹⁸⁵ para quienes los daños punitivos son “tales daños [que] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado”. Estos autores son de los más reconocidos en Norteamérica en materia de derecho

¹⁷⁷ Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, cit. p. 968.

¹⁷⁸ Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, cit. p. 968.

¹⁷⁹ Salvador Coderch, et. al. “Neminem laedere” cit. p. 3.

¹⁸⁰ Seguí, Adela, “Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna”, cit.

¹⁸¹ Seguí, Adela, “Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna”, cit.

¹⁸² 2 Wils KB 203, 95 Eng.Rep 766 (1763). El caso tuvo lugar en cuando se publicó en el periódico *Nort Briton* un panfleto que fue considerado libeloso contra el rey Jorge II y alguno de sus ministros. El Secretario de Estado, Lord Halifax, emitió una orden general de allanamiento y requisa de los papeles y publicaciones del *Nort Briton*. La medida ordenada se cumplió en la casa de Wilkes, a quien se sindicó como editor, porque la orden (*warrant*) no especificaba a persona alguna por su carácter de general. Wilkes llevó el caso a los Tribunales alegando que “una indemnización insignificante no pondría fin a la invasión a sus derechos civiles”. La razón le fue otorgada y se impusieron daños punitivos para castigar al demandado y disuadir futuras inconductas.

¹⁸³ 2 Wils KB 205, 95 Eng.Rep. 768 (1763). En virtud de la generalidad de la misma orden del Secretario de Estado Lord Halifax, se detuvo a Huckle, quien era empleado del imprentero. En el procedimiento el detenido Huckle, fue arrestado y luego inició un juicio por los daños sufridos. Si bien el arresto duró sólo seis horas y fue tratado bien y los daños reales ascendían a veinte libras, una indemnización total incluyendo daños ejemplares (*exemplary damages*, otra variedad de los daños punitivos) por 300 libras le fue otorgada, equivalente a trescientas veces la paga semanal que recibía Huckle. Los motivos del Tribunal Inglés para otorgar una indemnización de daños ejemplares superiores al real perjuicio sufrido, en un párrafo reiteradamente citado por muchos estudios sobre el tema que nos ocupa, fueron: “entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización innominada con el fin de procurarse evidencia es actuar peor que la Inquisición Española; ningún inglés quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera”

¹⁸⁴ Dobbs, Dan B. *Law of remedies*, 2ª edición 1993, West Publishing Co, St. Paul Minnesota, p. 312. “Punitive damages are sums awarded in addition to any compensatory or nominal damages, usually as punishment or deterrent levied against a defendant found guilty of particularly aggravated misconduct, coupled with a malicious, reckless or otherwise wrongful state of mind”.

¹⁸⁵ Prosser and Keeton, *The law of torts* 5ª edición 1984, cit. p. 9. “.. such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant not to do it again and of deterring others from following the defendant’s example”

de daños. En el libro mencionado de Prosser puede leerse una opinión que ha sido muy citada por otros autores, con respecto a que los daños punitivos constituyen una “anomalía” dentro del sistema de reparación de daños, por cuanto las ideas subyacentes en el derecho criminal han invadido el campo del derecho de daños¹⁸⁶.

La Corte de Estados Unidos en el caso *Gertz vs. Robert Welch*¹⁸⁷ ha definido a los daños punitivos como “multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia”.¹⁸⁸

En todas las definiciones están presentes dos elementos que son fundamentales para definir los daños punitivos. El castigo (*punishment*) y la disuasión (*deterrence*). Esos dos elementos que pueden ser también traducidos como la faz sancionadora y la faz preventiva del derecho de daños son los fines que persigue el instituto.

En América el Código de Quebec, de inspiración continental, citado por Pizarro¹⁸⁹, también reconoce a los daños punitivos en su art. 1621: “Cuando la ley prevea la imposición de daños e intereses punitivos el monto no puede exceder en su valor lo suficiente para asegurar *su función preventiva*. Los daños punitivos se aprecian tomando en cuenta las circunstancias apropiadas, en particular la gravedad de la falta cometida por el deudor, su situación patrimonial, la dimensión de la reparación que debe afrontar ante el acreedor y, cuando tal sea el caso, total o parcialmente, asumido por un tercero”.

5.2.1 Naturaleza jurídica.

Comenzaremos desentrañando la naturaleza jurídica de los daños punitivos diciendo que *no son una indemnización* por daños sufridos. No tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo es probable que tangencialmente indemnicen como sería el caso en que en tal o cual país exista una infracompensación por las razones que fuere (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, tarifación o baremación, etc). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos, como era el sistema argentino antes de la reforma de la ley 17.711.

Pero si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el daño por un equivalente, *los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una “reparación”*. Ya hemos visto antes que reparar, del latín *reparāre* quiere decir también “desagraviar, satisfacer al ofendido” y “remediar o precaver un daño”. Y también hemos visto que el código civil argentino, como el español y el francés mandan “reparar” el daño.

Los daños punitivos *son un agregado, un plus a la indemnización* por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que en nuestra opinión puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. He aquí un primer indicio de su naturaleza jurídica: es un instituto jurídico siempre *accesorio*, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense “*incidental*”. Es decir que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hace procedente este instituto de excepción.

Amén de *accesorios*, los daños punitivos son de aplicación estrictamente *excepcional*¹⁹⁰. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar por ejemplo que se ha sufrido un daño

¹⁸⁶ Prosser and Keeton, *On torts* 5ª edición 1984, cit. p 9.. “In one rather anomalous respect, the ideas underlying the criminal law have invaded the field of torts.”

¹⁸⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323,350 (1974)

¹⁸⁸ “[Punitive damages] are not compensation for injury. Instead, they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence”.

¹⁸⁹ Pizarro Ramón Daniel *Daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pag. 457.

¹⁹⁰ Los más reconocidos estudios de campo sobre los daños punitivos así lo demuestran. Rustad, Michael, “The incidence, scope, and purpose of punitive damages: Article: unraveling punitive damages: current data and further inquiry”, en *Wisc. L.R.* Vol. 15, 1998, p. 14; Koenig, Thomas, “The shadow effect of punitive damages in settlements”, en *Wisc. L.R.*, vol. 1998, pp.169-171; Eaton, Thomas A; Mustard, Thomas A.; Talarico, Susette, “The effect of seeking punitive damages of Tort Claims”, en www.terry.uga.edu/pdf; Kritzer, Herbert M.; Zemans, Frances Kahn, “The shadow of punitives: an unsuccessful effort to bring it into view”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 1998, p. 157; Peterson Mark, Sarma Syam y Shanley Michael, *Punitive Damages. Empirical Findings*, Institute for civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California,1987; Moller, Erik; Pace Nicholas M.; Carroll, Stephen J., *Punitive*

injustamente causado por otra persona. Además, en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias como ser por ejemplo la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones.

Claramente puede advertirse otro de los rasgos distintivos de los daños punitivos: el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos. La jurisprudencia de los Estados Norteamericanos ha sido particularmente precisa en los términos que ha usado para describir el elemento subjetivo de toda condena por daños punitivos.¹⁹¹

En nuestra opinión los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada¹⁹² accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas.

5.2.2 Clasificación.

Los tratados norteamericanos sobre *torts* y los libros especializados en daños punitivos e incluso los artículos no traen clasificaciones sobre daños punitivos. La costumbre de reducir los diversos institutos jurídicos a clasificaciones fruto de una visión que va de lo general a lo específico es propia de la tradición aristotélica tomista que impregna el modo de razonar continental. Los ingleses desde Guillermo de Ockham no se preocupan tanto por las categorías y los encasillamientos. Suelen primero contentarse con una experimentación directa del fenómeno a estudiar, y luego se preocupan por analizar las categorías. Su aprehensión del conocimiento va de lo especial a lo general.

No hemos encontrado ninguna clasificación sobre los daños punitivos, salvo la que habla de daños múltiples (*multiple damages, double damages, treble damages*), por lo que el intento que a continuación volcamos es propia, volcada en nuestra tesis doctoral. Está por lo tanto, expuesta a todos los errores y críticas que puede tener la experimentación primera.

5.2.2.1 Según la fuente u origen.

Según la fuente u origen de donde provienen los daños punitivos, podemos hablar de daño punitivo *judicial, arbitral o legislativo*.

Cuando se categoriza como judicial a un daño punitivo aludimos a la creación pretoriana, al acto de imposición del juez sin que exista ley que lo autorice o reglamente, tal como nacieron los daños punitivos. Este tipo de daños prácticamente ha desaparecido en nuestros días, porque en la mayoría de los estados se han dictado leyes complementarias a los fallos que les dieron origen o recepción en esos estados, es decir que el daño punitivo judicial en estado puro es difícil de encontrar. Pero el proceso de incorporación casi siempre comenzó por vía jurisprudencial. Sin

Damages in financial injury jury verdicts. Executive summary. Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California, 1997; Moller, Erik, *Trends in Civil Jury verdicts since 1985*, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California 1996; Daniels, Stephen; Martin, Joanne, "Myth and reality in punitive damages" en *Minn. L.R.*, vol. 75, 1990-91; General Accounting Office, *Product liability: Verdicts and Case resolution in Five States*, HRD-89-99, 29 de Septiembre 1989; DeFrances, Carol; Litras, Marika; *Civil trial cases and Verdicts in Large Counties, 1996*, Bureau of Justice Statistics Bulletin, Setiembre 1999; Kelso J. Clark; Kelso Kari C., *An analysis of punitive damages in California Courts, 1991-2000*, Capital Center for Government Law & Policy, University of the Pacific, material obtenido de Internet; Vidmar, Neil; Rose, Mary R., *Punitive damages in Florida: In terrorism and in reality*, conferencia brindada el 28.5.00 en el Annual Law & Society Meetings, Miami Florida. El texto nos fue generosamente enviado por sus autores; Rustad, Michael, "In defense of punitive damages in products liability: testing tort anecdotes with empirical data", en 78, *Iowa L. R.*, 1, 1992; Rustad, Michael; Koenig, Thomas, "Reconceptualizing punitive damages in medical malpractice: targeting amoral corporations, not "moral monsters", en *Rutgers Law Review*, Vol. 47, 975, primavera 1995; Eisenberg, Theodore; Goerd, John; Ostrom, Brian; Rottman, David, Wells, Martin, "The predictability of punitive damages", en *J. of. L. Stud.*, Vol XXVI (junio 1997).

¹⁹¹ Así por ejemplo Alabama habla de una "malicia, voluntariedad, intencionalidad y temerario desinterés por los derechos de los otros" *Mid-State Homes, Inc. vs. Johnson*, 311 So 2d 312, 317 (Ala 1975); también California, requiere que "el acusado sea culpable de opresión, fraude o malicia" Cal. Civ. Code § 3294 (1995 Supp). el Distrito de Columbia establece como requisito que exista "evidencia de real malicia, conducta querida o violencia deliberada" *Kelsay vs. Motorola, Inc.* 74 III 2d 172, 384 NE 2d 353, 359 (1978). Illinois es un poco más amplio al requerir un "acto cometido con fraude, real malicia, violencia deliberada u opresión, o cuando el demandado actúa voluntariamente, o con tal negligencia como para indicar un voluntario desinterés por los derechos de los otros" *Smith vs. Executive Club, Ltd.*, 458 A. 2d 32, 35, 48 A.L.R. 4th 147 (DC. 1983). Texas requiere que "el acto reclamado no sólo sea ilegal pero también resulte de fraude, malicia o grosera negligencia" Tex Civ Prac & Rem Code § 41.003 (1993); *Ogle vs. Craig*, 464 SW 2d 95, 97 (Tex 1971). Pensylvania requiere para conceder una indemnización de este tipo una conducta "maliciosa, temeraria, intencional u opresiva" *SHV Coal, Inc. vs. Continental Grain Co.*, 526 Pa. 489, 527 A2d 702 (1991).

¹⁹² Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 47. En el mismo sentido de considerar pena privada a los daños punitivos: Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1996, p. 48. También Busnelli, Francesco D, Patti, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Turín, 1997, p. 75. Ídem Martin Casals, Miquel, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, cit. p. 1254.

embargo en países del *civil law* esta forma podría darse si algún juez latino optara por su aplicación para mitigar la injusticia del resultado de un juicio.

El daño punitivo también puede ser arbitral¹⁹³, lo que puede suceder a nuestro entender de dos maneras. La primera, la más clara, sería el caso de expresa previsión de la facultad de imponerlos por el árbitro o tribunal arbitral, en la misma cláusula compromisoria o acuerdo arbitral si las partes con posterioridad al hecho deciden no optar por la vía judicial estatal. La segunda forma es, en ausencia de previsión expresa en el mencionado compromiso o acuerdo, que la facultad se deduzca de las leyes declaradas aplicables por las partes para el caso de arbitraje¹⁹⁴. Si esas leyes prevén la imposición de daños punitivos, el tribunal arbitral puede condenar a pagar los mismos, salvo que, o bien el estado prohíba tal facultad a estos tribunales, o bien las mismas partes lo hayan prohibido expresamente¹⁹⁵. Tal es la doctrina de la Suprema Corte en el caso *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton Inc.*¹⁹⁶

Finalmente debemos decir que prácticamente la totalidad de los daños punitivos son de fuente legislativa, aunque reiteramos que lo que las legislaturas han hecho ha sido recoger los principios jurisprudenciales. En Inglaterra, donde se limitaron los *exemplary damages* por fallos judiciales, no abundan las leyes que los contemplen.

5.2.2.2 Según la libertad de imposición

Según la libertad de imposición, los daños punitivos se clasifican en facultativos u obligatorios. La casi totalidad de los daños punitivos entran dentro de lo facultativo o discrecional del jurado, juez o tribunal arbitral. La víctima no puede obligar a su concesión. Este es el principio y es unánimemente aceptado. Lo único que la víctima tiene derecho a exigir es a que se le indemnice todo el daño causado. Los daños punitivos pueden ser solicitados, pero no exigidos por el damnificado.

Pero los daños punitivos en algunos casos por razones de elevada política legislativa son *obligatorios*. Un ejemplo son los llamados “daños triples” (*treble damages*). En estos casos la víctima recibe obligatoriamente tres veces el daño causado. Este tipo de condenas está prevista en las leyes antimonopolios (*Clayton Antitrust Act*)¹⁹⁷ que ordena pagar tres veces el daño sufrido más los honorarios de su abogado. También han sido contemplados, siguiendo el modelo de la *Clayton Act* en la ley de combate contra el crimen organizado, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, conocida por sus siglas RICO¹⁹⁸. En ambos casos la ley es muy clara cuando dice que la víctima cobrará tres veces el daño (*shall recover threefold*). Estos tipos de daños siempre han sido considerados punitivos y su concesión es como ya dijimos no discrecional, sino obligatoria (*mandatory*).¹⁹⁹

¹⁹³ Para una síntesis de las doctrinas imperantes en torno a la posibilidad de los tribunales arbitrales de imponer daños punitivos antes y después de *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Brothers* puede verse, Barton, Denise “*The evolution of Punitive damage awards in Securities arbitration: Has the use of Punitive damages rendered the arbitration forum inequitable*”, en Tul.L.R., Vol. 70, pp. 1537-1568.

¹⁹⁴ Si la ley elegida por las partes como aplicable excluye a los daños punitivos, se plantea el problema del conflicto con la Federal Arbitration Act que asegura a las partes que “los acuerdos privados de arbitraje serán cumplidos de acuerdo a sus términos”. Este tema fue resuelto por la Corte en el caso *Mastrobuono*, del que tratamos en la nota siguiente. Debemos señalar que algunos autores señalan que la doctrina de este fallo no debería ser aplicable a acuerdos de arbitraje internacional sino quedar reservadas al ámbito doméstico. Incluso se propone que aún cuando el árbitro internacional tenga facultades para imponer daños punitivos no lo haga así si eso perjudicará el cumplimiento de la sentencia arbitral. Gotanda, John Yukio, “Awarding punitive damages in international commercial arbitrations in the wake of *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton, inc.*”, en *Harv. Int. L. R.*, Winter 1997, p. 61.

¹⁹⁵ Para una discusión sumamente interesante de la cuestión ver Mundheim, Peter M. “*The desirability of punitive damages in securities arbitration: challenges facing the industry regulators in the wake of Mastrobuono*” en U. Penn. L.R., vol. 144, pp.197-242.

¹⁹⁶ *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton Inc.*, 115 S. Ct. 1212 (1995). El caso trataba de una disputa sobre *securities*. Antonio Mastrobuono, profesor de Historia Medieval en la Universidad de Illinois confió parte de sus ahorros a un representante de Shearson Lehman para que actuara como su agente de bolsa (*broker*). Dos años después Mastrobuono acusó a este representante de despilfarrar su dinero, de comerciar sus acciones sin autorización, y de comprar y vender excesivamente buscando sólo la comisión (*churning*). Las partes habían pactado que en caso de conflicto se someterían a un arbitraje (*arbitration clause*) y que ese tribunal debía aplicar la ley del estado de Nueva York (*choice of law provision*), que entre otras cosas prohíbe a los tribunales arbitrales mandar pagar daños punitivos (*Garrity rule*). El holding del fallo puede resumirse en tres puntos: 1. Las partes son libres de determinar el alcance del compromiso arbitral. 2. Las ambigüedades que pueda contener el alcance de la cláusula arbitral se resuelven a favor del arbitraje. 3 La elección de la ley aplicable (*choice of law*) sólo se refiere a los principios de fondo, pero no a la política del estado en materia de arbitraje. Este último era el punto de mayor discusión. En síntesis, si las partes no quieren que los árbitros impongan daños punitivos tienen que pactarlo expresamente.

¹⁹⁷ Clayton Act of 1914 § 4,15 U.S.C. § 15(a)

¹⁹⁸ 18 U.S.C. § 1964 (c)

¹⁹⁹ “It has long been held that antitrust treble damages are punitive in nature. The trebling of damages is not a discretionary action but a mandatory part of the judgment. The treble damages action grants an aggrieved party actual damages as a recovery and then imposes a penalty by tripling the actual damages as a deterrent against violations of antitrust laws which otherwise might go undetected and unprosecuted”. Schlueter Linda; Redden, Kenneth, *Punitive damages*, 3rd ed., 1995, Michie Butterworth, Virginia. Pp. 515, 516.

Las razones que llevaron al dictado de RICO por ejemplo son las de posibilitar a las víctimas el acceso a la justicia e incentivar a los “fiscales privados” a que inicien este tipo de daños con la “zanahoria de los daños triples”²⁰⁰

5.2.2.3 Según la relación con la condena compensatoria.

Según la relación con la condena compensatoria, los daños punitivos pueden clasificarse en, daños punitivos *sin relación o no relacionados*, y daños punitivos *con relación a la condena*.

Los daños punitivos sin relación pueden a su vez subdividirse en dos clases. Una primera son los daños punitivos *sin límite*, como sucede actualmente en la mayoría de los Estados Unidos en lo que el jurado es instruido a conceder una cifra que sea necesaria para sancionar y disuadir conductas futuras. También entran dentro de esta categoría de daños punitivos sin relación a la condena compensatoria aquellos que son *limitados en una cantidad fija*, que tal como veremos más adelante existen en algunos estados, en donde se pone un tope en dinero, sin relación con el monto de daños compensatorios.

Los daños punitivos que sí guardan relación con los daños efectivamente sufridos son por ejemplo los *daños múltiples*, que normalmente son daños dobles (*double damages*) o daños triples que acabamos de ver, sean estos obligatorios o no. Y otra clasificación que puede hacerse con relación a los daños relacionados son los daños porcentuales, que suelen ser inferiores a la condena. Por ejemplo se fijan en un 25% o 50%.

5.2.2.4 Según el papel del jurado

Según el papel que le cabe al jurado es otra clasificación que tiene relevancia únicamente para Estados Unidos. Así podemos hablar de *juicios unificados (unified trials)* en los que el jurado decide en un mismo veredicto ambos daños; juicios bifurcados (*bifurcated trials*) en los que el jurado resuelve primero el monto de los daños punitivos y luego se realiza un breve juicio en el que después de serle detallada la reprochabilidad de la conducta y la situación patrimonial del demandado, emite su veredicto sobre daños punitivos. Los juicios separados²⁰¹ (*separated trials*) vendrían a ser aquellos en los que los daños compensatorios los fija el jurado y los punitivos el juez.

5.2.2.5 Según el destino de la condena

Según el destino de la condena, sería una última clasificación que puede hacerse, que se refiere ya no a los daños punitivos como tipo de juicio sino a los daños punitivos en cuanto condena, según a quien vaya destinada. Si la condena se entrega totalmente a la víctima hablamos de *condena completa (full award)*, si en cambio parte de la condena punitiva debe compartirse con el estado o algún fondo específico, hablamos de *condena compartida (split award)* y si en cambio la totalidad de la condena no es percibida por la víctima sino por el estado o por otra persona entonces estamos hablando de *condena cero (zero award)*.

Esta clasificación creemos que asistirá en la empresa de comprender mejor desde nuestra mentalidad racionalista el fenómeno de los daños punitivos. Nos ayudará también a concluir que nuestros sistemas no están tan lejos y que quizás estemos denominando con nombres distintos algo que en esencia es casi lo mismo.

5.2.3 Aplicación

Los daños punitivos tienen múltiples aplicaciones y son utilizados para casos de discriminación, responsabilidad profesional, responsabilidad por productos elaborados, especialmente por ocultamiento de defectos o por lo que se denomina culpa lucrativa, contratos de seguros, transferencia de acciones, automóviles, difamación, por solo mencionar los casos más importantes.

²⁰⁰ “The legislature history of the treble damage provision reveals that Congress had three purposes. First there was the need to provide victims of organized crime “access to a legal remedy”. In addition to providing a remedy, this “private attorney general” vehicle would help to resolve “a serious national problem for which public prosecutorial resources are deemed inadequate”. To provide the incentive to bring such a suit, the “carrot of treble damage” was included.” Schlueter Linda; Redden, Kenneth, *Punitive damages*, 3rd ed. P. 526

²⁰¹ En los artículos y libros estos dos tipos de juicios suelen ser tratados como sinónimos. Nosotros preferimos la distinción al no ser pacífica la distinción en los autores norteamericanos.

I. AUTORES CITADOS

- Alterini Atilio A. *Responsabilidad civil. Límites a la reparación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.
- “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, p. 121
- Andorno, Luis, “Comentario al Art. 1083” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires.
- “El factor subjetivo de imputación”, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, p. 176
- Andorno, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, J.A. 2003-III-962.
- Angel Yágüez, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, pp.66 y 67.
- Atiyah, Patrick *The damages Lottery*, Oxford, Hart Publishing 1997, p. 153.
- Barton, Denise “*The evolution of Punitive damage awards in Securities arbitration: Has the use of Punitive damages rendered the arbitration forum inequitable*”, en Tul.L.R., Vol. 70, pp. 1537-1568.
- Bergel, Salvador, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en *Derecho Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.1008.
- Berzonce, Roberto, *Tutela anticipada y defnitoria*, J.A. 1996-IV-741.
- Birks, Peter, “The concept of a civil wrong”, publicado en *Moral foundations of the law of torts*, Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1995.
- Borda, Guillermo, Tratado de derecho Civil. Obligaciones. T.I, Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Bueres, Alberto, “Comentario al art. 1066”, en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, pp. 53 y ss.
- Busnelli, Francesco D, Patti, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Turín, 1997.
- Bustamante, Jorge Eduardo, “Análisis económico de la responsabilidad civil” en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Director: Alberto Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 8ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- Calabresi Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Trad. de Joaquim Bisbal, Ariel, 1984, Barcelona.
- Cane, Peter, *Atiyah's Accidents, compensation and the law*, 6ª ed., Butterworths, Londres, 1999.
- Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privèe*, LGDJ, París, 1995.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22ª ed., Puf, París, 2.000.
- Casiello, Juan José, “Atipicidad del ilícito civil” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Directores: Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci., Abeledo Perrot, 1997, Buenos Aires, pp. 157-164.
- Cooter, Robert; Ulen Thomas, *Law & economics 3ª ed*, Addison Wesley Longman, New York, 2000.
- Daniels, Stephen; Martin, Joanne, “Myth and reality in punitive damages” en *Minn. L.R.*, vol. 75, 1990-91.
- De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Angel Martínez Sarrión*, Bosch, Barcelona, 1970.
- De Lorenzo, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- DeFrances, Carol; Litras, Marika; *Civil trial cases and Verdicts in Large Counties, 1996*, Bureau of Justice Statistics Bulletin, Setiembre 1999
- Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- Dobbs, Dan B. *The law of torts*, West Group, Saint Paul, Minnesota, 2000.
- Law of remedies*, 2ª edición 1993, West Publishing Co, St. Paul Minnesota.
- Echevesti, Carlos, “Comentario al Art. 505” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T2A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, p. 67.
- Enneccerus, Ludwig, Nipperdey, Hans Carl, *Tratado de Derecho Civil. Parte General. T. I*, Segunda parte, Trad. de Perez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981.
- Eisenberg, Theodore; Goerdt, John; Ostrom, Brian; Rottman, David, Wells, Martin, “The predictability of punitive damages”, en *J. of L. Stud.*, Vol XXVI (junio 1997).
- Eaton, Thomas A; Mustard, Thomas A.; Talarico, Susette, “The effect of seeking punitive damages of Tort Claims”, en www.terry.uga.edu/pdf
- Fleming, John G., *The law of torts*, 9ª ed, 1998, LBC, Sydney, 1998.
- Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1996.
- García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000.
- Gómez Pomar, “Daño moral”, en www.indret.com, 1/00.
- Gotanda, John Yukio, “Awarding punitive damages in international commercial arbitrations in the wake of Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton, inc.”, en *Harv. Int. L. R.*, Winter 1997.
- Jansen, Nils, *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*, working paper n° 128, Barcelona, abril de 2002, en www.indret.com
- Kaplow, Louis; Shavell, Stephen “*Economic Analysis of law*” en, www.nber.com working papers n° 6960, febrero de 1999.
- Kelso J. Clark; Kelso Kari C., *An analysis of punitive damages in California Courts, 1991-2000*, Capital Center for Government Law & Policy, University of the Pacific, material obtenido de Internet
- Kritzer, Herbert M.; Zemans, Frances kahn, “The shadow of punitives: an unsuccessful effort to bring it into view”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 1998, p. 157.

Introducción a la Responsabilidad Civil – Dr. Edgardo López Herrera

- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino? En *Anticipo de Anales, Año XXXVIII, Segunda época, Numero 31*, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- Koenig, Thomas, “The shadow effect of punitive damages in settlements”, en *Wisc. L.R.*, vol. 1998, pp.169-171;
- Landes, William A y Posner, Richard A., *The economic structure of tort law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1987.
- López Cabana, Roberto, “Ilicitud” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Directores: Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Luque Parra, Manuel “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, en *Rev. Esp. D.T.*, n° 96, Julio/Agosto 1996, pp. 542.
- Markesinis, Basil; Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- Marín López, Juan José “Las acciones de clase en el Derecho Español”, en www.indret.com, julio 2001.
- Martin Casals, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, en *Centenario del Código Civil, T. II*, Editorial Ramón Areces, 1990, pp. 1256.
- Martínez Sarrión, Angel, “La evolución del derecho de daños”, en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992.
- Mattei, Ugo, *Il modello di common law*, Giappichelli Editore, Turín, 1996.
- Mazeaud Henri y León; Tunc André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1977.
- Moller, Erik, *Trends in Civil Jury verdicts since 1985*, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California 1996.
- Moller, Erik; Pace Nicholas M.; Carroll, Stephen J., *Punitive Damages in financial injury jury verdicts. Executive summary*. Institute for civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California, 1997.
- Morris, Clarence, “Punitive damages in tort cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Junio 1931, n° 8, p. 1174.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños. Eximentes*, TIII, Ediar, Buenos Aires, 1982.
- Responsabilidad por daños. Daño moral*, TIV, Ediar, Buenos Aires, 1986.
- Mundheim, Peter M. “The desirability of punitive damages in securities arbitration: challenges facing the industry regulators in the wake of *Mastrobuono*” en *U. Penn. L.R.*, vol. 144, pp.197-242.
- Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general 3ª edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- Owen, David, *Philosophical foundations of tort law*, Oxford University Press, 1995.
- Ossola, Federico, “La antijudicialidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?, en *Responsabilidad Civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, 1991, Córdoba, pp. 57-103.
- Pantaleón Prieto, Fernando, “Comentario al art. 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Edición del Ministerio de Justicia, dirigido por Paz-Ares Rodríguez; Diez Picazo; Bercovitz; Salvador Coderch. P. 1971.
- Peyrano, Jorge W. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en *J.A.* 1997-II-926.
- “Lo urgente y lo cautelar” en *J.A.* 1995-I-899.
- Peterson Mark, Sarma Syam y Shanley Michael, *Punitive Damages. Empirical Findings*, Institute for civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California, 1987
- Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Obligaciones, T. 3*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Pizarro, Ramón Daniel, “Comentario al art. 1113” en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres. T3A, Hammurabi, 1999, Buenos Aires, pp. 500-501
- Ponzanelli, Giulio, *La responsabilita civile. Profili di diritto comparato*, 1992, Il Mulino, Bolonia.
- Prosser, William Lloyd; Keeton, Page, *Prosser y Keeton on The law of torts* 5ª ed., Westpublishing Co, St. Paul Minnesota, 1984.
- Posner, Richard, *Economic Analysis of law*, 5ª ed. Aspen Law & Business, New York, 1998.
- The essential Holmes*, The U. Of Chicago Press, Chicago, Chicago, 1992.
- “Rational choice, behavioral economics and the law”, en *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1551.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Roitman, Horacio, “Acciones del consumidor perjudicado” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario T. 5. Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 299-309.
- Rustad, Michael; Koenig, Thomas, “Reconceptualizing punitive damages in medical malpractice: targeting amoral corporations, not “moral monsters”, en *Rutgers Law Review*, Vol. 47, 975, primavera 1995.
- Rustad, Michael, “In defense of punitive damages in products liability: testing tort anecdotes with empirical data”, en *78, Iowa L. R.*, 1, 1992.
- “The incidence, scope, and purpose of punitive damages: Article: unraveling punitive damages: current data and further inquiry”, en *Wisc. L.R.* Vol. 15, 1998, p. 14
- Salvador Coderch, Pablo, Castiñeira Palou, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, Marcial Pons, Madrid.
- Salvador Coderch, Pablo, Ruiz García Juan Antonio, “Prevención y derecho de daños”, en www.indret.com Barcelona, abril 2.001.
- Salvador Coderch, Pablo; Seuba Torreblanca, Joan Carles; Ramos González, Sonia; Luna Yerga, Alvaro, “Neminem laedere, principio de cautela y red de alerta”, en www.indret.com Working paper190, Barcelona, enero 2004.
- Salvador Coderch, Pablo “Lecturas recomendadas, Luis Diez Picazo y Ponce de León, en www.Indret.com 31.12.99.
- Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 147.
- Schäfer, Hans Bernd; Ott, Claus, *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991.
- Schwartz, Gary, Does tort law deter?”, en *42 U.C.L.A. Law Review*, 377 (1994) p. 423.
- Seguí, Adela, *Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna*, 2001, en www.alterini.org
- Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998*, 1999, en www.alterini.org

Introducción a la Responsabilidad Civil – Dr. Edgardo López Herrera

- Seuba i Torreblanca, Joan Carles, “Ayudas a los contagiados por el VHC en el sistema sanitario público”, en www.indret.com 03.2000.
- “Breve presentación de la ley Francesa 2002-303, de 4 de marzo relativa a los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”, en www.indret.com Barcelona, abril 2002.
- Van Wijck, Peter, Winters, Jan Kees, “The principle of full compensation in tort law”, en *Eur. J. of L. & E.*, 11:3; 319-332,2001.
- Vidmar, Neil; Rose, Mary R., *Punitive damages in Florida: In terrorum and in reality*, conferencia brindada el 28.5.00 en el Annual Law & Society Meetings, Miami Florida. El texto nos fue generosamente enviado por sus autores.
- Viney, Geneviève, Jourdain Patrice *Traité de Droit Civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. LGDJ, París, 1998.
- Viney, Geneviève, *Traité de Droit Civile. Introduction à la responsabilité*, 2ª ed. LGDJ, París, 1995.
- Wayar, Ernesto C., *Derecho civil. Obligaciones T. I*, 2ª ed. Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- Wright, Richard W, “Righth, Justice and Tort Law”, publicado en *Moral Foundations of the law of Torts*, Oxford University Press, 1995.
- “Principled adjudication: tort law and beyond”, en *7 Canterbury Law Review* 265 (1999), en <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9909291>