UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

El Riesgo como Factor Objetivo de Atribución de Responsabilidad Aquiliana en las Actividades Peligrosas

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia

Autor:

Raúl Andrés Castro Tello

Director:

Geovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

La presente investigación va dedicada a toda la comunidad jurídica y académica que se interese por el apasionante mundo del Derecho de Daños.

AGRADECIMIENTO

A las personas sin las cuales este logro no hubiere sido posible: mis padres Raúl Y Jackie. Gracias por todo su sacrificio y los valores inculcados, cada día intentaré hacerlos sentir orgullosos.

Quiero también agradecer a la vida por darme la oportunidad de estudiar Derecho, más que una carrera se ha convertido en una pasión y forma de vida. Creo fervientemente en el Derecho como herramienta útil para el progreso social; a ello comprometeré mi diario ejercer.

A los amigos que me han acompañado durante casi 10 años de sincera amistad: Andrés, Ulises y Javier; sus consejos, nuestras tertulias y jolgorios han contribuido determinantemente a construirme como persona.

Finalmente, a todo el personal docente y discente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay que me han acompañado en este periplo académico. Más que conocimientos me han dejado valores transmitidos por las enseñanzas de grandes profesionales del Derecho, entre los cuales merecen mención especial: Doctor Geovanni Sacasari, prominente abogado y académico que ha tenido la deferencia de guiarme a lo largo de la presente investigación con enriquecedor criterio jurídico. Dr. Sebastián López, ilustre subdecano de mi *alma mater*, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y prolífico escritor en la materia; cuyas enjundiosas enseñanzas estarán presentes a lo largo de vida profesional.

ÍNDICE

DEDICATORIA ii
AGRADECIMIENTO iii
ÍNDICE iv
Resumen vi
Abstract vii
INTRODUCCIÓN 1
CAPITULO I 2
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE DAÑOS 2
1.1 Introducción 2
1.2 Crónica 3
1.2.1 La Responsabilidad Civil en el Derecho Romano 3
1.2.1.1 La ley de las Doce Tablas 3
1.2.1.2 La Lex aquilia 5
1.2.2 La responsabilidad civil post-Derecho Romano 25
1.2.2.1 Los Glosadores y el Iusnaturalismo 26
1.2.2.2 El Reino de la Culpa 28
1.2.2.3. Crisis de la Culpa: La asunción de la Teoría del Riesgo 32
1.2.3 El actual Derecho de Daños: Una perspectiva de Derecho Comparado 40
1.2.3.1 Un Derecho Privado Constitucionalizado 40
1.2.3.2. Acercamiento de las orbitas clásicas de responsabilidad 44
1.2.3.3. Tendencia a la objetivación de la Responsabilidad Civil 46
CAPITULO II 47
PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL DEBER DE REPARAR 47
2.1 Introducción 48
2.2 El Daño Resarcible 48
2.2.1 Aspectos Generales 48
2.2.2 Requisitos del daño resarcible 55
2.2.2.1 Certidumbre del daño 55
2.2.2.2 El Perjuicio debe ser Personal 58
2.2.2.3 El beneficio afectado debe ser licito 62
2.2.3 Algunas especies de Daño Extrapatrimonial 64
2.2.3.1 El Daño Espiritual 66
2.2.3.2 El Daño Biológico 67
2.3. La Antijuridicidad 71

2.3.1. Antijuridicidad Formal y Antijuridicidad Material 73
2.3.2. Antijuridicidad Material Subjetiva y Objetiva 75
2.3.3. El rol de la antijuridicidad en el sistema actual, ¿crisis de la antijuridicidad? 77
2.4. La Relación de Causalidad 79
2.4.1 Teorías naturalistas: Conditio si ne qua non 81
2.4.2 Teorías valorativas de la causalidad 82
2.4.2.1 La Teoría de la Causalidad Adecuada 83
2.4.2.2 Teoría de la Imputación Objetiva 89
2.5. Factor de Atribución 90
2.5.1 Factores subjetivos 91
2.5.1.1. La Culpa 91
2.5.1.2. El Dolo 94
2.5.2 Factores Objetivos 95
2.5.2.1 La garantía 96
2.5.2.2 La Equidad 97
2.5.2.3 Abuso del Derecho 97
CAPITULO III 98
EL FACTOR RIESGO Y LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS 98
3.1 Introducción 98
3.2 Génesis y Evolución de la Responsabilidad Objetiva por Actividades Anormalmente Riesgosas en el *Common Law*: Fletcher vs. Rylands 99
3.3 Las Actividades Peligrosas en el *Civil Law* 114
3.4 Conclusiones acerca del capitulo 120
CAPITULO IV 123
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 123
BIBLIOGRAFÍA 127

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene por objeto realizar un análisis comparativo sobre el enfoque que los ordenamientos jurídicos han conferido a la actividad riesgosa, tanto dentro del common law, cuanto en el civil law. Su conceptualización, regulación y, sobre todo, el factor de atribución de responsabilidad por los daños irrogados en su desarrollo.

Los factores de atribución que han dominado bastante tiempo el panorama de la responsabilidad civil son de tipo subjetivo, a saber, el dolo y la culpa. No obstante, los factores objetivos de atribución últimamente han tomado fuerza, debido a que el centro del sistema del Derecho de Daños ya no es el dañador, sino la víctima. En consecuencia, es necesario un método distinto de aproximación a su correcta regulación, cuyo propósito será también objeto de la presente investigación.

Palabras claves: Responsabilidad Civil, Derecho de Daños, factor de atribución, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, actividades riesgosas.

ABSTRACT

This research work aimed at performing a comparative analysis of the approach that legal systems have conferred on risky activities within the common and civil law. Its conceptualization, regulation and the factors for the attribution of responsibility for the damages incurred in its development were analyzed. The attribution factors that have long dominated the scene of liability are subjective, namely, fraud and blame. However, the objective attribution factors have taken force because the center of the Casualty Law system is no longer the tortfeasor, but the victim. Consequently, a different method of approaching its correct regulation is necessary to attain the objective of this investigation.

Keywords: Civil liability, casualty law, attribution factor, strict liability, subjective liability, risky activities.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
Dpto. Idiomas

Translated by
Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

El Código Civil vigente en el título XXXIII del libro IV regula de manera bastante lacónica lo que se conoce como "Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual" en el cual contempla los casos más frecuentes que generan daño a la propiedad o persona de un sujeto de derecho afectado. En efecto, en 24 artículos (2214-2237) el Código pretende condensar todas las hipótesis dañosas para atribuir responsabilidad al hechor y lograr una indemnización de los daños sufridos por la víctima.

Nuestra investigación tendrá por objeto analizar una de esas hipótesis, cual es la responsabilidad por actividades riesgosas plasmada en el artículo 2229 de nuestro código, el cual fiel a los principios clásicos de responsabilidad aquiliana, exige que a efectos de obtener una indemnización se demuestre que existió algún elemento subjetivo reprochable en la conducta del hechor, es decir, debe demostrarse la existencia de dolo o culpa. Dice textualmente el articulo precitado "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por esta (…)" La hipótesis legal trae consigo una enumeración ejemplificativa de lo que, en los tiempos en los que el código entro en vigencia, se consideraban actividades peligrosas. Sin embargo, en los actuales momentos el incesante desarrollo tecnológico ha traído aparejado un sinnúmero de supuestos dañosos donde seria pernicioso para los derechos del afectado tener que demostrar dolo o culpa del hechor, es así que la respuesta que el Derecho ha delineado ante esta situación, ha sido la "responsabilidad objetiva" donde se prescinde de un análisis subjetivo para atribución de responsabilidad, generando consecuencias que merecen analizarse en todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

La cuestión no queda solo ahí, existe una tendencia generaliza en la legislación y doctrina moderna donde que aboga por una objetivación de la responsabilidad civil en general, no solo aquella generada por las actividades riesgosas. Esta tendencia ha encontrado un importante sector de la doctrina que propugna una la vuelta a los cauces tradicionales, donde el otrora declamado principio "no hay responsabilidad sin culpa" tenía gran vigor y eficacia. Creemos sin embargo que la objetivación de la responsabilidad civil es consecuente con el clamor doctrinario de nuestros tiempos donde "la constitucionalización del Derecho Privado" encuentra gran asidero y soporte doctrinario y legislativo en el Derecho Civil contemporáneo.

El Riesgo como Factor Objetivo de Atribución de Responsabilidad Aquiliana en las Actividades Peligrosas

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE DAÑOS

"Todas las perdidas y todos los daños que sobrevengan por el hecho de una persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de algo que debía saber, u otras culpas parecidas, deben ser reparadas por quien ha actuado con culpa".

Jean Domat, jurista francés (1625-1696).

1.1 Introducción

La fenomenología del daño está determinada sociológicamente, es decir, como consecuencia de la dialéctica social, nuevas son las manifestaciones ontológicas del daño. Los principios que rigen la disciplina que se encarga de su regulación se ven, por lo mismo, sometidos a constantes embates de nuevas teorías que pretenden dar el más coherente de los sustentos teóricos al deber de reparar. Siendo esto así, la responsabilidad civil ha tenido un desarrollo milenario, desde el sabio Derecho Romano hasta nuestros días la disciplina está en constante evolución. En el contexto actual de la "sociedad del riesgo", el hombre se encuentra sumido en un mundo donde está en permanente peligro de sufrir un menoscabo, ya sea de índole material o inmaterial. Esto como resultado del irrefrenable desarrollo tecnológico moderno, a tal punto que se ha comenzado a indagar las respuestas que debe dar el Derecho frente a la inteligencia artificial.

El punto de partida de esta evolución la encontramos en los albores de la República Romana donde la sociedad tenía que lidiar con precarios supuestos dañosos que afectaban sobre todo a la propiedad del *Páter Familias.* La responsabilidad era atribuida al dañador con base en supuestos legales taxativos que debían reunir todas las características descritas en la hipótesis legal. En las postrimerías de la Republica, el magnífico trabajo de los jurisconsultos Romanos como Proculo, Ulpiano, Paulo, entre otros; marcaron el inicio de lo que sería el "reino de la culpa" como factor de atribución de responsabilidad. Calmo seria el trajinar de la disciplina – responsabilidad civil – en este contexto, sin embargo, el primer embate vendría con el cambio del modelo económico a una sociedad industrializada. La materia dio entonces un giro transcendental, al abandonar el concepto de culpa, surgió el riesgo como criterio de atribución.

Esta tendencia se ha mantenido hasta nuestros tiempos, sobre todo por el influjo de las teorías constitucionalizadoras del Derecho Privado, hemos vuelto al modelo de responsabilidad civil primigenio, con énfasis en el resultado. A pesar de que *prima facie* el proceso puede ser visto como una regresión, lejos de constituir aquello nuevos son los fundamentos que inspiran la materia y un sólido trasfondo teórico ha venido con él aparejado.

El primer capítulo del presente trabajo tendrá por objeto detallar el proceso descrito, desde el Derecho Romano, hasta nuestros días.

1.2 Crónica

1.2.1 La Responsabilidad Civil en el Derecho Romano

1.2.1.1 La ley de las Doce Tablas

Pocos datos han sido recopilados de la época de la monarquía Romana, haciendo difícil o incluso imposible el análisis de lo jurídico en esta época. La primera ley de la que se tiene evidencia histórica, aunque no material, es la ley de las doce tablas.

Tal como ha sido relatado por los historiadores, a mediados del siglo V A.C tiene lugar la primera compilación de normas jurídicas en Roma, cuya sociedad hasta antes se regía por las *mores maiorum,* es decir, las costumbres de los ancestros. La ley de las doce tablas fue el primer intento de positivización de lo jurídico en la cultura Romana.

Hacia el año 301 a diez patricios –*decemviros*- les fue encargado codificar las leyes que ellos creían las más necesarias y útiles para regular los derechos y deberes de los ciudadanos romanos. No se trataba, por lo tanto, de una ley que regulase la estructura, deberes y responsabilidades del Estado; es decir, era una ley de carácter estrictamente civil.

Esto obedeció a la presión social de los plebeyos quienes reclamaban un trato igual, pues consideraban que los patricios y los pontífices tenían un trato privilegiado. Fueron entonces enviados a Grecia para que estudiasen las leyes de aquella cultura gobernada en ese entonces por Solón, quien era conocido por su sabiduría y sagacidad al momento de crear leyes.

Dos años después, regresa la comitiva con el propósito de concretar el encargo, se clausuran entonces las magistraturas y para el año 451 A.C, el encargo fue entregado en diez tablas de bronce. Sometido a escrutinio, la opinión no fue muy alentadora pues se consideraba que las

leyes eran insuficientes. Se encarga entonces a otra comitiva para que complete el encargo, entregando entonces dos tablas adicionales como complemento.

En lo que a nuestro tema respecta, la tabla 8 trataba sobre los daños. Con un conjunto de hipótesis fácticas, se sancionaría a todo aquel que adapte su conducta al supuesto de hecho en ella contemplado. La naturaleza de esta ley, analizándola desde una óptica general, parece obedecer más a un régimen privado antes que publico. En lo que a daños se trata, el Estado imponía pena capital para supuestos aislados que se consideraban atentatorios contra la sociedad y no contra un individuo en particular. Así lo explica Stuart Madden, académico de la universidad de Oxford, "Recordando que al tiempo de su transcripción, no había márgenes claros que separasen lo que sería el reino del crimen y del delito, –se refiere al delicta privada- parece ser que la pena capital seria ejecutada por el Estado solo en casos de traición –delito de Derecho Público- y también por particularmente graves transgresiones religiosas, siendo la característica común entrambas que eran consideradas ofensas; no contra un individuo, sino contra toda la sociedad." (Madden, 2016)

Autores como Obdulio Velásquez Posada consideran que la naturaleza de la ley no es definida pues a su entender la sanciones tenían ribetes tanto civiles, si consistía ésta en la indemnización; y penales si se aplicaba la ley del talión o la pena de muerte. Ilustra la cuestión en los siguientes términos: "En algunos casos la víctima era obligada a aceptar la indemnización y a renunciar a la venganza. Esta indemnización permaneció en el Derecho Romano como una pena privada al mismo tiempo que una reparación, de modo que jamás se realizó una distinción entre responsabilidad civil y penal." (Posada, 2016)

Por nuestra parte, restringiendo el análisis a la tabla VIII, nos percatamos que pocos delitos eran sancionados con la pena de la muerte, mientras que la mayoría tenía una sanción de carácter pecuniaria. Por ejemplo, según la regla 1 aquel que cante o componga una canción que afecte el honor o cause la desgracia de otra persona, será condenado a muerte. Así también en las reglas IX, X y XXIV encontramos que las inconductas allí establecidas, principalmente relacionadas con el robo de cultivo, tenían la misma sanción.

Por otro lado, en la regla segunda de la misma tabla se castiga con la ley del talión a quien fracture o rompa alguna extremidad de una persona, a menos que pacte una compensación con la víctima.

En cuanto a las demás reglas, el común denominador es la sanción pecuniaria, dando a entender que los romanos consideraban draconiana y rudimentaria la venganza de sangre con la que se cree se "reparaban" los daños en los inicios de la Monarquía. Así analizada la ley de las doce tablas tenía un carácter civil y penal, pues en sus disposiciones se castigaba no solo ofensas contra el patrimonio, sino también ofensas contra los dioses, comportamiento que ameritaba una sanción más severa. Solo entendiendo así la ley se comprende la referencia a Ceres; diosa de la agricultura, las cosechas y la fecundidad, y la sanción severa que se imponía a quien robaba cultivo ajeno.

Podemos decir entonces que este cuerpo normativo fue el primer loable intento en Roma de dar seguridad jurídica a las relaciones entre los ciudadanos. En lo que a los daños respecta, entendemos que la tabla VIII consagra un modelo precario de responsabilidad civil que se confunde con ilícitos penales donde se debía cumplir de manera estricta con el principio de legalidad, el análisis de la inconducta era netamente objetivo y no es posible diferenciar los elementos que engendran el deber de reparar, así como establecer principios generales que inspiren la materia más allá de la ley del talión y un endeble principio de proporcionalidad.

En el siguiente apartado analizaremos una segunda fase en el desarrollo de la disciplina en la cultura Romana, en donde los aportes de los jurisconsultos marcaron el derrotero de lo que sería el "Reino de la Culpa."

1.2.1.2 La Lex aquilia

Si pudiésemos calificar de trascendental algún cuerpo de leyes de entre todo el sabio sistema legal Romano, sin duda la *lex aquilia* ocuparía un sitial importante. Sus regulaciones han transcendido épocas y barreras geográficas. Esta norma comenzó a formar los cimientos desde cuyas bases se construiría el sistema de responsabilidad civil que se ha venido manejando hasta la actualidad. Guido Alpa considera que la *lex aquilia* es el punto genitivo donde convergen los distintos sistemas de responsabilidad civil. Al respecto dice, "Existe un punto de partida unitario y univoco constituido por la ley aquilia, cuyo estudio ha sido objeto de una infinidad de análisis durante más de dos milenios; ella es tan relevante para este sector –responsabilidad civil- que lo caracteriza incluso terminológicamente. En efecto, en España, Italia, Francia y Latinoamérica la responsabilidad por el hecho ilícito, todavía se denomina 'responsabilidad aquiliana'." (Alpa, 2018)

Aunque su origen es debatido, historiadores consideran que en el año 286 A.C el tribuno de los plebeyos Aquilio la propuso en una coyuntura política caótica en donde los plebeyos clamaban por una mayor atención a los patricios, quienes para calmar las pasiones la sometieron a plebiscito, siendo después aprobada con el propósito de llenar los vacíos que existían en cuanto a la regulación del daño.

Estaba compuesta de tres capítulos; en el primero, se sancionaba a quien matase ***iniure*** a un esclavo o cuadrúpedo (*res mancipii*) con la obligación de pagar el más alto valor venal de la cosa en el año anterior al acto dañoso; en el tercero, se sancionaba toda conducta que provocase un daño no solo a un esclavo o cuadrúpedos, sino también a cosas *nec-mancipii*, con el valor que tendría la cosa dentro de un periodo de treinta días. Sobre este último punto ha sido debatido la cuestión cronológica, habiendo sido interpretado por un sector de la doctrina que se refiere también a los treinta días anteriores al acto dañoso, mientras que otro sector considera que abarcaba el lucro cesante, para lo cual había que considerar el valor que tendría a futuro. Esta fecunda divergencia de opiniones devendría eventualmente en la asunción del lucro cesante como componente del quantum indemnizatorio bajo la forma "*id quod interest*", superando la mera valoración objetiva de la perdida bajo el parámetro "*estimatio rei*".

En cuanto al capítulo segundo, contenía regulaciones inherentes al daño contractual por lo que no resulta relevante para la presente investigación.

Para que exista responsabilidad conforme a la *Lex Aquilia*, se debían configurar dos elementos fundamentales del *delicta*, cuales eran el *damnum* y la *inuiria*. Procederemos a su análisis a continuación.

A) *EL DAMNUM*

Bajo este término genérico se podía entender no solo la directa disminución patrimonial, sino también la perdida que se debía imponer como pena al hechor. Se reconocieron algunas variaciones del significado genuino del termino *damnum*, según el adjetivo que le acompañaba; así por ejemplo *Damnum solvere, prestare o decidere* se refería a la pena que el demandado era condenado a pagar; *damnum facere.* era la conducta dañosa que provocaba un resultado lesivo, posteriormente la *interpretatio* también reconoció otra modalidad de conducta dañosa que era el *damnum dare* para abarcar aquellos supuestos donde el dañador no necesariamente desplegaba una conducta material, pero indefectiblemente ponía a otro en una situación de daño.

De las categorías antedichas, las dos últimas requieren un análisis pormenorizado, pues con la comprensión a cabalidad de ellas podremos entender la metamorfosis de la ley a través del casuismo.

El *damnum facere* se refiere a la acción material efectivamente desplegada por el dañador valorada conforme al objeto genuino de la lex, pudiendo ésta manifestarse por medio de las siguientes conductas:

Occidere

Era la conducta típica del Primer libro de la Lex Aquilia, se puede traducir genéricamente como "matar o dar muerte." En sentido normativo, tenía un alcance más restringido, pues implicaba una muerte con despliegue de violencia por parte del dañador, violencia que se manifestaba a través del uso de un arma o el propio cuerpo. Por lo general, era la conducta propia de aquel que mata a golpes a un esclavo o cuadrúpedo.

Ulpiano proporciona una descripción de la conducta en el Libro Noveno, titulo 2, artículo 7 de la Ley Aquilia **(D. 9, 2, 7)** : " (…) debemos entender el que ha sido muerto, ya sea con espada, dardo, palo o con las manos o pateado o golpeado con la cabeza o si es atacado de cualquier otra forma similar." (Rodriguez) Observamos que Ulpiano considera al contacto físico y a la violencia como requisitos determinantes para configurar la conducta dañosa.

Un marcado paralelismo notamos en la opinión que al respecto de *occidere* tiene Gayo; en efecto, en el Libro Tercero Apartado 219 de sus *intitutas* de Derecho Civil opina: "Se ha decidido que la acción de esta ley es aplicable en cuanto el causante del daño lo hiciere con su cuerpo, pues al hacerlo de otro modo, tienen lugar las acciones por el hecho: por ejemplo, si alguno encerrase un esclavo o un animal ajeno de los comprendidos bajo la denominación de ganado, lo dejase morir de hambre, o si aguijase tanto a una caballería que la reventase, o si por sugestiones suyas subiese a un árbol o bajase a un pozo el esclavo ajeno, y al subir o bajar cayese quedando muerto o lisiado. Por el contrario, se puede entender fácilmente que si alguien arroja a esclavo ajeno desde un puente o desde la orilla al rio, y este perece ahogado, aquí también se ha causado daño con el propio cuerpo a aquel a quien se empujó." (Velasco, 1845)

Ulpiano, en el Pasaje del Libro 11, Titulo 3 Artículo 3 **(D. 11, 3, 3)** opina lo siguiente: "En la expresión dolo malo comprende el pretor el engaño del que persuade; pero si alguno le hiciese daño sin dolo no es comprendido; y si lo hizo por burla, no se obliga. $1. Por lo cual se pregunta que, si alguno persuadió al siervo ajeno a que subiese al tejado, o a que bajase al pozo, y él lo hiciese, y cayese, rompiéndose una pierna o alguna otra parte del cuerpo o pereciendo, se obliga. Si con dolo malo, se obligara."

Vemos claramente como en este último caso resulta evidente la diferencia de criterio que adopta Ulpiano, pues lo que valora es el comportamiento, la subjetividad del dañador, concediendo la acción si se persuadió con dolo malo. Consideramos sin embargo que la primera interpretación es la que corresponde a la modalidad *damnum facere* respecto del libro primero, pues bajo ella se abunda en el análisis de los componentes objetivos del hecho que genera el resultado desvalorado, quedando el análisis del comportamiento reducido a establecer si ha reunido los caracteres materiales que configuran el verbo utilizado en la ley para describir la inconducta, de los cuales el contacto físico (corpore corpori) que redunda en una causalidad directa con el daño, se constituía como elemento determinante para conferir la acción aquiliana directa.

Ahora bien, dependiendo de la interpretación del pretor, el demandante podía ejercer ya sea la *actio legis aquiliae* o la *actio in factum,* siendo la primera aquella acción que surge del texto legal, es decir era una acción civil por antonomasia; mientras que la otra surgía de la interpretación que los juristas daban a la ley. D`Ors explica con elocuencia la naturaleza de las ultimas en su libro *Enciclopedic Dictionary of Roman Law* diciendo: "Las *actio in factum,* eran aquellas acciones introducidas a través de la actividad de los pretores y juristas por medio de la modificación de una ya existente fórmula legal, con el fin de cubrir aquellas situaciones o transacciones que la formula no abarcaba. El mecanismo de estas acciones contribuyó de manera determinante para la evolución del Derecho." (D`Ors, 2014)

Habiendo tomado partido por la primera interpretación de Ulpiano que a nuestro entender es consonante con la *ratio legis*, extraeremos ahora los elementos característicos de la conducta material que nos ocupa. Distinguimos entonces tres caracteres objetivos trascendentales en la primera definición de Ulpiano:

A) El uso de un arma.

B) El contacto o fuerza física aplicada directamente por parte del dañador contra la víctima.

C) Se debe producir el resultado muerte.

De estos elementos objetivos, B era el primordial para configura la conducta material del Primer Libro, pudiendo darse una interpretación amplia al primer requisito para abarcar objetos que no eran considerados arma en estricto sentido, como el veneno o el propio cuerpo. Citaremos ejemplos para ilustrar este punto.

Caso del Libro 9, Titulo 2, Articulo 9 § 4 **(D. 9, 2, 9 § 4)** : "Si los que por juego tiraban dardos, matasen a un siervo, tiene lugar la acción de la ley aquilia; pero si los arrojaban en el campo, y el siervo paso por aquel lugar, cesa esta ley; porque no debió pasar en aquella ocasión por donde jugaban, pero el que a propósito dirigió a él el dardo, ciertamente se obligará por la ley aquilia." (Rodriguez)

Observamos en este caso lo que Ulpiano parece considerar al principio una conducta culposa del dañador, pues asume que tiran dardos en un lugar que no era el campo de juego donde se practica ese deporte produciendo un resultado lesivo; y al final, a fortiori, la hace aplicable para la conducta dolosa. Por otro lado, vemos que la culpa de la víctima servía de medio de defensa ante una acción aquiliana, configurándose ésta por haber invadido un campo de juego donde se practica este deporte y por lo tanto actuando imprudentemente. Finalmente, el dardo y la fuerza que se aplica a él, dirigida hacia la víctima, configuran concurrentemente los elementos objetivos de la conducta material *occidere.*

Caso del libro 9 Título 2, Articulo 7 $ 7 **(D. 9, 2, 7 $ 7)** "Si uno precipitó a otro de un puente, dice Celso ya sea que perezca de la misma caída o que al instante se ahogase, o vencido por la fuerza del rio pereciese: se obliga por la Ley Aquilia. Del mismo modo si alguno estrellase a algún esclavo contra un peñasco".

Al analizar este caso bajo el concepto que hemos citado de Gayo, lo único que el pretor debía considerar para conferir al demandante la acción civil de la lex, es que se verificara una relación de causalidad directa entre el contacto físico y la muerte del esclavo o cuadrúpedo de tal forma que no había duda de que en estos casos el demandado seria condenado por la *actio legis aquiliae*.

El siguiente caso ilustra la importancia para los juristas republicanos del principio corpore corpori.

Ulpiano comenta: También si la partera, dio algún medicamento y por esto pereció la esclava, distingue Labeon que, si le aplico con las propias manos, parece que la mato; pero si lo dio para que ella se lo aplicase se ha de dar la acción que resulta del hecho. Cuya sentencia es verdadera, porque es más cierto que no la mato, sino que dio causa para su muerte.

Este famoso caso de jurisprudencia Romana ejemplifica con lucidez la importancia de la relación directa de causalidad que se debía configurar entre el cuerpo del dañador y el de la víctima, debiendo concederse una acción que no sea la directa a falta de contacto corporal. En las líneas siguientes demostraremos como esta rigidez se fue socavando con la asunción del principio *damnum dare* como fenómeno dañoso.

Por último, consideramos pertinente citar la siguiente opinión doctrinal que detalla cuando *occidere,* se manifiesta ontológicamente:

> 1.- Cuando X usa directamente violencia corporal contra Y.
>
> 2.- Cuando X usa un arma u otro implemento, un animal para golpear al cuerpo de Y directamente o para lanzar o dejar caer un arma u otro implemento contra o sobre Y.
>
> 3.- X se cae sobre –culpa- o se lanza –dolo- sobre Y.
>
> 4.- X arroja o por contacto corporal directo ocasiona que Y sea impulsado contra una superficie dura, o en la misma forma ocasiona que Y caiga al agua y se ahogue o a causa de ello muera en el rio.
>
> 5.- X son su propia mano entrega veneno a Y. (Andrews, 2018)

Respecto del último caso, el debate para los juristas se centraba en establecer la diferencia entre matar y dar ocasión a la muerte, pues no era lo mismo dar directamente el veneno que persuadir a otro para que lo tomase, concediéndose en este último caso que el dañador responde en virtud de la *actio in factum,* no de la *actio legis aquiliae*.

Urere, rumpere, frangere

Son los tres verbos que describían las conductas típicas del *damnum facere* en el libro tercero de la *lex aquilia* se pueden traducir como "quemar, romper o quebrar." Este libro resultó problemático desde que la *lex aquilia* se promulgo, debates en torno al quantum indemnizatorio y el ámbito de aplicación están lejos de zanjarse hasta hoy. Compararemos visiones opuestas que explican lo dicho a efectos de tomar partido por alguna y proceder a su explicación y análisis.

Ulpiano explica el ámbito de aplicación de esta ley en el Libro 9, titulo 2, articulo 25 § 5 de la *lex* **(D. 9, 2, 25 § 5)** con las siguientes palabras: "El tercer capítulo de la *lex aquilia* dice: respecto a las demás cosas, excepto el siervo o res que hayan sido muertos, si alguno causare daño en las demás cosas, quebrándolas (*frangere*), quemándolas (*urere)* o rompiéndolas (*rumpere*) por *iniuria*, todo aquello que valían más en los treinta días inmediatos, ha de ser condenado a darlo al señor." (Rodriguez)

Con esta lacónica aseveración se intenta explicitar el ámbito del tercer capítulo de la *lex aquilia*, surgiendo entonces interrogantes como ¿La ley protege en contra del daño irrogado a cosas animadas o inanimadas? Aquel cuya propiedad ha sido ligeramente dañada, ¿está legitimado para ejercer la *actio legis aquiliae*? Por último, respecto de los treinta días, ¿serían los inmediatos anteriores o posteriores el hecho dañoso? Arduos debates se han sostenido al respecto, a efectos de ilustrarlos citaremos algunas opiniones discrepantes para, a posteriori, abundar en la que a nuestro entender resulte más coherente.

Por un lado, Herbert Jolowicz en su libro *Historical introduction to the study of Roman Law* sostiene: "Al tiempo en que la ley se aprobó, el tercer capítulo de la *lex aquilia* únicamente trataba con la destrucción total de objetos inanimados y proveía como compensación el más alto valor del objeto dentro de los treinta días anteriores al acto que causo su destrucción." (Jolowicz, 1992) Según esta visión, tenemos que al tiempo de su promulgación el objeto genuino de la ley era proteger cosas inanimadas que hubieran sido totalmente destruidas, pues consideraba que *urere* y *rumpere* no son modalidades de conducta con las que se pueda herir a un esclavo o cuadrúpedo. En lo que a la indemnización respecta, se debía considerar bajo parámetros estrictamente objetivos el más alto valor de la cosa dentro de los treinta días anteriores a su destrucción. Bajo esta interpretación entonces, la protección a objetos animados como esclavos o cuadrúpedos seria producto de una interpretación por parte de los pretores y

la asunción del *id quod interest* como parámetro indemnizatorio de tinte subjetivo seria, asimismo, producto de la exegesis pretoriana.

Una visión totalmente contraria es la sustentada por David Daube, quien en un artículo titulado "*On the third chapter of the lex aquilia*" sustenta la tesis que, al tiempo de su aprobación, la *lex* únicamente sancionaba el herir a esclavos y animales. En cuanto a la indemnización, creía que el demandante debía recuperar la compensación por las consecuencias de la herida, valoradas según las consecuencias que aparecieren dentro de los treinta días después de haber sido infligida. Se calculaba la indemnización con base en el parámetro subjetivo *id quod interest*. La divergencia resulta palmaria, en la última opinión el objeto de protección para abarcar también objetos inanimados se amplió por vía interpretativa en la segunda mitad del primer siglo antes de Cristo, es entonces que la indemnización se calcula de igual manera que en el primer capítulo, es decir, conforme al parámetro *estimatio rei* de corte objetivo, incluyéndose así la palabra *plurimi* (el más alto valor de la cosa) en el tercer capítulo, dándole exactamente el mismo efecto que en el primero, esto es el más alto valor de la cosa (animada o inanimada) dentro de los 30 días anteriores al daño, pues resulta inoficioso, siendo la cosa inanimada, esperar 30 días a que las consecuencias del daño se manifiesten. Si alguna coincidencia podríamos extraer de estas opiniones, sería la gravedad del daño que se infringía bajo estas modalidades conductuales, describiendo todas ellas (*urere, frangere, rumpere*) ya sea destrucción total del objeto inanimado o herida grave irrogada sobre un esclavo o animal, por lo general, cuadrúpedo.

Finalmente, la opinión que compartimos es la que sustenta Geoffrey McCormack en un artículo homónimo al de Daube. Para este académico la *lex* originalmente protegía la propiedad animada e inanimada contra lesiones graves en caso de animadas; o destrucción total, en caso de inanimadas. En cuanto al resarcimiento, comprendía el valor más alto que la cosa tuviere 30 días antes acaecido el daño. Esto era así por las siguientes razones:

- Respecto de las cosas que protegía, considera que todos los verbos describían conductas perniciosas que podían irrogarse tanto a cosas animadas cuanto inanimadas. Siendo el primer capítulo el que sancionaba la muerte de animados, uno esperaría naturalmente que el tercero lo haga respecto de sus lesiones, tampoco parece razonable que la *lex* solo proteja a inanimados dejando inerme a las cosas animadas.

- En cuanto al tiempo dentro del cual se debía calcular la indemnización, sustenta su argumento en una opinión del jurista Paulo citada en el artículo 24 del libro noveno, titulo segundo del digesto. La opinión reza: "Esto es más claro acerca del siervo herido, porque si confeso que lo hirió y no lo está, ¿de qué herida hemos de hacer la estimación? ¿a qué tiempo recurrimos?" Interpreta la última frase como ¿a qué periodo de treinta días anteriores a la herida hemos de recurrir? Interpretación que la hace con sólidos argumentos lingüísticos que nos parecen bastante persuasivos.

Complementamos la opinión citada manifestando que el hecho de que dentro del primer capítulo solo trate con cosas animadas se debe a la sencilla razón de que solo a estas es posible matar, por ello no parece sensato concluir que: dado que el primero solo trata con las cosas animadas el tercero debió ser igual. Por otro lado, si el objeto genuino de la ley era proteger la propiedad, nos parece innecesaria la distinción trazada entre cosas animadas e inanimadas, la que nos parece relevante es aquella clasificación que distinguía entre cosas *mancipii* y cosas *nec mancipii,* siendo nuestro entender que al momento de promulgada la *lex* protegía las cosas *mancipii y* por interpretación se extendió a las cosas *nec mancipii*. Siendo esto así, la clasificación primera a la que hiciéramos referencia deviene en artificiosa, toda vez que si lo que se buscaba con la ley era proteger la propiedad, nos parece lógico entonces que el objeto de protección tendría que ser aquellas cosas consideradas fundamentales para el desarrollo de la familia en un contexto en el que la economía era agraria-esclavista, no pudiendo ser otra que las categorizadas como *mancipii* que abarcaba cosas animadas e inanimadas. Jorge Morales expone este punto de vista con las siguientes palabras: "(…) en efecto, para los Romanos de los primeros siglos, entregados sobre todo a la agricultura, los elementos más importantes de la fortuna privada eran los fundos, las servidumbres reales y los instrumentos de trabajo como los esclavos y los animales de carga y de tiro." (Alvarez, 2018) Entendido así entonces, los verbos debían referirse a lesiones graves o destrucción total de las cosas, no siendo relevante lo que perdiese ese damnificado en específico, sino la gravedad del acto material apreciado objetivamente (*damnum facere*) pudiéndose entonces conceder una *actio in factum* (acción por el hecho) a quien cuya propiedad no hubiere sido dañada significativamente.

Por último, y guardando consonancia con lo que acabamos de explicar, el quantum indemnizatorio se calculaba bajo el estándar *estimatio rei,* de carácter objetivo, considerando el valor más alto que la cosa hubiere tenido 30 días antes de acaecido el *damnum.* Posteriormente adquiriría relevancia para los juristas el menoscabo que el demandante en

particular sufría, calculando la indemnización conforme al parámetro *id quod interest*, de índole subjetivo.

Procederemos ahora a proponer ejemplos de cada conducta establecida en el libro tercero:

URERE: D. 9. 2. 27.

El tercer capítulo de la *lex aquilia* dice: Respecto de las demás cosas, excepto el siervo o res que hayan sido muertos, si alguno causase daño en las demás cosas quemándolas, quebrándolas o rompiéndolas por injuria, todo aquello que valían más en los treinta días inmediatos, ha de ser condenado a darlo al señor.

$ 6. Esto supuesto, si alguno no matase al siervo o a la res, sino que lo quemase, quebrase o rompiese, sin duda podrá pedir por estas palabras de la ley: por lo tanto, si a mí siervo lo arrimases un hacha encendida y lo quemases, me estarás obligado.

FRANGERE: D. 9. 2. 27

$29. Si diste a tornear un cáliz y lo quebraste por impericia, se concederá la *actio legis aquiliae* pero si no se quebró por impericia, sino porque tenía hendiduras, se puede excusar.

$ 31. Si alguno quebrase las puertas de mi edificio o lo arruinase, se obliga por la ley aquilia.

RUMPERE: D. 9. 2. 27

$ 34. Si de un carro cayese alguna piedra y rompiese o quebrantase alguna cosa, agrada que el carretero se obligue por la acción de la ley aquilia, si no puso bien las piedras y por esto se cayeron.

Respecto de las ultimas conductas, si bien se hace mención expresa a un comportamiento reprochable, no por esto podemos afirmar que estamos frente a un *damnum dare*. La transición hacia esta última, vino aparejada de la adopción del termino *inuria* como estándar subjetivo, en la que sin embargo no se dejaba de considerar el resultado dañoso. Posteriormente, como explicaremos en las siguientes líneas, el resultado quedaría desvanecido por el comportamiento.

Finalmente, respecto del *damnum facere* del libro tercero podemos concluir lo que se sigue:

- Dado que el tercer capítulo era bastante amplio, cubría todos aquellos daños a la propiedad sobre cosas *mancipii*, donde no hubiera el resultado muerte.

- Todas las inconductas ahí descritas suponen lesión grave o destrucción al punto de hacer que la cosa se vuelva inútil.

- La *interpretatio*, a través del casuismo, modifico sustancialmente el aspecto anterior al punto de desnaturalizarlo por completo. Modificando las conductas descritas por los verbos, se adoptó las modalidades *corrumpere* y *quasi corrumpere*, que serían las conductas de *damnum dare* en el tercer capítulo.

- No es posible diferenciar, como en la primera conducta, elementos objetivos característicos de cada verbo, pues en este capítulo se protegía contra todo daño a la propiedad que no implique muerte del objeto, no importaba el medio por el cual se infligía la lesión siempre que esta volviere inutilizable al mismo.

- Finalmente, la indemnización se calculaba con base en estándares objetivos, estableciendo el valor más alto que tuviere el objeto dentro de los treinta días anteriores al daño.

Hasta este punto hemos realizado un exhaustivo análisis sobre las conductas del *damnum facere* en el capítulo primero y tercero de la lex aquilia, pasaremos ahora a referirnos al *damnum dare* no sin antes explicar la marcada diferencia que existe entre estas.

Hemos dicho ya en líneas anteriores que bajo el *damnum facere* la ley debía ser interpretada conforme a su sentido y alcance original, debiendo analizarse primordialmente el resultado. En cuanto a la conducta, el análisis era netamente objetivo, debiendo esta reunir todos los caracteres de los verbos que utilizaba la ley para describirla. Bajo esta modalidad se daba mayor importancia al resultado dañoso, a la pérdida económica que apreciada objetivamente sufría el damnificado, siendo esto el corolario del sentido originario de la ley, cual era resarcir la perdida. Por último, en todos los casos de *damnum facere* correspondía al pretor otorgar la acción directa, en lugar de la acción útil o acción por el hecho. En resumen, conducta y resultado eran analizadas desde un hontanar objetivo.

Por otro lado, bajo la modalidad *damnum dare* el resultado lesivo paso a segundo plano y lo que se comenzó a valorar no era el resultado, sino la conducta. Lo importante era ahora

sancionar aquel actuar alejado de los cánones conductuales conforme a los cuales se debía dirigir el ciudadano romano, sin importar si el daño era nimio o la pérdida económica exigua. Vemos entonces como mutó el sentido primigenio de la ley: de un carácter resarcitorio a uno sancionatorio. Si había un actuar doloso o culposo que pusiere a otro en una situación de muerte, respecto del libro primero; o que modificaba las características originales de una *res* (termino genérico que abarca aquellas cosas que están en el patrimonio), respecto del libro tercero, era jurídicamente reprochable y merecedor de una sanción. En estos casos, al menos a principios de la República cuando esta distinción no estaba bien trazada y el concepto de *inuiria* no se encontraba asentado, se confería, por lo general, una acción útil o por el hecho, reservando la acción directa para el *damnum facere*. Hemos explicado ya que la acción por el hecho es aquella que se extrae de una fórmula legal, no surge de su propio texto, sino de la interpretación de los pretores para abarcar un supuesto factico sustancialmente distinto al de la hipótesis legal. La acción útil es bastante similar, la diferencia radica en que en este caso se trata de una interpretación extensiva de la ley, es decir, surge de la misma, pero interpretada de manera extensiva, de tal suerte que el supuesto de hecho en este caso no es sustancialmente distinto. Un ejemplo edificante resulta ser el conferir la acción útil de la lex aquilia al usufructuario cuando la cosa que le ha sido dada en usufructo resulta dañada. Sabemos que el objeto original de protección era el derecho real de propiedad, sin embargo, a través de la acción útil se protege al derecho de usufructo, cuestión que demuestra el formalismo interpretativo de la cultura jurídica Romanista. En este pasaje tomado del sitio web "Derecho Romano", el autor describe esta diferencia de la siguiente forma: "Por lo que atañe a su contenido jurídico material, son dos los grupos principales de acciones: uno, formado por aquellas que se limitan a extender a casos y territorios nuevos ideas ya sancionadas por la ley civil –tal, por ej., las acciones reales de restitución concedidas a personas que no tienen la plena propiedad, v. gr., al heredero del propietario o a un simple *bonorum possessor*, o las acciones de reclamación de créditos otorgadas al cesionario– y otro en que figuran las que el pretor crea *ex novo*, sin apoyarse para nada en el Derecho Civil ni buscar en él precedente alguno. Las del primer grupo eran llamadas acciones útiles, mientras que las del segundo recibieron el nombre de acciones por el hecho." (Sohm, 2014)

Finalmente diremos que bajo el hontanar del *damnum dare*, se daba prioridad a la conducta, pasando así a una valoración con marcada tendencia subjetiva.

Amelia Castresana explica esta evolución que hemos descrito en los siguientes términos: "(…) sin embargo, al venir a menos la acción material de daño con la transformación del *facere* en *dare*, la *iniuria* se traslada del primero al segundo, de manera que, si antes se había calificado al resultado como antijurídico, ahora, como predicado del *dare*, va a producir dos caracterizaciones distintas: por un lado, se habla del *´damnum inuiria datum´* con el valor de acto antijurídico. Por otro lado, la *iniuria* resulta también del *dare*, de manera que se sigue calificando como un comportamiento humano que ya no tiene que ser necesariamente el de las acciones materiales de daño -*damnum facere*- sino el de una genérica intervención humana de la que deriva un resultado lesivo."

De esto podemos concluir que el *damnum inuria datum* era el prototipo de delito culposo que se desarrolló a la par del *damnum dare*, esto es colocar al damnificado en una situación de daño como consecuencia de una conducta jurídicamente reprochable. Asimismo, el siguiente componente del *delicta*, o sea la *inuria*, adquirió relevancia práctica, pues bajo el *damnum facere,* la *inuria* venia dada por el resultado dañoso no justificado.

Causam Mortis Praestare

Equivale al *damnum dare* en el primer libro de la ley. Como evidenciaremos a lo largo de las líneas siguientes, la adopción de esta modalidad de conducta surgió como consecuencia de atenuar el requisito del contacto físico directo como elemento determinante que caracterizaba a *occidere*, abarcando así situaciones en las que, a pesar de no estar presente, se concedía la *actio legis aquiliae* a favor del damnificado. Si bien es cierto que esta no era una regla absoluta, pues algunos juristas Republicanos seguían la regla general de Gayo hemos citado arriba, tampoco parece aventurado aseverar que se trata de una regla general, toda vez que el análisis subjetivo tendiente a determinar culpa o dolo del agente desplazo al requisito de la causalidad directa y, como corolario, lo determinante para que se configure la legitimación pasiva conforme a la *Lex Aquilia,* era un actuar doloso o culposo. La diversidad de opiniones respecto a cuándo se debe conceder una acción directa, se debía primordialmente a que en el Derecho Romano no se elaboró una regla general que permita establecer la procedencia directa de la *accio legis aquiliae.* Un ejemplo claro al respecto lo tenemos en el siguiente caso del digesto: D. 9. 2. 11 $ 5: "También respondió Proculo que se da la acción de la ley aquilia contra el que irrito al perro para que mordiese a otro causándole la muerte, aunque no lo tuviere atado; pero últimamente dice Juliano, que se obliga el que le tuvo atado y fue causa de que mordiese a otro. Más si no lo estaba, se ha de dar la acción que resulta del hecho".

Las opiniones disidentes eran frecuentes entre los juristas romanos. En este caso, parece que encontramos en Proculo un notable distanciamiento del principio corpore, mientras que Juliano mantiene un endeble resquicio. Siendo así porque a pesar de la ausencia de un contacto físico, para ambos se debe conceder una acción directa, sin embargo, para el segundo si es importante que al demandado haya tenido asido al animal en sus manos y; ya sea que haya ocasionado la muerte por falta de fuerzas para contener al animal, o motivado por simple sordidez, confiere la acción directa. Mientras que el primero, se distancia totalmente del concepto de Gayo, analizando en este caso únicamente el comportamiento del dañador, dejando desvanecido el principio del daño corporal.

En efecto, no fue sino hasta las elaboraciones doctrinarias del Derecho Natural en la modernidad que se formula una regla general de responsabilidad extracontractual, proceso que describiremos en el siguiente apartado de este capítulo.

Regresando al tema, Celso en el digesto explica la diferencia entre matar y ser causa de la muerte de la siguiente forma: "Dice Celso que hay mucha diferencia entre haber dado muerte o haber dado ocasión a ella; porque el que ha dado ocasión, no se obliga por la ley aquilia, sino por la acción que resulta del hecho, por lo cual afirma que el que dio veneno por medicina, fue causa de la muerte, del mismo modo que el que dio espada al furioso porque tampoco se obliga por la ley aquilia, sino por la acción que resulta del hecho."

Lo que hace este pretor es acudir a ejemplos que se citan en la propia lex para fundamentar su criterio. Primero comenta el caso de aquel que dio el veneno a que lo tomasen en lugar de haberlo proporcionado directamente. Este el famoso caso de la comadrona citado en el libro 9, titulo 2, articulo 9.

Segundo comenta el caso de aquel que da la espada a un demente que posteriormente la usa para suicidarse.

En ambos casos considera que el demandado ha puesto a otra persona en una situación de muerte, en lugar de matar, concede por lo tanto una acción por el hecho.

Contrastando esta elocuente distinción con la opinión arriba citada del jurista Gayo, tenemos que el último enfatiza en el requisito del contacto físico, a diferencia de Celso, quien basa su distinción en un aspecto subjetivo concediéndose una acción por el hecho si un comportamiento ha puesto a otro en una situación de muerte. La similitud radica en que en

ambas opiniones pretorianas se concede la acción por el hecho ya sea que se valore objetiva o subjetivamente a quien mata sin contacto físico, o ponga a otro en una situación de muerte. Eventualmente esta rigidez exegética se vería minada con la asunción de la *inuiria*.

Citaremos a continuación ejemplos de cómo el requisito del *damnum corpori* se fue erosionando, a la par que tomo fuerza la opinión de Celso sobre poner a otro en una situación de muerte, de tal manera que se concedía acción directa aun en el caso de su ausencia total de causalidad directa entre contacto físico y daño.

En el libro 19, titulo 2, articulo 7 § 2 se describe el siguiente caso, "Pero si alguien, cargado más de la cuenta tomase la carga y hubiera matado a un esclavo, se aplica la ley aquilia, ya que dependió de su discreción el no cargarse así. Pues también si alguien resbalando, hubiere aplastado un esclavo ajeno, dice Pegaso que es responsable por la ley aquilia si se hubiese pasado negligentemente por un terreno resbaladizo."

Otro interesante caso para respaldar nuestra hipótesis lo encontramos en el libro IV, título III, articulo 5 de las institutas de Justiniano: "Si alguno podando un árbol, dejase caer una rama matando así a un esclavo que estaba pasando y esto tiene lugar cerca de una vía pública, o un camino perteneciente a un vecino y no ha anunciado para prevenir a las personas a tomar cuidado, es culpable; pero si ha anunciado y el pasante no ha tenido cuidado, no existe culpa. También es libre de culpa si estaba podando lejos de una vía pública, o en el medio de un campo, aunque no lo haya anunciado, ya que por ese lugar ningún extraño tiene derecho a pasar".

Es digno de notar que en estos dos casos no existe contacto físico en absoluto, sin embargo, se concede una acción directa. Lo más destacable es que en ambos se enfatiza en el análisis del comportamiento culposo del dañador, llegando a la conclusión de que si producto de este, se ha puesto a otro en una situación de muerte y por lo tanto es responsable bajo la acción directa de la ley aquilia.

Corrumpere, quasi corrumpere

Nos corresponde ahora analizar la conducta final del *damnum dare* respecto del tercer capítulo de la ley.

Los verbos que describían originariamente las conductas del libro tercero, pasaron por una acuciosa labor interpretativa cuyo proceso, sin embargo, tuvo como corolario lo que a nuestro parecer es una tergiversación drástica del sentido que los juristas le dieron en principio. Primero inspirados por un sentido pragmático, agruparon todas las conductas bajo el verbo *rumpere*. Posteriormente, los juristas entendieron que lo que se debía sancionar era toda conducta reprochable que modifique, así sea de manera insignificante, las características originales de la cosa dañada, abrigando estas situaciones bajo el termino *quasi corrumpere*. Se llegó finalmente a conceder, bajo el ambiguo termino *corrumpere*, una acción directa para sancionar a quien ha sido causa de que el objeto se pierda para su dueño, entendiendo que la cosa ha sido destruida para el mismo. Si pudiésemos rescatar una característica común que resuma el proceso descrito, diríamos que, mientras la interpretación extensiva de *occidere* estuvo marcado por la tendencia a atenuar el requisito del contacto físico, la exegesis del libro tercero en este sentido estuvo marcado por la tendencia a socavar el requisito de destrucción total de la cosa al punto de hacerlo desparecer por completo.

Transcribiremos casos resueltos por juristas romanos para después proceder a explicar la evolución que los mismos suponen en términos de interpretación.

D. 9, 2, 27, 23

Si por cargar al mulo más de lo regular se le rompiese algún miembro, tiene también lugar la acción de la ley aquilia.

D. 9, 2, 27, 34

Si uno alquila un siervo para cuidar de un mulo, y se le entregase y se atase el freno al dedo pulgar y el mulo le rompiese y arrancase el dedo al siervo, escribe Mela que, siendo imperito, se alquiló como perito, podrá pedir por la acción de conducción al señor del siervo, respecto lo que el mulo se rompió o debilito. Pero si se espantó por golpe o terror, en este caso al señor del mulo y al del siervo se les dará la acción de la ley aquilia contra el que le espanto.

D. 9, 2, 27, 22

Si diste con el puño a la mujer o a la yegua preñada y malpariese, dice Bruto que tiene lugar la acción de la ley aquilia, como *quasi corumpere*.

D. 9, 2, 27, 18

Si alguno rasgase o manchase el vestido, se obliga por la ley aquilia como *quasi corrumpere*.

D. 9, 2, 27, 15

Contra el que hecho agua al vino, lo derramo o volvió vinagre, dice Celso que se puede usar la acción de la ley aquilia.

D. 9, 2, 27, 21

Si alguno me sacudiese los dineros de la mano, juzga Sabino que compete la acción de la ley aquilia, si por esto se perdieron y ninguno los hallase. Por ejemplo, si cayeron al rio, mar o algún sumidero. Pero si los hallo alguno se ha de usar la acción de hurto hecha con auxilio y consejo, o como determinaron los antiguos, también se puede dar la acción por el hecho.

En el primer caso vemos un ejemplo típico de *rumpere* aplicado a cosas animadas. Se trata de una lesión seria que es la rotura de un miembro, de modo que el objeto perdía totalmente utilidad para el dueño. Este ejemplo supone una modalidad de *damnmum facere*, donde no existe dudas sobre la procedencia de la acción directa de la ley aquilia.

Un cambio interesante tenemos en el segundo caso, donde se otorga una acción directa contra quien espanto al caballo, produciendo que se rompa un dedo el siervo encargado de cuidarlo. Es evidente que la rotura de un dedo no implica perdida o destrucción total de la cosa, empero en este punto la jurisprudencia ya muestra la tendencia que hemos planteado al iniciar este apartado y sancionando una conducta imprudente, el dañador es responsable de acuerdo a la ley aquilia.

En los dos casos siguientes tenemos que el requisito de destrucción del bien está totalmente desvanecido. Al conceder una acción directa por quasi corrumpere, los juristas extienden al punto de lo inexplicable el efecto tuitivo de la lex. No consideramos acertado que se haya adoptado esta modalidad, pues como resulta patente sobre todo en el cuarto caso, no podemos hablar en ningún caso de daño irrogado al patrimonio, toda vez que el dueño podrá seguir ejerciendo señorío sobre el bien, por lo mismo no hay un resultado a desvalorar. Parece que este punto los juristas se enfocaron sobremanera en la acción, dejando el análisis del resultado reducido a la nada. McCormack, en su libro *Aquilian Studies* describe así la conducta en cuestión, “La expresión *quasi corrumpere* nace en aquellos casos en los que si bien es cierto

se inflige un daño, un menoscabo sobre la cosa, este se mantiene en su conjunto, como precisamente ocurre en el aborto, en el que el daño consiste en la expulsión prematura del neonato, pero el cuerpo de la víctima permanece, en principio, intacto." (MacCormack G. , 1975)

El quinto caso es un ejemplo bastante coherente que demuestra una conducta típica de *corrumpere*, no se puede decir que materialmente la cosa ha sido destruida, sin embargo, al haberlo vuelto vinagre se modifica sustancialmente su esencia. McCormack comenta que fue Celso el artífice de esta interpretación, en su precitado libro sostiene: "(…) no es imposible que Celso fuese el primer jurista en hacer extensivo el uso de *corrumpere* y parece también probable que fue el primero en sostener que *rumpere* puede ser entendido en general como corrumpere". (MacCormack G. , 1975)

Es también digno de notar que antes de este punto, ya se abarcaba *urere* y *frangere* bajo el termino *rumpere* por lo que se podía hacer uso indistinto de *corrumpere* y *rumpere*. Así lo demuestra la explicación que proporciona Justiniano en sus instituciones de Derecho Civil: "El tercer capítulo trata sobre todo tipo de daño y, por lo tanto, si un esclavo o cuadrúpedo de aquellos que se cuentan entre el ganado, es herido; o un cuadrúpedo de aquellos que no se cuentan entre el ganado, como un perro o una bestia salvaje, resulta herido, se puede ejercer una acción bajo el tercer capítulo. La compensación también se puede obtener bajo este, por todo tipo de lesiones injustas a animales o cosas inanimadas y, de hecho, por cualquier cosa quemada, rota o fracturada, aunque la palabra rota, hubiera sido suficiente para todos los casos, ya que se dice una cosa rota aquella que de cualquier forma es corrompida. Comprendiendo así no solo las cosas fracturadas o rotas, sino también aquellas cortadas, rasgadas, abiertas o de cualquier forma destruidas o deterioradas, se pueden decir rotas. También se ha decidido que cualquiera que mezcle una cosa con vino o aceite de otro, de forma que eche a perder la bondad del vino o aceite, es culpable bajo la *lex aquilia*".

Vemos como Justiniano utiliza la palabra *rumpere* para abarcar toda conducta que suponga daño, no solo aquel que implica destrucción total, sino aquel que de cualquier forma haya modificado las características originales de la cosa. También destacamos el hecho que están comprendidas las cosas animadas e inanimadas. La interpretación que Justiniano reporta, es la del *damnum dare* del tercer libro.

El último caso representa el eslabón final del proceso interpretativo que hemos intentado explicar. Sabino otorga una acción directa por haber provocado que unas monedas se perdiesen definitivamente para su dueño. En este punto los juristas han ampliado de tal forma la interpretación de los verbos de manera que no queda resquicio alguno de *damnmum facere* en la conducta analizada.

Hasta aquí hemos descrito el considerado primer componente del *delicta*, pasaremos ahora a explicar el segundo. La *iniuria* se desarrolló a la par que en los juristas se vio erosionado la férrea interpretación que suponía el *damnum facere*.

B) INIURIA

El verdadero significado de *iniuria* ha sido arduamente debatido en doctrina. Expondremos aquí aquella interpretación que ha sido la que más consenso ha alcanzado entre los romanistas.

Según esta visión, *iniuria* paso de significar "sin derecho" a "daño causado por un comportamiento jurídicamente desaprobado", este comportamiento jurídicamente desaprobado no podía ser otro que el culposo.

Sandro Schipani expone así su criterio al respecto, "*Iniuria* es la injusticia cometida por un comportamiento que no puede ser justificado con algún fundamento. *Iniuria* no requiere que le presten atención al elemento subjetivo, cual es, la intención. La noción de culpa fue introducida tarde en la República para juzgar un comportamiento como antijurídico, en aquellos casos en que los fundamentos para la justificación no eran suficientes para anular la reprensibilidad del acto. Por lo tanto, culpa paso a ser un elemento subjetivo, respecto de la conducta del agente y objetivo respecto de la antijuridicidad del hecho." (Schipani, 2016)

Geofrey MacCormack también se adhiere al criterio citado. En su opúsculo *aquilian culpa* sostiene, "En principio *iniuria* significaba ´ausencia de derecho´. Las nociones de dolo y culpa fueron introducidas durante la tardía Republica para posteriormente considerar que *iniuria* en sí mismo podía ser explicada en términos de culpa o dolo." (MacCormack G. , 2011)

Siguiendo estas interpretaciones tenemos que, en sus comienzos, la lex por *inuiria* se referiría a un daño injurídico, es decir, aquel causado sin justificación. De igual manera podríamos decir entonces que consistía en un test objetivo, donde se verificaba estrictamente si concurría o no

una causa de justificación; si no era así, nacía el deber de reparar con la sanción que la ley establecía. Por otro lado, si la respuesta era positiva, el daño se consideraba permitido.

En efecto, la ley de las doce tablas ya contenía entre sus normas un análisis de este tipo. En el artículo 3 de la tabla 8 se lee: Si una persona es asesinada mientras comete robo, es asesinada justamente.

Paulo en el Digesto, pasaje 9, 2, 30 escribe: El que mato al siervo cogido en adulterio no se obliga por esta ley.

Otros ejemplos de este tipo se citan en el digesto, por la simplicidad de su análisis no consideramos necesario abundar más al respecto.

La *inuiria* así entendida proveía, entre otros, las siguientes causas de justificación: Defensa propia, estado de necesidad, defensa del honor, participación en juegos legales, ejercicio de un cargo público y ejercicio de un derecho privado.

David Daube sugiere que el cambio de *inuiria* a culpa ocurrió en el año 100 A.C con Quinto Muncio y Alfeno, al emplear el termino culpa como negligencia en los dos siguientes casos:

D. 9. 2. 31

Es el caso del podador que hemos citado arriba como ejemplo de *damnum dare* por *mortis causa preaestare*.

D. 9. 2. 52. 4

Estando muchos jugando a la pelota, uno de ellos por darla atropello a un siervo, lo derribo y le rompió una pierna: se consultó si el señor del siervo podría pedir contra el que dio el empujón y le hizo caer. Respondí que no, porque más bien parece que lo hizo por casualidad no por culpa.

Resulta evidente en este último caso como Alfeno analiza la *inuiria* en sede conductual, no otorgando la *actio legis aquiliae* a falta de culpa.

La injerencia del concepto de culpa como aquella conducta disonante con los estándares exigidos al ciudadano romano, creemos se debió primordialmente a los criterios de los jurisconsultos quienes consideraban que, a pesar de existir una causa de justificación, no sería

razonable eximir al demandado de responsabilidad. Este parece ser el fundamento en el caso que hemos citado donde se preguntó si aquel por cuyos golpes aborta la acémila, puede ser obligado a resarcir *ex lege aquilia.* En este punto analizamos sin embargo lo inherente a la antijuridicidad.

Pomponio escribe, "Aquel que aprende en su campo la res ajena, la debe echar fuera, del mismo modo si se hubiera aprehendido a una yegua suya; porque si por esto le causo algún daño, competen acciones propias; y así el que aprendiese en su campo la res ajena con derecho, no la puede encerrar en él (…) la debe ahuyentar sin daño, o amonestar al señor para que la recoja." (Rodriguez)

Este caso evidencia la diferencia que ya se trazaba entre *inuiria* y culpa la cual se fue atenuando posteriormente, hasta que *inuiria* se confundió con el concepto de culpa. Sin duda, defender un terreno propio de un animal ajeno que este causando daños a los cultivos se podría mirar como el ejercicio legítimo de un derecho privado, a pesar de lo cual Alfeno encuentra al dueño del terreno responsable frente al dueño de la mula, al haberle inferido desproporcional castigo hasta el punto de haber provocado que esta aborte. Se incluye, además, en el comentario de Pomponio, el estándar de conducta al que debió ceñirse, cual debió ser: ahuyentarla sin daño o amonestar a su dueño para que la recoja.

Finalmente transcribimos lo que a criterios de Paschalis Paschalidis, fueron las consecuencias que trajo este modo de concebir la *inuiria*:

1.- El campo de la antijuridicidad se volvió más angosto. Esto porque, si el daño fue antijurídico, aun así se podría excusar por falta de intención o negligencia.

2.- La culpa tendió a coincidir y cubrir el mismo campo que la *inuiria*.

3.- La culpa ensancho el rango de responsabilidad, dado que aquellos actos que podrían considerarse *prima facie* jurídicos, podrían acarrear responsabilidad por daños consecuentes de un actuar culpable. (Paschalidis, 2008)

1.2.2 La responsabilidad civil post-Derecho Romano

Describiremos tres etapas que marcaron la disciplina (derecho de la responsabilidad civil) en este punto de la historia. La primera marcada por los aportes de la Escuela Italiana de los Glosadores, quienes intentaron superar la casuística Romana en el análisis de los daños para arribar a una teoría general de la responsabilidad civil, cuyo eje era la culpa. La segunda marcada por la consolidación de dicha teoría gracias a los comentarios de Jean Domat. Finalmente, en lo que podemos decir fue la tercera etapa, describiremos la crisis del concepto de culpa con la asunción de la teoría del riesgo.

1.2.2.1 Los Glosadores y el Iusnaturalismo

El ilustre jurista italiano Guido Alpa, en el Tomo I de su obra La Responsabilidad Civil comenta: "Tratándose de un marco de reglas racional y lineal más que completo, se comprende por qué en los trece siglos que separaron la compilación Justiniana de las primeras codificaciones del siglo XIX, no se registran innovaciones de gran importancia, de modo que se puede decir que la interpretación de las fuentes en el periodo medieval y moderno, no aporta innovaciones radicales." (Alpa, 2018) Esto no significo que el desarrollo de la materia se hubiere aletargado después del Derecho Romano, al contrario, hubo algunas contribuciones importantes que describiremos a continuación.

Juan Teofilo Heinecio trata de manera sistemática el hecho ilícito, evitando sin embargo arribar a una formula general de ilicitud que no se cristalizaría sino hasta los aportes de Domat. Explica que el hecho generador de obligaciones puede ser licito o ilícito. El primero nace de la voluntad de las partes; el segundo, toma el nombre de delito o maleficio. Define a este como un hecho ilícito y espontaneo por efecto del cual alguien es obligado a sufrir una pena y, si es posible, la restitución.

Agrupa además dentro de la categoría delito a los delitos verdaderos, aquellos cometidos con dolo; y los cuasidelitos, cometidos con culpa. Diferencia también entre los delitos públicos, aquellos que atentan contra la seguridad del Estado; y los delitos privados, aquellos que atentan contra el patrimonio de los ciudadanos.

Respecto de la antijuridicidad, considera que esta nace de la violación de una ley prohibitiva civil o natural y considera que la acción de daño cometido en la actualidad (recordemos que es un jurista de la época del renacimiento) no deriva de la ley aquilia, sino del Derecho Natural.

El aporte que nos parece más interesante de este jurista es aquel comentario que hace relativo a la responsabilidad vicaria, fundamentando el deber de resarcir en este caso en la culpa propia. Explica que "Cuando el inquilino responde de los daños del siervo; no responde por el hecho ajeno, sino por hecho propio, por no haber admitido en su casa personas más diligentes".

Hugo Grocio, quien es considerado el padre del iusnaturalismo racionalista, identifico dos elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual: el *damnum* es una lesión del patrimonio o de la integridad física o moral de una persona y el *maleficium* definido por el como: "Toda culpa, comisiva u omisiva, que contrasta con aquello que los hombres, en conjunto o en consideración a su particular rol, deben hacer. De dicha culpa nace una obligación natural, pues si fue causado un *damnum*, se estará obligado a su resarcimiento".

Bartolo de Sasso Ferrato es quien diferencia las dos orbitas de responsabilidad sobre las cuales se puede presentar el daño, esto es, la órbita contractual y extracontractual. A partir de un análisis de las acciones que surgen de un hecho ilícito (acciones ex maleficio) si bien diferentes en cuanto a sus caracteres formales, identifica un elemento común: su objeto era resarcir el daño. Establece entonces una sistematización de las acciones, agrupándolas en aquellas que surgen *"quae oritur ex contratu"* y las que nacen *"ex delito"*.

Otro avance digno de rescatar es el que hace Francesco Acursio, quien en su glosa desarrolla el concepto de la culpa levísima. La define como el no prever aquello que, de algún modo, un hombre diligentisimo habría previsto. A partir de esto, consagra la regla general según la cual, en materia extracontractual, se debe observar la máxima diligencia; en consecuencia, el mínimo error de conducta resulta apto para engendrar responsabilidad aquiliana.

Finalmente queremos hacer notar el aporte que a nuestro parecer es el más importante, cual es que esta época se marca el inicio de la doctrina de la responsabilidad vicaria y por el hecho de las cosas. En efecto, bajo el Derecho Romano la responsabilidad por el hecho de las cosas, e incluso de los furiosos (dementes) estaba fuera de todo análisis, tal y como lo indica el siguiente pasaje del Digesto al analizar el alcance del término *"inuiria"* (D. 9, 2, 5 $ 2): "Por esto preguntamos si tendrá lugar la acción de la ley aquilia cuando el furioso hiciese algún daño. Pegaso dijo que no, porque él no está en su juicio, no puede cometer culpa; y esto es muy cierto. En este caso cesara la ley aquilia, así como cesa cuando el animal de cuatro pies hizo algún daño o si cayese alguna teja. Lo mismo se dirá si el que está en la edad de la infancia causa daño, pero si lo causase el impúber, dice Labeon que, dado que se obliga al hurto, se

obliga también a la ley aquilia, y juzgo que esto es verdadero, si ya era capaz de inuiria." (Rodriguez)

Actualmente, siempre que se pueda imputar culpa al guardián de la cosa o a aquel a cuyo cuidado quedo el demente, infante o impúber; será responsable de los daños causados. Para el caso del impúber puede también concurrir, según el criterio de Ulpiano, una responsabilidad por el hecho propio, si juzga el magistrado que el dañador, menor de edad no infante, tiene capacidad de entender, de dirigirse con conciencia y voluntad, en pocas palabras: de cometer culpa.

Por ultimo Guido Alpa comenta que bajo estas condiciones ya es posible constatar como las fuentes romanas fueron empleadas para afirmar el principio "no hay responsabilidad sin culpa." En lo que respecta a la identificación de las figuras de ilícito, se sigue a cabalidad las fuentes romanas, donde la casuística prima en el análisis, por lo que se pregunta ¿Cómo se da el salto del sistema típico, al sistema atípico? La respuesta vendrá dada por el desarrollo de una teoría general de la responsabilidad civil subjetiva.

1.2.2.2 El Reino de la Culpa

Al establecer, gracias a los aportes de Domat, la cláusula general de responsabilidad subjetiva, se completó la teoría general del ilícito civil que regiría incontrovertiblemente hasta finales del siglo XIX cuando surgió la teoría del riesgo. López Mesa describe en estos términos el invaluable aporte del jurista francés a la materia: "La culpa Romana consistía, no en un concepto, sino en un catálogo cerrado de supuestos de actuación culposa receptados por la ley aquilia. Posteriormente, merced a la intervención de juristas de transcendencia como Domat y Pothier, se constituyó en un concepto general, abstracto e indeterminado en sus alcances, aplicable a todos los supuestos que ontológicamente cupieran en la figura." (Mesa, La culpa como factor de atribucion, 2015)

Gran parte de este proceso se debe a que el criterio de culpa tenia sólidos fundamentos filosóficos que se arraigaban en los ideales mismos de la Revolución Francesa. Describiremos entonces como se llegó a consolidar la teoría de la responsabilidad subjetiva, colocando a la culpa en el sitial que ha venido ocupando hasta nuestros días.

Hasta antes de Jean Domat, cada interprete de las fuentes romanas analizaba el fenómeno dañoso regulado por la *lex aquilia* de una manera aislada. El *damnum inuria datum* se estudió

desde una perspectiva casuística, de igual forma los daños abarcados por otras conductas como el *furtum*, la *lex Cornelia*, *actio pauperie*, entre otros. Se enfocaba entonces disyuntivamente el estudio del Derecho de Daños, sin llegar a un análisis integral que permita sentar las bases de una clausula general de responsabilidad por culpa.

Consciente de esto, Domat comienza por hacer un análisis desde una perspectiva amplia, no considerando de manera separada los daños previstos en la lex aquilia, lex Cornelia, etc. Parte de una concepción unitaria del fenómeno dañoso, considerando como tal a todo aquel hecho que contraríe la equidad, honestidad o buenas costumbres, incluso si no está expresamente prohibido por las leyes.

Considera que las leyes divinas constituyen el orden que vincula a los hombres en sociedad, obligándolos no solo a no causar daño personalmente a cualquiera, sino también a mantener todo lo que posean en un estado tal que no sea capaz de dañar a los otros. De esta forma, el orden social exige que no solo seamos responsables por nuestros propios hechos, sino también por los hechos de un tercero bajo nuestra dependencia, de nuestras cosas y nuestros animales. Es entonces que, bajo esta perspectiva, formula la regla general de responsabilidad extracontractual que ha sido acogida por la gran mayoría de países de tradición romanista (incluido el nuestro) en los siguientes términos: "Todas las perdidas y todos los daños que sobrevengan por el hecho de una persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de algo que debía saber, u otras culpas parecidas, deben ser reparadas por quien ha actuado con culpa." (Mesa, La culpa como factor de atribucion, 2015) Este enunciado se refundió posteriormente en lo que hoy es un principio común en los países de tradición Romanista: *pas de responsabilité sans faute* (no responsabilidad sin culpa). A su vez, sienta las bases del sistema de responsabilidad aquiliana, que bajo la forma de norma legal, se lee en el 2229 de esta manera: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por esta." Esta fórmula sacramental se convierte en el axioma del cual se desprende todos y cada uno de los supuestos de daños en nuestros Códigos Civiles, ya sean responsabilidad refleja, por el hecho de las cosas, por el hecho propio, por el hecho de los animales, (excepto en el artículo 2227) por actividades riesgosas, entre otros. Todos y cada uno de ellos sientan su fundamento teórico en la responsabilidad subjetiva.

La disposición normativa a la que hemos aludido tiene también raigambre en el Derecho Canónico y el iusnaturalismo racionalista, siendo la positivación del principio *alterum non*

ladere. Para Fernando Alfredo Ubiria, de la recepción de este principio se pueden desprender consecuencias de carácter preventivo o sancionatorio.

- Si el perjuicio ya se produjo, impone: - No agravar el daño.
  - Reparar el daño.
  - Fundamenta la reparación plena.
- Si el perjuicio aun no tuvo lugar ⟶ confiere fundamento al deber de prevención, imponiendo:
  - Evitar causar un daño no justificado.
  - Adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas necesarias para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. (Ubiria, 2017)

De nuestro anquilosado sistema, el legislador extrae únicamente el deber de resarcir, pues más allá de la acción de daño temido o daño contingente que pueden tener el carácter preventivo, no tenemos una norma que imponga de manera expresa el deber de evitar la causación de un daño. Tampoco hemos acogido el sistema de reparación integral de las víctimas de ilícitos civiles, pues nuestra Constitución limita este sistema, en justicia ordinaria, a las víctimas de delitos penales (art. 78). En responsabilidad contractual tenemos una referencia al principio de buena fe, según el cual los contratos deben ser cumplidos conforme a este principio, obligando por lo tanto no solo a lo que dentro de ellos se expresa, sino a todo lo que se desprenda de la naturaleza de la obligación y buenas costumbres, norma que no existe en el ámbito extracontractual.

Finalmente nos referiremos al fundamento filosófico al que hemos aludido al principio de este apartado y que es causa *si ne qua non* para explicar la solidez teórica que subyacía a la responsabilidad por culpa, así como su posterior ocaso.

El Código Civil francés comenzó a regir en 1805 fundamentado en la visión que inspiro la revolución donde el hombre paso a ser el centro del universo, pasando de una visión teocentrista, propia del medioevo; a una antropocentrista, propia del modernismo. En lo jurídico y específicamente en el *code,* esto se tradujo en un sistema de responsabilidad civil

fundamentado en la culpa y cuyo principal objeto era establecer una imputación al agente que con su actuar doloso o culposo causo daños al patrimonio o persona de otro.

En este punto es imperioso mencionar al filósofo que se considera como padre de la filosofía moderna –junto con Rene Descartes- y cuyo pensamiento está plasmado a lo largo de todo el Código Civil francés, Inmanuel Kant, quien de manera elocuente describió los alcances y el contenido de la razón. En lo que a nuestro tema respecta, los aportes a la ética resultan de ineludible referencia. Para el filósofo de Königsberg, la razón es una suerte de auto legislador, esta dicta leyes de conducta conforme a las cuales el ser humano se guía de manera autónoma, así concebida, esta autonomía les otorga a los humanos un valor incondicional o dignidad, de ahí entonces que la libertad y la razón constituyen conceptos indisolublemente ligados. Esta concepción de libertad se configura como el fundamento filosófico de muchos principios plasmado en nuestro Código Civil como: la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, incluso parece haber un descollante influjo del concepto Kantiano de Derecho en el artículo 11 y 36.1 del Código Civil. Las dos normas limitan el ejercicio de los derechos propios a la esfera de los derechos de los demás, lo que constituye el correlato de su definición de Derecho, cual es la siguiente: Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de cada uno puede armonizar con la de los demás según una ley universal de libertad.

Ahora bien, en lo que a materia de Responsabilidad Extracontractual se trata, Marcelo López Mesa explica su injerencia en los siguientes términos: "La consideración del hombre como un individuo libre y capaz de decidir su propio destino, hizo posible pensar por primera vez en un sistema moral en el que cada hombre responda personalmente por no haberse comportado de acuerdo con los principios aceptados. La responsabilidad por culpa constituye un correlato necesario de la libertad personal." (Mesa, Curso de Derecho de las Obligaciones, 2017)

Así las cosas, el sistema de responsabilidad civil se preocupaba primordialmente por reprochar la conducta al hechor por no haber actuado conforme a Derecho, lo que constituye una especie irracionalidad por la que se justifica moralmente la imposición de una sanción. Fernando Alfredo Ubiría ilustra esta situación de la siguiente manera: "Hacia el siglo XIX esta disciplina (derecho de la responsabilidad civil) se desarrolló bajo el imperio del principio *pas de responsabilité sans faute,* (no responsabilidad sin culpa) es decir, se ponía el acento sobre la determinación del responsable, subrayándose el polo pasivo de la obligación con fundamento en el mismo acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio." (Ubiría, 2015)

Es así que el "reino de la culpa" fundado sobre la base de la exaltación de lo racional como corolario de la libertad individual, se constituía en un sistema completo, justo y consonante con los ideales de la época. Si bien el embate de la teoría del riesgo vino a subvertir este orden consolidado, nunca se ha dejado de hacer referencia a la responsabilidad subjetiva, por lo que pensamos que mal podríamos pretender desatender por completo los ideales fundacionales de dicho sistema.

1.2.2.3. Crisis de la Culpa: La asunción de la Teoría del Riesgo

A pesar de que ya desde el Derecho Romano teníamos ejemplos de responsabilidad sin culpa (*actio pauperie*) no fue sino hasta la segunda revolución industrial que ésta modalidad de atribución de responsabilidad tomo fuerza, sobre todo por el protagonismo de juristas de la talla de Saleilles y Josserand.

El surgimiento de un sistema económico industrial-capitalista trajo consigo modelos de producción en masa sin parangón hasta entonces. Este cambio también supuso la proliferación de fuentes de riesgo y de accidentes laborales.

El riesgo es, ante todo, un concepto sociológico, es así que en el contexto de la sociedad del riesgo surgen nuevas necesidades que demandaban una respuesta política. Victor Climent Sanjuan, describe lo anterior con las siguientes palabras: "El concepto *sociedad del riesgo* se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una creciente producción social del riesgo. La progresión y el aumento de estos riesgos está teniendo consecuencias políticas y económicas claras. Un primer efecto directo consistiría en la implementación de políticas gubernamentales orientadas al control y a la reducción de los mismos." (Climent, 2011)

Lo anterior en materia de política jurídica se tradujo en un sistema de responsabilidad civil que descontinúe la apelación a la culpa como factor de atribución, la cual se consideró incapaz de resolver con justeza los nuevos problemas a los que la disciplina tendría que hacerle frente. El punto de inflexión de la culpa se encontraría precisamente en las actividades riesgosas.

La incapacidad a la que hemos aludido se evidencio desde su misma fundamentación filosófica, pues se consideró que la puesta en práctica de actividades peligrosas constituye una intervención injustificada en la esfera de los derechos de la parte vulnerable y, en consecuencia, las actividades riesgosas deberían ser prohibidas. Así entendida, la teoría del riesgo es

inconciliable con una filosofía que exalta el individualismo mientras no irrogue perjuicio alguno a terceros, por lo que habría que encontrar en otra postura la fundamentación filosófica que inspire un sistema de responsabilidad objetivo.

Por otro lado, desde un punto de vista operativo, la culpa podría llevarnos a terrenos escabrosos donde el agente de una actividad riesgosa seria condenado a resarcir esporádicamente. Para estos casos, bajo el sistema clásico, se debe valorar la conducta conforme al parámetro del deber objetivo de cuidado, cuyo análisis resulta indefectible al tomar como base un sistema de atribución subjetivo, tal y como explicaremos a futuro. Al valorarlo así, tenemos que muchos demandados podrían ser absueltos de responsabilidad, por haber adecuado su conducta a este parámetro, en otras palabras, por estar libres de culpa (entendida esta como la infracción al deber objetivo de cuidado) y esto a pesar de que en este tipo de actividades ni aun la más meticulosa de las diligencias puede evitar el peligro de daño que a estas actividades les es consustancial. Es por esto que se necesita un incentivo extra que genere en quien despliega este tipo de actividades, no solo a realizarlas con el mayor cuidado posible, sino que provoque un efecto disuasorio que a la postre suponga que el hechor se vea en la posibilidad real de no llevarlos a efecto, a menos de haber una razón de interés general que lo motive a lo contrario (a hacerlas). Este, de manera resumida, es el razonamiento del Juez Richard Posner, quien en una enjundiosa sentencia que será objeto de análisis en el tercer capítulo de este trabajo, propone el siguiente ejemplo que ilustra lo dicho:

- El mantener un tigre en el jardín de una persona, podría considerarse una actividad anormalmente peligrosa. El peligro en este caso es de tal gravedad, en lo que se refiere al valor de la actividad, que deseamos no solamente que el dueño del animal, cumpla con el estándar de diligencia exigible para que el tigre no se escape, sino además considere seriamente la posibilidad de deshacerse del animal como tal; a tal efecto, le proporcionamos un incentivo para que lo considere, negándole la posibilidad de liberarse de la responsabilidad por los daños causados por el tigre a través de la prueba del ejercicio de diligencia exigible, haciéndole responsable de dichas lesiones de forma objetiva. (Rosenberg, 2014)

Al centrar el análisis en el deber de diligencia, la teoría de la culpa podría generar resultados disvaliosos, cuáles serían, permitir que se libere de responsabilidad probando diligencia debida, aun cuando, resaltamos: No existe diligencia suficiente que pueda evitar los desmanes generados por el despliegue de estas actividades, esto por el inmanente peligro que las

caracteriza. Mientras que, utilizando el riesgo, le negamos esta posibilidad, lo que traería aparejado un efecto disuasorio.

Volviendo a su origen, la primera ley que acogió un sistema de daños basado en el riesgo fue una Ley Alemana que data de 1838, esta norma protegía de los accidentes de trabajo a los obreros ferroviarios. Dejando atrás el concepto de culpa, limito su campo tuitivo al ámbito de los infortunios laborales.

Posteriormente, con el auge de nuevas industrias, el campo de acción del riesgo se ha ensanchado hasta el punto de trascender el ámbito laboral, para irrumpir en las calmadas aguas de la responsabilidad civil por las que hasta entonces navegaba con parsimonia la culpa. Tal ha sido el avance del riesgo que se lo ha llegado a tachar de muletilla a la que acuden los declamadores de la "ideología de la reparación" para imponer responsabilidades y conceder resarcimientos "porque si".

Originariamente el fundamento teórico del deber de reparar con eje en el riesgo lo proveyó precisamente Sailles, a través de la llamada teoría del riesgo-provecho. De manera análoga a la formula general propuesta por Domat, sus precursores intentaron proveer una clausula abstracta que permita subsumir en ella todos los supuestos facticos que eventualmente aparecieren, es así que la consagración de la misma vendría de la mano de Vittorio Emanuele Orlando, quien proporciona la siguiente disposición: "Aquel que en el ejercicio de una empresa, cause al derecho ajeno un daño que constituya la consecuencia directa o indirecta de aquella actividad, debe resarcir este daño sin importar que en el evento dañoso el agente no peco por negligencia o imprudencia, y si el evento mismo, aisladamente considerado pueda depender del caso fortuito o fuerza mayor." (Alpa, 2018) Asimismo, podemos condensar la disposición bajo el principio *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*. La idea que se transmite con este principio es que quien utiliza una fuente de riesgos de la cual obtiene beneficios, es también responsable de la materialización de estos riesgos. Ivonne Lambert describe de manera escueta e ilustrativa el proceso de desplazamiento de la culpa: "En el siglo XIX el eje de la responsabilidad civil era su sujeto: el dañador. La institución estaba encerrada en los límites de una responsabilidad subjetiva por la exigencia de una culpa debidamente probada (…) el fallo Teffaine, inicio una evolución considerable el sujeto responsable es desplazado por el objeto de la responsabilidad, cual es, la reparación de los daños." (Mesa, La culpa como factor de atribucion, 2015)

Seria Josserand quien iniciaría el avance desbocado de la teoría del riesgo proponiendo la teoría del riesgo creado, bajo cuyo imperio podríamos utilizar el riesgo de manera más amplia, abarcando casos en los que ni siquiera existe un ejercicio de actividades empresariales, a pesar de lo cual debe enfrentar de manera objetiva los daños que producto de la creación de una fuente de riesgo, han sido irrogados al damnificado. En efecto, hoy en día es patente como la doctrina ha mostrado una tendencia desmesurada a fundamentar en el riesgo todo supuesto de responsabilidad objetiva. Así por ejemplo, Farina al analizar las diferencias entre la acción redhibitoria del Código Civil (art. 1800) y la acción redhibitoria de la ley de defensa del consumidor (art. 20) sostiene: "No obstante, a fines de determinar la responsabilidad por los productos elaborados, resulta insuficiente el concepto de vicio que nos da el Código Civil, pues no incluye el requisito de potencialidad dañosa del producto que determina en encuadramiento de este vicio en la responsabilidad por las contrataciones en masa de los productos elaborados." (Farina, 2014) Entendida así la responsabilidad del proveedor, la consecuencia seria que, debido a la naturaleza de la producción en masa, el fabricante desarrolla una actividad riesgosa, potencialmente dañosa, por la medida del daño que puede causar al poner en el mercado un producto vicioso. Este criterio lo rechazamos categóricamente, toda vez que consideramos a la obligación legal de seguridad como factor apropiado que fundamenta el deber de responder del proveedor.

Asimismo, se ha llegado a afirmar que la responsabilidad de los padres o de los establecimientos educativos por el hecho de los menores, es también objetiva pues los infantes y adolescentes, por su desarrollo evolutivo, tienden a realizar actos potencialmente perjudiciales, riesgosos, que tienen ínsita la aptitud para generar daños. Creemos que respecto de los padres, la responsabilidad debería fundamentarse en la *culpa in vigilando*, mientras que para los establecimientos educativos, el deber de seguridad seria el factor objetivo a aplicar.

En suma, podemos afirmar que el beneplácito con el cual la teoría del riesgo ha sido acogida en doctrina se debe a los pilares sobre los que ella se ha edificado, siendo dignos de analizar el fundamento filosófico y jurídico.

1.2.2.3.1 Fundamento filosófico

Hemos dicho que la teoría del riesgo es inconciliable con la filosofía kantiana que inspiro el sistema de responsabilidad civil, es por ello que muchos han sostenido que no puede haber justificación alguna sobre la cual edificar los principios de la responsabilidad por riesgo

llegando incluso a prescindir de ella en lo absoluto, sosteniendo que el sistema de responsabilidad por hecho ilícito debe ser analizado desde la óptica de eficiencia social, abstrayéndonos de toda justificación axiológica. Sin embargo, nos parece vital el análisis filosófico, pues comprendiéndolo, se puede tener una visión general de los nuevos horizontes que se divisan en la disciplina.

El sistema de responsabilidad civil basado en riesgo trasciende la perspectiva netamente individualista propia de la filosofía kantiana, enfocando el fenómeno dañoso desde una visión social y de eficiencia económica en la que ya no importa quien ha causado el daño sino, sobre la base de criterios económicos, asegurar una distribución social de las pérdidas que el daño ha generado, lo que conllevaría a un sistema fundamentado en criterios utilitaristas. La autora Virginia de Carvalho Leal explica este fenómeno de transición filosófica en los siguientes términos: "El criterio no es de justicia, y menos de justicia interpersonal, sino de eficiencia económica general. El Derecho de Daños no es una manifestación de la justicia interpersonal, sino una herramienta de ingeniería social. El en fondo, por supuesto, late una cierta concepción utilitaristas de la justicia: sociedad más justa es aquella económicamente más eficiente, ya que el nivel total de bienestar será mayor allí donde sean más los recursos y, por tanto, menos la parte de esos recursos que deba destinarse a compensar accidentes o desgracias". (Leal, 2018)

Tal y como hemos evidenciado al comentar la fórmula de responsabilidad objetiva propuesta por Orlando, el presupuesto básico para desencadenar un sistema de responsabilidad objetiva era el llevar a cabo actividades lucrativas. Así entonces, el sistema que en un principio reservaba sus confines a criterios estrictamente jurídicos, se vería drásticamente embebido de criterios económicos. Bajo esta lógica es que surge una novedosa y fecunda área de estudio que promete a futuro ocupar un sitial trascendental en la ciencia jurídica, nos referimos al análisis económico del Derecho. Esta rama nace precisamente como una teoría que utiliza criterios económicos para garantizar la efectiva distribución de las pérdidas que han sido generadas producto del cometimiento de un ilícito de carácter civil.

Desde esta perspectiva entonces, la responsabilidad objetiva se justifica en la medida en que el agente operador de una actividad riesgosa sea responsable de la materialización de los riesgos que suponen la actividad, puesto que está en mejor posición de afrontar económicamente los costes generados en el desarrollo de dicha actividad. Estos pueden ser directos, cuando se resarce a las víctimas, o costes indirectos, cuando se paga la prima de un seguro. De cualquier forma, el agente puede amortizarlos a través del mecanismo del precio y así distribuir las

pérdidas que generase una eventual materialización de riesgos. A tal efecto las empresas recurren al análisis costo-beneficio, de manera que se incluye en el precio de sus productos, los costes de producción que suponen considerar una eventual materialización de riesgos.

Sin embargo, esta fundamentación nos parece exigua pues únicamente provee fundamento al riesgo-beneficio, de manera que cuando el daño no se ha producido en el contexto de una relación de mercado (proveedor-consumidor) así como tampoco ha sido el agente un operador económico, tendríamos que seguir utilizando el estándar de culpa. Sería entonces el siguiente fundamento que nos permita justificar la responsabilidad objetiva de manera más amplia.

1.2.2.3.2 Fundamento jurídico: Principio pro damnato

Este principio constituye el correlato de un fenómeno jurídico que ha tomado fuerza desde mediados del siglo XX, nos referimos a "la constitucionalizacion del Derecho Privado". En el siguiente apartado dedicaremos un análisis pormenorizado del mismo desde sus orígenes, por ahora diremos que una de las consecuencias del mismo es la igualdad material, como antítesis del principio de igual formal.

Las codificaciones del siglo XIX se levantaron sobre las conquistas de la revolución francesa, cuyas proclamas fueron *liberté, égalité, fraternité.* Sociológicamente esto significo que la escindida sociedad francesa, derribaría las artificiosas barreras que la monarquía y el clero habían creado entre los ciudadanos, por lo que desde ahí todos serian iguales y en el ámbito jurídico el corolario seria el principio de igualdad ante la ley. Es así que, para el sistema del Código Civil, tanto el acreedor y cuanto el deudor tienen los mismos derechos que la ley franquea, sin que ninguno pueda alegar en su favor, a priori, beneficio alguno.

Con la injerencia de las teorías constitucionalizadoras esta situación se pondría en tela de juicio, pues frecuentemente en las relaciones jurídicas existe una parte más débil que merece una protección más enfática del sistema jurídico, por lo mismo: "no todo trato igualitario es justo, ni todo trato diferenciado es discriminatorio" y es sobre la base de esta idea que se funda el principio de igualdad material.

En materia de responsabilidad civil, hasta el siglo XIX el objetivo y función principal del sistema era básicamente sancionar, buscar al responsable del perjuicio para condenarlo a resarcir a la víctima. Hacia mediados del siglo XX esta situación dio un drástico giro, al considerar que la principal función que tiene el sistema es procurar que la víctima sea

indemnizada de un daño injustificado, tal y como la pre citada jurista francesa Ivonne Lambert sostiene: "el sujeto responsable es desplazado por el objeto del sistema, cual es resarcir los daños." Es así que actualmente incluso ya no se habla más de un Derecho de la Responsabilidad Civil, sino de un Derecho de Daños, porque la cuestión neurálgica no es ya encontrar un responsable, sino reparar el daño, protegiendo de esta forma a la parte más débil de la relación jurídica que nace en el ámbito de responsabilidad aquiliana, cual es: la víctima.

Autores como Ricardo de Angel Yaguez han querido fundamentar todo el bagaje de la responsabilidad objetiva en el principio *pro victimae*. El autor sostiene: "Todos los supuestos codíciales de responsabilidad sin culpa, están total, rigurosa y definitivamente presididos por el principio de que lo que debe prevalecer es la reparación del daño, la indemnización del perjudicado." (Yaguez, 2011)

Esta situación, sin embargo, ha generado también efectos adversos y es que muchos hoy consideran que producto de esta idea, hemos llegado a desnaturalizar totalmente la disciplina, generando una proliferación de demandas de daños y perjuicios que no se sustentan en fundamentos jurídicos, sino en un execrable afán de enriquecimiento con dinero ajeno. La manifestación más conspicua es la ya aludida ideología de la reparación.

Bajo la premisa de que, "Todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al demandante solo frente al daño." hemos atestiguado la erosión como del requisito de antijuridicidad como fundamento del deber de reparar. Por ejemplo, en materia de Derecho del Consumidor, tenemos la llamada responsabilidad en la cadena de producción donde ni siquiera se analiza si ha mediado nexo de causalidad, mucho menos si ha concurrido o no culpa, basta que haya intervenido en la actividad que genero daño. Siguiendo esta tendencia, hemos leído también con cierto estupor criterios que consideran que producto de la vigencia de la constitución del 2008, el régimen de responsabilidad civil es ahora objetivo, fundamentándose para ello en el artículo 396 del Código Político. Consideramos que si bien esta norma contempla la posibilidad de que las víctimas de un daño ambiental sean reparadas en caso de haber daños a sus patrimonios, este efecto es concomitante y, por lo tanto, supeditado al acaecimiento de un daño ambiental, por lo que bien puede pasar que exista daño al patrimonio (material o inmaterial) sin que medie daño ambiental, en cuyo caso tenemos que seguir observando los principios de la culpa, es por esto que mal podemos decir que ahora tenemos un sistema de responsabilidad civil objetiva.

La tendencia no ha quedado solo ahí, en jurisprudencia hemos sido también testigos de cómo la interpretación judicial ha sido proclive a favorecer a las víctimas, probablemente motivados por un sentimiento de "altruismo". Así lo advertía ya una jurisprudencia española que señala: "(…) Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos de la sentencia, denuncian una evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento de la culpa." Un ejemplo elocuente de esta tendencia es nuestra propia ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la cual en una sentencia que será analizada a posteriori (caso "Delfina Torres Vda. De Concha vs PetroEcuador y otros") siguiendo un análisis de responsabilidad subjetiva, termina aplicando un régimen de responsabilidad objetiva al condenar a una empresa demandada que únicamente se dedicaba al transporte de crudo (PetroComercial), sin analizar nexo de causalidad o concurrencia de culpa que se constituya como idónea para generar el resultado dañoso. Resulta interesante en este punto rescatar un pasaje anecdótico que a modo de conseja explica la cuestión: Dos ilustres jueces de las cortes de Estados Unidos, *justice* Learned Hand y uno de los *associate justices* de la Corte Suprema Oliver Wendell Holmes Jr. Compartían su almuerzo, al levantarse de la mesa el segundo, Hand le dice: Haced justicia juez, haced justicia; a lo que fríamente Holmes responde: mi trabajo no es hacer justicia, sino aplicar el Derecho.

En consecuencia, creemos que no deben los jueces, llevados por un romanticismo vacuo, hacer tabla rasa de las elementales reglas que deben concurrir para hacer una persona responsable del daño, sacrificando incluso derechos constitucionales a pretexto de sobreproteger al damnificado.

Por ultimo diremos que el principio *pro victimae*, trae las siguientes consecuencias:

1. Ensanchamiento de la legitimación pasiva, al ser responsable no ya quien ha actuado dolosa o culposamente, sino todos aquellos que han intervenido en la actividad que genero el daño.

2. Favorabilidad en la interpretación o aplicación de las normas por parte de la magistratura. Es evidente que bajo este esquema, estamos ya alejados de las normas rígidas de interpretación legal heredadas de la escuela de la exegesis que nos trae el artículo 18 del Código Civil, en las que si bien encontramos en las dos últimas, una referencia a equidad natural y a los principios generales del Derecho, son subsidiarias, es decir, fallando la interpretación conforme a las reglas precedentes, tiene permitido

el juez echar mano de la equidad natural, a los principios generales del Derecho podrá acudir siempre y cuando no exista ley. Concluimos entonces que, este principio no es propio de una interpretación legal, sino propio de una interpretación constitucional, cuestión que ilustra la fuerte injerencia de las teorías constitucionalizadoras del Derecho Privado. En efecto, en el artículo 3 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, vemos como el legislador insta a los jueces a interpretar la ley, no en su sentido literal, sino en el que más se ajuste a la constitución en su integralidad, de haber varias interpretaciones, aplicara la que más favorezca a la vigencia de los derechos.

1.2.3 El actual Derecho de Daños: Una perspectiva de Derecho Comparado

Recorridas que han sido las dos grandes etapas evolutivas de la disciplina, llegamos a una tercera y final que consideramos es por la cual actualmente está atravesando la materia. Hemos hecho ya en buena medida, referencia a la transición de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, por lo que describiremos acá, de manera sumaria, las tres características que consideramos son la carta de presentación del actual sistema, siendo estas las siguientes:

1.2.3.1 Un Derecho Privado Constitucionalizado

Comenzaremos citando un pasaje de la obra ya citada de Fernando Ubiria: “A partir de la mitad del siglo pasado, ya con norte enfocado en alcanzar tales elevados fines, se empezó a cuestionar la clásica y tajante división entre Derecho Público y Derecho Privado, pues ya no se lograba contener una realidad social cada vez más compleja. El interés general y la justicia distributiva dejaron de resultar patrimonio exclusivo del Derecho Público. A su vez, es claro que los nuevos desafíos conforman áreas que exigen conocimiento horizontal del derecho, que se desentienden de artificiosas clasificaciones.” (Ubiria, 2017)

En la introducción de esta importante obra, el jurista argentino describe como ésta férrea división entre Derecho Público y Privado, se volvió insostenible para regular las relaciones jurídicas, dejando atrás un viejo dogma según el cual la constitución rige y tiene indiscutible aplicación en el Derecho Público, mientras que el Código Civil mantiene supremacía excluyente en el ámbito del Derecho Privado. Este proceso no fue nada espontaneo, al contrario, fue el resultado de una compleja mutación desde la teoría misma del Estado, hasta la teoría general del Derecho. Nos referimos a la transición de un Estado Legal a un Estado

Constitucional. Algunos autores como Bertrand Mathieu, hacían eco de esta división entre lo público y lo privado, remarcando sus inconciliables diferencias de esta forma:

Derecho Publico	**Derecho Privado**
Verticalismo	Horizontalismo
Ley	Autonomia de la voluntad
Justicia Distributiva	Justicia Conmutativa

La evolución hacia un Derecho Privado influido por las ideas del Derecho Público, tendría un punto de partida con la crisis del positivismo jurídico marcada por los juicios de Nuremberg, donde los autores de crímenes contra la humanidad actuaban conforme a la ley, sin embargo, se consideró que el Derecho no se agota ahí. Trascendiendo el análisis al campo de moral, los juzgadores declararían que, si bien los autores actuaban conforme a la ley, no lo hacían conforme a Derecho. El principio de Radbruch "La injusticia extrema no es Derecho" se convirtió en una clausula ultima de validez jurídica, superando el concepto formal de vigencia que únicamente supone haber cumplido los pasos que establece la constitución para expedir la ley.

Nuestro Código Civil recepta aquella división entre lo público y lo privado, pues la regla general de técnica legislativa es el casuismo, haciendo caso omiso de los principios generales, más relacionados con el Derecho Público. También notamos una marcada tendencia a proteger la propiedad, dejando a la persona relegada a segundo plano. Sin embargo, no es reprochable este defecto a Andrés Bello, pues se plasmó con brillantez supina los ideales de la época heredados del *code* francés. Hubiera sido un dislate para los juristas coetáneos a él, concebir siquiera un Derecho Privado constitucionalizado, dado que la constitución no era más que una norma programática que plasmaba ideales utópicos a los que el Estado debería aspirar. El rígido concepto clásico de soberanía, concebía al poder legislativo como la expresión genuina de la voluntad del pueblo, la idea de poder constituyente que se tenía era la del poder constituyente derivado cuya titularidad recaía en el parlamento y que supone ajustar la constitución a la ley (no viceversa), pues la constitución no tenía fuerza normativa. Bajo este esquema entonces

nuestra legislación civil lejos está de plasmar los ideales que actualmente se pregonan en doctrina y jurisprudencia a nivel mundial, basta para ello analizar el artículo 1 del Código Civil nuestro y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. El nuestro es una apología del legalismo y el poder parlamentario, donde la constitución únicamente está concebida en sentido formal; mientras que el mismo artículo del Código argentino se lee: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a Derecho." (Argentina, 2016)

La diferencia salta a la vista. En el caso argentino, se considera a la Constitución y tratados de Derechos Humanos como fuente directa para resolver los casos, no únicamente la ley, se aleja del sentido literal de la norma para dar relevancia al método teleológico y, asimismo, una lectura más pormenorizada nos permitiría llegar a la conclusión de que se trata de un código principialista con fuerte contenido axiológico.

Siguiendo esta lógica, la magistratura argentina ha dejado en claro el papel que hoy en día juega la constitución en las relaciones privadas. En el caso (Fundación de Mujeres en Igualdad Vs. Fredo) condeno a la empresa demandada, que durante todos sus años de ejercicio contrataba solo personal masculino, a contratar durante un tiempo solo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. La corte razono: "La prohibición de discriminar, al momento de la contratación a un trabajador, constituye un límite a la libertad de contratación que garantiza la Constitución Nacional, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro, predicable para el hombre y la mujer, así como rechazar otros criterios que aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno u otro sexo." Esta sentencia plasma lo que se debe entender por Derecho Privado constitucionalizado, el mismo que supone un dialogo de fuentes entre las clásicas ramas en las que se ha escindido el Derecho Objetivo y en el que sus normas se encuentren iluminadas por los principios constitucionales, los mismos que son a su vez fuente jurídica directamente aplicable para la regulación de las relaciones civiles.

Centrando nuestro análisis al Derecho de Daños, la influencia de este fenómeno se traduce principalmente en la adopción del criterio de la reparación integral, como consecuencia del acaecimiento de un ilícito civil. Este concepto es complejo y su análisis ameritaría un número

de páginas que superarían el límite que nuestro tema nos impone, sin embargo, daremos cuenta de la siguiente definición que proporciona la Corte Interamericana sobre reparación: "La reparación es el termino genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad Internacional en la que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular medidas administrativas, en la devolución dela honra o dignidad, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, la reparación adquiere una forma de indemnización pecuniaria (…) ésta también puede tener el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos."

En el caso de nuestro país, existen límites infranqueables en justicia ordinaria que impedirían aplicar el estándar de reparación integral en su plenitud. La rigidez del principio *"sententia debet ese conformis libelo"* plasmado en el artículo 92 del COGEP, bajo cuyo imperio los tribunales y jueces de instancia no pueden resolver ni conceder más allá de aquellos puntos sobre los cuales se ha trabado la Litis, so pena de incurrir en el vicio *extra o ultra petita*, se constituye en el dique que impediría obtener reparación integral en una demanda de daños incoada en esta vía. La Corte Nacional ha sentado precedente al respecto en la sentencia del caso Maria Aguinda Salazar y otros vs. Chevron Corporation. Este caso, sin embargo, analiza los daños punitivos como componente del quantum indemnizatorio pero que persiguen otra finalidad. A pesar de ello, creemos que la lógica seria también aplicable para la reparación integral, no pudiendo el operador jurídico interpretar de manera extensiva el artículo 2229 que manda a reparar al hechor los daños irrogados al damnificado. En pocas palabras, no se podría extraer el principio de reparación integral del artículo mencionado. La corte razono así: "Se consagra en el Código Civil ecuatoriano la reparación a la víctima, mas no se ha establecido medidas ejemplificativas que puedan justificar el aplicar precedentes o jurisprudencia de otras legislaciones como es la americana. De ahí que, como bien mencionan los doctrinarios, donde no dice la ley, no le es dado al juez."

Otro es el panorama en la justicia constitucional. En este caso el actor en una demanda de daños, si podría obtener la reparación integral de los derechos que le han sido vulnerados, (art. 18 LOGJCC) además el demandado puede ser también el sector privado vía acción de protección, en los casos que establece el artículo 41 # 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Evidentemente la acción de protección no es la única alternativa por la que el

sector privado puede ser accionado, siendo además posible hacerlo a través de una acción de habeas data, habeas corpus y, excepcionalmente, vía acción de acceso a la información pública. (art. 47 LOGJCC) Sin embargo, tratándose de vulneración a Derechos Constitucionales que deben ser reparados, si será la vía más idónea a tal efecto. En este sentido, resulta imperativo tener en mente que la vía constitucional está únicamente diseñada para casos en los que exista vulneración de derechos constitucionales de por medio, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿hasta qué punto un incumplimiento obligacional o daño extracontractual podría generar vulneración de Derechos Constitucionales?, ¿quién establece los límites entre la dimensión constitucional y la dimensión legal de un derecho? Esfuerzos han sido hechos por la doctrina, un ejemplo elocuente lo constituye la doctrina del contenido esencial, esfuerzos loables que merecerían ser estudiados a profundidad a efectos de hacer un uso ético de la vía constitucional para demandas de daños y perjuicios, ya provengan estos de un incumplimiento obligacional o de la vulneración al genérico principio *"alterum non ladere."*

Para terminar este punto, daremos cuenta de una doctrina que ha intentado atenuar los componentes de la reparación integral y la consideramos aplicable en la justicia ordinaria para la reparación del daño, es la llamada doctrina de la reparación plena. Tomas Hutchinson explica su alcance diciendo: "La reparación plena se trata de la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienes sus propias reglas para asignar responsabilidad a cada uno de los sujetos, ya sea para excluir el derecho a la reparación en el todo o con relación a ciertos daños, para modular los factores de atribución, para moderar la reparación. Indemnizar no quiere decir dejar indemne." (Hatchinson, 2017)

Nos adherimos totalmente al criterio del autor citado. En pocas palabras, consideramos que la reparación plena considera todos los elementos que cada uno de los ordenamientos jurídicos tiene, con base en los cuales, el juez debe establecer el quantum indemnizatorio. Advertimos al respecto que las categorías indemnizatorias que nuestro código reconoce son dos: daño emergente y lucro cesante, ambas de carácter exclusivamente patrimonial, sin perjuicio de esto, la doctrina ha reconocido también a la perdida de chance como categoría indemnizatoria de carácter patrimonial.

1.2.3.2. Acercamiento de las orbitas clásicas de responsabilidad

Desde el Derecho Romano se planteaba la clásica división entre las dos orbitas en las que opera un fenómeno dañoso: La contractual y la extracontractual. Respecto de la primera, las partes

están vinculadas por una relación jurídica preexistente, cuyos términos han sido claramente estipulados por ellas, de manera que cada una conoce de antemano la conducta prestacional que debe desplegar. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual la obligación se genera producto de la transgresión a un principio general y abstracto que es el *alterum non ladere*, de manera que las partes no conocen un deber de conducta a desplegar, así como tampoco han estado vinculados previamente.

Otro sector de la doctrina se ha decantado por la teoría de que en ambos casos, el deber de reparar surge de un hecho ilícito, por lo que la distinción es engañosa y deben ser las mismas regla aplicables para cada una.

Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que nuestro Código Civil si establece ciertas diferencias bien marcadas para cada ámbito, por ejemplo, la teoría de la tripartición de la culpa (levisima, leve y grave) tiene aplicación solamente en el ámbito contractual, no así en el extracontractual. En cuanto a las consecuencias indemnizables: Para la esfera contractual, si se puede imputar dolo al deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, si no se puede imputar dolo, es responsable únicamente de consecuencias que se pudieron haber previsto. Para la esfera extracontractual, es responsable el deudor, aun si es por culpa, de todas las consecuencias que se han desencadenado del cometimiento del ilícito civil.

La tendencia actual del sistema se caracteriza por una concepción unitaria del fenómeno dañoso. La rígida división entre responsabilidad contractual y extracontractual, pierde fuerza, pero no por eso decimos que están confundidos totalmente, existen ciertas particularidades que hacen que cada una tenga unicidad teórica, sobre todo en el aspecto causal. La aludida tendencia a la unificación, fue asumida en primer lugar por la jurisprudencia francesa que en un caso interesante resolvió que el principio *alterum non ladere* no es exclusivo del ámbito extracontractual, sino está implícito en la órbita contractual, específicamente en el contrato de transporte, dando lugar al nacimiento del factor objetivo de atribución conocido como "obligación de seguridad". En el año 1911, la Corte de Casación estableció que la obligación de seguridad estaba presente en el contrato de transporte, toda vez que el transportador se obligaba no sólo a realizar el traslado de un pasajero de un lugar a otro, sino que además debía hacerlo preservando la indemnidad en su persona y sus cosas (*alterum non ladere*). Por lo mismo, si durante la ejecución de ese contrato se le causa un daño, queda el deudor obligado a

responder por el daño, debido al incumplimiento de la obligación de seguridad, aun si el pasajero llegase eventualmente al destino acordado.

Bajo esta lógica, el Código Civil argentino recepta la unificación estableciendo en el artículo 1716 que la reparación de un daño puede provenir del incumplimiento de una obligación o la violación del deber de no dañar a otro. A partir de esta norma, todo el sistema se construye con base en una concepción unitaria del daño. A efectos de ilustrar, citamos además el siguiente artículo: 1767.- "El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por los alumnos menores de edad. Cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar."

Al sostener que el establecimiento responde por los daños sufridos, se refiere a la responsabilidad contractual que une al establecimiento con los padres del menor. Al establecer que responde por daños causados, se refiere a la responsabilidad por el hecho de los menores, cuando irroguen un daño a terceros, es decir, daño aquiliano.

Se requeriría un esfuerzo para plasmar esta unidad del daño en nuestro caso, donde las dos orbitas están rigurosamente separadas y, además, mantienen diferencias irreconciliables.

1.2.3.3. Tendencia a la objetivación de la Responsabilidad Civil

Es la última característica con la que, a nuestro criterio, se identifica un sistema de responsabilidad civil acorde con la doctrina que ha se venido desarrollando respecto de esta materia.

La tendencia a la objetivación va en sincronía con la actual concepción del sistema que hace énfasis en el daño y protección a la víctima. En este sentido, los factores de atribución objetivos son los que dominan el panorama de atribución de responsabilidad. Así entonces en el ámbito contractual se diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, en este último caso la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento es objetiva, lo cual ha dado lugar al surgimiento de la obligación legal de garantía y el deber de seguridad. Estos factores se aplican en los casos donde más frecuentemente surgirán relaciones civiles, es decir, en el contexto de una relación de consumo. En el ámbito extracontractual tenemos: el riesgo de la cosa, el vicio de la cosa y, la que será materia de detallado análisis de nuestra parte, la responsabilidad por actividades peligrosas. La consecuencia es que la culpa ya no es ni necesaria, ni suficiente para atribuir responsabilidad como lo era antes y lo es aún en nuestro sistema. Tampoco se trata de

que hoy es el riesgo el que ha destronado a la culpa, simplemente se les otorga el lugar que deben ocupar dentro del esquema general del deber de responder, son factores de atribución. El estudio del daño se impone como consecuencia de colocar a la víctima en el centro del sistema.

En este sentido, el panorama resulta desafiante para nuestra legislación civil, pues sus reglas del siglo XIX no regulan de manera eficiente las relaciones privadas que surgen en el contexto actual. La apología del legalismo, la interpretación legal estricta, la displicencia a los principios, la supremacía de la culpa, son algunas características obsoletas de nuestro sistema para cuyo remedio están los juristas y, sobre todo, la academia, desde cuyos saberes deben surgir proyectos de reforma que, sustentados en fundamentos teóricos, sean técnicamente idóneos para alcanzar los objetivos que hoy persigue el Derecho de Daños.

CAPITULO II

PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL DEBER DE REPARAR

> **"**La protección de los derechos esenciales del hombre es la poesía del Derecho, visto de esa forma todo queda en poesía. Actualmente el jurista tiene que interesarse de modo inexorable por la norma constitucional, para interpretar sistemáticamente la norma de Derecho Privado. La norma constitucional es una auténtica norma jurídica de carácter operativo, no una vacua declaración de buenas intenciones, por lo tanto, dicha norma debe ser aplicada de forma directa e inmediata. Visto de esa forma, la poesía pasara a convertirse en una realidad".

Joaquín García Morillo, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia, España.

2.1 Introducción

Una vez recorridas las etapas por las cuales ha transitado la disciplina, procederemos a analizar disyuntivamente los elementos que deben concurrir para que surja el deber de reparar a cargo del dañador, de entre los cuales destaca por su importancia el daño. Bajo el esquema anterior, el propio rotulo de este capítulo se analizaba en doctrina bajo el título "elementos constitutivos de responsabilidad civil" y la culpa era el elemento que se describía con mayor recaudo, pues en su derredor giraba todo el sistema de responsabilidad civil. Hoy la cuestión primordial es reparar a la víctima (no sancionar al hechor) del daño injustamente sufrido (no daño injustamente causado). Es por ello que un estudio pormenorizado del daño se vuelve trascendental, a efectos de un correcto entendimiento y aplicación del sistema que hemos venido proponiendo. En su laureada tesis doctoral titulada "La atipicidad del acto ilícito civil y el daño injusto", el profesor Calvo Costa describe lo dicho con las siguientes palabras: "El fundamento de la responsabilidad civil ya no es el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta. El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual girará aquel, siendo esencial su presencia y su falta de justificación para que proceda la reparación del perjuicio". (Costa C. C., 2008)

Empero, el análisis que debe hacer el juzgador no se agota allí, junto con este es necesaria la convergencia de otros presupuestos importantes que deben ser verificados en el caso concreto. En este sentido, la culpa es solamente una especie dentro de un marco general de factores de atribución, en cuyos confines comparte vigencia con factores objetivos que cada vez toman más fuerza en los daños. A partir de este punto, nos acometeremos al análisis de cada presupuesto en sincronía con el marco general que hemos descrito en el capítulo anterior, dentro del cual hoy se inserta nuestra materia.

2.2 El Daño Resarcible

2.2.1 Aspectos Generales

El daño ha sido definido de manera general como aquel detrimento, perjuicio, dolor, menoscabo. Una concepción jurídica del daño tiene, sin embargo, un alcance mucho más limitado, toda vez que el Derecho únicamente se ocupa de aquellos daños que tengan relevancia jurídica, siendo necesario dos elementos a tal efecto: 1.- El elemento material o sustancial constituido por el hecho físico. 2.- Un elemento formal proveniente de la norma jurídica, representada por la reacción del ordenamiento como consecuencia del desequilibrio provocado por la alteración perjudicial del interés tutelado. (Lago, 2011) De estos elementos, el primero se limita a un análisis naturalista o material, de existencia ontológica del daño. El segundo es aquel que merece analizarse desde un hontanar jurídico.

"Aquello que el Derecho tutela, el daño lo vulnera." Partiendo de esta premisa es necesario indagar a fondo sobre aquello que realmente protege el Derecho Objetivo, pues sobre la base de lo tutelado se establece los límites del daño, convirtiéndose este segundo elemento en una especie de dique que impide reparar aquel que no es daño jurídico, juridicidad que viene dada por aquello que las normas de Derecho Objetivo protegen. En este sentido diríamos que el segundo elemento al que nos hemos referido cumple una función demarcatoria en dos sentidos: 1.- Estableciendo que daños tienen relevancia jurídica. 2.- Determinar cuáles son los límites de la reparación que el daño jurídico amerite. Desde esta perspectiva, Calvo Costa sostiene con acierto: "En el fondo se trata de establecer los límites del daño reparable, puesto que, desde el punto de vista jurídico, la separación entre el significado del daño y su reparación, es un ejercicio puramente teórico, dado que el daño que interesa a los juristas, es el daño resarcible." (Costa, 2016) Con esta lógica podemos sostener que desde un punto de vista práctico, daño es sinónimo de reparación, su diferencia es solo relevante teóricamente.

Dicho esto, explicaremos aquí dos teorías que han sido acogidas con gran beneplácito entre la doctrina y tratan de explicar precisamente aquello que el Derecho protege, siendo estas las siguientes:

- **El Daño como violación de un derecho subjetivo**

Según esta teoría, el daño resarcible o jurídico es aquel que lesiona un derecho subjetivo. A su vez, definen al derecho subjetivo como "el conjunto de facultades que corresponden al individuo y que este puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen." (Agoglia, 2011)

Esta doctrina diferencia daño y perjuicio. Daño patrimonial es cualquier menoscabo que impida o limite la posibilidad de ejercer las facultades que las normas le otorgan al titular del derecho subjetivo. Perjuicio son las consecuencias que sufre la víctima de ese daño, siendo estas las que indemniza el Derecho Civil, pues existe daño resarcible, en la medida que se configura un perjuicio al patrimonio material o inmaterial de la víctima.

En el caso del patrimonio material, daño y perjuicio se confunden, pues un menoscabo a un bien o derecho (daño), constituye a su vez un perjuicio debido a que mi patrimonio es menor en términos cuantitativos, siendo así resarcible tanto la cantidad en la que mi patrimonio se vio disminuido, cuanto la cantidad que razonablemente esperaba obtener en un futuro, si el daño no me hubiere privado de la posibilidad de ejercer mis facultades sobre el bien o derecho dañado.

Por otro lado, el patrimonio inmaterial está formado por aquellos bienes que no tienen valor dinerario, como la vida, la libertad, la estabilidad psicológica, espiritual, etc. Este patrimonio se puede ver afectado, según esta teoría, por el daño moral, entendiéndose por este el *pretium doloris* (precio del dolor). En la doctrina francesa, los hermanos Mazeaud distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral «que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración», y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral «que alcanzan al individuo en sus afectos», se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida. Consideran que al Derecho le interesan primordialmente los primeros, los segundos son indemnizables excepcionalmente.

En este caso, daño y perjuicio son perfectamente distinguibles. El daño a un bien extrapatrimonial (como la integridad corporal) será indemnizable en la medida que este genere perjuicios, ya sea en la esfera patrimonial (no pudo continuar ejerciendo sus actividades laborales) o en la extrapatrimonial (angustia, depresión, etc.)

Este es el marco teórico dentro del cual creemos se circunscribe nuestro Código Civil. En el artículo 2215, el código regula lo inherente a la legitimación activa para demandar daños, siendo básicamente el titular de un derecho subjetivo, por lo tanto, es necesario que el derecho sea adquirido, es decir, este dentro del patrimonio del afectado, ya sea por título mortis causa o inter vivos. Asimismo, aquel que tiene la obligación de responder por la cosa dañada, ora por derecho personal (arrendatario, acreedor anticrético, comodatario) ora por derecho real

(usufructuario, acreedor prendario, habitador) puede demandar, pues ello generaría un daño al patrimonio del demandante conformado también por obligaciones. En consecuencia, lo que la disposición normativa protege es el patrimonio material del titular.

De igual manera en el artículo 1572 se establece que la indemnización comprende daño emergente y lucro cesante, siendo esta última categoría indemnizatoria la consecuencia futura y razonable que produce la lesión a un derecho patrimonial adquirido. Es digno de resaltar que ambas categorías indemnizatorias de las que nos habla el código, corresponden únicamente a un componente material de la reparación, lo que resalta el sentido patrimonialista del código.

En cuanto al daño moral, también consideramos que nuestro código lo concibe como *"pretium doloris"*, (la jurisprudencia muchas veces no la ha entendido así) siendo por lo tanto indemnizable el precio del dolor que sufra la víctima en su fuero interno, en sus sentimientos o psiquis (art. 2231). Esta teoría ha sido fuertemente criticada por la doctrina en el sentido de que ella atiende únicamente a las consecuencias que el hecho ilícito produce (el perjuicio). Miguel Martin-Casals comenta: "Así, si un daño corporal que afecta solo como dolor físico, no debiera concurrir indemnización por daño extrapatrimonial, pero si este además genera un dolor psíquico, deberá ser considerado como un comportamiento que, imputable al demandado, genere un daño no patrimonial y por el que corresponderá en consecuencia resarcimiento". (Martin-Casals, 2011) Ciertamente bajo la óptica del *pretium doloris* existe daño moral siempre que se demuestre que han existido consecuencias del actuar ilícito (perjuicio). Por lo tanto, una lesión que afecte el bien extrapatrimonial "integridad corporal", no es un daño moral en sí mismo, sino en la medida que se demuestren las consecuencias que este hecho ha producido en el fuero interno de la víctima, en cuyo caso la indemnización será, de igual forma, netamente patrimonial.

Hoy en día esta teoría se ha sido descontinuada en la doctrina, toda vez que el Derecho Privado no se ocupa primordialmente del patrimonio sino de la persona. Por lo mismo, la reparación (o indemnización) no debe ser solo de naturaleza crematística, ya que la persona no es solo patrimonio. En cuanto al daño moral, se lo considera únicamente una especie dentro de la categoría amplia del daño extrapatrimonial, en la que se tutela bienes jurídicos que no tienen la naturaleza de patrimoniales como la vida, la integridad física, integridad psicológica, etc. En tal virtud se considera que la lesión a cualquiera de ellos, es un daño en sí mismo y por lo tanto digno de indemnización en caso de menoscabo; si producto de este se afecta otros derechos (patrimoniales o extrapatrimoniales) existe una pluralidad de daños. De igual forma existe una

legitimación amplia que permite demandar por daños extrapatrimoniales a victimas indirectas. Como consecuencia de todo esto, se han ampliado la categoría de daños extrapatrimoniales, donde el daño moral es solo una especie más junto con otras como el daño estético, daño al proyecto de vida, daño biológico, etc.

En resumen, diremos que la regla general en nuestro Código Civil es la tutela de derechos subjetivos de carácter individual.

- **El Daño como violación de un interés jurídicamente tutelado**

Esta teoría es la que actualmente se propugna entre la doctrina calificada sobre la materia. Ella ubica al interés humano en el centro de la tutela jurídica, siendo este un concepto más amplio que nos permite extender los confines del daño resarcible. Considera entonces que el daño es la lesión a intereses jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales. Calvo Costa, partidario de esta teoría, explica con lucidez el objeto de protección de la siguiente forma: "Por interés jurídico entendemos que es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados. (…) por bien entendemos todo aquello que puede satisfacer una necesidad, pudiendo ser cosas, derechos, el propio cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, etc. El interés no es más que esa relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad, y el bien apto para satisfacerla." (Costa, 2016)

De esta forma, los derechos subjetivos pasan a ser solo una parte de lo tutelado, no lo único tutelado. Ciertamente el derecho subjetivo sirve para satisfacer un interés humano, pero junto con él, aquellos intereses que no están amparados bajo la forma de un derecho subjetivo, sirven a tal efecto. Por lo tanto, al Derecho no le debe ser indiferente el menoscabo de estos últimos.

En este punto es necesario entonces establecer cuáles son esos intereses dignos de tutela que no tienen la etiqueta de derechos subjetivos. Marcelo López Mesa al analizar una norma del Código argentino que regula el daño resarcible (1737), sostiene "A tenor de esta norma, debe trazarse una gradación descendiente del derecho al resarcimiento que arranca en el derecho subjetivo, sigue por el interés legítimo, luego contempla el interés simple y termina con la mera facultad o tolerancia y la simple expectativa." (Mesa, Curso de Derecho de las Obligaciones, 2017) Dentro del Derecho Administrativo se ha analizado copiosamente respecto de la diferencia que existe entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, aclarando esto por si queda alguna duda del influjo del Derecho Público sobre el Derecho Privado. Al respecto, Rodolfo Carlos Barra escribe un interesante artículo titulado "La Situación Jurídica del

Administrado", en el describe las teorías que se han esgrimido para diferenciar estos conceptos. Entre ellas, la que nos parece más ilustrativa es la que explica estos conceptos a partir de una distinción entre las normas.

Al respecto sostiene: del examen del conjunto de normas que constituyen el Derecho Administrativo, aparece la existencia de dos clases distintas:

a) Unas que han sido dictadas para garantizar, frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales.

b) Otras que no han sido dictadas con esta finalidad, sino fundamentalmente para garantizar una utilidad pública.

Las primeras reciben el nombre de "normas de relación", las segundas "normas de acción." Las normas de acción se refieren a la organización, contenido y procedimiento que ha de presidir la acción administrativa; imponen, por lo tanto, una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo del que sean titulares determinados individuos.

El respeto de estas normas de acción, puede tener interés para algún administrado que no haya adquirido derecho alguno, pero que aspira a adquirirlo en la medida que se respete en marco de legalidad de actuación administrativa. De igual forma, podemos decir que los administrados en general, tienen interés por una buena marcha de la administración púbica, sin contar a priori con la protección del ordenamiento jurídico. En el primer caso estamos ante un interés legítimo; en el segundo, ante un interés simple.

Javier Tamayo Jaramillo se decanta también por esta doctrina, pero a partir de una noción amplia de derecho subjetivo. Rechaza el autor la definición de derecho subjetivo propuesta por Ihering como "interés jurídicamente protegido" y considera a este como "facultad jurídica de disfrutar de un determinado beneficio". Considera que solo existe derecho subjetivo cuando nos encontramos frente a un derecho personal o real. Sin embargo, existen situaciones jurídicas que, sin ser derechos personales o reales, conceden a los individuos la facultad de disfrutar de todos los beneficios que no han sido prohibidos por el orden jurídico. Para explicar esta situación propone el siguiente ejemplo: "Si se trata de un bosque que pertenecía a un particular, nada impide que, además de la acción del particular afectado, la colectividad reclame indemnización del daño colectivo por el deterioro del paisaje o del entorno." A nuestro

entender, derecho subjetivo es la facultad que una norma de derecho objetivo le proporciona a un sujeto de derecho, esta facultad forma parte del patrimonio de una persona y es jurídicamente exigible por medio de las acciones judiciales. En este sentido, a partir del ejemplo propuesto por Tamayo diremos que el interés por preservar el paisaje del entorno, es un interés de carácter simple pues no puede este interés configurarse en derecho subjetivo susceptible de ingreso al patrimonio. Por otro lado, si el dueño del bosque, se dedicaba a la venda de la madera que producía, la destrucción del mismo generaría un interés legítimo de la colectividad a la que la madera se vendía, dado que ellos tenían la aspiración de adquirir un derecho subjetivo (derecho de dominio) en la medida que se respete el marco de legal de actuación que prohíbe, erga omnes, causar daño a otro.

La intromisión de los intereses en la esfera jurídica del daño ha generado también debates en torno a cuándo deben ser estos resarcidos. Bueres sostiene que es digno de tutela el interés que resulta "licito y serio". Así, por ejemplo, cabe reconocer el derecho a la reparación patrimonial que sufre el sujeto ante la muerte de quien le brindaba alimento a pesar de no estar legalmente obligado, lo que constituiría, bajo la explicación antedicha, un interés simple por parte del alimentario. Pero esta explicación parece también quedarnos corta, el *European Group on Tort* Law trata de establecer estándares de resarcibilidad de los intereses, regula esta cuestión disponiendo las siguientes reglas: 1.- El alcance de la protección a un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y obviedad. 2.- La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad de una persona gozan de protección más amplia. 3.- La protección de intereses patrimoniales o contractuales puede tener protección limitada.

Es digno de resaltar el ultimo numeral, representa la superación drástica del modelo anterior. Así entonces, si al morir una persona el interés radica simplemente en que he perdido una herencia o la posibilidad de celebrar un contrato oneroso, es decir, un daño de carácter patrimonial, será excepcionalmente o nunca resarcido como interés. Pero si producto del deceso, se ha lesionado la estabilidad emocional u otro bien que no sea patrimonial, su reparación tendrá mayor juridicidad.

Para terminar, diremos que la injerencia del interés jurídico dentro de los confines del daño resarcible ha hecho patente la necesidad de superar la reparación netamente dineraria de las consecuencias del daño, sistema que aun contempla nuestro Código Civil. Como consecuencia de la ampliación del ámbito de protección del Derecho de Daños, se abarca no solo derechos

individuales, sino además derechos difusos. Siguiendo las palabras de Tamayo Jaramillo al analizar el ejemplo que hemos citado, explica: "En el ejemplo propuesto, si se disminuyeron los beneficios económicos del dueño del bosque y los beneficios ambientales de la comunidad, ambos daños son indemnizables. Pero ello no significa que la colectividad pueda cobrar el valor del bosque o que el dueño del bosque pueda cobra el valor del daño colectivo." (Jaramillo, 2011) Aunque existe una variedad de normas especiales a tal efecto, no vemos razón suficiente para excluir estos daños a intereses colectivos dentro del marco general del Derecho Civil de Daños. En el caso del ejemplo, la reparación de intereses vulnerados debería consistir, no en solicitar u ordenar reparación económica, sino en medidas de rehabilitación que tiendan a hacer efectivo el derecho constitucional de la naturaleza a la restauración (art. 72. CR) Así también acotamos que las acciones de clase o colectivas son las idóneas para la tutela jurídica de los intereses, ya que estos no siempre implican un derecho subjetivo cuya tutela se hace efectiva a través de las acciones individuales. Por ejemplo, todo consumidor tiene interés en que los productos y servicios ofertados por los proveedores cumplan con las características de calidad exigibles, en consecuencia, se franquea la posibilidad de una acción colectiva en el artículo 88 de la Ley de Defensa del Consumidor. De igual manera, toda persona tiene interés en vivir en un ambiente sano, por lo mismo el Código del Ambiente establece en el artículo 304 una legitimación difusa para las acciones que surjan de la vulneración a las normas de aquel código.

2.2.2 Requisitos del daño resarcible

No basta que un hecho haya vulnerado derechos subjetivos o intereses jurídicamente tutelados. Para que surja a cargo del demandado el deber de reparar, es necesaria la convergencia de los requisitos que analizaremos a continuación:

2.2.2.1 Certidumbre del daño

Tamayo Jaramillo sostiene que el daño material es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente, ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. Esta certidumbre se configura por la concurrencia de dos factores:

El fenómeno que lo genera debe haberse producido necesariamente. Es preciso que el responsable, con su acción u omisión, por sí mismo o por interpuesta persona, cosa o actividad que este bajo su responsabilidad, haya desatado una cadena de mutaciones en el mundo

exterior, cuyo efecto va a ser la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima. (Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II , 2016)

A efectos de configurar la certidumbre del daño, además del fenómeno, debe el juzgador formarse una apariencia de idoneidad respecto a la causalidad de este con relación a aquel. No decimos que el juzgador debe en este punto decantarse por alguna teoría de la causalidad, sino simplemente el fenómeno debe parecerle, prima facie, idóneo para generar aquel resultado dañoso.

La certidumbre del daño, sin embargo, no puede ser jamás absoluta, la relación es inversamente proporcional al tiempo, es decir, a medida que las consecuencias del fenómeno causal se prolonguen, menor será la certeza que tengamos respecto de las mismas. En consecuencia, el daño pasado y presente darán al juzgador la certeza casi infalible de su certitud, dado que se encuentran cronológicamente más enlazados con el fenómeno causal. En el daño futuro la cuestión se presenta de problemática resolución debido a que este también es indemnizable en la medida en que se configure como más o menos certero. Al juzgador le corresponderá catalogar a un daño futuro como cierto o hipotético con base en la sana critica. No obstante, la doctrina ha propuesto algunas interesantes teorías a tal efecto, cuya mención no podemos soslayar.

- <u>Daño Eventual y Daño Virtual</u>

Tamayo Jaramillo sostiene: “El daño futuro es indemnizable, aunque no hay certeza absoluta de su realización, a condición de que aparezca como virtual y no como una mera eventualidad.” (Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2011) La probabilidad va a determinar que un daño se catalogue como lo uno u otro.

Para establecer entonces la virtualidad y, por lo tanto, resarcibilidad de un daño futuro, el juzgador tendrá que analizarlos desde una óptica abstracta, abstrayendo mentalmente el fenómeno dañoso del curso de normal de acontecimientos. Desde esta perspectiva, una situación será daño virtual cuando el curso normal de los acontecimientos hubiere hecho bastante probable que suceda, si tal situación no hubiere sido frustrada por el daño. Por otro lado, el daño será eventual o hipotético cuando aún en el acontecer normal de los hechos, resulta bastante improbable que una situación se produzca.

Explicaremos estos conceptos proponiendo el siguiente ejemplo: Un estudiante de tercer año de Medicina sufre una lesión que anula su capacidad laboral. Demanda al dañador perjuicios futuros valorados con base en expectativas que tenia de, al graduarse, percibir un salario tres veces superior al básico unificado.

Sobre la base de las teorías del daño eventual e hipotético podríamos concluir que, colocándose el juzgador en una perspectiva abstracta valoraría lo probable o no que un estudiante de tercer año de medicina se llegue a graduar, lo que nos parecería sensato tenerlas como altas o incluso bastante altas. Una vez graduado, es evidente que tiene mayor probabilidad de percibir un salario superior al básico, por lo que $1182 como remuneración mensual, nos parece razonable en un profesional. La conclusión sería entonces que las pretensiones del actor se configuran como daño virtual y son por lo tanto indemnizables.

No sería la misma conclusión si el estudiante esta en clases preparatorias (propedéutico) y aspira entrar a la carrera de medicina. En ese caso nos parece menos probable que un estudiante promedio ingrese a estudiar, lo que volvería al perjuicio futuro en hipotético, sin que esto impida al juzgador, con base en la equidad, calcular el perjuicio futuro considerando la probabilidad de que un bachiller podría aspirar al salario básico unificado.

A este respecto es importante recordar que los jueces tienen facultades soberanas de valoración probatoria conforme a su sana crítica y a la ley, por lo que mientras sujeten sus conclusiones a los principios de la lógica (no contradicción, tercero excluido, razón suficiente) no existe motivo para impedir que el magistrado haga una valoración en concreto a fin de determinar la virtualidad o no de un daño. Por lo tanto, otra podría ser la conclusión si el valorador decide decantarse por esta opción, en cuyo caso considerara las aptitudes, valores o características particulares del demandante en específico, a fin de establecer la resarcibilidad o no del daño futuro.

Existen algunas teorías que han supeditado la resarcibilidad del daño futuro a la condición de que el mismo sea cuantificable, susceptible de valoración inmediata, valoración que debe hacerse al momento de sentenciar. No compartimos sin embargo esta posición, la nuestra es que el juzgador puede, en caso de duda sobre el monto del daño futuro, establecerla conforme a la equidad recurriendo una vez más a su sana critica al momento de valorar las pruebas aportadas por las partes. Juan Francisco González Freire al respecto manifiesta: “(…) basta conque el juez tenga la íntima convicción de la certeza del daño y, con base en las pruebas del

proceso, fije una indemnización equitativa acorde a la intensidad y duración del daño. Cuando estos dos elementos son de imposible obtención a la hora del fallo, el juez fija una renta provisional y deja para un incidente posterior la liquidación del daño futuro cuando ya este sea susceptible de evaluación". (Freire, 2018)

La última opción que propone el jurista argentino merecería un detallado análisis a la luz de las normas adjetivas que resulten aplicables, sin embargo, la doctrina de la cosa juzgada formal y material parece apropiada para solventar una resolución judicial de este tipo, teniendo la primera resolución un efecto de cosa juzgada formal, mientras que la segunda ya tendrá efectos de cosa juzgada material.

La equidad por su parte, será siempre una opción confiable en el criterio de jueces que la sepan aplicar con sensatez y templanza.

En cuanto a la certidumbre del daño moral, es evidente que el juzgador si bien puede verificar ontológicamente el fenómeno que ha dado lugar al daño, las consecuencias que el mismo ha producido en el fuero interno del damnificado no son susceptibles de tal verificación. Para dar una solución a esta situación, nuestra jurisprudencia ha acogido la doctrina conocida como *res ipsa loquitor*. Esta locución latina se traduce como "las cosas hablan por sí solas" puede recurrirse a ella no solo para probar daño moral, (o más bien perjuicio) sino también para probar negligencia del demandado en el daño material (culpa virtual). La Primera Sala de lo Civil y Mercantil explica el alcance de esta doctrina, en el daño moral, con estos términos: "El daño moral no requiere de una prueba específica, porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son susceptibles de demostración objetiva; por eso el damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias que rodean al hecho ilícito, de los cuales el juzgador pueda inducir la existencia de sufrimientos psíquicos nocivos".

2.2.2.2 El Perjuicio debe ser Personal

En principio, el único legitimado para incoar una demanda de daños y perjuicios bajo nuestro sistema es el titular del derecho dañado, pues tal y como hemos dicho, la regla general es la tutela de derechos subjetivos de carácter individual. Esta regla tiene, sin embargo, una particular excepción en el daño contingente regulado en los artículos 2236 y 2237 de nuestro código. La escueta regulación de esta particular categoría de daño, lo torna en un concepto inasible, confuso y abstracto para nuestro Derecho Civil. Dumoulin respecto de las

obligaciones indivisibles decía: “No hubo ni hay en la universalidad del océano del Derecho, aguas más turbulentas, profundas y peligrosas que la inmensidad de lo divisible e indivisible.” Creemos que el panorama es el mismo al analizar el daño contingente, pero esta vez la causa no es su complejidad teórica, sino la falta de desarrollo legislativo y jurisprudencial al respecto.

El artículo 2236 establece: “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solo a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción”.

En primer lugar, la acción de daño contingente no tiene naturaleza resarcitoria sino netamente preventiva. Además, con esta acción lo que el legislador intenta proteger son intereses y derechos colectivos, en lugar de la protección a derechos individuales que brinda la acción resarcitoria.

El marco teórico general en el que se inserta el código, impide una comprensión y aplicación correcta del daño contingente; pues su articulado, inspirado en un sistema netamente patrimonial-individualista, no está orientado a una protección de intereses colectivos, sino de derechos subjetivos individuales. De la lectura de la primera parte de la norma se desprende que se intenta evitar la producción de un daño colectivo; en la segunda parte, se procura evitar un daño plural. Tamayo Jaramillo explica su diferencia: “Es preciso distinguir entre daños colectivos y daños plurales. Los primeros no afectan a particulares en concreto, sino a toda la comunidad, como cuando se destruye el paisaje o se atenta contra el buen nombre de una ciudad. Los segundos son aquellos que afectan a un número determinable de personas, como cuando un alimento enferma a 80 personas.” (Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II , 2016)

En el daño colectivo lo que se protege son derechos difusos que generan intereses simples por parte de sus “titulares”. En el daño plural, son derechos individuales afectados por un daño de dimensión colectiva. La evitación de estos, genera intereses legítimos por la comunidad afectada.

No creemos necesario abundar más al respecto, los daños por los que nuestro Derecho Civil se preocupa son los efectivamente ocasionados a derechos individuales. Es digno de reconocer la finalidad preventiva que persigue la acción por daño contingente, sin embargo, mientras no

exista cambios legislativos profundos que permitan acogerla, se vuelve un concepto disfuncional cuyo análisis no amerita mayor abundamiento.

En cuanto al daño no contingente, es decir, aquel efectivamente causado, la regla general es que únicamente el titular del derecho conculcado es quien efectivamente está legitimado para ejercer la acción resarcitoria, el articulo 2215 expresamente así lo establece. Esta norma se refiere exclusivamente a derechos reales, es decir, regula lo inherente a daños materiales. Bajo este esquema, todo aquel que mantenga con la cosa una relación de hecho, no se debe considerar legitimado para efectos de la aplicación de este artículo. El jurista colombiano analiza dentro de este marco la situación jurídica del usurpador, poseedor y el obligado a restituir la cosa.

Respecto del primero propone el siguiente ejemplo: "Si los tanques de un barco petrolero se rompen frente a una playa turística, o en un lugar donde numerosas personas vivían de la pesca marina, razón por la cual los pescadores o los dueños de los hoteles ven arruinados sus negocios por la contaminación del agua, todos ellos tendrán pleno derecho a pedir indemnización, sin que importe que las aguas, las playas y los peces que han sido contaminadas por las descargas de petróleo sean de propiedad del Estado".

No compartimos este respetable criterio. En primer lugar, la usurpación en nuestra legislación es una conducta antijurídica y penalmente relevante que protege derechos reales sobre bienes raíces, se encuentra tipificada en el artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal. Pero no solo esto que parece ser diferencia formal de legislaciones es lo que hace imposible considerar valido este criterio. Tal y como lo hemos dicho ya en varias ocasiones, el Código lo que protege son derechos y por más que este sistema nos parezca retrogrado y hayamos abogado en líneas antecedentes por la superación del mismo, creemos que mientras las condiciones legislativas no sean las idóneas, debemos ser respetuosos. Seria riesgoso y arbitrario, a pretexto de aplicación de principios constitucionales, pasar por alto la letra de la ley bajo las condiciones actuales de normatividad civil, por más loable que sea la finalidad del interprete. En consecuencia, para ilustrar este punto no parece menos conflictiva la situación de aquel que obtenga provecho de un terreno ajeno, en virtud del ejercicio de las facultades de mera tolerancia del dueño, situación regulada en el artículo 2399. En esta hipótesis, aquel cuyo ganado pastaba en terreno ajeno, sin duda goza de un beneficio no jurídicamente desaprobado, pero no por esto podrá demandar resarcimiento de los daños irrogados al terreno, por ejemplo, por una fábrica de productos químicos por cuya negligencia se ha filtrado residuos tóxicos

volviendo la tierra árida. Si podrá, sin embargo, pedir resarcimiento en caso de que su ganado, producto de haber injerido pasto contaminado, haya fenecido. Así como también es posible ejercer la acción de daño contingente, antes de que la fábrica de químicos comience a producir, en cuyo caso deberá solicitar medidas preventivas.

Otro caso que analiza este gran jurista es el del poseedor. Consideramos ya zanjada la milenaria discusión que la doctrina mantenía sobre la naturaleza jurídica de la posesión, actualmente se considera de manera casi unánime que esta es un derecho. Hernan Coello García fundamenta esta posición en el hecho de que la posesión es susceptible de transmisión en los términos del artículo 732 del Código Civil, el jurista cuencano explica: "Los artículos 751, 752 y 983 se refieren a la posibilidad inequívocamente regulada de que se transmita la posesión, lo cual afirma el criterio de que se trata de un derecho, porque la sucesión hereditaria es un modo de adquirir los derechos, no los hechos." (Garcia, 2010) Por lo tanto, no cabe duda que el poseedor podrá también demandar los perjuicios que le han sido irrogados, siempre y cuando este se encuentre poseyendo de buena fe, condición inherente al último de los requisitos del daño que será analizado en seguida.

Finalmente, respecto de aquel que tiene la obligación de responder por la cosa, la ley condiciona su legitimidad a la ausencia del dueño. Javier Tamayo Jaramillo entiende por ausencia el simple hecho de que el dueño no demande indemnización. También lo entendemos así, pues no parece razonable interpretar esta ausencia como desaparición física o ausencia geográfica. Lo que se quiere prevenir con esta limitación es que exista dos indemnizaciones por el mismo daño.

En esta hipótesis se genera una situación jurídica respecto del dueño y otra respecto del mero tenedor (por derecho real o personal). El primero siempre tendrá derecho para demandar el daño emergente que suponga el deterioro o perdida de la cosa dañada. El lucro cesante se generará si la relación jurídica que liga al dueño con el mero tenedor es de carácter oneroso. Así por ejemplo, la habitación, comodato, prenda o contrato de anticresis no producen, por lo general, ganancias a favor del propietario.

El segundo, tendrá derecho para demandar como daño emergente el valor de la reparación de la cosa misma siempre que el dueño no lo haga, el lucro cesante tendrá que analizarse en cada caso concreto. Debemos tener presente que en este caso existirá un contrato, testamento o una ley que imponga a este la obligación de restituir la cosa al primero en las mismas condiciones

en las que le fue entregada, por lo que habiendo reclamado el mero tenedor daño emergente por concepto del deterioro de la cosa, el dueño no podrá después reclamar al dañador por el menoscabo o deterioro de la cosa, pues tendrá expedita una acción en la órbita obligacional (mal llamada contractual) frente al mero tenedor. El mejor escenario seria aquel en el que demanden como Litisconsortes voluntarios tanto dueño cuanto mero tenedor por lo que a cada uno de ellos corresponda.

En lo que a la titularidad (o personalidad) de la acción por daño moral respecta, el artículo 2233 regula esta cuestión de manera categórica. El primer legitimado, como es lógico, la víctima o su representante legal, pero este último no a título personal.

En caso de imposibilidad física de la víctima, pueden demandar su representante legal, cónyuge o parientes hasta segundo grado de consanguinidad. Nótese que la partícula "o" denota un sentido excluyente que impediría legitimar a todos a demandar, por lo que entenderíamos que la disposición establece una suerte de gradación preferencial, que comienza con el representante legal y termina con los parientes. Lo que no queda claro de la lectura de la disposición es si en este caso pueden demandar a título personal, creemos que no es así, dado que una interpretación contraria tornaría inoficiosa la legitimación en caso de muerte de la víctima, por lo que concluimos que la norma en este punto legitima al representante, cónyuge o parientes para demandar a nombre del damnificado directo.

En caso de que el hecho ilícito hubiere producido la muerte de la persona, sus derecho habientes podrán demandar a título personal. Llama la atención la alusión a los derecho habientes, dado que generalmente los códigos decimónicos permiten demandar únicamente a herederos forzosos, siendo esta una especie de aquella, es decir, todos los herederos son derecho habientes, pero no todos los derecho habientes son herederos, incluyéndose también en esta categoría los legatarios. Ello supone un ensanchamiento en la legitimización para demandar, sin embargo, es necesario tomar en cuenta la regla general de Derecho Sucesorio en virtud de la cual, los parientes de grado más cercano excluyen a los de grado más lejano. Consecuentemente, si los herederos demandan, los legatarios perderían legitimidad para hacerlo.

2.2.2.3 El beneficio afectado debe ser licito

Respecto de los dos primeros requisitos, la mayor parte de la doctrina los acepta y analiza como indispensables para la configuración del daño. En cuanto al tercero, la cuestión no se presenta como pacífica.

Alfredo Ubiria por ejemplo considera que el último de los requisitos es que el daño aun subsista. Gonzalez Freire considera que el requisito es que el daño sea significativo. Nosotros explicaremos el criterio de Tamayo Jaramillo en este último punto. Tamayo considera la licitud del beneficio conculcado como último requisito para la configuración de este que es el primer presupuesto del deber de reparar.

No abundaremos mucho sobre este requisito, pues la licitud del beneficio se circunscribe a determinar qué es lo que el Derecho protege, cuestión que ha sido ya explicada en la primera parte de este capítulo. Solo nos referiremos a la interpretación que propone el jurista colombiano que hemos seguido en esta sección de la presente investigación, la misma que permitiría legitimar a los interesados legítimos y simples para accionar en los términos del artículo 2215.

Como hemos dicho, Tamayo parte de una concepción amplia derecho subjetivo, rechazando (o más bien ampliando) la definición propuesta por Ihering que entiende por tal "Un interés jurídicamente protegido." Esta protección, el Derecho la hace efectiva por medio de acciones. Así los derechos reales generan acciones reales, en virtud de ellas se pueden hacer efectivas judicialmente las facultades jurídicas sobre la cosa frente a cualquier persona que las haya entorpecido. De igual forma, un derecho personal genera a favor de su acreedor una acción personal en virtud de la cual puede demandar el despliegue de la conducta prestacional (dar, hacer o no hacer) que a una determinada persona le impone una ley o una declaración valida de voluntad. Junto a estos, existen otros beneficios que no gozando de una protección jurídica por medio acciones, son jurídicamente permitidos y el Derecho no debe quedar impertérrito ante su menoscabo, los llamados intereses legítimos. Estos básicamente consisten en aquellas facultades legitimas para disfrutar de todos los beneficios que no estén prohibidos por la ley. Tamayo cita como ejemplo el caso de aquel que a pesar de no ser legalmente considerado acreedor alimentario (como un pariente o una concubina) recibe de una persona ayuda económica regularmente, como si lo fuere. Considera entonces que los intereses legítimos son también derechos subjetivos en los que la protección del Derecho viene dada por la imposición *erga omnes* de un deber de no dañar, al respecto manifiesta: "(…) la distinción entre estos dos conceptos (interés legítimo e interés jurídicamente protegido) se hace con base en la existencia

o inexistencia de un derecho real o personal que tuviera la víctima en relación con un bien dañado. Si ese derecho existe estamos frente a un interés jurídicamente protegido; de lo contrario nos hallamos frente a un interés legítimo, (…) pero en realidad en el interés legítimo también existe un interés jurídicamente protegido, lo que ocurre es que la protección no consiste en darle a la víctima facultades frente a una cosa o a un deudor, sino frente al causante del daño como resultado de la obligación general de prudencia".

Tal y como hemos manifestado, no compartimos este criterio, al menos no creemos que aquello se desprenda *de lege lata*; por lo que no podemos *de lege ferenda* hacer decir a la norma lo que no dice. El deber general de no dañar que este prominente jurista considera como deber de prudencia, no es un derecho subjetivo en sí mismo, pues solo se hace efectivo en la medida en que su transgresión redunde en el menoscabo a un derecho subjetivo de la víctima. Aun así, reiteramos nuestro interés por que la protección a los intereses sea receptada legislativamente.

2.2.3 Algunas especies de Daño Extrapatrimonial

La dicotomía que nos presenta actualmente nuestro Código Civil sobre las categorías del daño, (material y moral) ha dado lugar a que doctrina y jurisprudencia considere al daño moral como una especie omnicomprensiva de los daños extrapatrimoniales. Sin embargo, no creemos que el sentido genuino del daño moral tenga tal amplitud, habiéndolo identificado con el precio del dolor. Comparte nuestro criterio acreditada doctrina: "A menudo se considera que todos los daños extrapatrimoniales son morales; sin embargo, es preciso conservar esta denominación únicamente para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima." (Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil Tomo II, 2011) El Código Civil argentino ha acogido también esta teoría que supera la visión restrictiva de su anterior código, (igual a la nuestra) categorizando a los daños como "al patrimonio" y "a la persona"; dentro de este último, amplia el catálogo de especies dañosas en las que el daño moral (o espiritual) comparte escenario con el daño estético, el daño psíquico, frustración del proyecto de vida, etc.

Esto no significa que las categorías que estamos a punto de describir carecen de tutela jurídica en nuestro ordenamiento civil, pues la regla general del sistema de responsabilidad civil es la tipicidad abierta de las conductas que generan daños, pudiendo cualquiera de ellos ser digno de reparación en los términos del artículo 2229 que habla del "todo daño." Y así lo ha confirmado nuestra jurisprudencia en el caso NIFA S.A vs. MERCK SHARP DOHME (INTER AMERICAN) "El artículo 2214 del Código Civil ha tipificado de manera general los

ilícitos de carácter civil cuando determina que el que ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado al pago de una indemnización. Este articulo describe la actividad, culpabilidad, punibilidad y antijuridicidad de las conductas que se constituyen como ilícitos civiles. Se trata de un tipo en blanco que describe de manera general las características que debe reunir una conducta para ser considerada ilícito civil." Así como tampoco implica que estos daños afectan de manera excluyente la esfera extrapatrimonial, simplemente es una lógica consecuencia de colocar al ser humano en centro del sistema, de "humanizar el Derecho" como diría David Wexler. Aceptar que el hombre es un ser complejo, cuya concepción holística implica reconocer las esferas sociales e individuales que hacen posible la plenitud del vivir, cuya garantía debe convertirse en la "motivación radical de un derecho constitucionalizado" modificando las palabras de Luis Recasens, lo que nos obliga a superar la visión reduccionista que pregona "todo lo que no es patrimonial, es moral".

En consecuencia, la clasificación de los daños como patrimoniales o extrapatrimoniales no alude a sus repercusiones, pues bien puede suceder que el menoscabo a un bien o derecho patrimonial (responsabilidad aquiliana) o un incumplimiento contractual, (responsabilidad obligacional) produzca afecciones espirituales en el damnificado. Sería el caso por ejemplo de una joya con gran valor de afección para su dueño, destruida por negligencia de una persona por quien el damnificado no responde en los términos del artículo 2220. Así como de los novios que habiendo contratado catering para su boda, el contratista incumple. De igual forma, una lesión corporal no significativa, o sea daño extrapatrimonial, que provoque incapacidad al damnificado para laborar unas cuantas semanas, generaría también perdidas de carácter económico (daño patrimonial). Por lo tanto, el criterio que se impone es el de disposición del bien o derecho, es decir, si no es susceptible de disposición por medio de una declaración de voluntad, está fuera de mi patrimonio. Así uno no puede transmitir o transferir la vida, la integridad corporal, sus afectos espirituales, etc.

El principio general que inspira la indemnización de este tipo de daños no será el resarcimiento, pues es imposible borrar las consecuencias extrapatrimoniales del daño, mucho menos se trata de una sanción al responsable. La indemnización persigue en estos casos un propósito más modesto y no menos real, cual es mitigar sus consecuencias con las banalidades materiales que el dinero puede adquirir. Tampoco creemos osado sugerir que, como consecuencia de los criterios de reparación integral, el juzgador pueda alejarse de las medidas indemnizatorias, para

adoptar medidas de rehabilitación o satisfacción para este tipo de daños, analizando siempre su viabilidad según las circunstancias concretas del caso.

Entendidos de esta forma, la doctrina italiana seria la pionera en identificar daños extrapatrimoniales que presentan rasgos particulares que los identifican y distinguen de la amplitud que supone el daño moral, tal y como lo entiende su código que sigue la misma corriente del nuestro. Explicaremos aquí, sin que ello suponga un catálogo exhaustivo, dos daños extrapatrimoniales que han identificado tener unicidad ontológica.

2.2.3.1 El Daño Espiritual

Es el actual *nomen iuris* que el código argentino le confiere al daño moral, según lo entiende Fernando Ubiria, cuyo criterio compartimos. Destaca y aplaude el jurista argentino el cambio de etiqueta, considera además que no únicamente supone una mutación semántica, pues conlleva implicancias en el campo operativo.

Define al daño espiritual como: "La lesión a los sentimientos del sujeto, a la integridad de su vida interior, de allí la afectación de lo más elevado que tiene el sujeto y que lo distingue de cualquier otro ser viviente." (Ubiría, 2015) Esta concepción tiene como correlato un retaceo del entendimiento del daño moral como "todo lo extrapatrimonial", cuyo campo tuitivo abarca de manera más modesta "las afecciones espirituales legitimas." Esto implica:

- Pasar de ser un género (daño extrapatrimonial) a una especie dentro de la categoría "daño a la persona".

- Se reduce al mal o menoscabo que sufre la persona como "sufrimiento" o "dolor", que con el correr del tiempo puede menguar de manera total o parcial.

- Como consecuencia de lo anterior, no habría lugar en este tipo de daño para las personas jurídicas, así como tampoco para quienes producto del hecho ilícito hubieren quedado en estado vegetativo. En ninguno de los dos casos existe la posibilidad de sentir "aflicción, angustia o tristeza." En caso de menoscabo al buen nombre de una persona jurídica, a entender del jurista, las consecuencias son netamente patrimoniales.

El último punto nos sugiere que el daño al buen nombre, la buena imagen, la honra parecería configurar un tipo especial de daño extrapatrimonial en una persona natural y un daño patrimonial en la persona jurídica, recordando que para ella la imagen o el nombre si son

susceptibles de transferirse por acto *intervivos*. Tal y como hemos reportado en líneas anteriores, doctrina calificada entiende que lo moral abarca una esfera individual y otra social, esta última afecta al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración. Nos parece que la condensación de ellas en la sola categoría de daño moral se debe a que, en la generalidad de los casos, una afectación al honor o buen nombre redunda en una aflicción de los sentimientos y el espíritu que a la postre provoca angustia, depresión, etc. No parece infundado sostener entonces que estas especies son perfectamente distinguibles, siendo daño espiritual (o moral) aquel que afecta al sujeto en sus sentimientos; y daño al buen nombre, aquel que afecta la reputación social del individuo. Un ejemplo que afirmaría la distinción propuesta seria la situación de un bellaco, ruin, delincuente avezado que no podría sufrir daño a su reputación y buen nombre, pero sin duda podrá experimentar dolor sentimental por la pérdida de un ser querido.

El doctor Tamayo Jaramillo por su parte distingue entre daño moral subjetivo y objetivo, aunque acepta que esta última no es más que una aberración jurídica. El primero, "(…) busca remediar en parte no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente. En este sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, puesto que la intensidad de su daño es mayor, no solo en razón del dolor físico, sino de la angustia y depresión producidas por el hecho" (Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II , 2016) Compartimos parcialmente la opinión reportada, pues el dolor físico no puede ser moral. La confusión obedece a que el jurista citado presupone que toda lesión física provoca dolor espiritual en el sufriente, lo cual no creemos acertado. Pensemos en el caso de aquel quien producto de un accidente, sufre la pérdida del dedo meñique, es indudable que experimentara dolor físico, pero nos parece exagerado aseverar que aquello trae indefectiblemente aparejado una aflicción espiritual. De igual forma, aquel a quien se la ha practicado mal una intervención quirúrgica que posteriormente le ocasione molestias físicas. Es evidente que se le habrá irrogado daño fisiológico, pero no necesariamente aquello redundará en daño al espíritu.

Es así entonces que consideramos la opinión del Doctor Ubiria como la más idónea para describir lo que debe entenderse por daño moral (o espiritual).

2.2.3.2 El Daño Biológico

La génesis de esta particular especie de daño extrapatrimonial la encontramos en la jurisprudencia constitucional italiana. Guido Alpa describe perspicazmente el periplo judicial que antecedió a su origen en el tomo II de la obra que hemos citado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo. Explicaremos aquí el análisis que el jurista reporta.

El daño biológico se origina como consecuencia de la polémica que envolvía la aplicación de ciertos parámetros para cuantificar el daño a la persona. Se los acusaba de ser discriminatorios, pues permitían indemnizar de manera diferente a víctimas de una misma lesión dependiendo su posición socioeconómica. Así por ejemplo, el quantum indemnizatorio dependería de estándares como "capacidad laboral genérica" o "renta percibida".

La llama que avivo este debate fue el llamado "caso Gennarino" donde se llegó a la conclusión que el daño padecido por el hijo de un peón, debe ser computado teniendo en cuenta el hecho de que en el futuro, la víctima se habría dedicado a la misma profesión que el padre, por lo tanto, la indemnización debe ser calculada considerando el oficio y la renta percibida por este.

La comunidad jurídica italiana fustigaba constantemente estos parámetros, las observaciones planteadas se fundamentaban en aspectos sociológicos, económicos, jurídicos y hasta morales, considerando que tales criterios de indemnización cosifican a la persona, dado que un sistema así establecido concibe al individuo como un objeto del modelo industrial que únicamente se tutela en la medida que no pueda producir réditos. Se decía además que el concepto "capacidad laboral genérica" como fundamento del sistema de capitalización de la renta, era inadecuado por la insuficiencia y peligrosidad del criterio de "renta percibida", además de inconstitucionalidad del mismo, ya que el artículo 3 de la constitución italiana establece que todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley e impone al Estado la obligación de eliminar los obstáculos económicos y sociales que limiten la igualdad de los ciudadanos. La última observación resulta interesante y destacable: esgrimían la inadecuación del sistema para resarcir el "bien primario de la salud, vulnerado por el evento dañoso".

En esta vorágine de argumentos entre quienes defendían el sistema y quienes estaban en contra, la Corte Constitucional italiana jugaría un papel determinante. Dentro de un proceso penal donde se discutía el resarcimiento a que tenía derecho la víctima de un accidente de caza, la tesis defensiva del demandante exigía además del daño material que suponía incapacidad para laborar, la liquidación del daño biológico en sí mismo considerado como lesión del derecho a

la salud de la víctima[1]. El tribunal penal rechazo esta tesis argumentando que si bien es cierto que de la interpretación del artículo 2043 del Código Civil italiano que dispone: "Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño" se desprende que la injusticia (no patrimonialidad) es el único requisito del daño, tampoco es menos cierto que esta disposición debe ser interpretada en armonía con las otras normas. Al hacer esto, tenemos que el artículo 2056 dispone: "El resarcimiento debido al dañado se debe determinar según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227." Las normas a las que remite este articulo hablan exclusivamente del daño emergente y lucro cesante, categorías exclusivas del daño patrimonial, en consecuencia, se refieren a pérdidas económicas. Por otro lado, el artículo 2059 que reza: "El daño no patrimonial debe resarcirse solo en los casos determinados por la ley." Con la expresión "daño no patrimonial", se comprende "solo las afecciones morales, de las perturbaciones de las condiciones de ánimo y de daños morales puros." Por lo que, interpretando conjuntamente los 3 artículos citados, entendió el tribunal penal que el daño biológico no encaja en ninguna de estas disposiciones; ni como daño patrimonial, ni como daño moral, ergo el daño biológico no es resarcible.

No obstante esta interpretación estricta, el tribunal no dejo de hacer la observación que, a efectos de cuantificar el daño, la apreciación de la sola disminución de la integridad física, sin considerar la perturbación a la salud en sentido integral, tiene efectos discriminatorios, pues se fundamenta exclusivamente en la "capacidad laboral genérica." Además de ser inexacta ya que ciertos hechos invalidantes, no afectan la capacidad laboral y los ingresos del damnificado, pues ellos impactan un complejo de actividades humanas y, por lo mismo, en la manifestación plena de su personalidad. Sobre la base de estas observaciones, el tribunal puso en duda ante la Corte Constitucional la legitimidad del artículo 2043, por los siguientes motivos:

- Dado que la norma permitiría tutelar únicamente derechos patrimoniales, se viola flagrantemente el artículo 32 de la constitución que garantiza la protección del Estado del derecho a la salud como fundamental.

[1] Se debe tener presente que el legislador italiano entendía que el artículo 2059 es aplicable a perjuicios morales, ello debió motivar a que las pretensiones se fundamenten en el artículo 2043 del *códice*.

- Violación del artículo 24 de la misma norma. Al limitar la protección a derechos patrimoniales, transgrede el contenido de esta disposición que faculta la judicialización de todos los derechos e intereses legítimos.

- Finalmente, se transgrede el artículo 3 que reconoce a todos la misma dignidad social, pues el sistema de indemnización (basado en la renta) inobserva que la salud tiene un valor idéntico para todos.

El máximo organismo de interpretación constitucional italiano rechazo el argumento sobre inconstitucionalidad del artículo 2043, pero estableció parámetros de interpretación a los que el mismo debía estar sujeto de allí en adelante. De la exegesis de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil, se desprende que el daño biológico pertenece a la categoría de los daños no patrimoniales, siendo tales aquellos no susceptibles de valoración económica directa. A pesar de ello, el daño a la salud es jurídicamente relevante y por ende resarcible.

La Corte fue más allá de la consulta del Tribunal que se dio dentro de un proceso penal, anticipándose a los criterios que podían ver este pronunciamiento como vinculante únicamente para este ámbito. Al contrario: "(…) el derecho a la salud debe ser tutelado en todas las relaciones privadas, (…) el deber de reparación surge de la violación al propio derecho" sostuvo la Corte. Comprendió que el artículo en cuestión (dicho sea de paso, bastante similar al 2229 de nuestro código) es lo suficientemente amplio como para comprender entre sus confines la tutela del derecho fundamental a la salud. En cuanto a su indemnización, la Corte sostuvo que la misma no puede limitarse a las consecuencias en la aptitud de producir renta, sino debe también comprender los efectos de la lesión al derecho considerado de manera autónoma, independientemente de las consecuencias.

Finalmente, la Corte sostuvo que una lectura constitucional del articulo 2043 permite vincularlo con el artículo 32 de la constitución que garantiza el derecho a la salud. El daño biológico deriva entonces de la simple lesión de la salud y está vinculado al menoscabo psicofísico del sujeto.

Lo más destacable de este precedente no nos parece el hecho de que "crea" un tipo novedoso de daño, sino que permite expandir la tutela aquiliana al ámbito de los Derechos Fundamentales. Sobre este punto resulta pertinente citar la siguiente frase proferida por Joaquín García Morillo: "La protección de los derechos esenciales del hombre es la poesía del Derecho, visto de esa forma todo queda en poesía. Actualmente el jurista tiene que interesarse de modo

inexorable por la norma constitucional, para interpretar sistemáticamente la norma de Derecho Privado. La norma constitucional es una auténtica norma jurídica de carácter operativo, no una vacua declaración de buenas intenciones, por lo tanto, dicha norma debe ser aplicada de forma directa e inmediata. Visto de esa forma la poesía pasara a convertirse en una realidad." El profundo contenido de esta frase debe estar presente siempre en la mente del jurista de un Estado constitucional, no obstante, la cuestión merece una interpretación cauta, pues no se trata de indemnizar absolutamente todos los daños que producto de ella puedan derivar, escenario lúgubre que alentaría la industria del juicio y legitimaria un enriquecimiento con dinero ajeno. Como cuando producto de un ilícito civil se reclamen perjuicios materiales, morales y biológicos motivados por el único afán de codicia. López Mesa respecto de los daños extrapatrimoniales dice: "No son individualmente resarcibles, son especies de daño patrimonial o extrapatrimonial. De no ser así, puede facilitarse una doble indemnización del mismo rubro bajo títulos distintos." (Mesa, Curso de Derecho de las Obligaciones, 2017) En efecto, en el caso del ejemplo, o bien se indemniza extrapatrimonialmente por daño biológico, por daño moral o por los dos en un solo rubro, sin que esto suponga que a más daños extrapatrimoniales, mayor la indemnización, pues hacerlo supondría desnaturalizar el sistema. El Derecho de Daños en su faceta reparatoria, procura que la víctima quede en iguales condiciones que antes de ocurrido el daño, ni enriquecida ni empobrecida.

Tal como hemos dicho, no son estas las únicas especies de daño extrapatrimonial, la doctrina ha identificado otras de tal categoría como el estético, el psicológico, el perjuicio sexual etc. Analizar cada uno sería un trabajo sempiterno, pero sin duda este campo despierta pasiones y constituye terreno fértil para el jurista investigador que se nutre de saberes de ciencias auxiliares.

2.3. La Antijuridicidad

Se trata del segundo presupuesto del deber de reparar. Una vez hemos verificado la existencia del daño, es necesario establecer cual o cuales han sido las normas jurídicas infringidas por la conducta del dañador, para luego proceder a realizar un juicio de valor sobre el resultado. Este proceso parece simple, pero engloba toda una teoría que intentaremos ilustrar de la manera más intuitiva posible.

En torno a la antijuridicidad, la doctrina se ha polarizado: Por un lado, están aquellos que sostienen que la antijuridicidad ya no es más un presupuesto de la responsabilidad civil. Otro

sector considera que continúa siendo requisito indispensable a verificar en cada caso. Reglero Campos, malogrado jurista español, decía: "Con carácter general puede afirmarse que la antijuridicidad no es en nuestro ordenamiento un presupuesto autónomo de la responsabilidad por daños. Desde el momento que la responsabilidad puede nacer como consecuencia del desarrollo de actividades licitas, no cabe hablar de conducta antijurídica de quien las realiza." (Reglero, 2006)

Marcelo López sostiene posición discrepante, para el maestro argentino la antijuridicidad continúa y continuará siendo un presupuesto indefectible a verificar para imputar el daño al agente: "Las corrientes negatorias de la antijuridicidad, se fundamentan exclusivamente en la reparación del daño. Llegaron a la conclusión que el daño a secas –no el daño antijurídico- era el elemento axial de la responsabilidad civil, criterio que así expuesto es falaz y peligroso, pues ha hecho que –erróneamente- se llegue a creer que basta con la constatación de un daño para que alguien esté obligado a resarcirlo, coyuntura que es falaz en cualquier lugar del mundo. Pero lo es más todavía en este país a la luz de su Constitución y normativa civil vigente." (Mesa, Curso de Derecho de las Obligaciones, 2017) Acusa el jurista argentino a los ideólogos de la reparación de ser los artífices de poner la vigencia de la antijuridicidad en entredicho. Considera además que su razonar cae en el mismo error que los culpabilistas, en el sentido de que, si antes la culpa era el elemento necesario y suficiente para obligar a resarcir, ahora lo es el daño. Al respecto dice: "Una buena conclusión acerca del criterio ideologizado de que todo daño genera un crédito resarcitorio es que la ideología de la reparación, en que esta idea se basa, ha encontrado en la antijuridicidad y en las normas legales que lo consagran, un obstáculo para ampliar al infinito la responsabilidad civil. Por eso han martillado con tanta tenacidad sobre el presupuesto de la antijuridicidad, por eso han conjeturado su desaparición o erosión y prohijado su supresión." (Mesa, Curso de Derecho de las Obligaciones, 2017)

Otra corriente que podríamos calificar de ecléctica manifiesta que la antijuridicidad ahora se predica sobre el daño, no sobre la conducta, condensando dos elementos del deber de responder -daño y antijuridicidad- en uno solo. El Código Civil y Comercial argentino en su artículo 1717 establece: "Cualquier acto u omisión que cause un daño a otro, es antijurídica si no está justificada." Tal y como lo explica Fernando Ubiria, así concebida la antijuridicidad no tiene significado alguno, nace muerta. Este jurista se decanta por la teoría de la crisis de la antijuridicidad, describe el artículo citado de la siguiente forma: "El Código Civil y Comercial diseño en general para el Derecho de Daños una ingeniería jurídica de avanzada, pero en este

aspecto el articulo 1717 constituye una norma hueca, pone en evidencia su carácter superfluo y de allí que la estimemos anacrónica.” (Ubiria, 2017)

En este tumultuoso contexto es en el que actualmente se inserta la antijuridicidad. Antes de tomar partido por alguna de las opiniones citadas, explicaremos los fundamentos de la antijuridicidad, así como sus diferentes manifestaciones elaboradas por la doctrina.

2.3.1. Antijuridicidad Formal y Antijuridicidad Material

La distinción que se hace entre estos dos conceptos obedece a un criterio de carácter conceptual que nos permite distinguir entre aquellos que se decantan por el positivismo normativista kelseniano, y aquellos que encuentran en las corrientes neoconstitucionalistas una forma más coherente de concebir el fenómeno jurídico. Partiendo de la premisa básica en que se basa la antijuridicidad, decimos que esta consiste en una contradicción entre la conducta y Derecho Objetivo, por lo que el criterio que nos permite diferenciar a estas modalidades de antijuridicidad será precisamente establecer como ellas conciben al Derecho.

En este sentido, a riesgo de simplificar demasiado una temática tan compleja, el positivismo kelseniano concibe al Derecho como un sistema de normas jurídicas que coordinadas entre si forman un todo coherente que regula la conducta de las personas. El Derecho es tal, en la medida que se lo pueda calificar de Derecho Positivo, cuestión que dependerá de criterios estrictamente formales. Este contexto teórico es indispensable para entender la antijuridicidad formal, pues si para determinar la juridicidad o no de una conducta, la vamos a cotejar con el Derecho Objetivo formado exclusivamente por normas jurídicas, tenemos que la antijuridicidad formal es aquella conducta contraria al ordenamiento jurídico positivo de un Estado.

El ya derogado Código Velezano que regía en Argentina hasta antes de la entrada en vigencia de su Código Civil y Comercial, consagraba en su artículo 1066 un régimen de antijuridicidad formal. La disposición normativa rezaba de la siguiente forma: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar una pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que lo hubiere impuesto.” Nuestro Código Civil no contiene disposición de tal naturaleza, por lo que en nuestro caso, la antijuridicidad es material y subjetiva como lo explicaremos.

El iusfilosofo Ronald Dworkin seria quien rebate la teoría anterior a partir del análisis del célebre caso Riggs vs. Palmer, donde la resolución jurisprudencial se basó en principios, llegando a la conclusión lógica que el Derecho no es solo un sistema positivizado de normas jurídicas, pues dentro de este los principios tienen igual relevancia. Concebido así el Derecho, la mera contradicción de la conducta con el Derecho Objetivo no es suficiente para fundamentar de manera adecuada el juicio de antijuridicidad, aun cuando consideremos a este formado también por principios. En tal virtud, se tornó indispensable hallar un *plus* que permita fundamentar de manera coherente el juicio de antijuridicidad, la solución vendría proporcionada por los criterios de riesgo y lesión del bien jurídico. Es decir, no basta con la mera contradicción entre el ordenamiento jurídico y la conducta, es necesario además que con dicha conducta se haya lesionado o puesto en riesgo un bien jurídico protegido, lo que se conocería como antijuridicidad material.

Un ejemplo bastara para comprender su diferencia, ejemplo que lo tomamos recordando la lucidez con la que el Doctor Juan Carlos Salazar explicaba la cuestión en sus clases de Derecho Penal:

La falsificación de la firma de un personaje famoso, por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, no constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la fe pública, no se ve afectada por estos hechos.

Si bien las conductas del ejemplo son formalmente antijurídicas por el hecho de estar tipificadas, (art. 327 COIP) (nótese además como en el análisis de la tipicidad se agota la antijuridicidad) no lo son materialmente, toda vez que no suponen una lesión o puesta en riesgo del bien jurídico protegido por el tipo penal. Sería entonces la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico, la piedra angular sobre la que se edifique el juicio de antijuridicidad sobre la conducta, para después comparar si aquella lesión o puesta en riesgo contraria el Derecho Objetivo conformado también por principios.

En Derecho Civil mal podría acogerse un sistema de antijuridicidad formal, pues la esencia de nuestra materia es la “tipicidad abierta” de los comportamientos dañosos. Ubiria, quien incluso se inclina por la idea de atipicidad de las conductas relevantes para el Derecho de Daños, explica la cuestión en los siguientes términos: “Pero el Código Civil no consagra un sistema de tipos, propio del Derecho Penal, no existe un elenco de prohibiciones normativas expresas

o tasadas, tampoco surgía de la jurisprudencia de los tribunales, y cualquier intento de catalogar ilícitos, está condenado al fracaso porque nunca sería completo." (Ubiria, 2017) Esta verdad evidente no ha sido óbice para que muchas veces la jurisprudencia acoja un sistema de antijuridicidad formal para el daño moral, interpretando que la ilicitud de la acción u omisión a la que el artículo 2232 alude para condicionar el ejercicio de la acción por daño moral, se trata de una ilicitud formal, siendo necesario que se trate de un delito penal, criterio que consideramos erróneo.

2.3.2. Antijuridicidad Material Subjetiva y Objetiva

Habiendo acogido la antijuridicidad material, sería entonces necesario solidificar los conceptos sobre los que esta se edifica, cada uno de los cuales dependerá de una concepción particular de la norma jurídica como lo explicaremos.

Fernando Ossola, citado por Lopez Mesa, resume de esta forma la problemática que supone el juicio de antijuridicidad que pretendemos ilustrar: "Si el concepto de ilicitud expresa una oposición ente lo jurídicamente debido y lo efectivamente ocurrido (antijuridicidad objetiva); o si por el contrario no basta con la mera contrariedad, sino que es necesario además la concurrencia del elemento psíquico (voluntariedad) por parte del transgresor". (Ossola, 1997)

La postura que sustenta la tesis del juicio de antijuridicidad como una contradicción entre el hecho y el Derecho Objetivo, (entendido este como constituido no solo por normas regla) concibe a la norma jurídica como un juicio objetivo de valoración, en donde el elemento principal para efectuar esta valoración no será la conducta, sino el resultado. Por lo tanto, si el resultado producido (lesión al bien jurídico) es precisamente aquel que el ordenamiento jurídico concebido en sentido lato quería evitar, tenemos que el resultado es inconforme al Derecho, lo valora negativamente (desvalor de resultado).

Por otro lado, la tesis que sustenta el juicio de antijuridicidad como una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico en sentido lato, concibe a la norma jurídica como subjetiva de motivación. En tal virtud, el elemento axial para efectuar dicha valoración es la conducta, no el resultado. Si el sujeto se ha comportado de manera tal que podamos concluir que la pretensión motivadora de la norma ha sido infructuosa, (desvalor de acto) tenemos que tal comportamiento es antijurídico, toda vez que un comportamiento así desplegado, pone en riesgo bienes jurídicos protegidos. Esta postura entonces condensa culpa y dolo en la

antijuridicidad, pues la conducta antijurídica no puede ser otra que la dolosa o culposa, lo que impediría desvalorar conductas en las que no sea posible identificar estos elementos.

Cabe recalcar que la primera postura no soslaya completamente el análisis conductual, pero si es más restrictivo que la pesquisa subjetiva de la segunda postura. En efecto, solo es menester un "mínimo de participación subjetiva" en el sentido de que el sujeto haya actuado como tal y no como un cuerpo inerte. Impidiendo por lo tanto un análisis respecto de los resultados que pudieron haber precedido de ataques epilépticos, actos reflejos, en un estado de inconciencia total (excepto *actio liberae in causa*) fuerza irresistible.

Entendidos estos conceptos podemos entonces ahora tomar posturas y hacer análisis. A nuestro entender, diremos sin mayor temor a equivocarnos que la única teoría de la antijuridicidad que tiene sentido para el Derecho Civil es la material-objetiva, de donde podemos proponer la siguiente formula que supone decantarnos por esta teoría:

Antijuridicidad material objetiva = Infracción de regla o principio + Desvalor de resultado

Decimos que es la única que tiene sentido pues el Derecho de Daños mal puede analizar la conducta en sede de antijuridicidad, esto por las siguientes razones:

1. Porque volvería inoficioso el análisis de los factores subjetivos de atribución.

2. Porque esta postura nos permite concluir que existe conductas objetivamente antijurídicas, es decir, aquellas que a pesar de no haber sido realizadas con conciencia, son jurídicamente reprochables. Sería el caso de la responsabilidad civil de los menores o los dementes. Afirmar lo contrario equivale a desconocer la unidad característica del fenómeno dañoso, (una acción antijurídica lo es para todo el Derecho, sin perjuicio de que no produzca efectos en todas sus ramas) pues las acciones de los dementes o impúberes serian antijurídicas solo en el campo penal, no civil.

3. En tercer lugar, el aumento de riesgo no permitido, que supone pesquisas subjetivas, únicamente interesa al Derecho Civil para el análisis de la causalidad, y siempre que echemos mano al efecto de la imputación objetiva, tal y como lo explicaremos a continuación.

4. Finalmente, porque al Derecho Civil lo que realmente le importa es el daño, no la conducta, pudiendo esta ser la más sórdida o imprudente, mientras no haya un resultado

> a desvalorar al Derecho de Daños le debe resultar indiferente. Por lo mismo, condicionar en todos los casos la reparación a la prueba de un actuar doloso o negligente, supone una regresión en los derechos de la víctima, pues supedita la reparación a la conducta antijurídica del demandado. La lógica ahora es reparar a la víctima en todos los casos, a menos de existir una razón convincente que obligue a dejar que ésta sea quien sufra las perdidas.

A pesar de lo anterior, nuestro sistema actual consagra una antijuridicidad material-subjetiva, cuyo planteamiento sería: Infracción de norma regla + Desvalor de acto. Material decimos porque excepcionalmente podrá el juicio de antijuridicidad fundamentarse en la infracción a una norma principio, sería el caso de una acción u omisión contractual contraria al principio de buena fe consagrado en el artículo 1561. En lo que a la órbita aquiliana respecta, el artículo 2229 recepta la teoría de la antijuridicidad que hemos indicado, donde la culpa o el dolo son las únicas modalidades de comportamiento antijurídico posibles. Respecto de esta esfera, la infracción al principio general del *alterum non ladere* será ubicuo en todos los casos, no siendo suficiente que la antijuridicidad se fundamente en tan abstracto principio, por lo que el juzgador deberá concretizarlo analizando jurídicamente las normas que han sido transgredidas con el actuar doloso o culposo del agente.

Creemos que la antijuridicidad que recepta nuestro Código debe ser superada, ya que consideramos a la culpa y el dolo como una parte de los comportamientos antijurídicos, pudiendo haber otros que siendo tales, no son ejecutados con culpa o mala intención. Además de los ejemplos ya citados de los menores o dementes, el Derecho Penal provee también un supuesto donde a pesar de no ser el comportamiento doloso ni culposo, es antijurídico. Nos referimos al llamado “estado de necesidad disculpante” en el que el agente sacrifica una vida ajena para salvar la propia. Tal y como lo explica la doctrina penal, la idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, por más que el hecho sea antijurídico y el autor actúe con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad. No parecería valido decir que en este caso una persona mata por dolo, pues no puede haber mala intención si el aliciente es salvar mi propia vida, mucho menos seria valido un argumento basado en culpa, ¿cuál es el deber objetivo de cuidado? Por lo tanto, una conducta así desplegada es antijurídica no siendo dolosa ni culposa, sin embargo, no puede existir reproche social (culpabilidad) sobre el individuo que actuó bajo esas circunstancias.

2.3.3. El rol de la antijuridicidad en el sistema actual, ¿crisis de la antijuridicidad?

Respecto de este punto, acogemos la tesis del doctor Fernando Ubiria en el sentido que pensamos que efectivamente la antijuridicidad está en crisis, sin embargo, consideramos que su papel ha mutado en el Derecho de Daños, aunque continúa siendo un presupuesto indefectible a verificar.

En este sentido, el jurista sostiene: "Aunque la conducta del causante del perjuicio se ajuste a Derecho puede igualmente generar el deber de resarcir. (…) el eje no pasa por la determinación de la naturaleza de la génesis, sino por la injusticia del perjuicio (resultado). La antijuridicidad tampoco se verifica cuando se aplica el criterio de imputación "riesgo creado" porque este abarca supuestos de responsabilidad por actos lícitos (…) cuando la potencialidad riesgosa se concreta en un perjuicio, cabe concluir que el daño absorbe la antijuricidad, poniendo en evidencia su carácter superfluo."

Al respecto consideramos que así concebida la antijuridicidad efectivamente juega un papel prescindible, dado que se limitaría a una verificación de concurrencia o no de una causa de justificación. Esta cuestión podría superarse analizando la antijuridicidad al final, así lo ha propuesto Jaime Santos Bris: "El juicio de antijuridicidad sirve para calificar las diversas condiciones o presupuestos que concurren a un resultado para establecer que solamente serán antijurídicas aquellas conductas que infrinjan la finalidad protectora de la norma (…) Es pues, en cierto modo, la relación o juicio de antijuridicidad el último factor de la imputación". Al analizar al final, el juzgador podrá determinar con mayor claridad cuáles han sido los principios y normas trasgredidas por el actuar del agente, no siendo suficiente la fundamentación basada en infracción del *"alterum non ladere".*

Resulta innegable que la fuerte injerencia de los principios en el sistema actual, provoca un marcado efecto tuitivo a favor de la víctima. El Derecho de Daños es el resultado de haber adoptado un modelo de Estado constitucional, de ahí que el papel de la antijuridicidad haya mutado. Así lo explicaba De Lorenzo: "La elaboración doctrinaria que sitúa a la antijuridicidad como presupuesto del deber de responder, está pensada a partir del victimario y no de la víctima. El centro de gravedad del sistema está entonces constituido por la antijuridicidad de la conducta lesionante y no del 'daño injusto'." Los principios jurídicos tienen por finalidad

proteger a la parte más débil de una relación jurídica, por lo general será la víctima[2]. Es por ello que ahora la antijuridicidad debe ser repensada en función de esta, no del dañador.

Por otro lado, el manido argumento con el que se intenta desacreditar al Neoconstitucionalismo es la seguridad jurídica, y así lo ha dicho también López Mesa: "Es profundamente inconveniente desde el punto de vista de la política legislativa hacer a un lado la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, porque a través de este mecanismo se daña la seguridad jurídica. Esto es así porque si no se requiere la antijuridicidad para que alguien sea condenado, los jueces pueden inventar o conjeturar supuestos de responsabilidad no previstos legalmente". Tal como lo ha dicho Gustavo Zagrebelsky: "Los enemigos de las normas constitucionales de principio defendían una visión del Derecho propia del Estado de Derecho legislativo y del positivismo jurídico. Sus partidarios, en cambio, abrían el camino a una nueva concepción, más compleja que la anterior. (…) Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador, pasaran a concebirse como una de las caras del Derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla concordar con la otra cara, la de los principios, exigencia que solo podrá ser hecha a la jurisdicción." (Zagrebelsky, 2011) En efecto, la antijuridicidad del Derecho de Daños constituye un reto nuevo para la magistratura, debiendo concretizar los principios que entran en juego para fundamentar correctamente el deber de reparar. El Derecho de Daños es al neoconstitucionalismo lo que la responsabilidad civil al positivismo, de ahí que consideremos a la antijuridicidad como un presupuesto aún vigente en el sistema actual, con raigambre en el artículo 66, numeral 29, literal d del código político. Empero, su consideración y fundamentación deben ser entendidas de manera diferente.

2.4. La Relación de Causalidad

El tema de la causalidad es para la responsabilidad civil tan importante como problemático. A pesar de ser una cuestión genuinamente filosófica, su análisis para el Derecho tiene importancia indiscutible, constituyéndose uno de los presupuestos insoslayables para engendrar el deber de responder a cargo del dañador. El Derecho Civil no le dio al fenómeno causal la importancia que merece, pues se consideraba que el mismo podía ser resuelto aplicando el sentido común o intuición. A pesar de que en la generalidad de los casos la relación de causalidad es fácilmente determinable, no es así en absolutamente todos. La causalidad puede no siempre presentarse

[2] Decimos por lo general porque el principio de igualdad material implica reconocer en concreto la situación de agentes y damnificados, pudiendo entonces darse el caso que se trate de una relación de igualdad jurídica o incluso donde el agente sea quien está en situación inferior.

como una cuestión que suponga un análisis sencillo, la realidad muchas veces hace que para la producción de un resultado dañoso sea determinante la convergencia de varios sucesos, debiendo establecer cuál de todos puede ser considerado causa desde un punto de vista jurídico. Esta situación dio lugar al análisis de lo que se conoce como "supuestos problemáticos." Obdulio Velasquez Posada al respecto dice: "En ocasiones la identificación de la causa no ofrece especiales dificultades para el operador del Derecho, pero en otras, especialmente si concurren muchos factores que podrían ser causa de un resultado dañoso, el determinar a la luz del Derecho cual o cuales factores deben recibir la categoría de causa, ofrece serias dificultades conceptuales y prácticas." (Posada, 2016)

Los tratadistas de Derecho Penal fueron los primeros en identificar estos supuestos y en proponer una solución a ellos por medio de las teorías de la causalidad. Algunos de estos supuestos problemáticos eran los cursos causales complejos, cursos causales parciales, cursos causales hipotéticos, etc. Su análisis no es relevante en lo que a nuestro tema respecta, lo único que se debe considerar es que su identificación impuso tratar el fenómeno causal desde una perspectiva científica.

Prueba fehaciente de la desidia y primitivismo con la que el Derecho Civil concebía a la relación causal, es que nuestro código al respecto guarda silencio. El legislador debió considerar por demás incorporar algo que podía ser resuelto "por intuición", dando lugar a que sea el juez quien decida por cual teoría optar a fin de establecer mentalmente la relación causa-efecto. Esto ha generado la necesidad de extrapolar los conceptos y análisis del Derecho Penal al Derecho Privado.

La causalidad se define como aquel nexo material que configura la relación causa-efecto entre dos sucesos, es decir, indica que tal efecto ha sido provocado por tal causa. La causa material difiere de la causalidad jurídica, esta última analiza la relación causa-efecto desde una perspectiva valorativa o deontológica, mientras que la causalidad material analiza dicha relación desde una óptica puramente ontológica o material. En palabras de Llambías, el Derecho corrige o rectifica la causalidad material según el prisma de justicia. Ubiria explica que la causalidad jurídica "contrae, dilata o prescinde" de la causalidad material:

- Contrae, al operar un supuesto de daño justificado que anula el deber de reparar.
- Dilata en casos de responsabilidad refleja, donde el autor jurídico responde a pesar de no ser autor material.

- Prescinde en casos de causalidad omisiva, pues desde una óptica material, la causalidad omisiva no genera ningún efecto.

Las teorías que han sido desarrolladas por la doctrina pueden ser categorizadas en dos grupos. Aquellas que configuran la relación causa-efecto desde una perspectiva puramente ontológica, reciben el nombre de "teorías naturalistas." Aquellas que establecen esta relación desde una óptica deontológica, se les denomina "teorías valorativas." El análisis de las ultimas merece mayor atención para el Derecho, sin perjuicio de ello, su cabal entendimiento demanda analizar primero sus bases, cuales son las teorías naturalistas.

2.4.1 Teorías naturalistas: Conditio si ne qua non

A pesar de que en la actualidad estas teorías han sido en gran parte descontinuadas, su análisis no deja de ser importante. Explicaremos únicamente aquella que constituye su raigambre: la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Esta teoría fue ideada por Julius Glaser y desarrollada por el penalista alemán Von Buri. Analiza la relación causal desde una perspectiva material, según la cual "Es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia." En palabras sencillas: "Las causas de las causas son también causas del mal causado." Por lo tanto, para determinar si un hecho es causa de un resultado, debemos realizar un juicio hipotético donde eliminemos en mente una acción; si haciendo esto, el resultado no se habría producido, entonces esa acción es causa de un resultado.

Para entenderla correctamente es necesario distinguir entre condición y causa. La primera es aquella circunstancia indispensable para la existencia de otra; la segunda no es más que una especie de la primera cuya diferencia radica en un criterio de eficacia o aptitud, es decir, causa será la condición más idónea para producir un resultado. Para esta teoría esta distinción es solo teóricamente relevante, pues desde la lógica todos los antecedentes de un efecto, aportan con el mismo valor causal a la materialización del mismo (son equivalentes).

La conclusión a la que se arriba es irrefutable desde la óptica lógica, no así desde la óptica valorativa, pues permitiría extender la responsabilidad hasta el infinito y es por esto que su aplicación jurídica carece de validez. A partir de ella se han propuesto otras teorías que intentan limitar su alcance, limites que son trazados con criterios no-jurídicos. Así entonces, la teoría

de la causa próxima sostiene que únicamente existe nexo de causalidad entre el daño y el ultimo hecho que cronológicamente lo precedió. De manera similar, la teoría de la causa eficiente sostiene que no interesa, a efectos de configurar la relación causa-efecto, si un acontecimiento ha precedido inmediatamente al daño. Lo que importa es encontrar, dentro del conjunto de causas, aquella que tenga un intrínseco poder para producir el resultado dañoso, que ha contribuido de manera prevalente a la producción del daño. De tal suerte que, si una condición no es lo suficientemente idónea para producir un resultado, esa condición no es causa.

Un ejemplo permitirá comprender el alcance que cada una tiene en el análisis causal:

A invita a B a su fiesta de cumpleaños. Una vez en la reunión, C tiene un altercado con B que termina en los golpes. C, quien padece de hemofilia, recibe un golpe que provoca una herida y profuso sangrado. La ambulancia llega oportunamente, pero por negligencia del conductor se estrella y C perece.

Según la *conditio si ne qua non*, respondería A, B y el conductor. Pues si eliminamos en mente la invitación de A, el resultado no se hubiera producido; si B no lo hubiera golpeado, el choque de la ambulancia no hubiera matado a C. Es decir, nos lleva a un resultado jurídicamente disvalioso.

Según la causa próxima, respondería únicamente el conductor, por ser su hecho el más próximo al resultado desvalorado.

Según la causa eficiente, respondería quien infligió la herida a C, siempre y cuando se establezca la eficacia de la herida para provocar la muerte a una persona común, caso contrario, respondería el conductor.

Lo que se critica a estas teorías es precisamente su valoración con base a estándares puramente materiales. Hanz Welzel diría: “La mayor o menor preponderancia o eficacia causal de una condición, constituye una condición físico-naturalistica que no puede decidir la responsabilidad jurídico penal.” (Welzel, 1995)

Tal como hemos dicho, la desidia de los civilistas sobre la causalidad impone acudir al Derecho Penal en este punto, sin que ello suponga que estos criterios no son aplicables en el ámbito civil.

2.4.2 Teorías valorativas de la causalidad

A diferencia de las primeras, en esta categoría se analiza el fenómeno causal desde una perspectiva valorativa o deontológica, superando la puramente material de las anteriores. Dentro de ella, dos son las principales: la causalidad adecuada (receptada por el actual Código Civil y Comercial de la nación argentina) y la imputación objetiva. A continuación las explicaremos:

2.4.2.1 La Teoría de la Causalidad Adecuada

Al incorporar criterios valorativos al análisis causal, esta teoría permitió dar sustento a una modalidad de manifestación causal que las teorías predecesoras no podían: la omisión causal. Ciertamente una omisión no genera ningún cambio en el exterior desde el punto de vista puramente natural, por lo que habría que considerar que el actuar omisivo jamás es causa de un daño. Tal como explica el maestro Ubiria: *ex nihilo, nihil fit* (de la nada, nada resulta). Sin embargo, al incorporar criterios valorativos, analizamos la conducta desde un hontanar prescriptivo: aquello que debiendo hacer, no se hizo. Correlativamente, tenemos entonces dos tipos de omisiones:

- La comisión por omisión: Esta conducta se verifica cuando una persona a través de un acto suyo, crea un riesgo del que se derivan daños que pudieron evitarse haciendo algo que omitió hacer.

- La omisión pura: Aquí el daño se produce por circunstancias ajenas al omitente, sin embargo, pudiendo haberlo evitado sin perjuicios para él, no lo hizo.

Tal como hemos dicho en líneas precedentes, no existe una norma expresa en nuestro Código Civil que imponga el deber de evitar la causación de un daño. El daño temido o daño contingente no imponen dicha obligación, solo intentan evitar un daño no necesario, ni imposible. Por lo tanto, la modalidad de omisión pura del actuar no tiene asidero en nuestro sistema de responsabilidad civil. Ubiria opina: "Debido a dicha preexistencia de causalidad, el omitente no es quien aporta la causa material del perjuicio, por lo que la causa jurídica únicamente puede ser normativa (…) quien omite no provoca el daño, es por ello que solo la ley puede determinar la imputación de esa causalidad." (Ubiria, 2017) Esta modalidad da sustento a lo que actualmente se conoce como la función preventiva del daño[3]. En virtud de

[3] En la actualidad se le atribuyen tres funciones básicas al Derecho de Daños: Preventiva, reparatoria y punitiva.

ella, toda persona, en cuanto de ella dependa, tiene la obligación de evitar que se cause un daño injustificado a otra.

En nuestro sistema imponer una obligación que no tiene fundamento legal, supondría desconocer el presupuesto ya analizado de la antijuridicidad pues solo hemos reconocido legislativamente la clásica función resarcitoria del daño. Cabe recalcar que este problema no se suscita en Argentina, su normativa civil está plagada de principios, en consecuencia, la doctrina ha dicho que el *alterum non ladere*, por sentido común, impone en primer lugar la obligación de no causar daño, y en esta idea se ha anclado la función preventiva a la que hemos aludido. Como notamos de su redacción, la función preventiva no se trata de una norma regla, sino de una norma principio. Estos para ser aplicados, deben concretizarse a través de una norma regla, en tal virtud, la magistratura argentina ha condenado a resarcir por daños que pudiendo evitarse, no fueron evitados y esto a pesar de no existir una norma expresa que así lo imponga. Son las consecuencias, positivas a nuestro entender, de tener un código vanguardista cuya técnica legislativa se aleja del casuismo para dar cabida al principialismo. No han faltado críticos que se oponen a esto, diciendo que aquello permitiría a los jueces crear deberes jurídicos *ex nihilo*. No obstante, la función preventiva del daño es una realidad un nuevo sistema, tal y como lo ha dicho Aida Kemelmajer al comentar sobre la función preventiva: "En buenas manos, el veneno es medicina. En las manos incorrectas, la medicina se vuelve veneno".

Tras esta pequeña pero necesaria digresión, diremos que a teoría de la causalidad adecuada cumple dos funciones básicas dentro del sistema de responsabilidad civil:

1. Nos permite imputar el daño a una persona al establecer la relación causa-efecto.

2. Evita la prolongación excesiva del resarcimiento, estableciendo límites claros bajo el parámetro de previsibilidad objetiva.

Para cumplir con el primer objetivo, es necesario hacer un análisis hacia atrás considerando el contexto en que el sujeto actuó. Muchas de las veces el análisis será puramente naturalístico, sin embargo, si de la construcción histórica se desprende otras causas posibles que pudieron coadyuvar a producir el resultado desvalorado, debemos echar mano de criterios valorativos, no ya materiales. En la teoría de la causalidad adecuada, dicho criterio es el del "hombre medio" u "hombre razonable" el cual supone valorar la conducta bajo el hontanar de lo "objetivamente previsible." Entonces la pregunta que se debe formular será: ¿Es posible que un hombre razonable podría haber previsto las consecuencias dañinas que de su actuar se han

producido? Para dar respuesta a esta interrogante, debemos apoyarnos en un juicio de probabilidad, no siento cualquier probabilidad la idónea para configurar la relación causal, sino una probabilidad calificada. Marcelo Lopez Mesa explica este punto: La previsibilidad exigida por la causalidad es "abstracta" y se refiere al hombre, normal, corriente, común.
En la causalidad se analiza si cualquier agente medio pudo y debió haber previsto el daño como probable; en la culpabilidad, si Juan Pérez (o como se llame el demandado) pudo y debió, de acuerdo a su formación y condiciones personales haberlo previsto.
Si un agente u observador promedio al momento de actuar no podía apreciar como probable el resultado dañoso de la acción, entonces debe concluirse que no existe relación causal adecuada entre su accionar y el daño.
En caso contrario, si un agente promedio podía y debió haber tenido por probable el resultado que ocasionaría —y ocasionó— su acción u omisión, entonces debe determinarse a esa acción u omisión como causa adecuada del daño.

El Código Civil argentino en el artículo 902 establece el estándar general de valoración conductual en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la previsibilidad exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.”

Esta disposición únicamente sirve como guía de razonamiento al juzgador a efectos de establecer la relación causal, no es enteramente dispositiva, tampoco conduce a un resultado irrefutable y exacto (es por esto precisamente que se critica a esta teoría).

Al incorporar el estándar de la previsibilidad, la relación de causalidad suele confundirse con la culpa, error craso que supondría condensar ambos conceptos en uno solo. Esta confusión obedece a la mentalidad romanista que aún está enraizada en el *civil law*, pues bajo el Derecho Romano tanto previsibilidad cuanto culpa, se analizaban dentro del concepto de *inuiria*: para determinar si el daño ha sido causado con *inuiria*, dentro del propio concepto de culpa se hallaba implícito el del *bonus paterfamilias*, habiéndose comportado el demandado inconsecuentemente con este parámetro, se decía que actuaba con culpa. Hoy no se ha hecho más que separar los parámetros en categorías distintas: En la causalidad se establece el estándar del hombre razonable; en la culpa, se establece si aquella persona a quien ha sido imputado el daño, considerando todos los recaudos que ha tomado, así como sus condiciones particulares, ha transgredido o no dicho estándar. Siendo un criterio de atribución objetivo, el análisis a realizar después del juicio de previsibilidad será cuestiones puramente materiales, no

subjetivas. Por ejemplo, tal como lo explicaremos, tratándose de una actividad no riesgosa por naturaleza, debemos analizar si las circunstancias en las que ha sido desarrollada han hecho que aquella actividad no naturalmente riesgosa, se vuelva tal. De igual forma, siendo otro el factor de atribución objetivo, pensemos en el riesgo de la cosa, debemos entonces analizar si dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, una cosa que no es riesgosa por naturaleza, se ha vuelto tal.

En la órbita obligacional el análisis de la causalidad puede resultar más sencillo que en la órbita aquiliana. En aquel caso, por lo general, será el incumplimiento del deudor el hecho que ha causado el daño, cuestión que no sucede en la esfera aquiliana, donde pueden ser varios los sucesos que coadyuvaron a generar el resultado disvalioso, en cuyo caso, el juzgador deberá echar mano de la teoría que aquí hemos intentado explicar para determinar cuál de todos es el "causalmente adecuado".

En cuanto a la segunda función que debe cumplir la relación de causalidad, el análisis es hacia adelante, tomando como punto de partida el evento dañoso y echando mano para ello de la previsibilidad objetiva. Al hacer esto, podemos establecer una clasificación de las consecuencias del daño:

- ✓ Consecuencias inmediatas.
- ✓ Consecuencias mediatas previsibles.
- ✓ Consecuencias remotas o mediatas no previsibles.

Con una redacción poco clara, el artículo 1574 de nuestro Código Civil parece recoger esta función para la órbita obligacional, no así para la aquiliana. A esta conclusión llegamos de la lectura de la disposición que habla de "deudor", "contrato" o "mora" todos ellos conceptos jurídicos irrelevantes en la órbita aquiliana, donde no hay contrato, ni es posible incurrir en mora, así como tampoco hay obligación sino hasta después de ser condenado el agente al pago de perjuicio, mal pudiendo hablar, a priori, de deudor.

Así, si el deudor ha incumplido la obligación por culpa, responde de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. Habiendo incumplimiento doloso, su responsabilidad alcanzaría también a las consecuencias mediatas no previsibles, lectura que se desprendería de una interpretación aislada, aunque razonable de la norma jurídica. Sin embargo, el articulo

1572 limita la indemnización a las dos primeras categorías, inmediatas: daño emergente y mediatas previsibles: lucro cesante-daño virtual.

En lo que a la esfera aquiliana respecta, el Código Civil y Comercial argentino ha regulado la cuestión de manera muy controvertida, de manera que las críticas de los doctrinantes han estado a la orden del día en este tema. Sin importar el factor de atribución con el que se haya hecho responsable al dañador, siempre responderá únicamente por las dos primeras, a diferencia de su código anterior que, como es jurídicamente aprobado, en caso de dolo, extendía las consecuencias a las mediatas no previsibles. Nuestro código remitiría al mismo artículo 1572 tanto para el caso de responsabilidad obligacional, cuanto aquiliana.

En este punto, consideramos pertinente hacer mención a un conocido caso de jurisprudencia contractual Británico que discutió precisamente hasta donde se extiende la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Los hermanos Hadley eran dueños de un molino que utilizaban para procesar salvado de trigo y harina. El molino funcionaba normalmente hasta que un día se rompió una de sus piezas vitales: el cigüeñal. Contactaron entonces a la empresa fabricante del molino *W. Joyce & Co*. Localizada en Greenwich para solicitar uno nuevo, la empresa, a su vez, pidió a los demandantes que les sea enviado el cigüeñal roto a efectos de asegurar que el nuevo encaje a la perfección. A tal empresa, Robert Hadley contrató a los demandados Baxendale and Ors, quienes operaban una empresa de fletes. Sin embargo, no dieron aviso al contratista que en el entretiempo su molino se encontraría fuera de operaciones. Simplemente solicitaron que el envió sea hecho lo antes posible, comprometiéndose los demandados a aquello, le dieron su palabra que el envió seria hecho al día siguiente, a más tardar. No obstante, por manifiesta negligencia del demandado, la entrega tomo más tiempo y el molino estuvo fuera de operaciones más tiempo del supuesto.
Con estos antecedentes facticos, Hadley demandó a Baxendale, incluyendo como daño el monto por las ganancias frustradas de los días que el molino estuvo inactivo. Hadley argumentó que las pérdidas no estaban relacionadas con el contrato de transporte y, por lo tanto, no debían ser consideradas dentro del monto de los daños. El jurado, en primera instancia, dio la razón a Hadley, debiendo el demandado pagar por los daños producto de las ganancias frustradas. Hadley apelo, argumentando que el juez había instruido mal al jurado y aquello había generado una conclusión errónea. Se planteó la siguiente cuestión de Derecho ante el tribunal *ad quem:*

¿Debe el contratante que ha incumplido responder por las consecuencias remotas (mediatas no previsibles) de su incumplimiento?

Un honorable miembro de la judicatura británica, Baron Alderson, resolvió la cuestión con el siguiente razonamiento: "Donde dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que la otra parte debe recibir en compensación son aquellos que se pueden considerar como consecuencias razonables que surjan naturalmente del incumplimiento (de acuerdo al curso normal de los acontecimientos) o aquellas que razonablemente puedan suponerse debieron concebir las partes como una consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarlo. Ahora bien, si las circunstancias especiales que rodeen la celebración del contrato han sido comunicadas por los demandantes y, por lo tanto, eran conocidas por ambas partes, el daño que resulte del incumplimiento sería considerado una consecuencia natural, conocida y comunicada. Sin embargo, si las circunstancias especiales eran del todo desconocidas para la parte que ha incumplido, él, a lo mucho, pudo haber contemplado la cantidad de daño que surge generalmente, en circunstancias ordinarias de un incumplimiento, ya que, de haber sido conocidas las circunstancias particulares, las partes habrían pactado un régimen de reparación consecuente con dichas circunstancias, en cuyo caso, no podrían ser privados de esa ventaja".

Con este razonamiento, el magistrado sostuvo que el demandado no pudo haber previsto que el molino permanecería inactivo, pues es razonable que en una fábrica existan repuestos u otras máquinas que puedan cubrir la producción mientras la reparación se lleve a efecto. En consecuencia, considero que las pérdidas en disputa constituyen una consecuencia imprevisible, ergo no son resarcibles.

A pesar de que ha sido una teoría de gran acogida jurisprudencial y doctrinaria, no ha estado exenta de críticas, considerando que la teoría de causalidad adecuada disfraza consideraciones puramente materiales bajo el parámetro valorativo de la previsibilidad objetiva, por lo que cae en el mismo error que intento superar, cual es, establecer la relación causa-efecto desde una perspectiva puramente material. Así lo han dicho sus detractores: "La causalidad adecuada sugiere que se debe determinar si un suceso era razonable y previsiblemente más idóneo o adecuado para generar un resultado, teniendo en cuenta las máximas de la experiencia (…) nótese que se trata de un juicio fundamentado esencialmente en los criterios de normalidad y probabilidad, por lo que la doctrina ha puntualizado que es preciso hacer un juicio

probabilístico que se efectúa *ex ante facto y en abstracto.* De esta forma, el juicio de causalidad dependerá en un alto grado de la capacidad del juzgador de formar un panorama lo más completo posible quedando una porción muy amplia a su arbitrio." (Rojas-Quiñones, 2011) En efecto, se ha dicho que el juicio que propone la teoría de la causalidad adecuada da carta abierta al arbitrio judicial, consideraciones que minan la credibilidad de esta teoría, generando un descredito que la siguiente intenta solucionar.

2.4.2.2 Teoría de la Imputación Objetiva

Esta interesante teoría propone, a efectos de configurar la relación causal, un método basado en dos pasos.

El primero consiste en establecer, desde un punto naturalistico, todas las causas que pudieron coadyuvar al acaecimiento del daño, echando mano a tal efecto de la teoría de la *conditio si ne qua non.* A este primer paso le llaman también imputación de hecho (imputatio facti).

En un segundo paso vamos a establecer desde un punto de vista axiológico, cual de todas esas causas ha sido la que jurídicamente ha contribuido a producir el desvalor de resultado. En este punto estamos haciendo una imputación jurídica (imputatio iuris).

Aplicamos entonces en el primer momento el juicio contrafáctico, que supone eliminar en mente un suceso, si eliminándolo el resultado no se habría producido, entonces tenemos que ese evento es causa de un resultado. El common law también aplica en su sistema de Derecho de Daños (*tort law*) el método de los dos pasos (two step approach) al primer paso lo conoce como el *"but-for test"*, se lo podría traducir como "la causa por", utiliza el mismo juicio que la *conditio sine qua non*, por lo que en este punto resulta interesante conjeturar sobre lo beneficioso que podría resultar un dialogo de sistemas.

Los principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil establecen ciertos criterios de imputación objetiva que aplicaríamos en el segundo paso de este método, algunos de los cuales son:

1. La previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad, considerando la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad.

2. Prohibición de regreso.

3. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

4. El fin de protección de la norma.

Hemos analizado el primero. El segundo plantea que no cabe retroceder el curso causal e imputar a una conducta negligente los daños ocasionados por la interposición ulterior del comportamiento ilícito y doloso de un tercero. El tercero, plantea que para que una conducta pueda considerarse causa jurídica de un daño, es necesario que esa conducta incrementara de manera no permitida el riesgo de que ese daño se produjera. De acuerdo al último, la infracción de una norma cuya finalidad es prevenir determinados daños, no puede ser esgrimida para imputar a esa infracción un resultado dañoso no previsto por la norma.

El común denominador es que estos criterios suponen valoración y no descripción de las causas que han pasado el primer test del juicio contrafactico.

Tal y como hemos dicho, la cuestión no es pacífica y cabe preguntarnos si realmente hemos alcanzado una teoría de la causalidad que sea predicable para la responsabilidad civil, pues es de recordar que estas han sido desarrolladas principalmente por la doctrina penal, la responsabilidad civil ha tomado prestado los criterios que en esencia son aplicables para aquel ámbito.

2.5. Factor de Atribución

También llamados criterios de imputación, constituyen aquellos elementos axiológico-valorativos que fundamentan el deber de reparar. Permite responder a la pregunta ¿Por qué se pagará? Tal y como hemos manifestado en líneas anteriores, nuestro Código Civil continúa anclado en la culpa, solo existe un supuesto de responsabilidad objetiva reflejado en el artículo 2227, herencia de la *actio pauperie* romana. Con la injerencia de los factores de atribución objetivos, la culpa ahora ocupa un lugar menos trascendente en el sistema, no siendo ni necesaria ni suficiente su verificación para que surja el crédito de indemnización a favor de la víctima[4].

[4] Un ilustrativo artículo de Ivonne Lambert sostiene que la responsabilidad civil ha evolucionado desde una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, enfatizando que actualmente se pone el acento en el derecho de la víctima no en la sanción al dañador.

No hasta hace mucho, el riesgo era el único factor objetivo que fundamentaría todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad objetiva, generando el desmedido avance del que hemos dado cuenta en líneas anteriores. Con la vigencia del Derecho de Daños, la doctrina se ha empeñado en el desarrollo y fundamentación de otros criterios, donde a pesar de que no se necesita valorar la conducta o diligencia del agente, tampoco parece adecuado fundamentar su deber en el riesgo. Ello ha dado lugar al desarrollo de algunos criterios de esta naturaleza, a cuyo análisis nos acometeremos a continuación.

2.5.1 Factores subjetivos

2.5.1.1. La Culpa

La culpa en sentido amplio se puede entender como infracción de un deber jurídico, abarcando de esa forma tanto la manifestación dolosa como la culposa. En sentido estricto la culpa se refiere a la forma como actuó el agente en concreto.

Sin perjuicio de las discrepancias que la doctrina ha sostenido en torno a su verdadero significado, gran parte de ella se ha decantado por concebir a la culpa como un actuar en el que el agente, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarda la diligencia exigible según la práctica para evitarlo. Diez Picaso ha sugerido que la culpa significa "desviación respecto de un modelo de conducta o estándar, pero que lo interesante es saber cómo se construye el modelo y como se explica la desviación." (Diez-Picaso, 2010) A pesar de no definir expresamente a la culpa, nuestro código parece acoger implícitamente esta doctrina en el artículo 29, donde se valora la conducta del deudor conforme al parámetro de la "diligencia debida".

Entendida así, López Mesa identifica los siguientes elementos que la caracterizan:

- No hay intención de dañar.
- Acción u omisión discordante con la conducta debida para evitar un daño.
- Imputabilidad o capacidad de comprender las circunstancias en que se desenvuelve su actuar.
- Previsibilidad del resultado.

La acción u omisión culposa puede manifestarse por medio de las siguientes formas:

- NEGLIGENCIA: Es la omisión consciente de un actuar que habría evitado el resultado dañoso.

- IMPRUDENCIA: Consiste en un obrar precipitado e irreflexivo, sin detenerse a pensar en las consecuencias que de este actuar se pueden derivar.

- IMPERICIA: Se manifiesta cuando de las circunstancias se desprende un actuar imperito del agente, contrario a la *lex artis*, es decir, un desconocimiento o ignorancia supina para desempeñar un arte u oficio determinado.

- INOBSERVANCIA: Cuando de las circunstancias se desprende que el agente ha pasado por alto disposiciones reglamentarias que rigen su actuar, por simple ignorancia o intolerable descuido.

En la práctica no es sencillo diferenciar entre estas modalidades de actuación culposa, no obstante cada una debe valorarse en concreto, considerando el conocimiento que efectivamente tiene o debía tener el agente en razón de su calidad personal.

La diligencia debe ser probada por quien ha debido emplearlo conforme el artículo 1563, si de esto se desprende que el deudor o agente ha cumplido con la diligencia debida, el resultado debe considerarse como causa ajena, no imputable al demandado. Sin perjuicio de esto, existen casos en que la jurisprudencia o doctrina establecen presunciones de culpa, como lo ha hecho nuestra Corte Suprema en el ya referido caso Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs PetroEcuador y otros, donde estableció que la palabra "imputar" del articulo 2229 sugiere una presunción de culpabilidad del agente, convirtiendo esta interpretación en vinculante para los tribunales y jueces de instancia y casación. Tal y como la misma corte sostuvo en el caso "Eduardo Benavides Joza vs Galo Palacio Barberan y otros": "Los fallos de casación constituyen precedente obligatorio en la parte que contiene análisis abstracto de la norma, de manera que constituyen interpretación general y permanente de ella." En tal virtud entonces, la jurisprudencia ha dicho que en actividades riesgosas el agente que las despliega, es presuntamente culpable de los daños irrogados en su ejercicio. De igual forma, la doctrina ha establecido que el principio *"res ipsa loquitor"* permite al administrador de justicia presumir negligencia del demandado, concurridas las siguientes circunstancias:

1. El demandado estaba en exclusivo control de la situación o instrumento que causo el daño.

2. El daño no hubiera ocurrido si no fuera por la negligencia del demandado (but-for test).

3. El daño no fue irrogado por el propio actuar del damnificado.

En cuanto a la diligencia debida o deber objetivo de cuidado, Munoz Conde ha dicho que no interesa, a efectos de determinarlo, cual es el cuidado que concretamente ha aplicado el agente, ya que esta cuestión se analiza en la culpabilidad, sino cual es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización. Una labor estereotipada no supone per se falta de diligencia debida, pero si del cotejo entre el deber de cuidado y la conducta concreta se desprende que esta última ha quedado corta, entonces el actuar seria culposo.

Tampoco debemos confundir con el análisis de "previsibilidad objetiva" que hacemos en sede de causalidad, donde únicamente si existen varios factores que pudieron influir en el fenómeno dañoso será necesario verificar cuál de todos es el "más probable o adecuado" para producir el daño, considerando las circunstancias concretas *ex ante*; tras lo cual, si es factor objetivo, no será necesario aquilatar aspectos volitivos, sino cuales fueron las circunstancias materiales u ontológicas que hicieron que esa cosa o actividad sea riesgosa, tal y como lo explicaremos en el siguiente capítulo.

Por último, el *common law* ha dado a la negligencia un interesante enfoque económico. La fórmula propuesta por el eximio juez al que hemos aludido en el capítulo anterior del presente trabajo, Learned Hand, en el caso US Vs. Carroll Towing, ha sido acogida a nivel legislativo para establecer cuando un demandado ha sido negligente. El *Restatement (THIRD) of Torts* establece: "Una persona actúa negligentemente si no ejercita la diligencia debida consideradas las circunstancias.

Los factores primarios a considerar para determinar si la conducta de una persona carece del debido cuidado son: la probabilidad previsible de que la conducta del agente resultara en daño, la probabilidad alta de que el daño que desencadene sea grave, y la carga de las precauciones para eliminar o reducir el riesgo de daño."[5]

[5] Hemos intentado hacer la traducción de modo que se ajuste en la mayor medida posible al contexto, sin embargo, a efectos de un mejor entendimiento, transcribiremos la cita en su idioma original. "A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances. Primary factors to

El juez Hand explico de esta forma como estos factores deben relacionarse: "El demandado no ha cumplido con la diligencia debida si la carga de precaución es menor que la probabilidad de daño, multiplicado por la gravedad del daño resultante."[6]

Como notamos, este jurista reduce todo a un problema de cálculo, en cuya virtud si el costo de haber cumplido con la diligencia debida es menor que la probabilidad de daño multiplicado por la gravedad del mismo, la conclusión es que el demandado ha sido negligente.

En el *civil law* hemos acogido un estándar netamente valorativo para determinar la diligencia debida, cuestión que si bien puede dar amplio margen al arbitrio judicial, nos sigue pareciendo la mejor forma de manejarlo. En este sentido Freire dice: "El concepto de diligencia no es una cuestión que se pueda basar –ni aun preponderantemente- en un criterio puramente económico".

2.5.1.2. El Dolo

Etimológicamente se deriva del latín *dolus,* significa engaño, fraude, simulación o mentira. Como bien explica Hernán Coello, el dolo opera tanto en el campo obligacional cuanto en el extracontractual. En el primero como vicio del consentimiento o como intención deliberada de incumplir con la prestación; en el segundo como fuente mediata de obligaciones, siendo necesario que la intención maliciosa se traduzca en un daño.

Nuestra normativa civil diferencia conceptualmente al dolo de la culpa grave, mas no hace distingo alguno en cuanto a sus consecuencias. Ambos factores suponen en el hechor una capacidad de entender y de querer, pero en el dolo esa capacidad se manifiesta en una intención deliberada de provocar un resultado disvalioso. Dicha manifestación puede presentarse a través de las siguientes modalidades:

- Dolo directo, es la manifestación más frecuente del dolo. El agente desea provocar el daño y lo provoca de manera directa sobre el damnificado.

consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm."

[6] A party is in breach of duty if his or her burden of precaution (B) was lower than the probability of harm (P) times the gravity of resulting injury (L)

- Dolo directo de segundo grado, donde el agente se representa otras consecuencias que, a pesar de no quererlas, las acepta como necesarias.

- Dolo eventual, sin duda la modalidad más difícil de verificar. En este caso el agente se representa el resultado como altamente probable, lo quiere y lo acepta. Es bastante lábil su diferencia con la culpa con representación, donde el agente también se representa el resultado como probable, pero no lo quiere ni lo acepta. La doctrina ha sugerido algunas teorías que sirven para diferenciarlas, siendo a nuestro entender la más elocuente la teoría de la voluntad o consentimiento, sin embargo, esta diferencia no es relevante para el Derecho Civil, dado que las consecuencias serían exactamente iguales, pues culpa con representación es una modalidad de culpa grave.

- Dolo negativo, si se ocultan circunstancias que se deben comunicar o se deja de realizar conductas necesarias.

2.5.2 Factores Objetivos

Los criterios objetivos son aquellos en los que no se valora la intención de las partes, así como tampoco interesa la diligencia que el agente pudo haber emprendido para evitar el daño, únicamente consideramos aspectos materiales u ontológicos del hecho imputado, pudiendo el estándar de diligencia puede ser más estricto que el usual, como lo veremos en el siguiente capítulo.

Así para saber si una actividad o cosa es riesgosa, debemos aquilatar las circunstancias en las que dicha actividad fue desarrollada o la cosa usada. De igual forma, para establecer si la responsabilidad obligacional es objetiva, la pesquisa consiste no en la voluntad de las partes, sino en las cualidades objetivas de la obligación, de donde sí se desprende que en la obligación el deudor ha garantizado un resultado al acreedor, sobre éste pesa una obligación de garantía o deber de seguridad que lo vuelve objetivamente responsable en caso de incumplimiento del resultado esperado.

El Código argentino excluye con acierto la posibilidad de aplicar estos factores a las actividades de los profesionales liberales, donde el factor culpa seguirá siendo determinante.

De igual forma, la Corte Suprema de Estados Unidos, en un caso hito (Gertz v. Robert Welch, Inc.***)*** donde desarrolló el estándar probatorio al que se debe ceñir el demandante en los casos de difamación entre privados, sostuvo que aplicar responsabilidad objetiva en casos de difamación es inconstitucional, pues hacerlo permitiría al demandante obtener compensación incluso cuando el demandado no sabía que sus aseveraciones eran falsas, así como tampoco importaría la diligencia que pudo haber tomado para verificarlas. En consecuencia, el estándar de real malicia, sostuvo, debe continuarse aplicando si el demandante es un funcionario público; siendo una persona privada, cuando menos debe probar que hubo negligencia del demandado. Criterio que consideramos acertado.

Sin perjuicio de las excepciones que se pueden presentar en cuanto a su aplicación, consideramos que su vigencia va a tono con el marco general del Derecho de Daños.

Analizaremos algunos criterios objetivos a continuación.

2.5.2.1 La garantía

Opera tanto en la órbita aquiliana, cuanto en la contractual (no obligacional). Respecto de esta, su manifestación es la ya explicada obligación de seguridad. Con fundamento en el principio de buena fe contractual y el *alterum non ladere*, Calvo Costa la define como "El deber que asume el prestador de una obligación, en virtud del cual le asegura al acreedor que durante la ejecución de la prestación, su persona y bienes estarán indemnes." Se trata de una obligación de resultado donde el prestador le garantiza esa indemnidad al concluir la prestación. Tal y como lo sostuvo la corte de casación francesa, se trata de una obligación tacita, es decir, implícita en toda relación de consumo.

En la órbita aquiliana se manifiesta en la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, en caso de daños a terceras personas durante la ejecución de la prestación. El obligado principal es objetivamente responsable por el hecho de toda persona de la cual se ha servido para cumplir con la prestación. La dependencia no se configura por una relación laboral, siendo necesario únicamente que el daño ha sido ocasionado "con ocasión" de la prestación encomendada. Entendiéndose por ocasión "la oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo." Es el hecho de haber brindado el escenario, posibilidad de que se produzca el daño, lo que permite diferenciar la ocasión de la ya analizada causa. En este caso la ocasión "es también causa del mal causado." El legislador le confiere el mismo valor causal a condición y causa.

Nuestro Código Civil en su artículo 2220 *in fine*, condiciona la responsabilidad del principal al quebrantamiento de la diligencia debida, permitiendo dispensarlo de responsabilidad "si con la autoridad y cuidado que su calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido evitar el hecho".

2.5.2.2 La Equidad

Este criterio de imputación es aplicable en supuestos muy determinados, como son los hechos realizados por menores o dementes, es decir los hechos antijurídicos que se realizan sin conciencia y voluntad, abarcando también la responsabilidad civil de aquel que ejerce fuerza irresistible sobre el hechor. Como lo explica López Mesa, la solución es objetiva debido a la ausencia de voluntad.

La indemnización de los daños en estos casos no seguirá las reglas generales, siendo el hechor un incapaz. Tal como lo explica Ubiria, "el juez podrá fijar una indemnización atenuada, alejada de la medida real de los perjuicios realizados, establecer plazos amplios, etc." (Ubiria, 2017)

2.5.2.3 Abuso del Derecho

Aparece cuando la transgresión al ordenamiento jurídico deviene del ejercicio de una facultad jurídica, pero su ejercicio tergiversa de tal forma la naturaleza de dicha facultad que termina por desnaturalizarlo, contrariando así los fines que la norma jurídica tuvo en mira al reconocerlo. En estos casos, el actuar es valorado objetivamente, ¿Cuáles han sido las circunstancias que configuran el ejercicio abusivo del derecho? Prescindiendo toda contemplación subjetiva, la conducta "debe juzgarse en sí misma".

Su fundamento es el principio general en virtud del cual los derechos se deben ejercer conforme los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. No existe un catálogo exhaustivo de supuestos que configuren tal conducta, siendo una modalidad el llamado "exceso de normal tolerancia entre vecinos" que se configura cuando el propietario de un bien inmueble ocasiona molestias a los circunstantes con exceso de humo, malos olores, ruido, luminosidad, etc.

CAPITULO III

EL FACTOR RIESGO Y LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

"(…) But for his act in bringing it there no mischief could have occurred, and it seems but just that he should, at his peril, keep it there; so no mischief may occurred, or answer for the natural and anticipated consequences. And upon authority, this we think is established to be the law, whether the things so brought be beast, or water, or filth, or stenches".[7]

Lord Blackburn, Fletcher vs. Rylands (1866).

3.1 Introducción

Como consecuencia de haber colocado a la víctima en el centro del sistema, el surgimiento de la responsabilidad civil ya no está condicionada a un comportamiento antijurídico del dañador, consecuentemente, la modalidad objetiva de atribución se aplica de manera más generalizada tanto en la órbita obligacional, cuanto en la aquiliana. Algunos de estos supuestos son, en la órbita aquiliana, los siguientes: La responsabilidad por el hecho de los animales, (no solo los feroces) responsabilidad por la caída de árboles, responsabilidad por el riesgo de la cosa, responsabilidad por el vicio de la cosa y, principalmente, la responsabilidad por las actividades riesgosas.

La genealogía de la responsabilidad civil objetiva por los daños irrogados en el curso del desarrollo de una actividad riesgosa, indefectiblemente impone un análisis del precedente británico Fletcher vs. Rylands, pues este caso fue el punto de partida para el reconocimiento de este particular fenómeno dañoso. El análisis del caso fue también un acicate para el ensanchamiento de los supuestos de responsabilidad objetiva, así también, tuvo el mérito de otorgarle la unicidad conceptual y ontológica que las distingue de los demás supuestos de donde puede dimanar la responsabilidad aquiliana.

El *common law* ha sido el primer sistema que dio a las actividades peligrosas el análisis y tratamiento que les es condigno, considerando que sus particularidades, impedían encuadrarlas dentro de los tres tipos de daños que su sistema reconoce, a saber: *negligence, trespass and nuisance*. Con el posterior desarrollo doctrinal y jurisprudencial, no con poca ironía Estados

[7] La cita transcrita en su idioma original, que será traducida a posteriori, tiene por objeto poner de relieve la influencia que en este punto de la investigación tendrá el *common law,* así como la doctrina que respecto de las *"abnormally dangerous activities"* ha aportado a su desarrollo.

Unidos sería el primer país que reconocería y regularía la puesta en práctica de *abnormally dangerous activities,* imponiendo responsabilidad objetiva (*strict liability*) a quien cause daño como consecuencia de su desarrollo. La identificación de las actividades riesgosas dependería de la verificación de algunos criterios que las caracterizan, criterios regulados en el *restatement second of torts.*

En cuanto al *civil law,* la regla general en torno a su regulación ha sido acudir a elementos objetivadores de la culpa. No se han adoptado legislativamente criterios valorativos para su identificación, utilizando al efecto ya sea un catálogo taxativo, o la mera discrecionalidad judicial.

El objetivo del presente capitulo será entonces describir y analizar el tratamiento jurisprudencial y doctrinario que ambos sistemas han conferido a la regulación de este fenómeno dañoso tan propio de una sociedad industrializada.

3.2 Génesis y Evolución de la Responsabilidad Objetiva por Actividades Anormalmente Riesgosas en el *Common Law*: Fletcher vs. Rylands

En este punto nos limitaremos a describir los antecedentes facticos del caso, así como la interpretación que posteriormente le dio la jurisprudencia británica.

John Rylands fue un empresario que contrato a una constructora con el fin de edificar un reservorio de agua para una de sus fábricas de ropa. Durante la construcción, los obreros descubren unos pasajes subterráneos rellenos con escombros que resultaron ser los despojos de una mina de carbón que otrora funcionaba allí. Los constructores pasaron por alto estos despojos y, en lugar de rellenarlos, simplemente los dejaron tal y como estaban, continuando con la construcción del reservorio. Tan pronto como empezó a funcionar, el 11 de diciembre de 1860, la estructura sucumbió, provocando un derrame del líquido ahí contenido, el cual, al filtrarse por el suelo, se conectó con los despojos de la mina abandonada, para finalmente desembocar en otra activa perteneciente a Thomas Fletcher, provocando la inundación de la mina de Fletcher y generando cuantiosas pérdidas materiales. Fletcher presentó una demanda contra Rylands el 4 de noviembre de 1861.

En primera instancia, por decisión mayoritaria de 2 a 1, la demanda se resolvería a favor de Rylands bajo el argumento que la empresa contratista había sido negligente, no el demandado. La decisión fue apelada por Fletcher, consiguiendo en segunda instancia un resultado

favorable. Los magistrados apoyaron el voto señero de primera instancia, encontrando a Rylands responsable de los daños. El argumento de segunda instancia, esgrimido por el juez Blackburn, fue el siguiente:

"Pensamos que la regla jurídica es que aquella persona que, por propósitos personales, trae a su propiedad, almacena y guarda allí cualquier cosa que sea capaz de producir daño si se escapa, debe mantenerla a su riesgo; y, si no lo hace, es *prima facie* responsable por todo el daño que sea consecuencia natural de su escape. Se puede liberar mostrando que el escape fue resultado de la negligencia del demandante o, tal vez, que el escape fue resultado de caso fortuito o fuerza mayor".[8] (Rylands vs Fletcher, 1864)

El magistrado Blackburn continuo su razonamiento, profundizando en torno a las cosas que se podrían considerar dañinas si se escapan. Para su cabal entendimiento, consideramos conveniente transcribir íntegramente el criterio del administrador de justicia:

"La persona cuyo pasto o maíz es devorado por el ganado fugitivo de su vecino, o su mina inundada por el agua del reservorio de un colindante, o cuyo sótano es invadido por la inmundicia del retrete de otro, o su habitación se vuelve insalubre por el humo o vapor venenoso del trabajo industrial de un vecino, resulta perjudicado sin ninguna culpa de su parte; y no parece sino razonable y justo que aquel que hubiere traído a su propiedad algo que naturalmente no estaba ahí, inofensivo mientras este confinado a su propiedad, pero que sabe que es dañino si irrumpe en la de su vecino, debe ser obligado a reparar el daño que ha precedido si no ha logrado mantenerlo confinado en su propiedad. Si el daño no hubiera ocurrido de no ser porque han sido llevadas allá, parece justo que debió a su riesgo dejarlas ahí de modo que no dañen a nadie, o responder por las naturales y anticipadas consecuencias. Con base en la autoridad conferida, esta creemos es la interpretación de la ley, ya sean las cosas: bestias, agua, suciedad o malos olores." [9]

[8] En su idioma original: "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 likely 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. He can excuse himself by showing that the escape was owing to the plaintiff´s default or, perhaps, that the escape was a consequence of vis mayor, or the act of God".

[9] La traducción corresponde también a la cita transcrita al inicio del capítulo. The person whose grass or corn is eaten down by the escaping cattle of his neighbor, or his mine is flooded by the water of his neighbour's reservoir, or whose cellar is invaded by the filth of his neighbour's privy, or his habitation is made unhealthy by the fumes and noisome vapours of his neighbour's alkali works is damnified without any fault on his own; and it seems but reasonable and just that the neighbour that has 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 it's

La decisión se fundamentó en el principio del Derecho Romano *"Sic Utera Tuo Ut Alienam Non Laedas"* que impone a todos utilizar la propiedad de manera que no se cause daño a nadie. A partir de este punto, doctrina y jurisprudencia se dedicaron a desarrollar de mejor manera el concepto de las cosas que "no están naturalmente ahí". Se delinearon dos categorías a tal efecto, "el uso natural" y el "uso no natural" de la propiedad, siendo el segundo caso un supuesto de responsabilidad sin culpa.

Como era de esperarse, Rylands fue quien recurrió esta vez, sin embargo, Lord Cairns mantuvo la decisión de fondo, no sin hacer antes una importante contribución:

"Por otro lado, si los demandados al no utilizar la propiedad según su naturaleza, hubieren deseado utilizarla para una finalidad que puede ser categorizada como ´no natural´ con el propósito de introducir aquello que en sus condiciones naturales no estaba dentro o sobre ella, como cuando se introduce agua por sobre o por debajo del suelo; y si al hacerlo, el agua escapase y escurriese a la propiedad del demandante, me parece que aquello que hacia el demandado, lo hacía a su propio riesgo; y si, en el curso de hacerlo el mal surgiese, concretamente, el escape del agua a la propiedad del demandante, entonces por este acontecer, el demandado será responsable."[10]

De esta forma, el magistrado comprendió que el uso de la propiedad de modo innatural, supone introducir en ella cosas que pueden ser capaces de causar daño con más probabilidad, si lo comparamos con el uso que habría de considerarse normal atendiendo a las circunstancias del lugar. Concluyó entonces que el reservorio de agua supuso un "uso anormal de la propiedad" puesto que la región era típicamente minera.

La magistratura británica se vio después envuelta en una tumultuosa tesitura en cuanto a la correcta interpretación que se debía dar al "uso no natural de la propiedad". La doctrina

---

mischievous if it gets on his neighbour's should be obliged to make good to the damage which ensues if he not succeed in confining to his own property. But for his act in bringing it there no mischief could have occurred, and it seems but just that he should at his peril keep it there so no mischief may occurred, or answer for the natural or anticipated consequences. And upon authority, this we think is established to be the law whether the things so brought be beasts, or water, or filth, or stenches.

[10] On the other hand, if the Defendants non stopping at the natural use of their close, had desired to use it for any purpose which I may term a non-natural use, for the purpose of introducing into the close that which in its natural conditions was not in or upon it, for the purpose of introducing water either above or below ground (…) and if in consequence of their doing so, the water came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, than it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril; and, if in the course of their doing it, the evil arose to which I have referred, the evil, namely, of the escape of the water and its passing away to the close of the Plaintiff and injuring the Plaintiff, than for the consequence of that, in my opinion, the Defendants would be liable

intentaba constantemente aportar para dar solución a este debate trascendental, pues de su correcta inteligencia pendía la posibilidad que el demandado se liberase o no probando diligencia debida.

Un sector entendía por tal, aquel que se desvía de su estado de naturaleza, entendiendo que el uso no natural se manifiesta cuando de forma artificial, el demandado ha introducido en su tierra un agente peligroso. Otros entendían que se debía interpretar como un uso irracional, cuya categorización dependerá de las circunstancias geográficas donde se ubique la propiedad, así como de la coyuntura socio-económica que la rodee.

Otra confusión supuso la identificación de estos criterios con el de "cosas riesgosas", pues una parte de la doctrina consideraba que el precedente únicamente podría ser aplicado en los casos en que el demandado hubiere utilizado explosivos o sustancias químicas, es decir, cosas naturalmente riesgosas. Para superar esta confusión, se dijo que las cosas que suponen un uso no natural de la propiedad, son aquellas que tiendan a escapar y que al hacerlo, impliquen un peligro excepcional para otros, con la particularidad necesaria de que estas además, debían ser utilizadas en el marco de un uso no natural, cuya verificación dependería de circunstancias de tiempo y lugar.

Así las cosas, el precedente que diera origen a la responsabilidad civil objetiva por actividades riesgosas, iría estrechando cada vez más su campo de acción por vía jurisprudencial. La magistratura británica no veía con buenos ojos la aplicación del mismo, pues creían riesgosa la ambigüedad que suponía el leguaje en él empleado, considerando conveniente dejar en manos del poder legislativo la regulación expresa de los casos donde resulte aplicable.

De esta forma volvieron al precedente prácticamente disfuncional, agregándole cada vez más requisitos que debían concurrir para su aplicación.

Por ejemplo, en el caso Rickards vs Lothian (1913), el demandado era locador de un edificio cuyos inquilinos eran en su mayoría comerciantes que alquilaban los departamentos con el fin de llevar a cabo sus actividades. Mas resulta que un día, de manera manifiestamente malintencionada, alguien en el cuarto piso había tapado los desagües por donde se filtraba el agua, dejando abiertas las llaves con el propósito deliberado de provocar una inundación que efectivamente se produce, dañando así la propiedad del demandante que se ubicaba en el segundo piso. Se alegó, fundamentando en Rylands vs. Fletcher, que el locador era objetivamente responsable porque el daño había resultado del escape de agua de la propiedad

de este. Esto dio lugar a que se interprete el "uso no natural" una vez más, tarea que fue asumida por Lord Moulton expresando su criterio de esta manera: "No son todos los usos para los cuales se utiliza la propiedad que generan responsabilidad objetiva. Debe ser un uso especial, que traiga consigo el incremento de peligro a otros y no debe ser simplemente el uso ordinario de la propiedad, o un uso tal que sea apropiado para el beneficio general de la comunidad."[11] (Rickards vs Lothian, 1913) Entendido así, se consideró que el agua que se había escapado no constituía un uso no natural de la propiedad, por lo que la pretensión devino en improcedente.

En Read vs Lyons Co. Ltd (1947) la tendencia limitadora se agudizo, interpretando que el daño debió producirse por el escape de la sustancia a la propiedad del demandante. La actora era una funcionaria del gobierno británico cuya tarea era realizar inspecciones a las fábricas de municiones (el cargo había sido creado durante la segunda guerra mundial, manteniéndolo hasta 2009 donde se prescindió de él). Durante una de estas, hubo una explosión que le produjo severas lesiones corporales. Con base en el precedente, consideró que la fábrica era objetivamente responsable al haber escapado de su control la cosa que ocasiono la explosión. En primera instancia, Lord MaCmillan declararía que el precedente se aplicaba únicamente en el contexto de daños a la propiedad entre vecinos, siendo determinante que la cosa haya escapado de la propiedad del demandado. Dado que el daño había ocurrido dentro de la fábrica, no había lugar a la demanda planteada. La decisión fue recurrida, el *House of the Lords* no haría, sin embargo, cambios significativos. Lo que si resulta digno de notar, es la mención que la más alta corte británica de aquel tiempo hizo respecto de la cláusula general de responsabilidad civil objetiva que para la época ya se había desarrollado y se aplicaba con gran frecuencia en Estados Unidos (la cámara de los Lores mantuvo potestades jurisdiccionales hasta 2009). A este respecto se dijo: "Se ha sugerido que algunas operaciones son tan peligrosas que ninguna diligencia, por más acuciosa, puede prevenir la ocurrencia de accidentes, y que aquellos que escogen por voluntad propia llevar a efecto dichas operaciones, deben hacerlo bajo su propio riesgo. Si esto fuere así, muchas industrias tendrían fuertes responsabilidades sobre ellas. De pensar que esta responsabilidad puede ser impuesta razonablemente a las empresas por interés público, el parlamento tiene el deber de hacerlo. En mi opinión, la ley

[11] "It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community."

actual de Inglaterra no deber ser interpretada de aquella manera."[12] (Read vs. Lyons Co. Ltd., 1947)

Pasarían decenios hasta que el precedente seria nuevamente puesto en tela de juicio, con resultados poco alentadores en torno a su campo de aplicación. En un caso que data de 1994 (nótese que el largo aletargamiento del precedente refleja la ínfima importancia que en Gran Bretaña se le llego a dar) *Cambridge Water Company*, una compañía que se dedicaba a dotar de agua potable al pueblo de Cambridge y las áreas adyacentes, en el marco de una política de la Unión Europea que obligo a los países miembros a descontaminar el agua que consumían sus habitantes, se sometió a controles de calidad. Una comitiva de la comunidad europea encontró residuos de percloroetileno (PERC) en sus reservas de agua potable, cuya causa resulto ser la filtración subterránea de substancias químicas utilizadas por una curtiduría perteneciente a *Eastern Counties Leather,* ubicada a más de una milla de distancia. *Cambridge Water* inicio una demanda contra la empresa causante de la filtración.

El caso llego hasta el *House of the Lords*, donde el Lord Goff establecería como requisito para declarar responsable al demandado sobre la base del caso Rylands vs. Fletcher, que el daño fuere previsible. El razonamiento fue que el precedente había sido absorbido por el *"tort of nuisance"* anulando la autonomía que hasta ese momento le había conferido la doctrina y jurisprudencia. Se le introdujo entonces un tercer requisito que condicionaba su aplicación: El uso no natural + el escape de substancia dañina + previsibilidad del daño. En este sentido, se indicó que no pudo el demandado haber previsto el daño que ha sido infligido al demandante, lo que impedía imponerle responsabilidad. Esto no significo que la responsabilidad objetiva pasaría a la historia, pues se dijo que, de haber sido el daño previsible, el demandado no se liberaría probando diligencia.

El juez se volvió a referir a la posibilidad de establecer, a la manera estadounidense, una clausula general de responsabilidad civil por actividades peligrosas, pronunciándose en la misma línea de Lord MaCmillan y rechazando de manera categórica cualquier contemplación al respecto. Sus palabras fueron: "El reporte de la Comisión Jurídica sobre responsabilidad civil por actividades y cosas riesgosas, expreso serias objeciones en torno a la recepción de

[12] It was suggested that some operations are so intrinsically dangerous that no degree of care however scrupulous can prevent the occurrence of accidents and that those who choose for their own ends to carry on such operations ought to be held to do so at their peril. If this were so, many industries would have a serious liability imposed on them. Should it be thought that this is a reasonable liability to impose in the public interest it is for Parliament so to enact. In my opinion it is not the present law of England

cualquier test para la aplicación de responsabilidad objetiva que envuelva el concepto general de actividad "especialmente peligrosa" o "ultra peligrosa" habiendo considerado las incertidumbres y dificultades prácticas de su aplicación. Si la comisión es renuente a considerar una reforma estatutaria sobre esta base, la consecuencia que sigue es que los jueces deben serlo aún más." (Kutner, 1996)[13]

Todos los criterios que los jueces esgrimían hacían del precedente cada vez más descartable, por lo que la posibilidad de una clausula general de responsabilidad por actividades riesgosas se volvió una quimera. Estados Unidos sería el primer país donde esta posibilidad se concretó. De manera análoga, los principios del *European Group on Tort Law* habían propuesto tal clausula inspirado en la sentencia de Rylands vs. Fletcher. En su artículo 5:501 se estableció:

1. La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y resulta de ella.

2. Una actividad es anormalmente peligrosa si:

    a. Crea un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque se emplee todo el cuidado en su ejercicio.

    b. No es una actividad de uso común.

3. El riesgo de daño puede ser significativo, atendiendo a la gravedad o probabilidad del mismo.

4. Esta disposición no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición.

Esta norma ya marca el derrotero por donde transitaría la doctrina en torno a la regulación de las actividades peligrosas, diferenciando aquellas que son peligrosas por naturaleza de aquellas que son peligrosas verificada la concurrencia de los criterios establecidos en forma de cláusulas

[13] [T]he Report of the Law Commission on Civil Liability for Dangerous Things and Activities expressed serious misgivings about adoption of any test for the application of strict liability involving a general concept of "especially dangerous" or "ultra-hazardous" activity, having regard to the uncertainties and practical difficulties of its application. If the Law Commission is unwilling to consider statutory reform on this basis, it must follow that judges should if anything be even more reluctant to proceed down that path.

generales. Llego un punto en el que finalmente la jurisprudencia británica se vería persuadida por esta aproximación a la regulación de las actividades riesgosas.

En el caso Transco plc vs Stockport MBC (2004), el demandante era propietario de un conducto de gas que pasaba por debajo de una antigua vía férrea. El demandado era el consejo local responsable del manejo de un conducto acuífero que dotaba del líquido vital a la cercana población de Brinnington. En 1992 se había producido una rotura del conducto por el que circulaba el agua, dada la longitud de la misma, cantidades considerables de líquido se irían derramando sistemáticamente, generando una saturación del terraplén en donde se encontraba el conducto de gas perteneciente al demandante. Debido a la saturación, el terraplén eventualmente colapso dejando sin soporte al conducto de gas. Esto suponía un alto riesgo que debía ser reparado de inmediato, siendo necesario a tal efecto la dispensa de ingentes cantidades de dinero.

El demandante accionó contra el consejo administrador del conducto acuífero, alegando con fundamento en Rylands vs. Fletcher la responsabilidad objetiva del mismo. Ya en la Cámara de los Lores, la resolución fue la que reportamos: "Teniendo en cuenta el origen histórico del precedente, y que su efecto es imponer responsabilidad sin culpa por un hecho esporádico, me parece que el test de daño o peligro debe ser satisfecho por completo. Debe demostrarse que el demandado ha hecho algo que ha reconocido o, juzgado según los estándares apropiados considerando el tiempo y lugar en cuestión, debió razonablemente haber reconocido como generador de un excepcionalmente alto riesgo de daño, si un escape se produjese, sin importar cuan improbable hubiere pensado que es dicho escape.

Es por lo tanto la creación de un riesgo evidente a otros propietarios, el elemento esencial del daño y la responsabilidad del demandado. Una vez que un riesgo de esa naturaleza ha sido creado, la responsabilidad por las consecuencias previsibles de un fallo de control o confinamiento es objetiva."[14] (Kutner, The end of Rylands vs. Fletcher? II: Burnie Port

[14] Bearing in mind the historical origin of the rule, and also that its effect is to impose liability in the absence of negligence for an isolated occurrence, I do think the mischief or danger test should be at all easily satisfied. It must be shown that the defendant has done something which he recognized, or judged by the standards appropriate at the relevant place and time, he ought reasonably to have recognized, as giving rise to an exceptionally high risk of danger or mischief if there should be an escape, however unlikely an escape may have been thought to be.
(...) It is thus the creation of a recognizable risk to other landowners which is an essential constituent of the tort and the liability of the defendant. But once such a risk has been created, the liability for the foreseeable consequences of failure to control and confine it is strict.

Authority v. General Jones Pty. Ltd. , 1996) Con este razonamiento, la Cámara sostuvo que el consejo no fue responsable por el daño, debido a que el uso de la propiedad era natural. La regla de Rylands vs. Fletcher tiene sus límites, por lo tanto, no puede ser aplicado el precedente a la rotura de una tubería propiedad del demandado. La provisión de agua no constituía un uso no natural, ni un comportamiento riesgoso.

En el Nuevo Continente el caso sería recibido por el Poder Judicial con cierta displicencia, sobre todo debido a objeciones de carácter económico. El *laissez faire* (dejad hacer, dejad pasar que el mundo va solo) se había enraizado en la jurisprudencia a tal punto que veían a la responsabilidad objetiva como una infranqueable rémora para el crecimiento económico, la culpa seria entonces un criterio justo, aun en los casos en que el demandante no podía recuperarse del daño. "*Let the losses lay where they fall"* seria la justificación moral de este pensamiento que suponía que las pérdidas económicas debían ser soportadas por quien las sufre, a menos de haber un criterio que justifique trasladar las mismas a otra persona. Tal criterio no podía ser otro que la culpa del demandado.

En el caso Losee vs. Buchanan, el demandado era dueño de una fábrica de papel que utilizaba calderas para generar la energía térmica necesaria para el funcionamiento de su maquinaria. El 13 de febrero de 1873 una de esas calderas exploto y retazos se precipitaron hacia la propiedad del demandante. Producto del incidente, el demandante sufrió pérdidas materiales cuantiosas, irrogadas a pertenencias muebles e inmuebles. La decisión fue a favor del demandado, puesto que no se habría probado negligencia de su parte. Este fue el razonamiento en torno a la responsabilidad objetiva: "Al convertirme en un miembro de la sociedad civil, estoy compelido a ceder algunos de mis derechos naturales, al hacerlo, soy compensado por la cesión de los mismos derechos por los demás miembros de la sociedad, así como por la seguridad y protección que el Derecho me confiere. En este sentido, la regla general en virtud de la cual puedo tener el exclusivo y pacifico uso y posesión de mi tierra, y que debo usar mi propiedad de manera que no lastime a mi vecino, son en gran parte modificadas por las exigencias sociales. Debemos tener fábricas, maquinaria, reservorios, canales y vías ferroviarias. Son demandas de los múltiples deseos de la humanidad y, a su vez, establecen las bases de toda nuestra civilización. Si tengo cualquiera de ellas sobre mi propiedad y no son molestia, ni son operadas con el fin de serlo, no soy responsable por el daño que accidental e inevitablemente causen estas estructuras a mi vecino. Este recibe compensación por tal daño en el bienestar general, dentro del cual comparte el derecho de poner las mismas cosas sobre su tierra. (…)

gran parte de los derechos reales, así como los derechos que tengo como persona, son relativos y deben ser ejercidos y modificados de manera tal que no inflijan daño a los derechos naturales de cada uno, así como tampoco al derecho de todos al bienestar general." (Losee vs. Buchanan, 1873)[15]

Como observamos, la responsabilidad objetiva se concebía como un desincentivo para la actividad empresarial que impide el crecimiento económico. Fue entonces necesario un desmán de proporciones considerables para que sea puesta de manifiesto los resultados claramente injustos a los que llevaba la aplicación del principio de la culpa en el contexto de una actividad riesgosa. María Lubomira, de manera bastante didáctica, agrupa en tres categorías los hechos que coadyuvaron al influjo determinante del precedente británico en la jurisprudencia estadounidense:

- Precondiciones: Siendo estas aquellas circunstancias que dan lugar a tendencias a largo plazo. Tendrían tal característica la necesidad de regular la industria, pues la misma tuvo vertiginosa subida en los años 80 y 90 del siglo XIX. Muestra de esto fue la promulgación del *"Sherman Antitrust Act"* en 1890 para hacerle frente al monopolio en el mercado de petróleo que había sido impuesto por la poderosa empresa "Standar Oil Co. Inc."

- Precipitantes: Hechos que originan tendencias a corto plazo. Siendo tales los vaivenes económicos que, producto del boom industrial, dieron lugar a una fuerte tendencia a la urbanización, trayendo consigo la proliferación de accidentes civiles para cuya solución el criterio de la culpa seria exiguo.

- Desencadenantes: Aquellos eventos que suscitan un resultado final. Los desastres en el sector de los embalses, siendo el más recordado "la inundación de Johnstown" en 1889, serían los eventos que conllevaron de manera definitiva al acogimiento del caso. El embalse estaba situado en un prestigioso club neoyorkino. Producto de una fuerte

[15] By becoming a member of civilized society, I am compelled to give up many of my natural rights, but I receive more than a compensation from the surrender by every other man of the same rights, and the security, advantage and protection which the laws give me. So, too, the general rules that I may have the exclusive and undisturbed use and possession of my real estate, and that I must so use my real estate as not to injure my neighbor, are much modified by the exigencies of the social state. We must have factories, machinery, dams, canals and railroads. They are demanded by the manifold wants of mankind, and lay at the basis of all our civilization. If I have any of these upon my lands, and they are not a nuisance and are not so managed as to become such, I am not responsible for any damage they accidentally and unavoidably do my neighbor.

> tormenta la estructura se derrumbó, provocando un escape de 20000000 toneladas métricas de agua que destruyo la ciudad de Johnstown por completo. Los daños se calcularon en 17 millones de dólares. El desastre desato la furia de los habitantes del lugar, cientos de demandas fueron presentadas contra el club, cada una de las cuales fue rechazada sistemáticamente por considerar que no se pudo probar negligencia de parte del demandado. En esta tesitura empieza a resonar con fuerza el "Rylands vs. Fletcher" lo que dio lugar a su asentamiento en la jurisprudencia estadounidense.

En esta parte del mundo sería donde verdaderamente se comenzó a delinear una teoría de la responsabilidad por actividades riesgosas. En el Reino Unido, la jurisprudencia desarrollo el precedente con base en el análisis subsecuente del "uso no natural"; mientras que en el Nuevo Continente el criterio sería "actividad anormalmente peligrosa." El posterior desarrollo interpretativo dio como resultado una clausula general de responsabilidad objetiva que resultaría aplicable a todas aquellas actividades que cupiesen dentro de los criterios allí delineados, no siendo necesaria la concurrencia de todos ellos para que una actividad se considere *"abnormally dangerous."* El parágrafo 520 del *Restatement Second of Torts* proveía los siguientes criterios:

Para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa, los siguientes factores deben considerarse:

a) Existencia de un alto riesgo de daño a la persona, bienes muebles o inmuebles de otro.

b) Probabilidad de que el daño resultante sea severo.

c) Incapacidad de eliminar el riesgo a través del cuidado razonable.

d) La medida en la que la actividad no es de uso común.

e) Inadecuación de la actividad respecto del lugar donde se ha llevado a cabo.

f) Medida en la que su importancia para la comunidad, sobrepasa los atributos riesgosos de la actividad.[16]

[16] In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land, or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place

El juez Richard Posner ha interpretado perspicazmente dicha disposición, en un conocido caso que ha sido materia de incesante análisis por la comunidad académica de su País. El caso es *Indiana Harbor Belt Railroad Co v. American Cyanamid Co,* y tiene gran relevancia en el ámbito del *torts law* debido también a las brillantes credenciales del ponente en la decisión (Richard Posner es uno de los fundadores de la escuela del Análisis Económico del Derecho, así también su trayectoria le ha merecido el reconocimiento por la revista *Legal Affairs* como uno de los más influyentes pensadores jurídicos de Estados Unidos). Reportamos a continuación los antecedentes facticos, así como el subsecuente criterio del magistrado:

American Cyanamid era una empresa cuyo objeto social consistía en la producción de químicos, entre los cuales, el acrilonitrilo era una de las substancias con mayor demanda, debido a los diversos usos para los que era empleada. En enero de 1979, el pedido de uno de sus clientes hizo necesaria la transferencia de cantidades considerables de acrilonitrilo, desde su matriz en *Louisiana*, hacia una de sus sucursales en *New Jersey*. A tal efecto, rento un tanquero a la compañía *North American Car Corporation,* lo lleno con 20 000 galones de acrilonitrilo líquido y la compañía ferrocarrilera, *Missouri Pacific Railroad*, encargada de ese tramo de la vía, recogió el tanquero en la planta de *Louisiana.* Posteriormente, lo entrego a la compañía *Indiana Harbor Belt Railroad* que era la encargada de la administración de un tramo ferroviario de intercambio y estaba supuesta a hacer la entrega final a la compañía ferroviaria que sería la que finalmente llegara con el producto a su destino. Sin embargo, en el punto de intercambio, los empleados de la compañía administradora notaron que el líquido estaba filtrándose hacia afuera debido a que la tapa que cerraba la desembocadura del tanquero estaba rota. Debido a la peligrosidad del acrilonitrilo (altamente inflamable, toxico y hasta cancerígeno) los oficiales ordenaron la evacuación inmediata de la zona hasta que el derrame pueda ser controlado y el tanquero aislado.

Una vez controlado el derrame sin resultados fatales que lamentar, la agencia de protección ambiental de Illinois ordeno a la compañía *Indiana Harbor Belt Railroad* la limpieza inmediata del lugar donde se había producido el derrame. Para llevar la orden a efecto, fue necesario la dispensa de $ 980 000, lo que motivo a la compañía a demandar a *American Cyanamid* alegando los siguientes argumentos jurídicos:

---

where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes.

- La compañía demandada había sido negligente en cuanto al mantenimiento que debía dar al tanquero rentado.

- *American Cyanamid* era objetivamente responsable por las consecuencias del derrame, debido a que había desarrollado una actividad anormalmente peligrosa como era el transporte de acrilonitrilo a través de un área urbana densamente poblada.

En la Corte Distrital, los jueces habían resuelto que efectivamente *Cyanamid* había desarrollado una actividad peligrosa. Al respecto se dijo: "La ley de Illinois impondría responsabilidad objetiva (*strict liability*) por los daños resultantes de la transportación de acrilonitrilo en grandes cantidades, atravesando un área residencial de Chicago." El criterio de la Corte fue el siguiente:

Consideró que el factor "e" era el más importante de los factores a considerar para calificar una actividad como anormalmente riesgosa. Al respecto dijo: "La inadecuación se refiere a una actividad que, dada la naturaleza de la localidad en donde se lleva a cabo, es probable que cause un daño mayor del que podría causar si el mismo daño ocurriese en otro lugar." Los jueces enfatizaron que el lugar donde se había producido el derrame, era adyacente a un área residencial y que unos 300 000 pobladores tuvieron que ser evacuados porque el derrame además había contaminado las fuentes hídricas del sector. Sobre esta base, consideró que la localidad en la que se había desarrollado la actividad era inadecuada.

En cuanto a los tres primeros factores, *Cyanamid* alego que el envío de acrilonitrilo es seguro, considerando las grandes cantidades que se transportan año tras año sin que exista accidentes debido a ello. Los jueces no lo entendieron así. Consideraron que el riesgo de daño debido a un derrame producido durante la transportación de un peligroso químico como lo es el acrilonitrilo, no puede ser completamente eliminado por medio de la diligencia debida, ya que el potencial daño que produjese un derrame, es significativo.

Respecto del criterio "d", *Cyanamid* alego que el transporte del químico era una práctica de uso común porque ocurre diariamente. La Corte interpreto este factor de manera distinta, textualmente dijo: "Este criterio no se refiere a la frecuencia con la que la actividad en cuestión se lleva a cabo, sino al número de personas que la desarrollan (…) muy pocas empresas transportan 20 000 galones de acrilonitrilo a través de un tanquero (…) tal envío no es una actividad de uso común".

Por último, respecto del factor "f", se rechazó el argumento de *Cyanamid* según el cual la versatilidad del químico permite que este se use en gran cantidad de productos caseros, por lo que tiene un valor sustancial para la comunidad. La interpretación fue que este criterio permite a los jueces considerar la importancia que tiene la actividad para la economía local, y evitar la imposición de responsabilidad objetiva cuando de aquel análisis se desprende que juega un papel medular. Siendo así, el valor de transportar acrilonitrilo a través de Chicago, no era suficiente para justificar el riesgo que suponía.

Cyanamid recurrió la anterior decisión, ya en la corte de apelaciones, la interpretación del juez Posner fue distinta. Apoyando su razonamiento en un conocido caso de principios del siglo XX, Guille vs. Swan[17], consideró que la conducta desplegada por el demandado constituía una actividad anormalmente peligrosa, no obstante, los incentivos extra que proporciona el régimen de responsabilidad objetiva, no podrían ser aplicados por la empresa demandada. Otro aspecto destacable del criterio que reportaremos, es la ilustrativa comparación entre los regímenes de responsabilidad objetiva y por culpa, desde una perspectiva iuseconómica. El administrador de justicia razonó de la manera siguiente:

Guille es un caso emblemático para la responsabilidad objetiva. El riesgo de daño era alto (a) y el daño que precedería a la materialización del riesgo podría ser, aunque afortunadamente no fue, grande (b) (el demandado podría haber aterrizado sobre la multitud, en lugar de sobre el jardín). La confluencia de estos dos factores, establecían la urgencia de buscar prevenir dichos accidentes. Y esto a pesar de que dichos accidentes, no podían ser evitados mediante el ejercicio de la diligencia debida (c) (*reasonable care*). La actividad no era de uso común, así que no operaba en su favor la presunción de que era valiosa para la comunidad a pesar de su riesgo inevitable (e). La actividad no era apropiada para el lugar en el que tuvo lugar (área densamente poblada de New York.) El riesgo de un daño serio a otros, se podía haber reducido cambiando la actividad hacia las escasamente pobladas áreas que rodeaban la ciudad en aquellos días. El riesgo que suponía la actividad, no era suficiente para compensar el nimio valor que la misma tenia para la comunidad (d)(f).

[17] En este caso, el demandado fue encontrado objetivamente responsable por los daños irrogados a las cosechas del demandante. Los hechos se dieron cuando Swan aterrizo accidentalmente con su globo aerostático en el jardín del actor. Una multitud presurosa se acercó a ofrecerle ayuda, no sin causar daños a la cosecha situada en el jardín del demandante.

Estos son, como es conocido, los seis criterios en el artículo 520 del *restatement of torts.* Cada uno representa una diferente faceta de la búsqueda común por un apropiado régimen jurídico que regule los accidentes para los cuales el sistema de la culpa no resulte adecuado. La interrelación puede resultar más clara si los seis factores fueren reordenados. Se podría comenzar por ejemplo con la imposibilidad de eliminar el riesgo de un accidente con el ejercicio de la diligencia razonable. La culpa es la base del sistema de Derecho de Daños en el *common law.* Resulta útil cuando los peligros de una actividad pueden ser evitados siendo razonablemente cuidadoso (lo que equivale a decir *non-negligent)* en cuyo caso no hay necesidad de aplicar responsabilidad objetiva. Hay veces, sin embargo, en las que un tipo particular de accidente no puede prevenirse siendo cuidadoso, pero puede ser evitado o sus consecuencias minimizadas al cambiar la ubicación de la actividad causante del accidente a un lugar en el que el riesgo o el daño puede ser menor, o reduciendo la escala de la actividad para minimizar el número de accidentes por ésta causada. Al hacer al agente responsable de manera objetiva, en otras palabras, al negársele la posibilidad de defenderse alegando la imposibilidad de evitar el accidente a pesar de la diligencia desplegada, le proporcionamos un incentivo que la responsabilidad por culpa no provee, cual es experimentar con métodos de prevención de accidentes no relacionados con una mayor diligencia (lo que resultaría inútil) en lugar de eso: reubicando, cambiando o reduciendo (quizá hasta el punto de hacerlo desaparecer) la actividad que ha dado lugar al accidente. Mientras más grande sea el riesgo y los costos del accidente si este ocurre, más queremos que el agente considere la posibilidad de realizar cambios que reduzcan el nivel de riesgo[18] (no relacionados con mayor diligencia) en cuyo caso la imposición de responsabilidad objetiva adquiere mayor fuerza jurígena. Finalmente, si una actividad es extremadamente común, como conducir un automóvil, es improbable que su riesgo sea percibido como grande, o que no exista mecanismo alguno disponible para minimizarlo.

Con este razonamiento, el juzgador consideró que no resultaba eficiente imponer responsabilidad objetiva a *Cyanamid*, no tanto porque esta no había desarrollado una actividad

[18] Transcribir textualmente la sentencia en su integridad demandaría un espacio del que no disponemos, por tanto, nos limitaremos a citar en su idioma original esta frase que consideramos engloba todo el brillante criterio del juez Posner y es vital su comprensión a cabalidad para analizar su pensamiento. “The greater the risk of an accident ((a)) and the costs of an accident if one occurs ((b)), the more we want the actor to consider the possibility of making accident-reducing activity changes; the stronger, therefore, is the case for strict liability”.

riesgosa, sino más bien porque los incentivos extra que proporciona esta forma de imputación serían imposibles de aplicar por la empresa demandada.[19]

Esta es la manera como el *common law* ha sabido regular a las actividades peligrosas, sin duda su análisis es de importancia superlativa para eventualmente generar una respuesta jurídica que nos parezca acorde a las particularidades sociológicas de nuestra cultura. Con esta meta trazada, será también menester examinar el enfoque del *civil law* al respecto, a cuyo propósito consagramos el siguiente apartado de nuestra investigación.

3.3 Las Actividades Peligrosas en el *Civil Law*

A diferencia de lo que sucedía en el *common law*, la responsabilidad por actividades riesgosas en nuestro sistema no tuvo un desarrollo autónomo, pues el fenómeno dañoso estuvo, en principio, fuertemente ligado a la responsabilidad por el hecho de las cosas. Fincado el análisis en el artículo 1384 del *code*, la jurisprudencia francesa delineo con erudición manifiesta el criterio del "riesgo" en virtud del cual el guardián de la cosa debía responder de los daños por esta causados. Posteriormente esta noción fue trasladada del riesgo de la cosa, al riesgo de la actividad.

Revisaremos entonces someramente los principales aportes de la magistratura gala respecto de este particular.

El artículo 1384 del Código francés establece: "Se responde no solo por el daño que cause con sus propios actos, sino también por aquel causado por la acción de las personas por quien se es responsable, o por las cosas que se tiene bajo su guarda".

En un caso que data del año 1896, la Corte de Casación ordeno la reparación a una viuda cuyo cónyuge había fallecido debido a la explosión de un caldero en el navío donde laboraba. En su razonamiento la Corte declaro: "En un navío, la explosión de una maquina causo la muerte de un mecánico. El Tribunal y la Corte de Apelación declararon, con base en el artículo 1384, la responsabilidad del propietario. La Corte de Casación confirmó la sentencia, pues aun cuando reconoció que el accidente se produjo por un vicio de construcción de la máquina, agrego que

[19] La sentencia en su integralidad, de donde la hemos traducido, se puede encontrar en el siguiente portal: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/916/1174/207841/

el propietario no se libera de responsabilidad, ni aun probando falta del constructor de la máquina." (HIdalgo, 1976)

Paul Pic, remarcaba de esta forma el carácter distintivo de este articulo del *code*: "El artículo 1384, que la jurisprudencia consideró por largo tiempo como una aplicación especial de la regla formulada en el artículo 1382, procede en realidad de un distinto punto de vista, pues no consigna, como el artículo 1382, una responsabilidad subjetiva que tome su origen en la falta de tal o cual persona, sino en un hecho material objetivo, el daño causado por una cosa inanimada y declara responsable a su propietario de pleno derecho, por el hecho de la cosa. El riesgo creado sustituye a la culpa." (Pic, 1910)

El articulo 1382 al que este jurista remite, no es más que la consagración legislativa del principio no responsabilidad sin culpa, similar al 2229 de nuestro Código.

El artículo 1384 se comenzó a aplicar indistintamente, tanto a cosas riesgosas por naturaleza como oxígeno líquido, explosivos, y hasta equipos para talar árboles; así como a cosas que no son riesgosas por naturaleza como un árbol, una lápida, una puerta de garaje, o una lámina delgada de poliestireno. El común denominador en todos estos casos era el riesgo creado por el uso de estos materiales.

Uno no puede sino conjeturar sobre el porqué Andrés Bello prescindió de incorporar este artículo tan importante en el entramado normativo de la Responsabilidad Extracontractual, tal vez consideró que la formula general de responsabilidad subjetiva bastaría para encontrar en ella el fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas. El problema de tal razonar es que condiciona la reparación del daño a la prueba de la conducta antijurídica del agente. De existir artículo similar al 1384 en nuestro título XXXIII, posiblemente no habría lugar a dudas en cuanto a la aplicación de responsabilidad objetiva para los daños causados debido al despliegue de actividades riesgosas.

Similar coyuntura se presentó en Argentina antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. El Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, en el artículo 1113, disponía: "Art.1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

(Párrafo agregado por Ley 17.711) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

La discusión consistió en si la responsabilidad objetiva que este articulo consagraba, resultaba o no aplicable también a las actividades riesgosas. Aida Kemelmajer al respecto decía: "Del texto surge que el Código Civil habilita el encuadramiento en el riesgo creado en tanto y en cuanto existan "cosas", los daños deben ser causados por ellas, por lo que cabría razonar que la actividad riesgosa no es contemplada por el legislador, que por constituir un supuesto factico diferente no es alcanzado por la norma." (Kemelmajer, 2010)

Postura distinta mantiene el profesor Fernando Ubiria, para quien la norma resultaba también aplicable a las actividades riesgosas. "En efecto, consideramos que la actividad riesgosa estaba considerada por la referida norma, pues los daños generados por su intermedio reconocen un sustento similar, obedecen al riesgo creado que es el fundamento a partir del cual el artículo 1113, párrafo segundo; confiere un basamento objetivo de imputación. (…) de ahí la necesidad de practicar una lectura extensiva para alcanzar supuestos no contemplados expresamente por la norma, pero si comprendidas por su espíritu." (Ubiria, 2017)

En el caso ecuatoriano, la regla general es la responsabilidad subjetiva, siendo los supuestos de responsabilidad objetiva excepciones que, como tales, deben ser leídas bajo el canon "*exceptio est strictissima interpretationis*." En tal virtud, sería entonces necesario echar mano de alguno de los criterios objetivadores de la culpa para regular con cierta dosis de justeza la responsabilidad en estos casos, tal criterio fue "la presunción de culpabilidad" a este criterio recurrió la Corte Suprema en el caso al que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de la presente investigación. Tal como lo explica María Lumbomira, los criterios que sirven para atenuar la subjetividad en la responsabilidad por culpa son: La mayor diligencia y la presunción de culpabilidad. Respecto de este punto, Guido Alpa sostiene: "En todos los ordenamientos se acogen reglas y técnicas de juicio que, a pesar de mantener a la culpa como referente fundamental, en diversas formas se alejan. Entre las técnicas que acoge la doctrina y

jurisprudencia existen la presunción de culpa, las técnicas de evaluación de la diligencia según criterios más rigurosos que los normalmente aplicables. Pero también se pueden identificar técnicas que, con el mismo fin, se fundamentan en la previsibilidad o evitabilidad del resultado dañoso. Técnicas con las que se pretende fomentar una evaluación objetiva de la culpa." (Alpa, 2018)

Respecto de la presunción de culpabilidad, es menester diferenciarla de la responsabilidad objetiva. En el primer caso, es posible liberarse de responsabilidad probando que el agente ha cumplido con la diligencia debida; en el segundo caso, solo se libera demostrando ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero por el que no responde o culpa del damnificado.

La mayor diligencia encontró su fundamento en el llamado criterio de "agotamiento de la diligencia", según este "el daño mismo demuestra que la diligencia no se agotó." María Lumbomira, cita una sentencia del Tribunal Supremo Español donde se trata este punto: "(…) la realidad se impone demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido positivo resultado, lo que indica claramente la imperfección y negligencia que precedieron a su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia." (Lumbomira, 2010)

Las técnicas de objetivación de la culpa han sido acogidas por los ordenamientos que heredaron el Código de Bello. En Colombia por ejemplo, la responsabilidad por actividades riesgosas se fundamentó en su artículo 2356 cuyo contenido es el mismo que el 2229 nuestro, no podía ser de otra manera, dado que, como hemos manifestado, los supuestos de responsabilidad objetiva constituyen la excepción a la regla general de responsabilidad por culpa.

En Italia, la responsabilidad por actividades riesgosas se regula en el artículo 2050 del *códice* y también recepta esta tendencia objetivadora de la culpa. De manera textual, el artículo establece: "Cualquiera que cause un daño a otro en el desarrollo de actividades peligrosas, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, es obligado al resarcimiento si no prueba haber tomado las medidas idóneas para evitar el daño".

La doctrina ha delineado cuatro criterios para identificar a las actividades riesgosas.

1. **Riesgo muy elevado de producción del daño**

Este criterio se pondera de acuerdo a dos parámetros, la probabilidad de producción del daño y la gravedad del daño eventual. La relación entre estos no es de interdependencia, bastando para que el riesgo se considere elevado la presencia de al menos uno de ellos.

Es de considerar que la probabilidad de producción de un daño no es una cuestión numérica, sino valorativa. Al respecto se dice que muchas actividades llevadas a cabo durante un largo periodo de tiempo, más temprano que tarde pueden dar lugar a un daño, no siendo esta la probabilidad a que se refiere la norma. De igual manera, si una actividad resulta bastante improbable de producir un daño, aun cuando este fuere daño serio como la muerte, no basta para configurar el riesgo elevado. Es necesario un daño de proporciones considerables, es decir, irrogadas a varias personas.

La probabilidad de producción suele depender en gran parte de la localidad donde esta se lleve a cabo.

María Lumbomira hace notar con acierto que este criterio es el punto de conexión entre la responsabilidad objetiva y la culpa. El estándar de diligencia que se exige al agente, depende en buena medida del riesgo que incorpora su actividad. Consecuentemente, "la responsabilidad objetiva empieza donde acaba la posibilidad de asignar responsabilidad por la aparente negligencia de los actores involucrados en el accidente, siendo el riesgo de tal magnitud que su eliminación mediante el ejercicio de la diligencia debida es imposible." (Lumbomira, 2010)

El riesgo también determina el ámbito de protección de la norma, siendo necesario que los daños hayan sido causados directamente por el ejercicio de las actividades riesgosas, de tal suerte que si el daño es ocasionado por causa distinta, no debe ser objetivamente imputado al agente.

Por último, una de las defensas que los ordenamientos suelen proveer contra la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, es que la actividad resulta de uso común, por lo que se presume que su valor para la comunidad justifica los riesgos que ella supone. "La imposición de responsabilidad objetiva se justifica cuando los riesgos dimanantes de la actividad en cuestión afectan a terceros, mientras que los beneficios de ella derivados se ven concentrados en unos pocos." (Lumbomira, 2010)

2. **Riesgo Previsible**

Para imponer responsabilidad objetiva es necesario que el agente sepa, o deba haber sabido el riesgo que conlleva la actividad desarrollada. Una vez más se recurre en este punto al hombre razonable, las preguntas que responden a estas interrogantes serian: ¿Habría un hombre razonable previsto el riesgo de daño que implica el desarrollo de la actividad en cuestión? De ser así, ¿cuáles serían los cuidados que un hombre razonable habría aplicado para minimizar el riesgo de daño? Finalmente, ¿han sido tales cuidados aplicados por el demandado?

Es importante destacar en este punto el papel que juegan las medidas idóneas a las que la norma se refiere. Las medidas surgen de regulaciones gubernamentales, influyen para hacer una evaluación del riesgo de la actividad en la medida que una cuidadosa interpretación de ellas, puede sugerir la imposibilidad de eliminar el riesgo de la actividad por el ejercicio de la diligencia debida.

3. **Ejercicio de la diligencia debida por todos los actores**

Según este criterio, el riesgo que se ha establecido según los parámetros anteriores, no debe poder eliminarse por la diligencia razonable de todos los actores que intervengan en su desarrollo. Dentro de la categoría "actor" se considera incluido no solo el demandado, sino también cualquier tercero y hasta la propia víctima. Como corolario de lo anterior, una actividad no se considerará anormalmente peligrosa, si el riesgo que ella impone puede ser eliminado por completo o significativamente reducido, si todos los que intervienen en ella ejercen una diligencia debida, proporcional al riesgo que crean.

Al incluir a la víctima, se analiza a priori aquellas actividades en donde su negligencia es causa frecuente de accidentes. La protección de víctimas inocentes es una de las finalidades de la responsabilidad objetiva, por ello, se excluyen de la categoría de actividades anormalmente peligrosas aquellas actividades donde existe una frecuente incidencia de negligencia de los actores diferentes a quien desarrolla la actividad.

En estos casos, la culpa de la víctima no es una causal de liberación de responsabilidad, sino un criterio que impide catalogar una actividad como riesgosa.

4. **El uso común de la actividad**

Este, al igual que el anterior, es otro factor que impide calificar una actividad como riesgosa. Se considera de uso común si es llevada a cabo por una gran fracción de la sociedad, o cuando, a pesar de ser efectuada por pocos actores en la sociedad, muchos reciben los beneficios de ella.

El principio de reciprocidad fundamenta la exclusión en el primer supuesto, "los riesgos creados sin que medie negligencia, se justifican en la medida que son impuestos por muchos sobre muchos".

En el caso de actividades llevadas a cabo por pocos pero que benefician a muchos, se consideran dentro de esta categoría, por ejemplo, la trasmisión de electricidad por medio de cables, distribución de gas por medios de redes de suministro.

Una actividad puede también considerarse de uso común, aun cuando sea efectuada en una porción más limitada de la sociedad, como una comunidad. Sera necesario en este caso considerar la localidad donde la actividad se lleva a efecto.

Esta ha sido la forma de regulación de esta categoría dañosa en el *civil law*, donde los criterios objetivadores de la culpa parecen estar omnipresentes en sus ordenamientos, no encontramos elevadas a disposiciones normativas, criterios que guíen el razonamiento del juzgador para catalogar determinada actividad como tal.

3.4 Conclusiones acerca del capitulo

Tras el análisis realizado, nos parece que una correcta regulación de las actividades peligrosas debe partir necesariamente del distingo entre actividad riesgosa por naturaleza y por las circunstancias en las que se ha desarrollado.

El fundamento teórico que de sustento a la atribución de responsabilidad en el primer caso, será la teoría del riesgo provecho, dado que las actividades naturalmente riesgosas serán, en la mayoría de casos, de naturaleza industrial. En estas actividades, es indudable que el agente que las lleva a efecto se beneficia de un sin número de incentivos tanto de carácter tributario, cuanto social, pues es sabido que las industrias generan ganancias considerables por la demanda de los productos que ofertan en el mercado. No parece justo, por imperativo de justicia, excluirlas de responsabilidad objetiva solo porque traen beneficios para la comunidad, pues la lógica que parece fundamentar esta visión es la lógica utilitarista que justifica moralmente las acciones,

siempre que la mayoría de la población se beneficie de sus resultados. El criterio determinante para identificarlas será la imposibilidad de eliminar el riesgo que imponen por el ejercicio de la diligencia, no añadimos ningún adjetivo a la diligencia puesto que nos parece esencial en este caso la imposibilidad de eliminar el riesgo que imponen, sin importar la acuciosidad con la que la diligencia sea desplegada, es decir, ninguna diligencia será suficiente para eliminar el riesgo que supone llevarlas a cabo. Parecería también apropiado sugerir una enumeración exhaustiva de parte del Estado como una forma eficiente de identificarlas. Lumbomira destaca este punto con las siguientes palabras: "Una concreta decisión que introduce el estándar objetivo de la responsabilidad para un determinado tipo de actividades tiene un fuerte impacto en la sociedad por lo que permite establecer un catálogo de actividades riesgosas que, además de un innegable valor informativo para las partes, contribuye a la reducción de los costos del litigio." (Lumbomira, 2010) Alemania y México han optado por una regulación categórica de las actividades que deben considerarse riesgosas, por lo que la propuesta no resulta novedosa.

Es necesario también considerar el aspecto del ámbito de protección normativa y la causalidad en cuanto al daño. En este sentido creemos que el daño que deba resarcirse en estos casos será aquel que guarde relación de causalidad exclusiva con el fenómeno dañoso, es decir, el daño grave que estas actividades pueden ocasionar, debe ser causado de manera directa por la actividad riesgosa, excluyendo de esta forma daños que han sido causados con ocasión de su desarrollo. Sería el caso por ejemplo de aquel quien producto de una explosión en alguna fabrica, decide emprender acciones de rescate, producto de lo cual sufre alguna lesión. No estaría esta lesión comprendida como daño resarcible porque ha sido causada con ocasión de la actividad riesgosa.

En lo que respecta a las causales de exoneración de responsabilidad, consideramos adecuado aplicar en estos casos la doctrina del "indelegable deber de cuidado" (*non-delegable duty of care*) ya que, por lo general, todos los que intervienen en la actividad se benefician de los réditos que ella produce, además que al ser concesionarios o contratistas independientes, no es infrecuente que se dividan las tareas que demanda la actividad en cuestión. La responsabilidad entre ellos sería entonces concurrente, no solidaria. Otra de las causales que puede operar en su favor es la asunción del riesgo, podemos decir que resulta una especie de culpa del damnificado porque consideramos que aquel que se auto expone a un daño debe necesariamente tener la capacidad de dirigirse con conciencia y voluntad, además que consideramos que la función tripartita de la culpa puede adquirir relevancia a este respecto,

siendo necesaria no cualquier culpa, sino una culpa o falta grave del damnificado que se traduzca virtualmente en una exposición casi voluntaria a una fuente de riesgos.

Respecto de las actividades riesgosas por las circunstancias, el riesgo creado seria su fundamento teórico. Creemos también conveniente aplicar el estándar de mayor diligencia, mas no el de responsabilidad objetiva. El criterio determinante para identificarlas será la incapacidad para eliminar el riesgo que imponen por la diligencia de un hombre medio, es de notar que aquí el calificativo de "medio" es trascendental, a diferencia del anterior caso. Las circunstancias que rodeen su desarrollo también adquirirán mayor relevancia jurídica, circunstancias de modo, tiempo y lugar de las cuales dependerá el mayor o menor riesgo que la actividad ha engendrado. En cuanto a la relación de causalidad, creemos conveniente en este caso aplicar la equivalencia de las condiciones, dado que bastara que la actividad riesgosa haya dado ocasión para que el daño se produzca. También consideramos conveniente la desestimación de la doctrina del deber indelegable de cuidado, por lo que en estos casos si puede ser el deber de cuidado de la fuente de riesgos, delegado a un tercero independiente, no obstante, creemos también conveniente que la responsabilidad en estos casos sea solidaria, no concurrente. Pudiendo en consecuencia, ejercer una acción recursoria por subrogación legal quien haya sido condenado al pago de los daños.[20] Las causales de exoneración en este caso son las que interrumpen el nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor y hecho del damnificado) así como el cumplimiento de una diligencia que se considere proporcional al riesgo creado.

[20] La acción recursoria es aquella que asiste al codeudor solidario que ha pagado la totalidad de la obligación, para accionar contra los demás codeudores por la cuota que a cada uno les corresponda en ella. Nuestro Código Civil franquea esta posibilidad en el artículo 1538.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

"Todo daño no justificado; ya provenga de un incumplimiento obligacional, o de la infracción del deber general de no dañar, debe ser reparado integralmente por quien lo ha causado, pudiendo la imputación basarse en criterios objetivos o subjetivos".

1. La Responsabilidad Civil ha tenido una evolución milenaria en el Derecho Privado. Comenzando en el Derecho Romano y los supuestos legales taxativos que contemplaban primitivas hipótesis de conductas dañosas, evolucionamos a una clausula general de responsabilidad por culpa, para finalmente terminar con un sistema cuyo objeto principal es la reparación del daño, siempre con el norte enfocado en la protección de los derechos de la víctima.

2. El daño ha ensanchado su alcance para dar cabida a la protección de la persona considerada de forma integral, colocando al patrimonio en una posición relegada. Los daños extrapatrimoniales no están limitados únicamente al daño moral, considerando la complejidad de caracteres que hacen posible la plenitud de la vida. La culpa ya no ocupa el sitial entronizado que los Glosadores y iusnaturalistas le otorgaron durante mucho tiempo, confiriéndole en la actualidad un lugar más modesto, en cuyos horizontes interacciona con criterios de imputación de carácter objetivo. La antijuridicidad es un presupuesto que no poca controversia ha causado en doctrina, polarizándola de forma tal que es posible identificar ordenamientos que la desechan de manera determinante, y otros que la conservan con significativas modificaciones en torno a su conceptualización. Por último, la reparación integral, hasta hace poco reservada para vulneración de derechos en el marco de la responsabilidad Estatal, es ahora un principio que debe guiar todo el sistema del Derecho de Daños, superando de esta forma la reparación material que pretende reducir a la persona a un ente cuya existencia depende de manera exclusiva de un patrimonio material.

3. En cuanto a las actividades riesgosas, hemos puesto de manifiesto la relevancia que tiene el análisis comparativo respecto de su regulación, no para proponer una burda copia irreflexiva de sus formas, sino para mejorarla. En este sentido, gran parte de los ordenamientos consagran a su respecto normas especiales dada su particular facticidad, de donde podemos extraer el común denominador, cual es la imposición de

responsabilidad objetiva por los daños causados en el contexto de su desarrollo. Este aspecto creemos debe ser acogido por nuestra legislación, y así lo hemos evidenciado con solidez teórica, superando la "presunción de culpa" que hemos receptado vía jurisprudencial.

4. Finalmente, como conclusión general podemos decir que tanto a nuestro Derecho Civil en general, cuanto al Derecho de la Responsabilidad Civil en particular, les urge una actualización normativa que responda a las exigencias actuales del neoconstitucionalismo. No poca sorpresa nos ha causado la lectura de algunos trabajos de investigación, donde con respetable aunque apresurado criterio, se dice que con la vigencia de la Constitución de Montecristi hemos alcanzado el cenit del desarrollo jurídico. Se ha dicho que producto de la constitucionalizacion del Derecho, podemos ahora pasar por alto la letra de ley en muchos aspectos. En lo que a Responsabilidad Civil respecta, se considera al estándar de reparación integral como aplicable en todos los casos donde exista daños, inobservando el artículo 1572 que limita la reparación, por daño material, al daño emergente y lucro cesante. De igual forma, otros consideran que la responsabilidad objetiva es ahora la regla general de la responsabilidad civil, pasando por alto el artículo 2229.

5. El remedio para lo anterior es rescatar las funciones del legislador en el Estado de Derecho Constitucional. No cabe duda que el neoconstitucionalismo supone un gran activismo judicial, empero, el papel del legislador sigue siendo vital para una sociedad democrática, donde no podemos pretender resolverlo todo con la interpretación judicial de los textos constitucionales, de donde se puede extraer virtualmente cualquier cosa.

6. Concretándonos al Derecho de Daños, la frase transcrita al principio de este capítulo condensa todo lo que hemos querido transmitir en el primero y segundo capítulos de esta investigación en torno a las tendencias actuales de la disciplina y a los elementos los deber de reparar. En este sentido, consideramos que la evolución del Derecho de la Responsabilidad Civil al Derecho de Daños supone un sustancial cambio de paradigma, cuya transición se puede resumir en la mutación de la regla general: "Todo comportamiento culposo debe ser sancionado" a la regla "Todo daño no justificado debe ser reparado".

7. Los presupuestos del deber de reparar están expresamente normados en la *manda* propuesta. Como es lógico, el elemento medular de la reparación, el daño injusto, está colocado al principio como el eje transversal del sistema, junto con la teoría de la antijuridicidad que le da sustento (material-objetiva). Con la frase "por quien lo ha causado" reconocemos el tercer elemento, cual es, la relación causal. Finalmente, la última parte de la disposición incorpora los criterios de imputación de carácter objetivo, superando así la rigidez que suponía la responsabilidad subjetiva.

8. En cuanto a las tendencias actuales, hemos propuesto que el daño puede provenir de un incumplimiento obligacional, o de la infracción del deber general de no dañar, plasmando de esta forma la tendencia a la unificación de las orbitas donde opera el fenómeno dañoso. Disponiendo que su reparación debe ser integral, receptamos la constitucionalizacion del Derecho de Daños, superando la reparación puramente patrimonial del actual Código Civil. Por último, al establecer que la imputación puede ser también objetiva, hacemos eco de la tendencia actual a la objetivación de la Responsabilidad Civil, donde lo importante no es la conducta del dañador sino la reparación a la víctima.

9. El Derecho de Daños es, ante todo, un sistema, por lo que nos parece incorrecto, dadas las condiciones actuales de normatividad civil en nuestro País, declamar con convicción que lo hemos acogido. Tomando las palabras del maestro López Mesa: La sistematicidad consiste en la estructuración racionalmente optimizada de elementos diversos, de modo de hacer previsible la ubicación y búsqueda de ellos en un ordenamiento coherente. Es evidente que las normas de responsabilidad civil están desperdigadas en un sinnúmero de normas especiales que coexisten con las reglas generales del Código, esto genera inseguridad jurídica, por lo que es imperativo enfocarnos en superar esta problemática, para cuyo objetivo la expedición de normas especiales que regulen supuestos específicos de responsabilidad objetiva, en un plausible intento de receptar las actuales tendencias de la materia, lejos de apañar el problema, no hace sino exacerbarlo.

10. Como corolario de lo anterior, la recomendación se torna evidente, una necesaria actualización de la normativa que regenta las relaciones civiles en nuestro País en la que se plasmen las tendencias actuales de la materia y, principalmente, la tan ansiada

sistematicidad del Derecho de Daños. A tan álgido como noble objetivo, esperamos estas líneas hayan contribuido.

BIBLIOGRAFÍA

Agoglia, M. M. (2011). *El daño juridico: enfoque actual.* Buenos Aires: La Ley.

Alpa, G. (2018). *La responsabilidad civil.* Mexico: Ediciones Legales.

Alvarez, J. M. (2018). *Lecciones de Derecho Civil Romano.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Andrews, N. (2018). Occidere under the lex aquilia. *Cambridge law journal*, 319.

Argentina, R. d. (2016). *Codigo Civil y Comercial de la Nacion.* Buenos Aires: n.n.

Blazquez, G. S. (20 de Noviembre de 2018). *Passagens.* Obtenido de Passagens: http://www.redalyc.org/pdf/3373/337343589009.pdf

Climent, V. (2011). *Sociedad del riesgo: produccion y sostenibilidad.* Mexico D.F: Porrua.

Costa, C. C. (2008). *La atipicidad del acto ilicito civil y el daño injusto.* Buenos Aires: UBA.

Costa, J. C. (2016). *El significado y las especies de daño resarcible.* Buenos Aires: Legis.

D`Ors, J. (2014). *Enciclopedic dictionary of Roman Law.* Philadelphia, United states of America: Cornell Law review.

Diez-Picaso, L. (2010). *Responsabilidad civil extracontractual.* Madrid: Cabaña.

Farina, J. (2014). *Contratos Comerciales Modernos.* Buenos Aires: Astrea.

Freire, J. F. (2018). *La Responsabilidad Civil en el Codigo Civil y Comercial de la Nacion.* Buenos Aires: Albrematica S.A.

Garcia, H. C. (2010). *Epitome del Titulo Preliminar del Codigo Civil.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Giancola, A. (26 de enero de 2016). *Google.* Recuperado el 2 de noviembre de 2018, de University of Toronto: http://www.vexillumjournal.org/wp-content/uploads/2015/10/Giancola-The-Development-of-Culpa-Under-the-Lex-Aquilia.pdf

Hatchinson, T. (2017). *Responsabilidad del Estado.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

HIdalgo, A. C. (1976). *Principios Basicos en el Campo de los Riesgos Profesionales.* San Jose: Porrua.

Jaramillo, J. T. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Bogota: Legis.

Jaramillo, J. T. (2011). *Tratado de responsabilidad civil Tomo II.* Bogota: Legis.

Jaramillo, J. T. (2016). *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II* . Bogota: Legis.

Jolowicz, H. (1992). *Historical introduction to the history of roman law.* Londres : Oxford University Press.

Kemelmajer, A. (2010). *Manual de Derecho Privado, Tomo II.* Buenos Aires: EUDEBA.

Kutner, P. B. (1996). *The End of Rylands vs. Fletcher: Cambridge Water Company vs. Eastern Counties Leather Plc.* Cambridge: American Bar Asociation.

Kutner, P. B. (1996). *The end of Rylands vs. Fletcher? II: Burnie Port Authority v. General Jones Pty. Ltd.* . Cambridge: American Bar Association.

Lago, J. B. (2011). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual.* Madrid: Tecnos.

Leal, V. d. (24 de 07 de 2018). Jules Coleman y las objeciones al Análisis Económico del Derecho como fundamento filosófico de la responsabilidad por daños extracontractual . Cuenca, Azuay, Ecuador.

Losee vs. Buchanan, 51 N.Y. 476 (New York Courts of Apeeals 10 de Diciembre de 1873).

Lumbomira, M. (2010). *El riesgo y la responsabilidad objetiva.* Girona: Universidad de Girona.

MacCormack, G. (1975). *Aquilian Studies.* Londres: Pontificia Universitas Lateranensis.

MacCormack, G. (2011). *Aquilian Culpa.* Manchester: Oxford.

Madden, S. (14 de Enero de 2016). *Oxford law review.* Recuperado el 22 de noviembre de 2018, de Oxford law review:

http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4172&context=expresso&fbclid=IwAR2bdigxRfhQjUkS0AqVFTBvSRu10u7XlXy6Ss15SR1mWT0GtSsL-Amby6w

Martin-Casals, M. (2011). Principios del derecho europeo de la responsabilidad civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* , 192-215.

Mesa, M. L. (2015). La culpa como factor de atribucion. *La ley*, 645-680.

Mesa, M. L. (2017). *Curso de Derecho de las Obligaciones.* Buenos Aires: Legis.

Mesa, M. L. (23 de 07 de 2018). La culpa como factor de atribucion de responsabilidad. Cuenca, Azuay, Ecuador.

Orgaz, A. (1967). *El daño resarcible.* Mexico: De Palma.

Ossola, F. (1997). *La antijuridicidad, ¿presupuesto de la responsabilidad civil?* Cordoba: Advocatus.

Paschalidis, P. (2008). *What did inuiria actually mean?* Bogota: Paschalidis, Paschalis, What Did Iniuria in the Lex Aquilia AcRevue Internationale des Droits de l'Antiquite.

Pic, P. (1910). *Estudio Critico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 1898.* Mexico D. F: Centro de Estudios Ramon Aceres.

Posada, O. V. (2016). *Responsabilidad civil extracontractual.* España: Editorial Themis.

Read vs. Lyons Co. Ltd., A.C 156 (House of the Lords 20 de Octubre de 1947).

Reglero, F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Madrid: Aranzadi.

Rickards vs Lothian, AC 263 (House of the lords 11 de Diciembre de 1913).

Rodriguez, B. A. (s.f.). *El digesto de justiniano version en español.* Madrid: Harvard law library.

Rojas-Quiñones, S. (2011). *De la causalidad adecuada a la imputacion Objetiva en la responsabilidad civil colombiana.* Bogota: Javeriana.

Rosenberg, D. (2014). The judicial posner on negligence vs strict liability. *Harvard law Review,* 1210-1222.

Rylands vs Fletcher, Ex. 265,279 (House of the Lords 5 de Noviembre de 1864).

Schipani, S. (2016). *El sistema jurídico romanístico y los códigos modernos.* Mexico: Porrua.

Sohm, R. (2014). Instituciones de Derecho Privado Roamano. En R. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Roamano* (págs. 624-650). Ciudad de Mexico: Ediciones Coyoacán .

Thomas E. Hill, J. (23 de 07 de 2018). *JSTOR.* Obtenido de JSTOR: https://www.jstor.org/stable/43592898?read-now=1&loggedin=true&seq=1#page_scan_tab_contents

Ubiria, F. (2017). *Derecho de Daños en el Codigo Civil y Comercial de la Nacion.* Buenos Aires: manuales universitarios.

Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de daños en el codigo civil y comercial* . Buenos Aires: FEDYE.

Velasco, M. A. (1845). *Las institutas de Gayo version en español.* Sevilla: Facultad de derecho de la Universidad de Sevilla.

Welzel, H. (1995). *Derecho Penal Aleman.* Buenos Aires: ABELEDOPERROT.

Yaguez, R. d. (2011). *Tratado de Responsabilidad civil* . Madrid: Civitas.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho ductil.* Mexico: Porrua.