

LA RESPONSABILIDAD CIVIL: TENDENCIAS ACTUALES. LA EXPERIENCIA ARGENTINA Y SU POSIBLE PROYECCIÓN AL DERECHO MEXICANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Hacia un concepto moderno de responsabilidad civil.* III. *La cuestión en el derecho argentino.* IV. *Tendencias actuales del sistema.* V. *La prevención en el derecho de daños.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los aspectos más relevantes en la evolución de los sistemas jurídicos es el relativo a la transformación del clásico sistema de la responsabilidad civil, cuya función era netamente sancionadora de conductas antijurídicas, culpables y dañosas. Desde esta perspectiva tradicional, el fenómeno resarcitorio fue protagonizado por un esquema cuyo eje central estuvo constituido por el comportamiento del autor del hecho culposo. Mas, la revolución científica y tecnológica ha conmocionado los cimientos en que asentaba clásicamente el sistema de la responsabilidad civil.

La disyuntiva es: responsabilidad-castigo o responsabilidad-reparación.¹ La más reciente doctrina italiana, principalmente a través de las opiniones de Scognamiglio, Trimarchi, Rodotà, Busnelli, Alpa, en forma coincidente con los más destacados autores argentinos,² entienden que la calificación de la conducta obrada como culpable o ilícita, no es el objeto del juicio de responsabilidad. Esto significa que en la actualidad "el fundamento de la indemnizabilidad no está

1 Mosset Iturraspe, Jorge, "Introducción a la responsabilidad civil", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 24.

2 Entre dichos autores, podemos mencionar a los doctores Alterini, Ameal, López Cabana, Mosset Iturraspe, Borda, Bustamante Alsina, Trigo Represas, Andorno, Garrido, Pizarro, Kemelmajer de Carlucci, Bueros, Parellada, Ghersi, Goldenberg, Zannoni, Stiglitz, Messina de Estrella Gutiérrez, entre muchos otros. Así, Jorge Mosset Iturraspe sostiene, refiriéndose al fundamento de la responsabilidad civil, "al cuándo y por qué se incurre en el deber de resarcir", que: "el *quid* se encuentra en el daño, pero más en el injustamente sufrido que en el causado con ilicitud", "Introducción a la responsabilidad civil", *cit.*, p. 29.

en el acto ilícito, sino en el hecho dañoso",³ a lo que cabe agregar: siempre que el daño sea injusto.

Esta transformación del fundamento y del papel que juega hoy la responsabilidad civil trasunta, en las palabras de la profesora Lambert-Faivre, su evolución de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización.⁴

II. HACIA UN CONCEPTO MODERNO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Etimológicamente, la palabra "responsable" significa "el que responde". De allí que este concepto se conecte con la idea de "reparación", que tiene el sentido que el daño es soportado por alguien que es su autor, y no por la víctima misma.⁵ Por ende, tradicionalmente, se ha entendido que, en sentido estricto, la responsabilidad concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento,⁶ tanto de una obligación preexistente como del deber genérico de no dañar a otro.

Como quedara dicho precedentemente, en la actualidad el sistema de la responsabilidad civil está atravesando una etapa de revisión. El esquema clásico, individualista, propio de las codificaciones civiles decimonónicas, cuyo exponente más conspicuo es el Código Napoleónico, ha sido largamente superado.⁷

³ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, p. 180.

⁴ Lambert-Faivre, Yvonne, "La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", trad. Eliana Núñez, en Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, *Derecho de daños (y otros estudios)*, Buenos Aires, La Ley, 1992, p. XIII.

⁵ Alterini, Atilio, Óscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 144. Aclaran estos autores, que no obsta al criterio expuesto que no todos los daños sean reparables, y que no siempre el autor sea solvente, como para satisfacer efectivamente a la víctima: "no por ello dejará de ser responsable". Alterini señala la discrepancia entre los Mazeaud y Josserand acerca del concepto de responsabilidad, compartiendo las conclusiones de los primeros: "la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto". Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, p. 16.

⁶ Tradicionalmente, el término "responsabilidad civil" posee varias acepciones. En una acepción amplia, responsable es todo el que debe cumplir. O es posible entender por responsable al deudor, quien por no haber cumplido, está sujeto a las acciones del acreedor, pudiendo éste ejecutarlo forzosamente, obtener la ejecución por otro a costa del primero, o reclamarle la indemnización. Por fin, en sentido estricto, es dable calificar como responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama indemnización. Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 143.

⁷ Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 150. Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, "Función actual de la responsabilidad civil", en Trigo

Las dudas actuales acerca del rol que debe desempeñar la responsabilidad civil, como también las concernientes a su fundamento indican que la institución no está estabilizada.⁸

La revisión de algunos de los postulados clásicos, en materia de responsabilidad civil,⁹ y la crisis de ciertos principios que en este campo se han tenido como incuestionables¹⁰ son, en buena medida, determinantes de lo que se ha denominado "la crisis de la responsabilidad civil".¹¹

Dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil —producida por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos—¹² la óptica del fenómeno se trasladó desde la estructura del acto ilícito hacia la del evento lesivo. Es decir, en el moderno derecho de daños se pone la mirada en la protección de la víctima, reformulando los presupuestos de aquella institución. En este sentido, las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir

Represas y Stiglitz (dirs.), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 37 (obra en homenaje al profesor Mosset Iturraspe).

8 Viney, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions", en Ghestin, Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 1982, p. 75. Esta destacada autora se pregunta si los sistemas de socialización directa de la indemnización pueden ocasionar un oscurecimiento de la responsabilidad civil. La conclusión a la que arriba Viney es la de que, a pesar de los reparos de que ha sido objeto, en los últimos tiempos, la responsabilidad conserva, todavía hoy, una vitalidad real, aunque es evidente que entre esta responsabilidad moderna y la que habían concebido los redactores del Código Civil francés, la distancia es inmensa.

9 Entre ellos merecen mencionarse: la tendencia a la supresión de los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que el cuestionamiento acerca del valor de la culpa como criterio de responsabilidad en la sociedad moderna. Tunc, André, "The concept of tort and the delimitation of the Law of Tort", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI-1, cap. 1, Introduction.

10 Se trata de fórmulas jurídicas en las que prácticamente todos los ingredientes o elementos de la responsabilidad civil, experimentan alguna novedad, empezando por la determinación del sujeto pasivo del daño, hasta llegar a la forma de reparación del mismo, pasando por la valoración del elemento "relación de causalidad", entre otros ejemplos.

11 El jurista francés A. Tunc afirma que "la responsabilidad civil está ciertamente en un estado lamentable", y se pregunta si existe otro ámbito del derecho que haya sido tan acusado por todos de incertidumbre y de inadaptación al mundo contemporáneo. Tunc, A., "Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé", en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, p. 21. En la misma obra, el profesor suizo Widmer se pronuncia con parecida energía sobre la crisis del concepto mismo de responsabilidad civil.

12 Viney, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions", *op. cit.*, p. 21.

de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud,¹³ centrando toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del perjuicio sufrido. Por ende, el daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa (otrora factor casi exclusivo) uno de los criterios que, conjuntamente con otros y con igual valor, conforman un sistema policéntrico para la imputación del nocumento.¹⁴

La responsabilidad civil se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto.¹⁵ Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable).¹⁶ En suma, la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.¹⁷

13 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 150 y 161.

14 Scognamiglio, Renato, "Responsabilidad civil", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1969, p. 637; Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 198: "cada factor de atribución —la culpa y el riesgo— tiene zonas de influencia distintas [...] El factor de atribución riesgo no es excepcional, y tiene por lo tanto la misma jerarquía cualitativa que los restantes criterios de imputación". Cfr. VIII Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1994.

15 Scognamiglio, Renato, "Responsabilidad civil", cit., p. 638. En Argentina, López Olaciregui ha sostenido que: "La teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino la del acto dañoso, o —si se quiere— la teoría del daño civil. López Olaciregui, José Ma., "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *RDCO*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 11-64 y 941.

16 Cupis, Adriano de, *El daño*, trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 579: "La definición más exacta de la responsabilidad civil es la que ve en ella la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño privado mediante la imposición de su reparación; tal sujeto (el responsable) sufre la reacción jurídica encaminada a colocar el daño a su cargo imponiéndole su reparación".

17 Kemelmajer de Carlucci, A. y Carlos Aída-Parellada, "Factores objetivos de atribución", en Mosset Iturraspe (dir.), *op. cit.*, p. 187. Véase Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 19. En este orden de ideas, en sentido general se ha afirmado que "el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando". Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Función actual de la responsabilidad civil", cit., p. 37. Y "en sentido estricto, la responsabilidad civil se refiere a actos que por haber causado daño determinan una indemnización", López Olaciregui, José M., "Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil, balance de un siglo", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1964, t. I, p. 59.

III. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

La evolución del sistema de la responsabilidad civil muestra que en el contexto político, social y económico de Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino,¹⁸ sobre quien ejerció predominante influencia el Código Civil francés, los daños eran producidos por el hombre. Tal como fue pensada por Vélez, la responsabilidad civil comportaba una forma de sanción,¹⁹ ya que la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: "sólo era responsable el autor y cuando él era culpable,²⁰ sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas".²¹

18 En la época de la sanción del Código Civil argentino (año 1869), el industrialismo era aún incipiente en nuestro país, por lo que las máquinas no constituían el mayor peligro para el hombre; sí lo eran, en cambio, los animales que se utilizaban para el trabajo agrícola, para el transporte, etcétera. Kemelmajer de Carlucci, A. y C. Parellada, "Factores objetivos...", *cit.*, p. 196.

19 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 15. Este autor señala que 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.

20 El principio "pas de responsabilité sans faute" (no hay responsabilidad sin culpa), resultado del pensamiento filosófico iusnaturalista racionalista de los siglos XVII y XVIII, ha inspirado las concepciones jurídicas de los ordenamientos de Europa continental, de base romanista y, por lo tanto, de América Latina, y se ha plasmado en los códigos decimonónicos. Además del individualismo liberal, en su defensa exagerada del respeto a la voluntad y a la libertad (desde una visión unilateral o de un solo ojo), sumado a la visión filosófica del iusnaturalismo racionalista, fueron factores relevantes de la fundamentación de la responsabilidad en la culpa: en el plano religioso, las ideas protestantes, en especial de Calvino, con orden en la base moral de la responsabilidad; en el plano económico, la ayuda que ello importó para la burguesía en ascenso y al pequeño empresariado, favorecido por el hecho de que sólo los comportamientos negligentes darían lugar a la obligación de reparación; habría sido un freno para el desarrollo económico e industrial, el haber tenido que responder por los daños producidos por la incipiente maquinaria de la época, y, en general, por el incremento de la peligrosidad que, para la vida del ciudadano medio, supusieron la industrialización y el desarrollo de la técnica. Mosset Iturraspe, Jorge, "Introducción...", *op. cit.*, p. 26. Por su parte, Alterini coincide con autores como Green y Rodotà, al afirmar que el principio "no hay responsabilidad sin culpa" en verdad derivó del proceso de expansión de una economía industrial, aligerando los costos empresarios, en tanto no se respondía de los daños causados sin culpa. Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, p. 348.

21 Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Función actual...", *op. cit.*, p. 38. Sin embargo, la doctrina, en una relectura del sistema tradicional, advirtió que en el mismo Código de Vélez existían hipótesis en las cuales el deber de reparar no nacía necesariamente de la culpa. Así, en los casos de responsabilidad por daños causados por animales feroces (artículo 1129, Código Civil), de responsabilidad colectiva del artículo 1119; la adjudicada al principal por el hecho de sus dependientes (artículo 1113). Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, "Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil", *Derecho de daños (y otros estudios)*, p. 216.

En México, la situación era similar a la época de la sanción de los códigos civiles de 1870 y de 1884.²² Por otra parte, la doctrina ha afirmado la evidente influencia que sobre estos cuerpos normativos ejerció el Código Napoleónico.²³

Mas, el esquema clásico de la responsabilidad por culpa, demostró ser totalmente insuficiente e ineficaz para solucionar los problemas planteados por la transición de la economía agrícola a la de producción industrial.²⁴ La razón puede hallarse en el hecho que esta última determinó un incremento de las hipótesis de daño, fundamentalmente por la utilización de complejos mecanismos de producción y la intervención de "cosas" en la causación de aquéllos.

La respuesta de la responsabilidad civil fue, entonces, la "Teoría del riesgo"²⁵ como fundamento de una responsabilidad objetiva, y su

22 La Comisión Redactora del Código Civil de 1928 explica, en la exposición de motivos, que: "nuestro actual Código Civil (el Código de 1884) producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria, y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad...". Galindo Garfias, Ignacio, "El derecho civil en México a partir de 1910 y el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal", en *Estudios de derecho civil*, México, Porrúa, 1994, p. 453. Por otra parte, el Código de 1884 "rigió la vida civil de los habitantes del Distrito Federal y de Baja California y también como es de todos sabido, de los habitantes de toda la República, durante casi medio siglo, por haber sido adoptado, casi sin modificación alguna, por los estados de la Federación, en ejercicio de la soberanía que en cuanto a su régimen interior les fue reconocida por la Constitución de 1857 y la sigue reconociendo, la de 1917". Galindo Garfias, Ignacio, "El centenario del Código Civil de 1884", en *Estudios de derecho civil*, p. 421.

23 Borja Soriano sostiene que "es evidente la grande influencia del Código Civil francés, o sea Código Napoleón, sobre nuestro Código de 1870, especialmente en la materia de obligaciones", y refiriéndose al Código de 1884, este autor señala que "es casi una reproducción del de 1870", sobre todo en la regulación de la responsabilidad extracontractual (p. 346). Por último, aludiendo al actual Código Civil de 1928, en vigor desde 1932, afirma que: "reproduce en gran parte el de 1884 [...] Tratándose de artículos del nuevo Código que proceden del anterior o del español, italiano, argentino, chileno y brasileño, encontramos con frecuencia, como fuente mediata el Código Civil francés, el cual ha ejercido una influencia preponderante en la elaboración de nuestros códigos civiles", Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1995, p. 16 y ss. Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, "El centenario del Código Civil de 1884", *op. cit.*, pp. 422 y ss. quien sostiene que "el Código Civil de 1884, como el de 1870 son ambos expresión del federalismo constitucional, el individualismo político y el liberalismo económico" (p. 424). Por otra parte, aludiendo al Código de 1884, afirma que su influencia "se percibe claramente en varios aspectos en el Código Civil del Distrito Federal de 1928" (p. 430).

24 Barcellona, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, 2a. ed., Jovene, p. 313, cit. por Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, "La responsabilidad civil en la era tecnológica", *op. cit.*, p. 169.

25 Llambías, Jorge, J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo

función pasó a ser reparadora o resarcitoria. En virtud de estos nuevos principios, la víctima no se ve necesitada de probar la culpa del presunto autor del hecho dañoso por el cual reclama la indemnización, sino que le basta con acreditar, en principio, el hecho, el daño y la relación de causalidad entre ambos, cupiéndole al sindicado, como responsable, la prueba de la fractura del nexo causal.²⁶

Sin embargo, el progreso científico y tecnológico trajo consigo una inadaptación de estas reglas de la responsabilidad civil, tornando indispensable su reformulación. Se hizo necesario imputar responsabilidades objetivas a quienes desempeñaran actividades con alto índice de dañosidad: los accidentes producidos por la circulación de automotores, los causados por productos elaborados, la responsabilidad de los profesionales, el daño informático, los perjuicios causados por la biotecnología, por el empleo pacífico de la energía nuclear y, en especial, el daño ambiental.²⁷ "Estas son manifestaciones típicas del

Perrot, 1987, t. III, p. 541. La idea esencial de la teoría del riesgo, en todas sus versiones, consiste en admitir que quien incorpora un riesgo al cuerpo social, debe reparar los perjuicios operados consecuentemente o, en otras palabras, que quien obtiene los beneficios debe soportar las cargas (*ubi emolumentum ibi onus*), o, todavía, que quien goza el *commodum* debe experimentar el *periculum*. Para Gásperi y Morello, la idea fue expuesta primeramente por Bertrand de Greuille en su informe al Tribunalado. Ella prendió rápidamente en algunos juristas de nota, tales como Slataja en Viena (1888), Orlando en Italia (1894), Saleilles (1897) y Josserand (1897) en Francia. La ideas positivistas del campo penal, como Ferri lo reconoce con orgullo, influyeron en buena medida para que naciera la idea de responsabilidad sin culpa en su versión moderna. La situación de la víctima y la necesidad de acreditar la culpa del agente transgresor, a veces poco menos que imposible, y la cantidad de accidentes que trajera el maquinismo, hicieron de consuno que naciera la idea de la responsabilidad sin culpa. Ello dio origen al nacimiento del derecho laboral y a las revolucionarias ideas de Saleilles, durante el final del siglo pasado. Así nace la teoría del riesgo, que defienden fundamentalmente Josserand, Demogue y Savatier. Boffi Boggero, Luis María, "Teoría del riesgo", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1968, t. XXVI, p. 98.

26 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 228. Messina de Estrella Gutiérrez, G., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 182. La jurisprudencia tiene entendido que: "puede pensarse que, de ordinario, el riesgo no requerirá de prueba en particular, ya que —a diferencia del vicio— se confunde con la demostración de cuál ha sido la cosa de la que provino el daño. En todo caso, dentro de la postura que requiere de la víctima que ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, la demostración de la existencia de uno u otro, y la relación de causalidad entre ellos y el perjuicio (*v. gr.* CS. 19/11/91, J. A. 1992-II-153), la prueba, de producirse, aparecerá referida a la frecuencia y habitualidad de su intervención en sucesos perjudiciales, en el sentido que se apuntara precedentemente". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 30 de junio de 1994, D. D. y otros c. Fábrica de Opalinas Hurlingham S. A., *La Ley*, del 7 de julio de 1995, Buenos Aires, p. 9.

27 Se sostiene que el daño al medio ambiente, acaso constituya el banco de pruebas más comprometido para los postulados clásicos de la responsabilidad civil. Martín

impacto de la 'era tecnológica' en la responsabilidad civil. La mayor parte de las hipótesis de accidentes descriptos no entran ni dentro del esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aún en la solución de responsabilidad objetiva por daños causados por cosas riesgosas o viciosas [...] Así como el daño en la etapa industrial era, preferentemente, el causado con intervención de cosas peligrosas, podemos decir que en la era post-industrial los siniestros pertenecen a las actividades riesgosas".²⁸

El concepto de actividad riesgosa ha sido desarrollado por la doctrina extranjera más avanzada, y receptado en los Códigos más recientes: Código Civil italiano de 1942, artículo 2050; Código Civil de Portugal de 1967, artículo 493, 2a. parte.²⁹ En América Latina siguen esta moderna tendencia el Código Civil boliviano de 1975, artículo 998; Código Civil de Perú de 1984, artículo 1970; Código Civil paraguayo de 1987, artículo 1846.

Esta noción de "actividades riesgosas" es diferente a la de "riesgo de la cosa" que recoge el derecho positivo argentino (artículo 1113, 2o. párrafo, Código Civil).³⁰ "Una actividad puede ser riesgosa en sí misma o por las circunstancias en que se desarrolla, sin que sea menester que el daño resultante derive de la intervención de cosas [...] Literalmente, al no provenir el daño del riesgo de la cosa, sino de la actividad riesgosa, el artículo 1113 del Código Civil no sería

Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, Trivium, 1991, vol. I, p. 175. Con atinado criterio, la doctora Carmona Lara ha sostenido que: "uno de los problemas contemporáneos que han significado la toma de nuevas formas de conciencia personal, política y social, es el del deterioro ecológico con todas sus implicaciones. Desde el punto de vista político, económico, jurídico y social, el problema ambiental y ecológico ha puesto en serios cuestionamientos a las ciencias sociales". Carmona Lara, María del Carmen, "Política y ecología en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXXVI, nueva época, núm. 146, octubre-diciembre, 1991.

²⁸ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 170. Kemelmajer de Carlucci y Parellada coinciden con ello, al señalar que el mundo moderno produce daños en los que estrictamente no aparecen las cosas como causantes del perjuicio. "Factores objetivos de atribución", cit., p. 198. La jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha extendido la aplicabilidad del artículo 1113 a las actividades riesgosas, aunque no intervengan cosas. *La Ley*, 1989-A-561.

²⁹ Este artículo se limita a invertir la carga de la prueba de la culpa. Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 349.

³⁰ Dice el artículo 1113, 2o. párrafo, 2a. parte: "pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad (la norma alude al dueño o guardián) acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (texto según Ley 17.711).

aplicable",³¹ dado que el mencionado artículo alude exclusivamente al "riesgo o vicio de la cosa".³² Con gran acierto, la Ley de Unificación Legislativa Civil y Comercial³³ incorporó el concepto de actividades riesgosas "por su naturaleza o por las circunstancias de su realización"³⁴ (artículo 1113, 4o. párrafo), con atribución objetiva del deber de reparar el daño, cupiéndole al responsable la prueba de la fractura del nexo causal.

Por su parte, el derecho positivo mexicano recepta la teoría del riesgo en el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, ya que en los códigos anteriores se adoptaba, de acuerdo con la filosofía que los inspiraba, la teoría de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad.³⁵ Sin embargo, se afirma que "algunos casos de responsabilidad sin culpa fueron incluidos en el Código de 1884".³⁶

Se ha sostenido que el Código de 1928 constituye un esfuerzo —aunque no enteramente realizado— por incorporar al derecho civil las ideas de justicia social, "con el fin de armonizar el interés de la colectividad y el de los particulares, y lograr así establecer la organización de la sociedad sobre los principios de la solidaridad y del interés individual, subordinado al interés del grupo social".³⁷ El sen-

31 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 204.

32 En la doctrina argentina existen dos corrientes doctrinarias: una se atiene a los términos de la ley y a su interpretación histórica y, en consecuencia, entiende que, de *lege lata*, no es posible extender la aplicación del artículo 1113 del Código Civil a estos supuestos, si bien, de *lege ferenda*, se pronuncia en favor de la modificación del mencionado artículo. Otra, en cambio, confiere fuerza expansiva a la imputación por riesgo, e incluye este tipo de actividad. Kemelmajer de Carlucci y Parellada, "Factores objetivos...", *cit.*, p. 199.

33 Ley 24.032, vetada por el Poder Ejecutivo por decreto 2719/91.

34 La determinación del tipo de actividad que encuadra en esta norma, queda librada a la prudente apreciación judicial. En derecho comparado, con normas similares, han quedado englobados los casos de depósitos de gases inflamables, la organización y ejercicio de actividades deportivas, la actividad minera, el transporte y distribución de energía eléctrica, el ejercicio del esquí, la excavación de terrenos, el uso de pesticidas, etcétera. Kemelmajer de Carlucci-Parellada, "Factores objetivos...", *cit.*, p. 199.

35 Borja Soriano, Manuel, *Teoría general...*, *cit.*, p. 383.

36 Tales como la responsabilidad por ruina de edificios o por emanaciones de sustancias tóxicas, los que aparecen encajados en un sistema que sólo aceptaba la responsabilidad fundada en la culpa. Galindo Garfias, Ignacio, "El derecho civil en México, a partir de 1910...", *cit.*, p. 452.

37 Galindo Garfias, Ignacio, "El derecho civil en México, a partir de 1910...", *cit.*, p. 447. La comisión redactora de este código expresa en la exposición de motivos que: "La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo, y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han

tido social de la Constitución de 1917 influyó en tres instituciones económicas fundamentales del Código Civil: la propiedad, el contrato y la responsabilidad por daños.³⁸ En este último ámbito, el artículo 123 constitucional introdujo el concepto de responsabilidad objetiva, al establecer la responsabilidad del patrón por los daños que sufren los trabajadores como consecuencia de los riesgos a que están expuestos, con motivo o en ejercicio de su trabajo.³⁹

Borja Soriano sostiene que el Código de 1928 consagra como principio general, en su artículo 1910, la teoría de la culpa, admitiendo como excepciones los casos de riesgos profesionales (artículos 1935 a 1937) y de utilización de objetos peligrosos (artículo 1913). En cambio, otros autores no aluden a la existencia de un principio general en esta materia. En general, la doctrina mexicana diferencia como fuentes autónomas de obligaciones, a la llamada responsabilidad objetiva, por un lado, y a los hechos ilícitos (en sentido estricto), por el otro.⁴⁰

Azúa Reyes opina que la responsabilidad objetiva se encuentra reglamentada en el Código Civil mexicano en los artículos 1913, 1929, 1930, 1931 y 1932, comprendiendo los supuestos de daños producidos por cosas, animales y edificios.⁴¹ Mientras que Ignacio Galindo Garfias asume que la responsabilidad sin culpa está prevista en los siguientes casos: 1) por el uso de cosas peligrosas (artículo 1913); 2) por la ruina de un edificio (artículo 1931); 3) por las cosas inanimadas (artículo 1932) y 4) por los daños que causen las cosas que se arrojen o cayeren de una casa, los cuales deben ser reparados por el jefe de la familia que en ella habita (artículo 1933).

Sin embargo, existe consenso en la doctrina mexicana en el sentido de que el artículo 1913 consagra una responsabilidad objetiva fundada en la teoría del riesgo creado.⁴²

hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al, no ha mucho, triunfante principio de que la 'voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos' ", Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 453.

³⁸ Galindo Garfias, "El derecho civil en México, a partir de 1910...", *cit.*, p. 449.

³⁹ *Idem*, p. 451.

⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, t. V, vol. II, 1981, pp. 67 y 81. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Porrúa, 1991, p. 670. Borja Soriano, Manuel, *Teoría general...*, *cit.*, pp. 345 y 381. Azúa Reyes, Sergio, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993, p. 209. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Harla, 1990, p. 219.

⁴¹ Azúa Reyes, Sergio, *Teoría general...*, *cit.*, p. 212.

⁴² Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, pp. 676 y ss., quien,

Debe tenerse presente que "la revisión del sistema de la responsabilidad civil no significa dar vuelta a las cosas, ni destruir los cimientos para edificar de nuevo. Significa ampliar las fronteras de la responsabilidad civil [...] Más allá de la culpa, sin [excluir]la; más allá de la responsabilidad civil, sin desecharla".⁴³

En suma, aún con algunas discusiones, en la actualidad la doctrina prefiere aludir a "derecho de daños", en lugar de a la teoría de la "responsabilidad civil".⁴⁴ No se trata de una cuestión terminológica, sino de un cambio conceptual. En Argentina, Morello señala como notas identificatorias del nuevo derecho de daños, las siguientes:⁴⁵ su eje nuclear se sitúa en evitar los daños, antes que un tardío y

además, señala que el campo de aplicación de la responsabilidad objetiva es doble, pues abarca la materia de los siniestros profesionales y, en el derecho civil, los supuestos contemplados en los artículos 1913, 873, 885, 921, 927, 929, 930, 964, 1072, 1078, 1107, 1108, 2635 y 2654. Borja Soriano, Manuel, *Teoría general...*, cit., p. 385. Azúa Reyes, Sergio, *Teoría general...*, cit., p. 212. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, cit., p. 244. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, cit., p. 67. Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 1989, pp. 158 y ss., quien señala como supuestos de responsabilidad objetiva, los previstos en los artículos 1913, 1918, 1919, 1920, 1921, 1923, 1924, 1925, 1928, 1932 y 1933.

⁴³ Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, p. 235.

⁴⁴ En este sentido: Santos Briz, J., "Derecho de daños", citado por Alterini, Atilio A., "Responsabilidad civil", cit., p. 339; también: López Cabana, Roberto, "Nuevos daños jurídicos", en Alterini y López Cabana, *Derecho de daños (y otros estudios)*, p. 211, quien señala que: "El término 'responsable' —en palabras de Michel Villey— cumple en la ciencia jurídica el papel de una pieza añadida, obstaculizante y perturbadora [que ha] orientado a los juristas hacia soluciones inmantenibles; obligándoles, de inmediato —para salvar las buenas soluciones jurídicas— a multiplicar las ficciones (llamar culpa a lo que no lo es) y perderse en un laberinto de discusiones interminables alrededor de un vocablo equivoco". Algunos autores prefieren cambiar la denominación de responsabilidad civil por "teoría general de la reparación del daño", no como mero formalismo, sino con el fin de desprenderse de prejuicios para así abrir los ojos a la realidad y elaborar una nueva teoría cuyo epicentro sea el daño. Esta postura no se sitúa sólo del lado del responsable que recibirá una sanción sino del acreedor que reclama la indemnización, sin que exista muchas veces un "culpable" que cargue con la pena. Messina de Estrella Gutiérrez, G. N., *La responsabilidad...*, cit., pp. 20-22, quien cita la opinión coincidente de Roberto Vázquez Ferreyra. Sin embargo, otros autores opinan que la expresión responsabilidad civil puede ir referida tanto a los actos lícitos como a los ilícitos, sin distinguir en estos últimos que la imputación sea a título subjetivo u objetivo; entienden que no hay razones históricas ni filológicas para llegar a la conclusión de que la noción de responsabilidad se debe ligar exclusivamente a la culpa, por ende, la responsabilidad civil supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el daño injusto ocasionado a otra. Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Trigo Represas y Stiglitz (dirs.), *Derecho de daños*, p. 141, quien cita la opinión de Jacques Henriot y la de Michel Villey en la nota 2.

⁴⁵ Morello, Augusto M., "El derecho de daños en la actual dimensión social", en Trigo Represas y Stiglitz (dirs.), *Derecho de daños*, pp. 215 y ss.

disfuncional, por cierto ineficiente o disvalioso, rol de reparación; ello acontece en un mundo en que asciende la fase de los derechos de la tercera generación, en el vértice de la solidaridad;⁴⁶ la gravitación cada vez más intensa de lo económico sobre lo jurídico, toma incompresible un tratamiento unilateral de los problemas y de las controversias, tal como señalan en los EUA Mauro Cappelletti y Guido Calabresi, entre otros. Estas notas adquieren una mayor intensidad cuando "se exorbita el proceso de partes singulares para atrapar al de categorías o grupos como son los que se centran en los intereses difusos".⁴⁷

IV. TENDENCIAS ACTUALES DEL SISTEMA

La finalidad esencial de este cambio es la protección de la víctima o, al decir de Josseland, "de los débiles del derecho".⁴⁸ En ese sen-

46 Entre estos "nuevos derechos" del hombre de la tercera generación puede mencionarse el derecho al desarrollo, y, el derecho a un medio ambiente sano. Son llamados de "tercera generación" en relación con los "anteriores" derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Son los que hacen presuponer a los demás, y, sin embargo, son más difíciles de tutelar en concreto. En razón de su amplio alcance, tales derechos pueden ser considerados "derechos de solidaridad". Cancado Trindade, Antonio Augusto, "Derechos de solidaridad", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. I, p. 63 (Serie: Estudios de Derechos Humanos).

47 Morello, Augusto, "El derecho de daños...", *cit.*, p. 218.

48 Josseland, Louis, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch y Cía. Editores, t. II, vol. I, 1950, p. 378. Por su parte, Mosset Iturraspe señala que "la calidad de víctima se suma a la condición de menesteroso o necesitado; cuanto menos a la de asalariado o trabajador por cuenta ajena; a la de peatón o transeúnte; a la de consumidor, usuario o prestatario de servicios [...] Quienes crean los riesgos deben garantizar contra los daños a los usuarios o consumidores y si el perjuicio se concreta, deben indemnizarlo", Mosset Iturraspe, Jorge, "Introducción...", *cit.*, p. 27. Messina de Estrella Gutiérrez señala que la mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no sólo puede hablarse de reparación, sino que las legislaciones modernas tienden a la protección de su debilidad. La debilidad de la víctima de daños no consiste, para esta autora, en su inferioridad económica, sino en su indefensión frente a las modernas fuentes de daños tecnológicos: la víctima de daños nucleares, ecológicos, no posee los medios necesarios para repeler y reaccionar contra los elementos tecnológicos causantes del daño. A este débil del derecho de hoy, lo protege el sistema de responsabilidad civil elaborado por la doctrina, que adecua el derecho de daños a la realidad, para subsanar las falencias que en este aspecto presenta el Código Civil argentino vigente. Messina de Estrella Gutiérrez, G., *Función actual...*, *cit.*, p. 51. Con respecto a este tema, en el ámbito contractual, Alterini y López Cabana al aludir al principio *favor debitoris*, señalan acertadamente que "actualmente, en vez de focalizar al deudor, se toma en cuenta al 'contratante', y se privilegia la situación de quien en la relación jurídica adolece de debilidad. Este *favor debilis* tiene como antecedente una inferioridad en sentido jurídico, si bien la inferioridad económica puede inducirlo".

tido, la evolución del sistema de responsabilidad civil muestra ciertas tendencias:

1. Se ha ampliado la nómina de daños indemnizables,⁴⁹ por ejemplo, con la aceptación de la reparación del daño moral,⁵⁰ o de los daños provenientes de las intromisiones a la intimidad,⁵¹ o de la pérdida de una oportunidad, o de la lesión al crédito, o de los daños causados por entidades financieras cuando otorgan créditos abusivos, abren o manejan indebidamente una cuenta corriente,⁵² o del daño a la persona o al proyecto de vida,⁵³ del perjuicio ocasio-

Y agregan: "la idea de protección del consumidor, generalizada en el derecho moderno, es derivada de una concreta *ratio legis*: la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales". Pero viene siendo extendida más allá de su ámbito específico originario: "si bien puede considerarse que la protección del consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular en el mercado, no puede agotarse ahí [pues] de hecho lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del 'individuo particular' ". Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en Alterini y López Cabana, *Derecho de daños*, pp. 93 y 101.

49 López Cabana señala pormenorizadamente el actual reconocimiento de la resarcibilidad de nuevos daños, que, por ende, son admitidos en carácter de daños jurídicos, en su trabajo "Nuevos daños jurídicos", publicado en Alterini y López Cabana, *Derecho de daños*, p. 203.

50 Así, por ejemplo, en la versión original del Código Civil argentino, no estaba prevista expresamente la reparación del daño moral contractual. Sin embargo, pese a la resistencia doctrinaria y a la jurisprudencia plenaria, se aceptó su resarcimiento en algunas hipótesis, aún antes de su admisión legal en 1968 (artículo 522, Código Civil, texto según ley 17.711). En la actualidad, no cabe discutir la resarcibilidad plena del daño moral contractual. López Cabana, Roberto, "Nuevos daños jurídicos", en Alterini y López Cabana, *Derecho de daños*, p. 210. En el derecho civil mexicano, se entiende que los códigos antiguos (Penal de 1871, Civil de 1884) no reconocían, como regla general, el daño moral, salvo en algunos supuestos de excepción. Ya en su redacción original, el Código de 1928 introduce expresamente la reparación del daño moral en el artículo 1916. Esta norma fue reformada por decreto de fecha 29/12/1982, habiéndose modificado nuevamente por Decreto del 21/12/1993. También, como consecuencia del mismo Decreto, se adicionó al Código Civil el artículo 1916 bis. Consecuentemente, en el régimen actual, la obligación de reparar el daño moral se extiende tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual, y aún comprende los supuestos que se originan en la responsabilidad objetiva; por lo demás, en ella pueden incurrir el Estado y sus funcionarios. Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, pp. 373 y ss. Para consultar la evolución de la problemática del daño moral en México, véase Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, pp. 688 y ss.; Galindo Garfias, Ignacio, "La compensación por daño moral", en varios, *Estudios de derecho civil*, p. 439; Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, p. 268.

51 De acuerdo con el artículo 1071 bis, Código Civil argentino, texto según ley 21.173. En el derecho civil mexicano, véase Galindo Garfias, Ignacio, "Los derechos de la personalidad", en varios, *Estudios de derecho civil*, pp. 477 y 479.

52 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 353.

53 Alterini, Atilio y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, pp. 216 y 718, quienes citan la opinión del jurista peruano Fernández Sessarego.

nado por actos discriminatorios,⁵⁴ o de la lesión al simple interés, en tanto no sea ilegítimo.⁵⁵

En el moderno derecho de daños se llega a admitir la resarcibilidad de los daños lícitos,⁵⁶ prescindiendo de la antijuridicidad para

54 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 825.

55 Mosset Iturraspe opina que: "las antiguas fronteras de la responsabilidad civil exigían, para que se configurara el daño jurídico, la lesión a un derecho subjetivo o a una facultad, artículo 1068, a un interés jurídicamente protegido; las nuevas, atentas a un derecho común de la humanidad, que va camino a ser 'fondo común de las legislaciones consideran suficiente la lesión a sus intereses relativamente estables y ciertos, a intereses que no sean ilegítimos'. Mosset Iturraspe, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Zavalia, 1977, núm. 1, p. 143. Zannoni explica al respecto que: "también existen en la esfera propia de las personas otros intereses que no han logrado trascender en un derecho subjetivo y que además carecen de un medio de protección legítimo para asegurar su satisfacción. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al derecho. O sea, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible". Ejemplifica su parecer con el caso de un huérfano que es recogido por una persona que lo alimenta durante años, y luego muere víctima de un hecho ilícito; en tal caso el menor, pese a que no tenía derecho a exigir alimentos a la víctima, sí puede reclamar por el perjuicio al victimario. Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 30.

56 En Argentina, así sucede en el caso de la responsabilidad por daños ocasionados por la actividad lícita del Estado (por ejemplo, en las hipótesis de expropiación por causa de utilidad pública, la destrucción de bienes por causas sanitarias, las servidumbres administrativas, la rescisión unilateral de los contratos administrativos, la revocación de autorizaciones administrativas, la realización o remodelación de obras públicas, la desafectación del destino de uso público, las leyes no inconstitucionales que, sin llegar al extremo de la expropiación, generan la obligación de resarcir los daños, los hechos del príncipe o hechos del soberano, etcétera. Alterini, Atilio, *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp. 68 y ss. Las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1986) declararon que: "la obligación de reparación del daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos" (comisión IV, rec. I-1). En un reciente fallo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, recordando que: "el presupuesto básico para que se configure la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, consiste en que dicho obrar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida" (del voto de los doctores Boggiano y Petracchi). C. S., 15 de agosto de 1995, Revestek S. A., Banco Central de la República Argentina y otros, *El derecho*, 23 de febrero de 1996, p. 1. En el derecho civil mexicano debe destacarse que para la procedencia de la responsabilidad objetiva no se requiere la existencia de un obrar ilícito. Así lo establece claramente el artículo 1913 del Código Civil para el D. F., al prescribir que en estos casos debe repararse el daño causado "aunque no obre ilícitamente". De allí que se critique desde el punto de vista metodológico la inclusión de esta norma en el capítulo referido a "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos". Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, p. 679. La prescindencia de la antijuridicidad en este supuesto, ha sido sostenida pacíficamente por la jurisprudencia y la doctrina mexicanas. Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, p. 158; Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, p. 244; Ortega San Vicente, Alejandro, "El daño y su reparación en el sistema jurídico mexicano", *Pemex Lex*, México, núms. 23-24, mayo-junio, 1990, p. 8; Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, p. 671; Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, p. 68, quien

centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado.⁵⁷ “Este criterio no significa que siempre deba ser resarcido ‘todo daño. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento, cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso’”.⁵⁸

2. Se tiende a la objetivación de la responsabilidad civil,⁵⁹ con el paulatino aumento de las hipótesis comprendidas en la imputación objetiva. Ello ha ocurrido en Argentina con la inclusión de la res-

señala que en esta hipótesis, la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirva de ellas a repararlo. Borja Soriano, analizando la responsabilidad objetiva en el Código Civil mexicano, concluye que en ella se prescinde del fundamento otrora esencial de la responsabilidad: la imputabilidad del hecho que causa daños y perjuicios a una falta de su autor, Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, p. 385.

57 Alterini, Ameal y López Cabana señalan, como una moderna tendencia en la responsabilidad civil, la circunstancia en que “se diluye el requisito de la antijuridicidad, consagrado en términos rigurosos por el artículo 1066 del Código Civil”, *Derecho de obligaciones*, p. 150.

58 Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, *Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil*, p. 216.

59 Se ha señalado, precedentemente, la crisis de la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil (a partir del siglo pasado su evolución marca distintas etapas: desde una exigencia exorbitada de culpa, pasando por distintas atenuaciones a la teoría de la culpa —con la incorporación del concepto de culpa objetiva, las presunciones de culpa, el afinamiento del concepto de culpa—, hasta llegar a prescindir, derechamente, de la culpabilidad. En el derecho argentino es Llambías quien con mayor enjundia defendió la exigencia de un obrar culpable (además de voluntario, esto es, actuando con discernimiento, intención y libertad) para la imposición de responsabilidad, descartando terminantemente la posibilidad de un tercer tipo genérico de imputabilidad distinto de la culpa o del dolo: “desde el punto de vista teórico no es aceptable una responsabilidad que no se sustente en el reproche o censura que merece —por su culpa o dolo— el proceder del responsable. Sería inicu la imposición de una responsabilidad que se atribuyera a quien no fuese merecedor de reproche alguno en su comportamiento”. Sin embargo, aclara que “Ello no obsta a que en determinadas circunstancias, la ley pueda atribuir un daño a una persona, al margen de su dolo o culpa, para obligarla a soportar total o parcialmente el perjuicio, en razón de las consideraciones de utilidad social o de equidad que pueda haber contemplado el legislador para efectuar esa atribución de un daño a un inocente. Empero, ello no puede ser, a título de responsabilidad aunque el descuido en la redacción de las fórmulas legales pudiera insinuarlo”. Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1983, t. I, pp. 179 y 228. Y agrega, “es conciliable un sistema genérico de responsabilidad subjetiva con supuestos específicos de reparabilidad objetiva”. Llambías, J. J., *Tratado...*, cit., t. III, p. 546. Resulta paradójico que, también en nombre de la moral y de la equidad, varios autores adoptaron la tesis contraria, esto es, la teoría del riesgo. Boffi Boggero cita a quienes así argumentan: “Limitar la responsabilidad al dominio de la culpa individual, es infligir una pérdida al que es meramente pasivo, siendo así que la justicia exige que cada cual soporte las consecuencias de sus actos”, Boffi Boggero, Luis M., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 99.

ponsabilidad derivada del contrato de transporte, y para la actividad de empresas de ferrocarriles, troperos, arrieros y transportistas de personas y mercaderías (artículos 184 y 162, del Código de Comercio, de 1862), de riesgo minero (artículo 58, Código de Minería de 1886), de los accidentes de trabajo (Ley 9688 de 1915), en algunas hipótesis reguladas por el Código Aeronáutico de 1954 (luego reemplazado por la ley 17.285, artículo 155), por la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963, aprobada por ley 17.048 (artículo IV, parte I), por la Ley 17.711 de reformas al Código Civil del año 1968 (modificatoria del artículo 1113). También la doctrina argentina propicia la responsabilidad objetiva para muchas hipótesis de daños, de la "era tecnológica", como en los casos de productos elaborados, en el daño informático, en el daño ambiental,⁶⁰ en los ocasionados por la utilización de productos farmacéuticos y medicinales, en ciertos casos de responsabilidad médica.

En México, la idea de la responsabilidad objetiva fue receptada normativamente en la Constitución de 1917, cuyo artículo 123 pone a cargo de los patronos la obligación de reparar los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores: en el Código Civil de 1928 (artículo 1913), y en la Ley Federal del Trabajo (artículo 472).⁶¹

3. En esta misma línea, también se ha producido un aumento de los factores objetivos de atribución. Estos han sido incorporados expresa o implícitamente en el Código Civil argentino, por la reforma de 1968, como el riesgo, la garantía, o bien la doctrina los ha asumido como el abuso del derecho, la equidad, el exceso en la normal tolerancia, la solidaridad social. Ello mejora la situación de la víctima

⁶⁰ En México, la doctrina coincide en afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad civil, por daño ambiental: Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Universo Veintiuno, 1987, p. 136; Jiménez Peña, Adolfo, "Derecho de propiedad y medio ambiente", *Lex* (suplemento *Ecología*), México, febrero de 1996, p. XVI; Castillo Delgadillo, Rebeca, "Las responsabilidades civil y administrativa en materia ambiental", en González Márquez, José Juan (coord.), *Derecho Ambiental*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 1994, p. 236; Ranger, Edward M., "La nueva estructura ambiental mexicana y la responsabilidad de la industria por daños ecológicos", *Pemex Lex*, México, núms. 81-82, marzo-abril, 1995, p. 47. La doctora Carmona Lara ha sostenido acertadamente, con respecto al daño ambiental que: "El *jus fruendi*—derecho de usufructo— se desvirtuó con el *jus abutendi*—derecho de abuso—generando así la posibilidad de un derecho de propiedad absoluto y degradante", Carmona Lara, María del Carmen, "La regulación ecológica ambiental ante el Tratado de Libre Comercio y los acuerdos complementarios", *Pemex Lex*, núms. 57-58, marzo-abril, 1993, p. 10.

⁶¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, p. 676. Este autor señala que ya en el Código Civil de 1870 el legislador mexicano, muchos años antes de la publicación de las ideas de Ferri y de los tratadistas franceses, vislumbró el problema de la responsabilidad objetiva por riesgo creado (artículo 1595), *op. cit.*, p. 676.

de daños, al no requerirle la prueba de la culpabilidad del responsable.

4. Otra tendencia actual es hacia un gradual proceso de socialización de los daños,⁶² con la difusión de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil como el seguro (obligatorio u optativo),⁶³ los fondos de garantía, la seguridad social, la asunción de daños por el Estado,⁶⁴ los que no desplazan a la responsabilidad civil, sino que coexisten con ella⁶⁵ y garantizan a la víctima el cobro del resarcimiento.

En Francia, Viney ha escrito sobre la declinación de la responsabilidad individual.⁶⁶ Desde el punto de vista de la víctima, el sistema

62 Decía Boffi Boggero: "Más adelante se difundió la idea de la seguridad social. El ente colectivo absorberá, cada uno en parte ínfima, la desgracia económica entre las personas y ya no se producirán las injusticias que ese excesivo alargamiento de la idea de responsabilidad sin culpa pueda ocasionar. Si echamos, entonces, una mirada a la situación contemporánea en materia de responsabilidad civil, hemos de ver, entre otras a las siguientes tendencias:... se extiende la idea de solidaridad o seguridad social para evitar los inconvenientes a que puede conducir el exceso de una condición que ve la responsabilidad sin culpa". Boffi Boggero, Luis María, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 98. Se habla del avance de concepciones más solidaristas, que parecen más justas con la "socialización de los riesgos", Compagnucci de Caso, Rubén, "Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo", en Trigo Represas y Stiglitz (dirs.), *Derecho de daños*, p. 70, señalándose que "el crecimiento incesante del principio de la responsabilidad social por daños no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, aeroplanos o a la amenaza de desempleo", Friedmann, Wolfgang, *El derecho en una sociedad en transformación*, México-Buenos Aires, FCE, p. 179. Se suele señalar como ejemplo óptimo de esta tendencia socializadora al sistema de Nueva Zelanda (en vigor desde 1974): 1) un fondo cubre a todos los trabajadores contra todo tipo de daños corporales por accidente y las enfermedades profesionales; 2) un segundo fondo atiende a las víctimas de accidentes causados por la utilización de un vehículo en el país; 3) un tercer fondo, financiado por el Estado, cubre a todas las víctimas de accidentes ocurridos en Nueva Zelanda y que no estuvieran atendidos por los fondos anteriores, incluidos extranjeros visitantes. Mosset Iturraspe, Jorge, *Introducción a la responsabilidad...*, p. 35. Succeia también ha orientado su método de compensación a la seguridad social, lo que ha tornado prescindible el sistema de la responsabilidad civil en cuanto al resarcimiento de los daños corporales, Messina de Estrella Gutiérrez, G., *Función actual...* cit., p. 49, nota 31.

63 Galindo Garfías, Ignacio, "Responsabilidad, seguro y solidaridad social en la indemnización de daños", en *Estudios de derecho civil*, p. 100.

64 Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, *Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil*, p. 219; Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 200.

65 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 350. Así también lo entendieron las Primeras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, Argentina, 1989, Comisión núm. 3, rec. b).

66 Viney, Géneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, prefacio de André Tunc, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales, sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio.

5. Por un lado, se ha aumentado la posibilidad de reclamar, ensanchándose el campo de los legitimados activos. Esta tendencia se evidencia, por ejemplo, en el caso del daño ambiental, donde se reconoce la posibilidad de acceder a la justicia, a los portadores de un interés difuso, sin perjuicio de legitimar a las asociaciones intermedias.⁶⁷ Ello hace tambalear mecanismos procesales tradicionales como la legitimación, y la acción individual.⁶⁸ Esta evolución en el derecho comparado, es observada por los juristas mexicanos como "la lenta declinación de una concepción individualista del proceso, que aparece cada día más insuficiente para tutelar los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas, como es evidente en el campo del derecho ambiental".⁶⁹

Por el otro lado, también se amplía el abanico de los legitimados pasivos, preservando así, a la víctima, de la posible insolvencia del autor del daño. Ello, sin perjuicio de las oportunas acciones de regreso entre los integrantes del grupo deudor. Así, se consagran responsabilidades plurales, como en el supuesto del daño ambiental, donde se entiende que, en su caso, genera responsabilidad colectiva.⁷⁰

67 En Argentina, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) reconocieron legitimación activa para hacer efectiva la garantía constitucional de la preservación del medio ambiente a cada uno de los miembros de la comunidad (Com. II, desp. I, de *lege lata*, rec. 3-a), recomendándose reconocer legitimación a asociaciones representativas de los referidos intereses (de *lege ferenda* rec. 3). Las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1992) entendieron que la legitimación activa concierne a todo miembro de la comunidad —particulares, asociaciones, *ombudsman*, Poder Público— (Com. 2, rec. I-9). Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) reiteraron que "cada uno de los miembros de la comunidad tiene legitimación activa para obtener la preservación del medio ambiente" (Com. 2, desp. de *lege lata*, rec. V.f.8).

68 Martín Mateo, Ramón, *Tratado...*, cit., vol. I, pp. 182 y ss.

69 Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, p. 137, citando el pensamiento de Mauro Cappelletti.

70 IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, Com. II, desp. I, rec. 6-e; II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1992, Com. 2, rec. II-5; XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar de Plata, 1995, Com. 2, rec. A.V f-7. En estos supuestos, al desconocerse cuál de los varios integrantes del "grupo sospechoso" es el que ha actuado en realidad como fuente del daño, siendo que el mismo aparece como "atribuible a una u otra persona de manera excluyente", se considera que todos los integrantes del grupo están obligados a su reparación (V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, Argentina, 1971).

Además, es frecuente la responsabilidad solidaria o concurrente de los legitimados pasivos plurales.⁷¹

Por lo demás, se consagra la teoría de la indiferencia de la concausa, con el alcance de que se asigna la calidad de legitimado pasivo, en un reclamo por la totalidad del daño a quien aporta sólo una de las causas concurrentes.⁷²

Este criterio ha sido aplicable en Argentina, en materia laboral; y, en la actualidad, es utilizada en materia de responsabilidad por accidentes nucleares (artículo IV, párrafo 4, Convención de Viena, ley 17.048) y, en el derecho europeo, en la de daños derivados de productos de consumo (Directiva CEE del 25-VII-85). "No obstante, cabe señalar que las virtualidades que la teoría de la causalidad asigna a la concausa, y a la causa extraña (disminuir o excluir la responsabilidad) quedan intactas en otras situaciones".⁷³

6. Se procura aligerar a la víctima de la carga probatoria; por ejemplo, mediante las cada vez más numerosas presunciones de causalidad. Se admite que, acreditada la causa física del daño, en determinadas circunstancias se presume la autoría del daño (quien lo causó), su adecuación (por cuáles consecuencias se responde), y aún la magnitud del daño.⁷⁴

Con ello se tiende a la "facilitación del trámite de la reclamación y de la obtención del resarcimiento".⁷⁵

7. Han surgido otros mecanismos tendentes a asegurar a las víctimas el cobro de la indemnización, tales como: la invalidez de la abreviación convencional de los plazos de prescripción,⁷⁶ el acotamiento de la teoría de la aceptación de los riesgos,⁷⁷ la nulidad de

71 Hay solidaridad en los cuasidelitos (artículo 1109, Código Civil argentino, agregado de la ley 17.711), en los daños nucleares (artículo II, par. 3, ap. a. de la Convención de Viena)...", Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 347. En el Código Civil mexicano también se establece la solidaridad en la responsabilidad extracontractual para el supuesto de que varias personas hubiesen causado en común un daño (artículo 1917).

72 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 151.

73 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 359.

74 Jornadas sobre Responsabilidad Civil —en homenaje al doctor Roberto H. Brebbia—. Rosario, Argentina, 1986, Com. 2, rec. 1, 3, 7, 8; Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en Alterini y López Cabana, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, p. 31.

75 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 365.

76 En Argentina: cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, "Alaniz, Juan C., Cía. Aseguradora Argentina", *La Ley*, 27 de noviembre de 1959, 96-674; artículo 59, ley 17.418 (de Seguros).

77 Orgaz ha formulado distingos con el fin de esclarecer la cuestión acerca de si la víctima que aceptó cierto riesgo está incurso en culpa y, por tanto, carece de derecho a indemnización. Conforme a la enseñanzas del mencionado jurista, sólo la aceptación

las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad.⁷⁸ La reglamentación de los contratos con cláusulas predisuestas o condiciones generales.⁷⁹

8. En la actualidad, se tiende a la supresión de los distinguos entre daños reparables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, habiéndose advertido que la diferenciación puede conducir a resultados absurdos e injustos.⁸⁰

de un riesgo anormal o extraordinario, conocido o conocible por la víctima, inherente a la cosa o a la actividad ajena que le produce el daño (aceptación en sentido propio) excluye su derecho a resarcimiento. En caso contrario, mediando el riesgo normal de una situación (aceptación impropia), ello no incide en el derecho indemnizatorio. Orgaz, Alfredo, *La culpa*, Buenos Aires, 1970, p. 241.

78 Al lado de los supuestos que el derecho clásico invalidaba (contrato de hostelería, de transporte terrestre) moderadamente se ha señalado la nulidad de las cláusulas de irresponsabilidad en los siguientes casos: para la ruina de la obra, para los productos elaborados, para la responsabilidad profesional —Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 361—, para el transporte por agua, para el transporte aéreo. Ello también se predica en materia de responsabilidad extracontractual, en los contratos discrecionales si no existe una contrapartida económica que justifique la renuncia que ella implique, en los contratos predisuestos, o en todo caso, si desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional, si afectan la libertad contractual, si promedia culpa grave del deudor, si contrarian el orden público, la moral o las buenas costumbres, si atentan contra la buena fe o comportan abuso del derecho, si configuran lesión en los términos del artículo 954 del Código Civil argentino, si la responsabilidad resulta limitada a un monto irrisorio: Jornadas sobre Responsabilidad Civil —en homenaje al doctor Roberto H. Brebbia—, Rosario, Argentina, 1986, Com. 1. En México: véase Galindo Garfias, Ignacio, "La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de responsabilidad, y cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad en las condiciones generales de contratación", en *Estudios de derecho civil*, cit., pp. 156 y 275, respectivamente

79 Alterini, Atilio A., "Formas modernas de la contratación", en Alterini y López Cabana, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, cit., p. 6; Alterini, A., *Responsabilidad civil*, p. 363; Alterini y López Cabana, *La debilidad jurídica en la contratación contemporánea...*, cit., p. 89.

80 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 360, quien cita también un ejemplo dado por Zannoni. En Argentina, se ha señalado, acertadamente, que "no obstante, sin negar que subsiste un distinto régimen legal vigente —lo cual mantiene el interés de su reforma—, una relectura del sistema actual pone de relieve que muchas supuestas diferencias no lo son, o que lo son sólo relativamente o están en camino a dejar de serlo, y que otras no son verdaderamente importantes". Alterini, Atilio A. y Roberto López Cabana, "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad", *La Ley*, 1989-C-1186. Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche, Argentina, 1989, entendieron —por unanimidad— que "existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema" (Com. 2, de *lege lata*, rec.1), "no obstante, en el derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad: el contractual y el extracontractual" (rec. 2); así como que "los presupuestos de deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad" (rec. 3). También se consideró que "de las diferencias que marca la doctrina entre las órbitas contractual y extracontractual, algunas son reales, pero contingentes, y otras no son verdaderas. Sin embargo, ninguna debe

9. Se "atiende más a la evitación de los daños, que a un tardío y disfuncional, por cierto ineficiente o disvalioso, rol de reparación".⁸¹ Esto es, se prioriza la prevención, la que es considerada idea directriz del moderno derecho de daños.

V. LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS

En la actualidad, asistimos a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en su prevención, ya sea evitando o cesando el perjuicio. Es que el nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros.

La prevención que tiene por objeto —como quedó dicho— el daño todavía no provocado, pero que podría ser causado si la actividad peligrosa prosiguiera (evitar), o que busca neutralizar los efectos perjudiciales que han comenzado a ocasionarse (cesar el daño), es una de las más importantes preocupaciones actuales del derecho de daños.⁸² La cuestión ha dejado de ser objeto de estudio excluyente del derecho administrativo, para pasar a serlo también, en forma fundamental, del derecho privado.

El precepto primario que gobierna al derecho de daños, está plasmado en la regla que prohíbe dañar a otros (*alterum non laedere*).

conceptuarse como sustancial. Entre las diferencias reales, pero contingentes, las más importantes, entre otras, son las extensión de la reparación y la concerniente al plazo de prescripción de las acciones." (rec. 4), propiciando "eliminar cualquier diferencia que medie entre las órbitas contractual y extracontractual..." (rec. de *lege ferenda* 1). En México, la generalidad de la doctrina está de acuerdo en que no existen diferencias esenciales entre responsabilidad contractual y extracontractual; su importancia más bien tiene carácter técnico y accesorio: Azúa Reyes, Sergio, *Teoría general...*, cit., p. 193. Pina Vara, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Porrúa, t. II, p. 233. Sin embargo, el Código de 1928 las regula separadamente. Borja Soriano, Manuel, *Teoría general...*, cit., p. 457; Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, p. 476 y Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, p. 231.

⁸¹ Morello, Augusto M., *El derecho de daños en la actual dimensión social*, p. 215. En el mismo sentido se pronuncian los más prestigiosos autores nacionales, entre quienes podemos citar: Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, p. 343; Alterini, Atilio A., Oscar J. Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 306; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, p. 208; Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 118; Stiglitz, Gabriel A. y Carlos A. Echevesti, "Las acciones por daños y perjuicios", en Mosset Iturraspe (dirs.), *Responsabilidad civil*, p. 507.

⁸² Alterini, Ameal y López Cabana señalan la tendencia actual del sistema —tanto en materia de actos ilícitos como de infracciones contractuales— a dar una solución *ex ante* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización). *Derecho de obligaciones*, p. 307.

En Argentina, se ha entendido que se trata de un deber genérico que posee jerarquía constitucional, y, por lo tanto, acaecida su infracción, la reacción jurídica, resarcitoria o preventiva, cuenta también con un fundamento basado en la misma Constitución nacional (artículo 19, 1a. parte).⁸³ Es decir, este fundamento constitucional asiste en los modos preventivos de actuar del derecho de daños, que persiguen evitar o cesar las situaciones lesivas, por cuanto, también el peligro de daño o de su prolongación, incide negativamente sobre la seguridad en el goce de los bienes, amparados por la Constitución, por parte de los miembros de la comunidad (Cupis, Orgaz).⁸⁴

Por otra parte, se entiende que ninguno de los principios de derecho positivo argentino se opone a la prevención de los daños.⁸⁵ Es más, se postula la vigencia, el ordenamiento jurídico de este país, del "derecho a la prevención", que gozaría de amparo constitucional (preámbulo, artículos 14 y ss., 28 y 33).⁸⁶ Ello se ha visto reforzado en la última reforma constitucional del año 1994, con la modificación de los artículos 43 (que prevé la acción de amparo para los casos en que se amenacen derechos y garantías reconocidos) y 42, *in fine* (que atiende a la prevención de conflictos relativos a los servicios públicos).⁸⁷

La doctrina ha postulado insistentemente que la prevención es función del derecho de daños, a través de la justicia civil, la que se encuentra facultada para poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), con el fin de tutelar en forma directa e inmediata intereses humanos lesionados o amenazados.⁸⁸ Esta conclusión se impone no sólo por las razones jurídicas esbozadas precedentemente, sino "también, hasta por la fuerza de las cosas: el progresivo incremento del número de accidentes, que aumenta

83 En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontró el fundamento constitucional del principio *naeminem laedere* en el artículo 19, primera parte de la Constitución Nacional. En este sentido pueden citarse los fallos en autos: "Santa Coloma, Luis I, y otros c. Ferrocarriles Argentinos", 5 de agosto de 1986, y "Gunther, Fernando Raúl c. Nación Argentina". Leonardi de Herbón, Hebe Mabel, "La regla del *naeminem laedere* en el derecho constitucional", en Alterini, Atilio y R. López Cabana (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 89.

84 Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti, *Las acciones por daños y perjuicios*, p. 508.

85 Stiglitz y Echevesti, *Las acciones...* cit., p. 510 citando a Aguiar.

86 *Ibidem*.

87 Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 308.

88 Stiglitz y Echevesti, *Las acciones...* cit., p. 510.

año tras año a despecho de las medidas de seguridad introducidas por el derecho público y las autoridades administrativas (Tunc)".⁸⁹

Desde otra perspectiva, la prevención del daño tiende a adecuarse a las preocupaciones del hombre contemporáneo,⁹⁰ al mismo tiempo que a proteger a la víctima para quien es inconmensurablemente preferible evitarlo que su reparación.⁹¹

Esta función preventiva del sistema de responsabilidad civil cobra especial relevancia en orden a la tutela de los llamados "intereses supraindividuales", "difusos", "de incidencia colectiva", o "colectivos". En ellos resulta prioritario contrarrestar de raíz el proceso de masificación de la dañosidad, ya que sólo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva.

Por ende, en el ámbito del derecho privado, los remedios preventivos del daño residen, fundamentalmente, en una serie de dispositivos y herramientas jurídicas que permiten la actuación *ex-ante*, es decir, con carácter anticipatorio al perjuicio. Frecuentemente, y de manera equivocada, se esgrime como principal objeción a la aplicación de este tipo de herramientas jurídicas, de carácter preventivo, su posible utilización con fines obstruccionistas de la actividad económica e industrial.⁹² Por el contrario, este tipo de remedios jurídicos han demostrado ser muy aptos a los fines de evitar la consumación de perjuicios, y su aplicación se encuentra supeditada al prudente criterio de los tribunales nacionales. Por otra parte, un presupuesto básico para la utilización de este tipo de remedios es la educación ciudadana, por lo cual la recurrencia a estas herramientas acompaña al desarrollo económico e industrial del país.⁹³

89 Stiglitz y Echevesti, *Las acciones... cit.*, p. 511.

90 Alterini, Atilio, *Responsabilidad civil*, p. 342, quien señala como primera directiva del sentido de los cambios en materia de responsabilidad civil a la necesidad de asumir que, en la actualidad, "quien sufre un daño pretende que le sea resarcido". Es decir, el hombre moderno, a diferencia del de antaño, no se contenta con adjudicar el daño a la desgracia y pretende su reparación.

91 Cupis, Adriano de, *El daño*, pp. 575 y ss.

92 Borja Soriano nos recuerda que con similares argumentos se rechazaba la idea de la responsabilidad objetiva, pues "iría nada menos que a matar toda iniciativa...", Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, p. 382, citando el pensamiento de Colin et Capitant.

93 Se ha dicho que: "La función principal del derecho en el desarrollo económico es la de inducir confianza en las instituciones jurídicas. Esta confianza no se produce simplemente creando certidumbre jurídica por medio de fórmulas coercitivas de comportamiento. La certidumbre que impele a confiar en las instituciones jurídicas y que

En primer lugar, en este sentido, la prevención indirecta se relaciona con la misma sanción resarcitoria, en cuanto "origina una motivación que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, a no producir el daño antijurídico (Cupis)".⁹⁴ Así, la sentencia que imponga la reparación global de los perjuicios, prevendrá indirectamente, alterando la originaria ecuación de costos que determinó la conveniencia financiera de un determinado accionar dañoso. La reparación operará esta función de prevención, en cuanto establezca una racional exorbitancia relativa, entre el ahorro generado por el comportamiento perjudicial y el monto devengado por las indemnizaciones debidas, sin perjuicio de la inmediata función resarcitoria, orientada en su empleo a la reposición del estado —global y particular— de cosas, precedente al deterioro.

Por otra parte, tal como se ha señalado precedentemente, la prevención directa se puede ejercer mediante técnicas inhibitorias (órdenes judiciales de hacer o no hacer, impuestas al agente de la actividad dañosa), que son susceptibles de ser aplicadas por los jueces civiles en los juicios por daños y perjuicios.⁹⁵ A pesar de que el derecho positivo mexicano, en este aspecto al igual que el argentino, carece de una acción civil preventiva genérica (aplicable a cualquier actividad dañosa o peligrosa),⁹⁶ tanto el Código Civil, como otras

alientan a la participación regular, cooperativa y 'desarrollista' en el mercado de bienes y servicios... requiere que ciertos principios de moralidad comercial y social rijan la actividad transaccional y adjudicativa", Kozolchyk, Boris, *El derecho comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, McGraw-Hill, México, 1996, p. XV.

⁹⁴ Stiglitz, Gabriel A. y Carlos A. Echevesti, *Las acciones por daños y perjuicios*, p. 509.

⁹⁵ Stiglitz y Echevesti, *Las acciones por daños... cit.*, p. 509. En Argentina, una interesante corriente jurisprudencial permite constatar que la justicia civil ha comenzado a ejercer la función que le cabe en orden a la prevención de los daños, más allá de las normas particulares, específicamente en el área de la protección de los denominados "intereses supraindividuales". En este sentido, cabe citar la sentencia dictada por la sala 3a. de la Cámara Federal de La Plata el 8/8/1988, con voto preopinante del juez Schiffrin, en autos: G., D. y otra c/Gobierno Nacional, que condenó a la demandada a pagar los daños y perjuicios, pero, además, advirtiendo la grave situación de peligro existente para la comunidad y la posibilidad cierta de producirse ulteriores accidentes análogos, ordenó preventivamente y de oficio, la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la respectiva municipalidad a costa de la demandada. "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1988-III-96, con nota de Morello, Augusto y Gabriel Stiglitz, *Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la justicia*, p. 116.

⁹⁶ En el derecho comparado hay mecanismos procesales especialmente previstos para la actuación jurisdiccional preventiva del daño: artículo 809 del Código de Procedi-

leyes, adoptan la idea de la prevención en supuestos particulares.⁹⁷ Por lo demás, el ordenamiento jurídico-privado mexicano, recepta una serie de remedios de corte inhibitorio, que procuran una protección preventiva de carácter anticipatorio o definitivo, según el caso.⁹⁸ Debe destacarse que la puesta en marcha de estos efectos reactivos, de tipo directamente preventivo, exige una delicada valoración comparativa entre la importancia del interés en peligro, y del interés que corresponda a quien puede imputarse ese peligro.⁹⁹

En resumen, la misión tradicionalmente reparadora —e individualista— de la responsabilidad civil, ha sido superada en el contexto actual. En este sentido, las medidas preventivas son buena muestra de la transformación operada en la responsabilidad civil, en los últimos tiempos.

VI. CONCLUSIÓN

Con la aparición de modernas y hasta ahora desconocidas fuentes de daño, el sistema de la responsabilidad civil ha debido adaptarse a los nuevos requerimientos planteados por la denominada "Tercera

mientos Civil francés; artículo 700 del Código de Procedimientos Civil italiano. En Alemania se la admite como acción de abstención.

97 Así, por ejemplo, en los artículos 10, 11, 19, 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se recepta la posibilidad de la cesación o suspensión de la actividad perjudicial; en la ley de amparo se prevé que pueda dar lugar a la suspensión del acto reclamado, *cfr.* artículo 107, fracción X, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la prevención también emana de la teoría que veda el abuso del derecho (artículos 840 y 1912, Código Civil para el Distrito Federal), "cuya aplicación da lugar a la paralización de los efectos del acto desviado", Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 724: la LGEE y PA establece como principio general de política ambiental que la prevención de las causas que los generan, es el medio más eficaz para evitar los desequilibrios ecológicos (artículo 15, fracción VI), como también estatuye concretas medidas de seguridad que pueden ser adoptadas en caso de riesgo inminente de desequilibrio ecológico o de daño o deterioro grave para los recursos naturales (artículos 170 y 170 bis.), entre otras numerosas disposiciones de carácter preventivo.

98 Entre ellos merecen citarse la acción negatoria, el principio que vea el ejercicio abusivo de los derechos, la vía interdictal, el amparo, las disposiciones relativas a las medidas cautelares en los Códigos de Procedimientos. En Argentina se mencionan como otros supuestos legales de remedios de este tipo: la tutela inhibitoria de la esfera íntima y privada (por ejemplo, mediante la protección de la intimidad, artículo 1071 bis, Código Civil; la denuncia de daño temido en las relaciones de consumo, artículo 2499, Código Civil en concordancia con la ley 24.240; la protección en el caso de inmisiones en las relaciones de vecindad, artículo 2618, Código Civil, etcétera), la tutela inhibitoria del mercado, etcétera. Lorenzetti, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", *La Ley*, 1995-C-1220, Buenos Aires.

99 Stiglitz, Gabriel, *Daños y perjuicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, p. 63.

revolución industrial y científico tecnológica".¹⁰⁰ Ello ha traído aparejada una profunda transformación de esta responsabilidad que, ampliando sus alcances, ha llevado a los autores a hablar de su "crisis" o "metamorfosis".

Mas, a pesar del desconocimiento y de los reparos acerca del papel que desempeña hoy, el sistema de la responsabilidad civil se expande, tanto en el orden cuantitativo como cualitativo,¹⁰¹ cada día más su preponderancia futura no se discute.¹⁰² Indudablemente, a ello contribuyen el fenómeno de la globalización, unido a la creciente participación de la iniciativa privada en todos los sectores de la economía mundial. Esta fuerza expansiva de la responsabilidad civil queda demostrada por los recientes cambios introducidos en los sistemas jurídicos más avanzados, que han reforzado las herramientas del derecho privado, para dar respuesta concreta a la nueva realidad industrial, científica y tecnológica de nuestro tiempo.¹⁰³ La adopción de herramientas iusprivatistas, como la responsabilidad civil, reporta indudables ventajas, ya que, sin desconocer el relevante papel que le cabe al Estado en materia de política y como contralor del sistema económico y social, se releva al mismo de un costoso e ineficaz aparato burocrático, que, además, resulta más fácilmente corrompible que la iniciativa ciudadana, a la par que se fomenta una actitud social más participativa en la vida nacional.

Por lo demás, frente al peligro surgido como consecuencia de las modernas formas de producción en masa, de daños irreparables o, de todos modos, no monetizables, y de incidentes que afectan intereses supraindividuales, se ha hecho necesario situar el eje del sistema en la prevención del daño, destacándose ésta como otra novedosa característica de la responsabilidad civil de nuestros días.

En Argentina, la doctrina ha postulado insistentemente un enfoque moderno de la responsabilidad civil, labor seguida en forma cada vez más decidida por la jurisprudencia. La actual preocupación de los autores se centra en el papel de la responsabilidad civil, desde un punto de vista social, al contemplarla también como un fenómeno

100 Kaplan, Marcos, "Telemática y ciencias sociales: Peligros y oportunidades", *Pemex Lex*, México, números 87-88, septiembre-octubre, 1995, p. 54.

101 Alpa, G. y M. Bessone, *Atipicità dell'illecito*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, p. 6.

102 "La responsabilidad civil ha comenzado a ganar más terreno del que ha perdido", Capitani, "Prefacio", en Mazeaud, H. y L. y A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, París, 1965, t. I, p. XIII.

103 En este sentido, puede citarse la moderna legislación alemana en materia de responsabilidad por daño ambiental, Ley de Responsabilidad Ambiental de 1989, UmweltHC.

global, es decir, viendo no tanto el daño aislado, sino el significado que en el conjunto de la sociedad tienen los acontecimientos subsumibles en el concepto de "accidentes". Esta contemplación global de los daños, ha dado lugar a la incorporación de elementos de reflexión, de orden económico, en las soluciones judiciales, y en el análisis doctrinal del derecho de daños. Por lo demás, abundan los estudios que resaltan su finalidad protectora de las víctimas, frente a las nuevas situaciones tutelables; a la par que recomiendan, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, las técnicas con las que aquéllas se han de proteger.

Por su parte, México no permanece ajeno a este nuevo contexto económico y jurídico mundial. Indudablemente, la experiencia de otros países latinoamericanos, que poseen sistemas jurídicos similares, como Argentina,¹⁰⁴ puede resultar de gran utilidad para esta nación. Es más, mediante una adecuada interpretación de la normativa mexicana en vigor, se podrá dar respuesta, mientras se produce el cambio legislativo, a los nuevos retos planteados a los juristas, como consecuencia de los nuevos daños sobrevenidos en la era tecnológica.

En este contexto, les cabe a jueces y juristas una misión de innegable relevancia. Mas, para llevarla a cabo adecuadamente, resulta necesario que en la nueva aproximación al sistema de la responsabilidad civil, se deje de lado todo apriorismo conceptual o dogmático, con el fin de resaltar el contenido efectivo de la tutela, con base en lo que resulta de las leyes sustanciales y procesales. Si es cierto que en todos los tiempos los juristas han tratado de adaptar las reglas de la responsabilidad civil a las exigencias de la vida social, y que este esfuerzo ha tenido el efecto de asignar a la responsabilidad civil un nuevo perfil, manteniéndola siempre dentro de los confines racionales, no lo es menos que la exigencia de una tarea

¹⁰⁴ Ello no excluye que en ciertos aspectos de la regulación de la responsabilidad civil existan diferencias entre ambos países, como, por ejemplo, en cuanto a la tarificación de las indemnizaciones. En este sentido, el artículo 1915, del Código Civil mexicano para el D. F., establece una limitación cuantitativa de la indemnización por daños a las personas, cuando éstos provienen de un hecho ilícito, norma que ha sido duramente criticada por la doctrina de este país. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, p. 660; Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, p. 78; Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, p. 266; Hurtado, Moisés, "La responsabilité civile et l'application de l'article 1915 du Code civil du district fédéral au Mexique", *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 18, núm. 1, 1987, p. 273. En cambio, el Código Civil argentino no posee una regla semejante, discutiéndose, sin embargo, en la doctrina si, de *lege ferenda*, debe o no limitarse cuantitativamente la responsabilidad cuando el factor de atribución es objetivo.

de renovación y de revisión del sistema de la responsabilidad, adquiere una dimensión y un sentido especial en la época actual.¹⁰⁵

En esta reelaboración de los principios, sobre los que se funda el sistema de la responsabilidad civil, se ha atribuido a la connotación de la injusticia del daño un significado de gran relieve. Dentro de esta perspectiva moderna, contemplada como reacción del ordenamiento jurídico frente al daño injusto, la responsabilidad civil, al costado de su función resarcitoria, cobra relevancia como auténtico instrumento jurídico de prevención. Es que pretender que el sistema de la responsabilidad civil deba actuar únicamente cuando se ha producido el daño, como lo sostenía la doctrina civilista clásica, "importaría tanto como crear el derecho de perjudicar, si al lado se impone la obligación de resarcir".¹⁰⁶

Aurora V. S. BESALÚ PARKINSON

¹⁰⁵ Alpa, G. y M. Bessone, *Atipicità dell'illecito*, p. 6.

¹⁰⁶ Aguiar, Hénoc, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1951, t. IV, p. 172.