

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA INJUSTICIA DEL DAÑO

por Atilio Anibal Alterini (*)

I. DEL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO AL DAÑO INJUSTAMENTE INFERIDO.

1. En el año 1939, y haciendo referencia a la "evolución del Derecho civil francés en los últimos cincuenta años", Ripert afirmó que "el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor" (1). La justicia sigue siendo ciega, pero tiene el oído atento a los reclamos de las víctimas.

La relectura del viejo sistema comenzó, pues, hace un siglo, aunque el cambio de óptica haya pasado inadvertido, muchas veces, o mucho tiempo.

Dos lúcidas expresiones doctrinarias pueden ser exponentes del molde de las nuevas ideas: Un trabajo de José María López Olaciregui, publicado en 1978 (2), expuso como criterio básico que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente *sufrido*, vale decir, cuando "es injusto que lo soporte

quien lo recibió", haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder.

Un ensayo de Yvonne Lambert-Faivre publicado en 1987 (3) –cuya tesis fue confirmada por la ulterior evolución del pensamiento jurídico francés– demuestra cómo la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, evolucionó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima. En el viejo concepto, desde que el damnificado estaba precisado a establecer la existencia de una deuda a cargo del demandado, le incumbía romper el principio de inercia jurídica probando la ocurrencia de todos los presupuestos de responsabilidad civil que exigía la concepción clásica: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal. Pero, entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es causa fuente de un crédito a favor de quien lo sufre, ese mismo principio de

* Profesor titular de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano (Argentina).

1. Ripert, Georges, *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*, trad. J. M. Cajica Jr., Puebla, 1951, N° 169.

2. López Olaciregui, José María, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, agosto de 1978, t° 11, pág. 941.

3. Lambert-Faivre, Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnisation*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", año 1987-I, pág. 1; *La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, trad. española de Ellana A. Núñez, como Exordio de Alterini, Atilio Anibal - López Cabana, Roberto M., Derecho de Daños, Buenos Aires, 1992, pág. XIII.

inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicado como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo.

Correlativamente, la culpa ha ido perdiendo terreno como factor de atribución de la responsabilidad, y ha sido reemplazada en muchas importantes áreas por factores objetivos. En Derecho argentino, la teoría del riesgo tiene vigencia en sus dos versiones: en la de riesgo creado y en la de riesgo provecho. Cuando se trata de *daños causados por la cosa* (art. 1113, Código Civil), la responsabilidad del dueño o el guardián resulta combinadamente de la creación del riesgo –porque cuando es usada una cosa con riesgo o vicio se incrementa el peligro potencial de que se produzcan daños– y del provecho que se obtiene de la cosa al servirse de ella. En otros casos la creación del riesgo resulta de la mera introducción de una cosa en la comunidad, y se independiza de la situación actual en cuanto al dominio o la guarda de ella: el fabricante responde por los daños causados por un producto del cual es dueño el propio consumidor que los sufre; el generador de residuos peligrosos no se libera aunque haya transferido el dominio de los residuos a un tercero (arts. 28, 46 y 48, ley 24.051).

Rige también la noción de garantía, por ejemplo, la del principal por los daños que causen quienes se hallan “bajo su dependencia” (art. 1113, 1ª parte, Código Civil), caso en el cual la prueba de haber obrado con diligencia, esto es sin culpa, no lo libera.

Además, existe todo un cortejo de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil (4), que en definitiva responden a la idea de que cuando “la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo” (5).

2. Las nuevas concepciones han ido diluyendo a la antijuridicidad –que supone una conducta que en sí misma es ilícita– como presupuesto de la responsabilidad.

El tema se ha trasladado por lo tanto a la teoría de las causas de justificación: la conducta que causa un daño, o tiene aptitud para causarlo (art. 1067, Código Civil argentino), aunque no sea antijurídica, genera responsabilidad cuando no está justificada; por ejemplo, porque no implica el ejercicio regular de un derecho, o no constituye legítima defensa, o no ha sido obrada en estado de necesidad (6).

En Argentina, la sustitución del concepto de antijuridicidad plasmado en el vigente artículo 1066 del Código Civil resulta de los tres últimos proyectos de reformas. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987- sancionado por el Parlamento y vetado íntegramente mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2.719/91- propició la derogación de ese texto del Código Civil. El Proyecto de la Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados de la Nación (*Orden del Día N° 503/92*), lo sustituyó por este otro: “Todo acto positivo o negativo que causa un daño es antijurídico si no se encuentra justificado”. El Proyecto emanado de la Comisión creada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante mensaje N° 1622/93 previó, para un nuevo artículo 1549, la siguiente versión: “La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”; y, para el artículo 1550, esta otra: “Salvo disposición legal en contrario, no son indemnizables los daños causados en el ejercicio regular de un derecho o facultad”.

Ello significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular del derecho de obrar. Sólo se atribuye

4. Véase Alterini, Atilio Anibal - López Cabana, Roberto M., Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, en “Doctrina Judicial”, Buenos Aires, t° 1990-I, pág. 977, y en Derecho de Daños cit., pág. 213.

5. Lambert-Faivre, ob. cit., págs. 19 y XXXVII, respectivamente.

6. Alterini, Atilio Anibal, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, pág. 13

al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto al perjuicio que es causado sin derecho. La cuestión se ve claramente en materia de competencia comercial: es obvio que la instalación de un nuevo competidor en determinado mercado perjudica a quienes ya estaban operando en ese mercado, porque el recién llegado absorbe a algunos clientes que eran de ellos; pero, mientras el nuevo competidor actúe regularmente, ajustándose a las reglas de la competencia leal, nadie puede reclamarle indemnización alguna.

3. La concepción actual de los juristas, con su alto rigor técnico y con su nítido perfil filosófico, coincide puntualmente con los reclamos del Hombre contemporáneo, que ha dejado de inclinarse resignadamente "ante el azar nefasto" (7), y por ello exige la indemnización de los daños que sufre. Cualquier observador de la realidad está en condiciones de percatarse de que, al presente, "en la conciencia del público enraíza la idea de que todo damnificado debe poder reclamar una reparación del autor del hecho dañoso" (8).

En Argentina, mediante un importante fallo del año 1986 (9) la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuar al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aun más amplia que la conclusión de la famosa sentencia del Consejo Constitucional francés del 22 de octubre de 1982 (10), pues no incluye el requisito de la culpa (faute) como antecedente de la indemnización. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido. En este sentido, las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores" es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

II. EL DAÑO INJUSTAMENTE PRODUCIDO

4. "La Historia se está acelerando de tal modo que nos sorprende constantemente" (11), y lo mismo viene sucediendo con el Derecho. No es pues extraño que el discurso que predica la evolución de la responsabilidad como un tránsito de la noción de daño injustamente causado a la de daño injustamente sufrido, no obstante su modernidad, hoy resulte estrecho.

En algún momento de mediados del siglo

que corre, quizás el 6 de agosto de 1945 cuando el hombre demostró haber dominado la fisión nuclear, o quizás el 20 de julio de 1969, cuando pisó la Luna, comenzó un nuevo tiempo de la Historia. Se trata de la Era designada como postmoderna (Enzioni), tecnológica (Ellul), tecnotrónica (Brzezinski), postindustrial (Kahn - Wiener, Bell), neoindustrial (Valaskakis), superindustrial, de la tercera ola (Toffler), de la información (Naisbitt), de la aldea global

7. Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. L. Alcalá - Zamora y Castillo, tº I, vol. 1, Buenos Aires, 1961, pág. 12, con cita de Ripert. Conf. Alterini, Atilio Anibal, *Desmasificación de las relaciones obligacionales en la Era post industrial*, en "La Ley", Buenos Aires, tº 1989-C, pág. 955, y en *Derecho de daños*, cit., pág. 63, ap. IV-b.

8. Trabucchi, cit. por Barcellona, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1984, pág. 293.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del 5/8/86, en "La Ley", Buenos Aires, tº 1987-A-442, considerando 7º.

10. D.S., 1983, 189: no teniendo nadie el derecho de dañar a otro, en principio cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño por su culpa, lo obliga a repararlo.

11. Toynbee, Arnold, *La Historia*, trad. V. Villacampa, Barcelona, 1975, pág. 8.

(Mc Luhan), de las redes (Bressand - Distler), o de muchas otras maneras posibles (12).

Coincidentemente con el advenimiento de la nueva Era ocupó el primer plano en el debate jurídico una nueva generación de derechos, derivados de los intereses supraindividuales o metaindividuales. Tradicionalmente, sólo el titular inmediato y directo de ciertos derechos subjetivos disponía de una acción para reclamar en caso de que fueran violados. Pero, modernamente, la acción también le ha sido concedida a titulares de intereses colectivos o difusos, cuya violación provoca daños "demasiado pequeños" o un número de víctimas demasiado grande (13), aportando una solución que se estima adecuada para resolver la tensión de intereses "entre lo individual, la comunidad y el Estado", y que pretende dar respuesta a interrogantes como "qué significa un ser humano", o "qué significa ser una persona y participar en una comunidad dada" (14).

5. En Brasil, la Constitución Federal de 1988 dispone que "todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado", y consagra "la obligación de reparar los daños causados" (art. 225, caput y par. 3°). Rige asimismo el Código de Defensa del Consumidor (ley 8.078/90), que protege la salud y la seguridad (art. 8 y sigs.), y regula la responsabilidad por productos o servicios, y por publicidad engañosa o abusiva (arts. 12, 18, 37). El sistema concede asimismo la acción civil pública por responsabilidad derivada de la violación de cualquier "interés difuso o colectivo"

(ley 7.347/85, art. 1), dejando a salvo la acción popular.

En Argentina, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró el "derecho a un ambiente sano", con el correlativo "deber de preservarlo" (art. 41), así como un catálogo de derechos básicos de los consumidores (art. 42). Asimismo, concedió acción de amparo a los particulares, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" (art. 43); por su parte, la ley 24.240 de protección del consumidor autorizó las acciones judiciales de las asociaciones representativas "cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores" (art. 56); y el Proyecto de Reformas del Poder Ejecutivo de 1993 —antes individualizado— prevé legitimar al efecto a "las asociaciones representativas de intereses colectivos" (art. 1549).

6. A su vez, se sostiene con firmeza la idea de prevención del daño, mediante la cual se procura dar una solución *ex ante* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización) (15). El ya citado Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 establece coincidentemente que "los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros" (art. 1549).

Este criterio es extensible a los intereses colectivos o difusos.

12. Alterini, Attilio Aníbal, *Cultura y Derecho Privado*, en "Revista La Ley", Buenos Aires, 1996-B, pág. 932.

13. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 3a. ed., pág. 344.

14. Malloy, Robin Paul, *Law and Economics. A comparative approach to theory and practice*, St. Paul, Minn., 1990, pág. 98.

15. Ver Alterini, Attilio Aníbal - Lopez Cabana, Roberto M. - Ameal, Oscar J., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, 1995, N° 716 bis.

III. LOS HITOS DE LA CUESTIÓN

7. La teoría de la responsabilidad civil reposa sobre cierta idea de lo injusto.

En el siglo XIX esta noción descansó sobre la antijuridicidad (*tort, unrecht, não direito, torto*), y sobre la culpa, exigiéndose, para la procedencia de la indemnización, la concurrencia de una conducta que fuera, a la vez, adversa al sistema jurídico, y moralmente reprochable. El daño, para ser resarcible, debía ser injustamente causado.

Desde fines del siglo XIX se expandió la idea de indemnizar el daño injustamente inferido. La noción de culpa no fue expulsada, pero en muchas hipótesis bastó que el daño no

estuviera justificado, siendo por lo tanto innecesario que el autor hubiese obrado con culpa. En los últimos tiempos se produjo una extensión del sistema, abarcándose también al *daño injustamente producido*. Este daño es colectivo o difuso, no lo recibe directa e inmediatamente nadie, pero se proyecta sobre la comunidad en general. El daño se *produce*, en cuanto afecta bienes o intereses comunes, y se concede acción cautelar para prevenirlo, y acción indemnizatoria para repararlo.

Este es el estado actual de la cuestión. Aunque seguramente no se ha llegado a su punto final.
