

P A R T E G E N E R A L

RESPONSABILIDAD POR CULPA Y RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO

I – CONSIDERACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CUESTIÓN

a) <i>La responsabilidad sin culpa y la justicia</i>	
1. Lo justo objetivo	13
2. La introducción de la idea moral de culpa	18
3. Responsabilidad jurídica y moral	20
4. El daño como ruptura del equilibrio	22
5. La reparación como reparto justo de bienes	23
6. Reparación sin culpa: “destrucción de la idea de justicia”	25
7. La reparación a cargo de quien crea el riesgo	26

b) <i>La responsabilidad sin culpa y la seguridad</i>	
1. La responsabilidad es excepcional	29
2. El temor a la responsabilidad	31
3. El derecho a usar libremente de los bienes	32
4. La libertad empresarial	32
5. El riesgo de dañosidad es propio de la vida	35
6. La necesidad de soportar ciertos daños	35
7. La responsabilidad sin culpa trasunta el “odio al propietario”	36
8. La seguridad del dañado frente a la inseguridad del dañador	36

II – CONSIDERACIÓN HISTÓRICA DE LA CUESTIÓN

a) <i>El régimen romano de la reparación de daños</i>	
1. El “leit motiv” del régimen romano no es la falta o culpa	37
2. Es falso que la responsabilidad sin culpa nos retrotraiga a estadios primitivos o bárbaros (Ihering)	39
3. La reparación basada en la culpa es posterior al Derecho romano	39

b) <i>La escuela racionalista del Derecho Natural</i>	
1. Es a partir de esta escuela que la culpa se vuelve presupuesto de la responsabilidad con carácter exclusivo	39
2. Influencia de las ideas voluntaristas y teólogos protestantes	40
3. La subestimación del daño y la sobreestimación de la culpa en la Revolución Francesa y en el Código Napoleón	41
4. El acogimiento de la concepción liberal individualista de la responsabilidad en nuestro Código Civil	42

c) <i>El progreso a partir de la década del 20</i>	
1. La agravación de los accidentes de origen mecánico	42
2. Los síndicos de la quiebra de la culpa	43
3. La importancia del Derecho anglosajón	44

III – CONSIDERACIÓN DOGMÁTICA DE LA CUESTIÓN

a) <i>El Código de Vélez</i>	
1. Responsabilidad originada en el hecho propio del hombre. Los hechos involuntarios	46
2. Responsabilidad por el daño que causaren las cosas	47
3. Responsabilidad por los daños originados en el hecho de otro	48

4. Responsabilidad por los daños provocados por animales	49
b) <i>La jurisprudencia de los 30 años anteriores a la Reforma</i>	
1. La inversión de la carga de la prueba. La culpa presumida.	50
2. La culpa en los accidentes de tránsito	51
3. La culpa y las cosas inanimadas	52
4. La culpa del principal o comitente	53
c) <i>La Reforma de 1968</i>	
1. Principios generales: culpa y riesgo creado. Fundamentos	54
2. Responsabilidad en justicia y en equidad	55
3. Los hechos involuntarios	56
4. Daños causados con las cosas dóciles o no peligrosas	56
5. Daños causados por cosas peligrosas o por vicio de las cosas	57
6. Responsabilidad del principal; de los padres; de las personas jurídicas	57
7. "Abuso del Derecho" y violación de la intimidad	58
IV – CONSIDERACIÓN POLÍTICA DE LA CUESTIÓN	
a) <i>Responsabilidad personal y colectiva</i>	
1. El tránsito de una responsabilidad personal a una colectiva	59
2. La pluralidad de sujetos: el agente, la víctima y la sociedad ..	60
V -- PROPOSICIONES	61

P A R T E G E N E R A L

RESPONSABILIDAD POR CULPA Y RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO

SUMARIO: I. *Consideración axiológica de la cuestión:* a) La responsabilidad sin culpa y la justicia. b) La responsabilidad sin culpa y la seguridad. — II. *Consideración histórica de la cuestión:* a) El régimen romano de reparación de los daños. b) La Escuela racionalista del Derecho Natural. c) El progreso a partir de la década del 20 (1920). — III. *Consideración dogmática de la cuestión:* a) El Código de Vélez. b) La jurisprudencia anterior a la Reforma. c) La reforma de 1968. — V. *Consideración política de la cuestión:* a) Responsabilidad personal y colectiva. 1.) El tránsito de una responsabilidad personal a una colectiva. Del individualismo al solidarismo. 2) La pluralidad de sujetos: el agente, la víctima y la sociedad. — V. *Proposiciones.*

I – CONSIDERACION AXIOLOGICA DE LA CUESTION

a) *La responsabilidad sin culpa y la justicia.*

1. *Lo justo objetivo:* Nos parece fundamental comenzar el tratamiento del tema, tan actual y tan debatido ('), a la luz de los valores jurídicos. ¿Es verdad

(') En las VII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, del 26 al 29 de setiembre de 1979, se trató el tema: *Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva*, y con motivo de su consideración surgieron, nuevamente, las dos posiciones: partidarios y enemigos de la responsabilidad por riesgo creado; estos últimos pretendieron, en dichas Jornadas, lograr una *recomendación* a favor de la limitación del daño resarcible. Lo intentaron: a) por el camino de la comprensión exclusiva de las "consecuencias inmediatas", dejando sin reparar las mediáticas; b) por el de una "tarificación" o determinación legal del *quantum* a indemnizar; y, c) por el de la exclusión de los daños morales. La pretensión resultó rechazada. El despacho de mayoría dispone: "1º) La extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva,

que la única responsabilidad que se compadece con la justicia, la seguridad, el bien común, la concordia o paz social es la basada en la culpa? ¿Puede sostenerse con verdad que la responsabilidad sin culpa desquicia el orden social, siembra la desigualdad entre las personas, contradice la seguridad y lleva a soluciones inicuas?

Si efectivamente fuera así, si la responsabilidad sin culpa o por riesgo creado (²) fuera disvaliosa, sólo ca-

con excepción de los casos específicamente legislados en leyes especiales, se rige por las mismas disposiciones legales que regulan los cuasi-delitos. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas. ^{2º)} No son reparables las consecuencias casuales emergentes del hecho de la cosa. ^{3º)} La extensión de la responsabilidad prevista en el artículo 1069 del Código Civil es aplicable a la responsabilidad objetiva. ^{4º)} Son reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa". El despacho de la minoría, en Comisión y Plenario expresa —siempre de *lege lata*—: "1º) Que el límite de la reparación en este tipo de responsabilidad está dado por el daño que sea consecuencia inmediata del hecho originario de dicha responsabilidad. 2º) Que si el damnificado pretende el resarcimiento de un daño mediato está precisado a establecer el dolo o la culpa del demandado, saliendo del marco de la responsabilidad objetiva". Propusimos, con los Dres. Garrido, Goldemberg, Ghersi y Gómez, un agregado de *lege lata*, en la interpretación del derecho vigente, y dos de *lege ferenda*, como recomendaciones para una eventual reforma, que no lograron hacer mayoría: "1º) Debe interpretarse que en el Código Civil, luego de la reforma de 1968, coexisten dos sistemas genéricos de responsabilidad: el fundado en la culpa y el basado en el riesgo creado". Y como política legislativa: "1º) No es aconsejable la mención legal taxativa de las cosas riesgosas. ^{2º)} No es aconsejable la tarificación del daño resarcible en la responsabilidad por riesgo creado".

(²) La denominación tampoco es pacíficamente admitida. Para un sector, que integramos, la denominación adecuada es *responsabilidad por riesgo creado*. Es *responsable* quien debe reparar o restituir las cosas a su estado anterior; sin que el vocablo implique necesariamente una connotación subjetiva, relacionada con el reproche de conciencia; el *riesgo creado* es el factor objetivo de atribución; se responde no por una mera causación física sino por haber creado el riesgo del cual se desprende el perjuicio. Anotamos que expresiones tales como "responsabilidad sin culpa" o "responsabilidad objetiva", ponen el acento en el aspecto negativo de la cuestión: falta la culpa, no se basa en la imputación subjetiva; pero callan aquello que es, a nuestro juicio, fundamental: se reparan las consecuencias dañinas desprendidas de una actividad riesgosa. La fórmula que apoyamos "responsabilidad por riesgo creado" es la que se abre camino en el Derecho Comparado; sin perjuicio, lo anticipamos, de avanzar hacia una tercera etapa de socialización o reparto de los riesgos. Para otro sector, representado entre nosotros por BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*.

be su rechazo, sin más. Recordemos que el Derecho no es un fin sino un medio; que se legitima, o es verdaderamente tal, en la medida en que coadyuva a lograr sus objetivos específicos, que no son otros que los antes aludidos. Un Derecho de responsabilidad injusto no es *jus* sino capricho del legislador ocasional⁽³⁾.

Empero, ocurre que el distingo entre lo justo y lo injusto aparece oscurecido por puntos de vista subjetivos, pareiales o interesados, que responden a una determinada ideología. Y ello acontece en el tema en examen.

La responsabilidad basada en la culpa se nos presenta como un acto primordial, casi prejurídico, que el Derecho en su actual estadio de evolución no puede sino reconocer. Se admite que no siempre fue así, pero se descalifican aquellos tiempos juzgándolos bárbaros o semisalvajes; donde imperaba la venganza, la ley del Talión; en ellos se prescindía de lo que es propio de la persona humana: su conciencia, su inteligencia, razón y voluntad.

Acontece, sin embargo, que las ideas que vinculan inescindiblemente responsabilidad y culpabilidad —poniendo a la reparación de los daños causados bajo la tu-

edit. Abeledo - Perrot, Bs. As., 1972, la "responsabilidad objetiva" es un género, dentro del cual caben diferentes especies de responsabilidad sin culpa: a) la nacida del riesgo creado; b) la basada en el factor "garantía", supuesto del principal por el hecho del dependiente; y, c) la fundada en el factor "equidad", hipótesis del art. 907, que alcanza al autor de hechos involuntarios.

(3) Afirmación con la cual tomamos partido a favor de una "filosofía valorista" y de un Derecho que no es creación caprichosa o meramente producto de la razón humana, del voluntarismo. Un Derecho injusto no es Derecho o lo es sólo desde el punto de vista formal y no material; así como una sentencia injusta no es sentencia. Puede consultarse con provecho: SCHMIDT, E. y otros, *Derecho injusto y Derecho nulo*; RECASENS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1971; ANDRÉ - VINCENT, O. P., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, edic. Ghersi, Bs. As., 1978.

tela de las responsabilidades moral y penal (³)— sólo aparecen a partir del siglo XVII, como se verá con más detalle en el capítulo siguiente. Y no puede sostenerse, con cordura y razonabilidad, que la humanidad vivió hasta entonces en la barbarie jurídica, en la injusticia y la venganza.

La justicia de la responsabilidad civil construida sobre la culpabilidad y la injusticia de toda otra, es una construcción basada en el nominalismo y el voluntarismo (⁴); hija dilecta de la Escuela racionalista del Derecho Natural (⁵). No es propia del Derecho Romano, ni de los tiempos anteriores. No se inspira en el Derecho Canónico. No es aristotélica ni tomista; no

(³) Son de gran interés para el esclarecimiento del concepto de "responsabilidad" o "restitución" en el Derecho Romano y su posterior evolución, así como para la comparación de las nociones "jurídica" y "moral" de responsabilidad —la primera edificada sobre el "daño" y la segunda sobre la "culpa"— los aportes efectuados por juristas y filósofos, franceses e italianos, en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de París II, desarrollado en el año universitario 1975-76. Fue Terré quien aludió a la necesidad de prescindir de la tutela de las responsabilidades penal y moral sobre la civil. En las VII Jornadas, un distinguido civilista se congratuló de la dependencia o vinculación de la responsabilidad con ideas morales, sin caer en la cuenta que se trata del enfoque individualista de la moral del protestantismo renacentista, hija de Jansen y de Calvin. El Seminario aludido está publicado en la Revista *Archives de Philosophie du Droit*, año 1977, nº 22.

(⁴) Cuyos iniciadores fueron Duns Scoto y Ockham (la escuela franciscana); al desarrollarse y laicizarse estas ideas, luego de la Reforma, llevaron a concebir el Derecho no ya como la "cosa iusta —*insa res iusta*—, como lo justo, lo debido, como cierta relación de igualdad en los bienes y servicios, sino como facultad o poder del sujeto sobre las cosas y también sobre otros hombres; de aquí a considerar el Derecho como un orden de conductas hay un paso. Se concluye sosteniendo que la obligación de responder por un daño cometido tiene su base no en el daño producido —desequilibrio de un orden de justicia y de igualdad— sino en el sujeto autor del daño, pues que orden de conductas significa imputación o imputación por la violación culposa de un deber. El resultado es disvalioso.

(⁵) La afirmó el profesor Villey en el Seminario de París, 1975-76. De este eminente jurista y filósofo —a quien rendimos homenaje en las VII Jornadas con motivo de su visita al país, para pronunciar una Conferencia en la ciudad de Mendoza— puede consultarse: *Philosophie du droit*, Dalloz, París, 1975; *Esquisse historique sur le mot responsable*, APD 22, 1977, p. 45-58; *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en APD 3, 1957, p. 87-98.

guarda relación con la Escuela clásica del Derecho Natural. No se funda en la Naturaleza de las cosas.

Y no se nos dirá, confiamos en ello, que la Escuela moderna o racionalista del Derecho Natural, sus fundadores y seguidores (⁶), son los únicos poseedores de la verdad y de la justicia.

Muy por el contrario. Un examen comparativo de la cuestión nos permite señalar, en prieta síntesis, que:

a) la justicia correctiva y reparadora, el justo equilibrio, era el buscado en el Derecho Romano y daba pie a la reparación de los daños;

b) primaba la idea de restitución, de justo reparto de los bienes entre las familias; el daño quitaba a la víctima lo que era suyo y con base en el *suum cuique tribuere-aequabilitas* se perseguía corregir el desorden que el mismo introducía;

c) la restitución tenía como fundamento, en consecuencia, el daño y no la falta o culpa;

(⁶) VILLEY, M., *Los fundadores de la escuela moderna del Derecho natural*, edic. Ghersi, Bs. As., 1978. El autor contrapone el "humanismo jurídico moderno" a un "auténtico espíritu humanista"; dice que el primero "...no tiene ninguna experiencia del Derecho. El Derecho no está en el corazón de su pensamiento. No lo tratan más que por adición y para completar sus sistemas. De esta manera, transportan al Derecho una idea del hombre, venida desde afuera y que es valiosa en otros ámbitos. Lo desgraciado en esa transferencia". Y continúa señalando que: "El derecho, tal como lo vemos en la práctica, se ejercita en lo temporal y en el presente, en el mundo de los repartos y de la escasez. En un ámbito en el que el individuo no lo es todo sino sólo miembro de un todo social y donde la especie humana no es más que una parte del universo. En un mundo natural, que sin duda no nos es suficiente y que puede ser provisorio, pero que es actualmente el nuestro. Los excesos del humanismo moderno, negando este tipo de naturaleza, han falseado nuestra visión del derecho. Es el humanismo quien ha engendrado la falsa proposición de que todo el derecho sería puesto por el hombre como si correspondiera a la parte determinar su lugar en el todo". Y concluye haciendo un llamado sobre la misión de instruirnos en el otro tipo de humanismo: "El humanismo de la verdadera cultura clásica del hombre, de la verdadera paideia, heredero de la sabiduría griega y asumido por Santo Tomás. El auténtico espíritu humanista, imbuido de medida, de modestia y de recíproca tolerancia. Preocupado de no transgredir los límites del hombre".

d) el daño era el menoscabo o perjuicio que una persona sufría en lo suyo y no la lesión a un derecho subjetivo (7).

2. *La introducción de la idea moral de culpa:* Se era responsable —el vocablo recién aparece en la Edad Media— porque se tenía una obligación, la de reparar, nacida del desorden, del desquicio en el orden natural de las cosas, que significaba el daño.

El daño y no la culpa, lo reiteramos, está en la base de la responsabilidad-restitución romana.

La idea moral de culpa, introducida por Grotius, Puffendorf, Locke y los corifeos de la Escuela, pone el acento en el reproche de conciencia, en la falta cometida, en la subjetividad.

Hay un responsable cuando el hecho dañoso puede ser imputado a su autor. No interesa que haya un *actor* sino un *autor* y además, que éste sea imputable (8).

(7) En la doctrina moderna, especialmente en la Argentina —y en particular en seguimiento de las enseñanzas de ORGAZ, A., *El daño resarcible*— ha ganado adeptos el distingo entre “daño” y “daño jurídico”, caracterizado el primero por ser un mero daño de hecho y el segundo, en cambio, por ser la violación de un derecho subjetivo, la lesión a un interés jurídicamente protegido. De acuerdo con este criterio sólo el daño jurídico es resarcible. Pensamos que la tesis se resiente por su subjetivismo o voluntarismo; por hacer depender el derecho a una justa restitución del reconocimiento de la situación por el legislador, de la aprehensión y tutela de la misma. Los daños ciertos son reparables, a nuestro juicio, aun cuando el legislador no se haya detenido a reconocer el “derecho subjetivo” de la víctima. Al hablar de la restitución Santo Tomás apunta con su precisión habitual que “todo el que origina un daño a alguien le quita aquello en que le daña, ya que se llama daño, precisamente porque uno tiene menos de lo que debe tener”, “por lo tanto, el hombre está obligado a la restitución de aquello en que perjudicó a otro”. Y ¿qué es restituir?, se pregunta. “No es otra cosa —responde— que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo” y que se “ordena principalmente a remediar el daño sufrido por aquél a quien se le ha quitado algo injustamente”, es decir “en un acto de injusticia” (*Summa Theologica*, 2-2, 64.4 y ss.).

(8) La moral será quien pedirá la sanción del autor, fundada en su imputabilidad y en su culpabilidad, o sea en la atribución causal del daño al autor de él (acto humano, *proprio loquende*), y en la predicable subjetiva de aquél. Empero, destaca Villey siguiendo a Santo Tomás, “la materia del Derecho, en su sentido propio, está constituida

Es esto lo que se considera justo; y, a *contrario sensu*, se estima injusto que repare los daños quien ha actuado sin voluntad o con la voluntad viciada o puede demostrar una causa de exculpación (º).

Partiendo de la identificación entre responsabilidad moral o penal y jurídica, la autoría sumada a la imputabilidad subjetiva son presupuestos esenciales de la responsabilidad.

La observación se desplaza de la víctima al victimario, del dañado al dañador. Poco importa que se haya causado un daño si no se prueba la culpa en su producción. Los daños inculpables deben ser soportados como desgracias o infortunios.

Es notable observar que una idea moral como la de culpa puede conducir a soluciones de insensibilidad y egoísmo. Cómo la protección dispensada al dañador no culpable puede llevar a la desprotección de la víctima, también no culpable.

Cómo, en la opción, el racionalismo se coloca al lado de quien ha originado, de alguna manera, el perjuicio, y no de quien lo ha padecido.

Ocurre que además de la idea moral de culpa hay,

por las "cosas exteriores" (*res exteriores*) que se reparten entre las personas: es el mundo del "tener", en la expresión de Gabriel Marcel. Es un arte y un discurso distinto el que debe emplearse para regir, de conformidad con la moral, la conducta de los hombres (VILLEY, *De l'indicatif dans le droit*, en APD, 19, 1974, p. 61).

(º) En las VII Jornadas, varios miembros intervenientes en el Plenario insistieron, siguiendo las enseñanzas de Llambías, en que la falta de culpa colocaba frente a frente a dos inocentes: victimario y víctima. Y de allí que no pudiera condenarse a reparar —o debiera hacerse limitadamente— en supuestos de "riesgo creado". Tuvimos oportunidad de precisar que la supuesta inocencia del dañador o victimario, en casos de responsabilidad por riesgo creado, era relativa. El hecho del cual se seguía el daño era un hecho suyo —obrado con *suitas o mismidad*— y ademas antijurídico; también se le atribuye el haber potenciado o multiplicado la posibilidad de perjudicar a otro, con el uso o empleo de cosas peligrosas no en sí mismas sino en su dinámica o utilización. De allí que sólo una de las partes en la relación, la víctima, sea auténticamente inocente.

en la admisión exclusiva de una responsabilidad con culpabilidad, otros ingredientes.

Por encima del valor justicia —cuyo clamor a favor del perjudicado es innegable— se coloca el valor seguridad. Y la seguridad, tal como se la entendía hasta avanzado el presente siglo, coadyuvaba a la defensa del dañador. Como también la idea individualista —o mejor la visión que el individualismo da— acerca de la libertad.

3. *Responsabilidad jurídica y moral*: Para la concepción racionalista, es el hombre, como ser libre, voluntario y de razón, el creador de su derecho. La responsabilidad civil fundada en la culpa es su obra exclusiva.

Se reniega de la esencia de la doctrina clásica del Derecho Natural, para la cual el hombre no es *creador* de normas, pues el Derecho le está dado. Su tarea no es otra que la de descubrirlas, de recopilarlas, de abstractaerlas de las cosas donde ellas nos están dadas.

La restitución al dañado, con o sin culpa, está en el orden de la naturaleza.

De allí que un jurista y filósofo de la talla de Villey haya podido afirmar que la acepción específicamente jurídica de responsabilidad era la romana —la basada en el justo reparto de los bienes y no en la falta— siendo la de la Escuela Moderna una acepción marcadamente moral de responsabilidad (¹⁰).

(¹⁰) Que, por tanto, no satisface el objetivo de justicia. La cuestión se plantea, con la misma fuerza, en el Derecho Público, cuando se trata la responsabilidad del Estado y se apunta a su extensión a los denominados daños causados por la Administración Pública en el ejercicio legítimo de una potestad administrativa; cuando la lesión se produce como resultado de la actuación legal del poder. Recientemente, en mayo de 1979, se celebró en Tucumán, organizado por la Pontificia Universidad Católica de Tucumán "Santo Tomás de Aquino", un Curso sobre Responsabilidad Pública; cabe destacar el trabajo presentado por el profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Uni-

No perdamos de vista que la tendencia de ciertos pensadores moralistas del Derecho, influidos por Calvin, era la de ponerlo, al Derecho, al servicio de las cualidades morales del individuo; la protección de la virtud, que era para los estoicos el soberano bien. Era el criterio prevaleciente en Grocio y en Domat (¹¹).

Empero, esa tendencia se concilia con la que pone el Derecho al servicio de los intereses materiales, del gozo sensible, de la riqueza, en virtud de una filosofía inspirada en el epicureísmo; es la conceptualización de Locke y la mayor parte de los materialistas del siglo XVIII. Y también con la variante que pone el acento en la defensa de la seguridad de los placeres, de la seguridad de las posesiones individuales.

Es verdad que el Derecho no puede “ser una física de las acciones humanas” (¹²); pero también lo es que no puede ser una visión puramente moral. La alteridad, propia del campo jurídico, exige la contemplación

versidad de Chile, Dr. Eduardo Soto Kloss, sobre el tema *La responsabilidad Pública, enfoque político*, magnífica contribución al esclarecimiento de la cuestión, que inspira algunas de estas líneas.

(¹¹) Afirma Grocio que “el propio Derecho es el que procede del entendimiento humano al que pertenece la abstención de lo ajeno... y la reparación del daño causado culposamente”. El “humano entendimiento” —del cual partían ambos luego de las *Meditaciones Metafísicas* de Descartes: “mi conciencia es mi pensamiento y en esta conciencia mía no figura otro elemento distinto a mi yo”— enlaza las ideas de culpa y responsabilidad. La propia conciencia es este principio interno. Es la base ontológica de las normas de derecho positivo que definen la responsabilidad como hecho culposo a partir de la codificación. De la cual Domat es el padre (1625 - 1696). Afirma Elías Díaz —*Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18 y ss.— que a través de la Revolución francesa se produce el paso del jusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del XIX. Ya lo había destacado, por lo demás, Savigny, cuando afirmaba la constante incorporación del derecho natural racionalista al movimiento codificador.

(¹²) LLAMBÍAS, J. J., *El derecho no es una física de las acciones humanas*, en L. L., t. 107, p. 1015 y ss.; del mismo jurista su *Estudio de la Reforma del Código Civil*, edit. J. A., Bs. As., 1969, p. 273 y ss.; *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, nº 2150, p. 525 y ss., edit. Perrot, Bs. As., 1973.

de la situación de quien ha sido dañado, privado de la indemnidad en el cuerpo o en la salud, o del goce de los bienes. Ese desorden, ese desequilibrio, es un hecho antijurídico en sí mismo, objetivamente considerado, que merece una sanción.

4. *El daño como ruptura del equilibrio*: No puede sostenerse la existencia de un Derecho a dañar al prójimo. De ahí que el daño sea, en sí mismo, un hecho contrario a Derecho, injusto.

Todo aquel que causa un daño está obligado a la reparación. Esa es la regla. Y es así porque el daño implica un desorden, un desequilibrio, un entuerto. La excepción está dada por las conductas dañosas conformes a Derecho; por ser el ejercicio de una facultad reconocida o el cumplimiento de un deber.

Dañosidad y antijuridicidad eran presupuestos que se confundían en el Derecho Romano y así ocurre todavía en algunas legislaciones (¹²).

Puede sostenerse, dentro de la concepción de los derechos subjetivos, que toda persona tiene un Derecho a no ser dañado y, a *contrario sensu*, que nadie tiene un Derecho a dañar. Es el *neminem laedere* de los romanos.

(¹²) BONASI BENUCCI, E., *La responsabilidad civil*, edic. Bosch, Barcelona, 1958, p. 28, define el acto ilícito como "un comportamiento del hombre (positivo o de mera omisión) del cual deriva una lesión a un derecho subjetivo absoluto..." LARENZ, K., *Derecho Civil, Parte General*, traduc de M. Izquierdo, edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1978, habla de la violación a la "relación jurídica fundamental", que es la relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro, sin perjuicio de aludir al "personalismo ético como fundamento ideológico del Código Civil" (*ob. cit.*, p. 44 y ss.). Es innegable que el hecho que crea el riesgo y del cual se origina luego el daño es antijurídico: a) porque nadie tiene el derecho a dañar; b) porque carece de una causa de justificación; c) por su ubicación en el Código, dentro del Título IX, *De los hechos ilícitos que no son delitos*. Luego no puede hablarse de una responsabilidad por un daño emergente de hecho lícito. Será lícito crear riesgos, pero no dañar con base en esos mismos riesgos. Algo similar sostiene Starck —*Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile*, París, 1947— partiendo del concepto de garantía, de la integridad de las personas y de sus bienes; la agresión a tal integridad constituye el signo mismo de la violación del Derecho.

nos, sin el agregado de la culpa —no dañarás culposamente— muy posterior en el tiempo y de muy distinto cuño.

5. *La reparación como reparto justo de bienes*: La indemnización, compensación o reparación vuelve las cosas a su quicio; equilibra la situación alterada.

El Derecho Público se ha hecho cargo de la injusticia intrínseca de todo daño y ha admitido la “indemnización” —como supuesto diferente de la “responsabilidad”— cuando los daños se originan en el ejercicio legítimo de una potestad administrativa ⁽¹³⁾. Se considera odioso o injusto que una persona sufra un “sacrificio especial” sin indemnización ⁽¹⁴⁾.

Pero es de justicia que la reparación o restitución mire al daño sufrido —se mida en relación a él— y no al agente.

No es justa la pretensión de medir el daño originado en un hecho no culposo con una vara distinta a la usada para medir el culposo; sea que la distinción se configure: a) por la pretensión de poner un “tope” o límite cuantitativo —indemnización tarifada—; o, b) por la interpretación de los textos sobre “consecuencias” o relación de causalidad, con base en la previsibilidad, que lleva a considerar resarcibles sólo los daños inmediatos.

Una semejante reparación, limitada en la cuantía o en las consecuencias que comprende, no es reparto justo de bienes. Coloca sobre las espaldas de la víctima

⁽¹³⁾ SOTO KLOSS, *ob. cit.*; ALESSI, R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, traduc. esp. Barcelona 1970, t. II, p. 512 y ss.; ALTAMIRA GIGENA, J. I., *Responsabilidad del Estado*, edit. Astrea, Bs. As., 1973, p. 45 y ss.

⁽¹⁴⁾ Nos remitimos a nuestros trabajos sobre el tema: *Daños derivados de actos licitos de la Administración e Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos licitos*, en *infra*, ps. 279 y 293, respectivamente.

“parte” del daño, con el argumento de la falta de culpabilidad.

Como argumentos justificantes de la reparación parcial se ha invocado:

1) El carácter “excepcional de la solución elaborada por la teoría objetiva” (¹⁵); se olvida que la responsabilidad sin culpa o mejor por riesgo no es un criterio excepcional sino un principio general que comparte, con el de la culpa, el campo de la responsabilidad. No puede ser excepción dado su carácter eminentemente jurídico; la supera en justicia y en antigüedad.

2) Que “todo el sistema del Codificador en torno a esta materia está elaborado en función del elemento subjetivo del obrar” (¹⁶); se dejan de lado textos que aluden no a lo efectivamente previsto, sino a lo que pudo preverse; vale decir, textos donde priva un cri-

(¹⁵) Sostuvimos en las VII Jornadas que la pretensión de limitar el daño resarcible, sea por la vía de excluir las consecuencias mediáticas —con el argumento de la falta de previsibilidad en concreto o subjetiva— sea por el camino de la “tarificación” —que, a nuestro juicio, hiera la condición humana, la dignidad propia de un ser creado a imagen y semejanza de Dios— era una batalla más en el combate entre “partidarios” y “enemigos” de la responsabilidad por el riesgo creado. Son hitos en esta confrontación: a) la incorporación al Código Civil, con amplitud, como otro principio de responsabilidad, en 1968; b) el tratamiento del tema en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil - publicación de dicho Congreso, Córdoba 1971, t. I, p. 402 y ss.; c) la polémica acerca de la denominada “aceptación de los riesgos”, originada en Francia con el libro de Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, edit. Librairie Gen. Paris, 1969, y, en nuestro país con algunos trabajos a los cuales respondimos con un estudio sobre *La aceptación de los riesgos. Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos* (ver *infra*, p. 115).

(¹⁶) La frase se lee en la “ponencia” presentada por el profesor Llambías a las VII Jornadas - publicación de las “ponencias”, edic. Abeledo - Perrot, p. 45. En el mismo sentido la “ponencia” de E. I. Monti, *ob. cit.*, p. 69 y ss.; a favor de la limitación “cuantitativa de las indemnizaciones” se expidió Videla Escalada, *ob. cit.*, p. 55. Las “ponencias” de Bustamante Alsina, con la adhesión de Bueres y Gesualdi, de K. de Carlucci, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Menvielle de Carena y la nuestra, abogaron por la reparación integral, comprensiva de las consecuencias inmediatas y de las mediáticas; de los daños materiales y de los morales.

terio abstracto u objetivo de previsibilidad (arts. 902, 904 últ. parte y conces.). Por lo demás, en la responsabilidad por riesgo se le atribuye al dañador el haber creado la situación de peligro y, al hacerlo, el haber podido prever los daños que de esa situación pueden seguirse. La relación causal adecuada —tesis adoptada por la Reforma de 1968— admite que el juicio de probabilidad debe hacerse en abstracto; es el criterio predominante entre sus sostenedores: Kries, Thon, Traeger, Rumelin y otros (¹⁷).

En síntesis, “no existe ningún principio jurídico ni moral por el cual deba imponerse al responsable de un daño una reparación limitada cuando no ha habido culpa; es decir, cuando el factor de responsabilidad es objetivo” (¹⁸).

6. *La reparación sin culpa como “destrucción de la idea de justicia”*: Cabe reconocer que los enemigos de la responsabilidad sin culpa no han ahorrado juicios peyorativos.

Para Planiol —el mismo que califica el “abuso del Derecho como logomaquia” (¹⁹)— la tesis del riesgo creado llega a consecuencias “monstruosas”, pues “jamás se demostrará la utilidad o equidad de la respon-

(¹⁷) BREBBIA, R. H., *La relación de causalidad en Derecho Civil*, edic. Juris, Rosario 1975.

(¹⁸) BUSTAMANTE ALSINA, su “ponencia”, punto 1º. Es interesante señalar que el Plenario nº 169, de la CNTrab., en pleno, octubre 26-971, en autos “Alegre c. Manufactura Algodonera Argentina”, publicado en E. D. 40-175, resolvió: “En caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17 de la ley 9688, es aplicable el art. 1113 del cód. civil (modificado por la ley 17.711)”. De donde, si también se tarifa la responsabilidad del 1113, por riesgo creado, el obrero víctima de un infortunio laboral, queda sin posibilidad alguna de obtener una reparación plena, a la cual tiene, sin lugar a dudas, derecho.

(¹⁹) Signo evidente de la evolución del Derecho; nadie puede dudar, partiendo de la limitación de los derechos subjetivos, que la posibilidad de abusar de un derecho es una realidad y no un juego de palabras.

sabilidad objetiva... ; suprimiendo la apreciación de la culpa en las relaciones humanas, se destruirá toda justicia" (²⁰).

En la doctrina nacional es conocida la posición de Llambías. Mientras la filosofía del Código de Vélez —liberal individualista— está, a su juicio, "penetrada de espíritu que vivifica", la del riesgo creado participa de una filosofía que "deshumaniza y cosifica, es decir, los hace cosa, a los actos del hombre" (²¹).

Nuestro esfuerzo se ha orientado, en este Capítulo inicial, a demostrar la falsedad de tales assertos. De ahí que hayamos contrapuesto el Derecho Natural racionalista al clásico, aristotélico tomista; la concepción individualista a la solidarista; la responsabilidad fundada en la culpa a la basada en el daño; la contemplación del agente a la apreciación de la víctima; la idea puramente moral de reparación a la jurídica...

7. La reparación a cargo de quien crea el riesgo: Una de las falacias más difundidas —por quienes ven en la admisión de una responsabilidad sin culpa el fin del capitalismo liberal— es aquella que identifica la idea de riesgo creado con la causalidad material.

Esta asimilación aparece en quienes, conscientemente o no, denominan a la responsabilidad por riesgo, creado como "objetiva" o "basada en la mera causa-

(²⁰) PLANOL, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, en Rev. Crit. Legisl. y Jurisp., 1905, p. 279. Ihering participaba de similar criterio: "No es posible concebir la sanción sin la culpa. Esta proposición es tan simple como la del químico que enseña que no es la llama la que arde sino el oxígeno del aire. Para llegar a establecer su proposición, la ciencia química no ha podido encontrar más dificultades que la jurisprudencia para establecer la suya. Química y Jurisprudencia han debido aprender a prescindir de la apariencia exterior y sensible, librando un incesante combate contra el prejuicio. Así como la idea de que es la luz la que arde es familiar al ignorante, la suposición de que el daño causado, o simplemente el daño, obliga a la reparación, es un sentimiento jurídico imperfecto" (*Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, p. 46 y ss.).

(²¹) LLAMBÍAS, *Estudio*, p. 279 y ss.

ción” o bien se limitan a señalar su nota negativa, la falta de culpa, sin aludir a la positiva, la atribución a título de riesgo creado.

No se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño. Y no se diga que de cualquier daño ocurrido puede afirmarse, reconstruyendo los hechos, haciendo una mirada retrospectiva, que hubo con anterioridad a su acontecer un riesgo relativo, precisamente, a su producción. Semejante planteo es falso y tendencioso, en la medida en que apunta, con base en la extensión ilimitada de la idea, a descalificar la doctrina. Es falso porque deja de lado la exigencia de un “elemento” riesgoso en sí mismo, prescindiendo de que en un caso dado haya producido un daño.

Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad. De allí que no toda cosa dañadora sea en sí una cosa riesgosa; que no todo animal sea riesgoso; que no toda actividad empresarial lo sea. Y ello es así aunque en ocasiones tales cosas, animales o actividades hayan dañado (22).

En el daño causado con las cosas —cuando se trata de cosas dóciles, no peligrosas, manejables— la responsabilidad sigue siendo culpable: y lo mismo ocurre cuan-

(22) De ahí el distingo entre el daño causado por el hombre *con* las cosas, empleando o usando cosas dóciles, fácilmente manejables o conducibles, y el daño causado *por* las cosas; con esta expresión se quiere aludir a cosas que, en alguna medida, por su peligrosidad cuando son usadas, transportadas o puestas en movimiento, escapan al perfecto control por el ser humano. Recordemos que si el daño es meramente causado *con* las cosas, la ley crea una presunción de culpa que puede destruirse con la prueba en contrario. En cambio si es originado *por* el riesgo o vicio de las cosas se imputa a un factor distinto a la culpa y de allí la intrascendencia de la prueba de la no culpa. La exoneración sólo se logra con la demostración de otros extremos.

do el daño lo origina un animal doméstico o el obrar de una persona, su hecho propio.

La presencia de un elemento riesgoso puede entonces elevarse a la categoría de factor de imputación o atribución; y decimos que es factor objetivo porque no se funda en un reproche de conciencia, en una intención o en una falta.

Ocurre que “crear un riesgo” no es en sí mismo un comportamiento antijurídico ni, por tanto, culpable. Recién se teñirá de antijuridicidad cuando de ese riesgo se sigue un daño (²³).

Manejar un automóvil, poner en marcha calderas, máquinas complicadas, instalaciones atómicas o de energía nuclear, son hechos riesgosos; empero son lícitos. No hay contra ellos reproche alguno. Mas, si de esos hechos se sigue un daño, el Derecho se vuelve contra el dueño o guardián y estima antijurídico ese perjuicio; y sobre esa base construye la responsabilidad.

La relación de causalidad aparece recién entre el hecho riesgoso y el daño; riesgoso en sí mismo y no, repetimos, porque haya originado el perjuicio.

La pretensión acerca de una catalogación exhaustiva de las “cosas riesgosas”—así como de la explicitación de los aspectos que hacen a la cosa riesgosa— es dependiente de la concepción legalista y participa de su soberbia y vanidad. No puede ser la ley quien por anticipado enumere la “serie cerrada” de tales cosas, en tiempos como los actuales de enorme progreso técnico; sólo el juez puede afirmar, frente al caso con-

(²³) La razón de nuestra insistencia acerca de la “antijuridicidad” estriba en la pretensión de lograr a favor de la víctima una reparación integral y no una relativa compensación de ciertos daños. Ello sin perjuicio de la aplicación a la responsabilidad por riesgo creado de la norma del art. 1089 que posibilita al juez, con base en la equidad, una moderación del *quantum* en atención a las circunstancias del caso.

creto, si el daño se ha producido por la intervención de una cosa de este tipo (²⁴).

b) *La responsabilidad sin culpa y la seguridad.*

1. *La responsabilidad es excepcional:* Cerca de la justicia, aunque por debajo de ella, se encuentra —en la escala axiológica— la seguridad. Es valor fundado y no fundante. Para algunos sólo un “bien” y no un “valor”. El esfuerzo denodado por oponer la justicia a la seguridad nos parece una actitud negativa, impropia del jurista; el quehacer no es otro que la búsqueda de la armonización de ambos valores: ni la seguridad sin justicia ni la justicia sin seguridad (²⁵).

También en tema de responsabilidad civil se manifiesta el afán de contraponerlos: la justicia bregaría —según esa posición— a favor del dañado; la seguridad, en cambio, se colocaría al lado del dañador, en especial cuando no puede demostrarse culpa de su parte;

(²⁴) El art. 1913 del Código Civil de México expresa: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrolleen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que causa, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. El art. 2050 del Cód. Civil Italiano, dedicado a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, expresa: “Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”. Y el texto siguiente, el 2051, expresa: “Cada uno es responsable del daño ocasionado por las cosas que tiene en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito”. Es, indudablemente, un supuesto de responsabilidad por el riesgo creado por esas cosas cuya custodia se tiene.

(²⁵) En la teoría de los valores, la justicia responde a un valor de fondo y la seguridad a uno de forma. Para algunos autores, como Radbruch, la justicia y la seguridad son términos antitéticos. Puede consultarse de LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *Justicia y Seguridad*, en *Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje al Profesor Luiz Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, t. I, p. 353 y ss.

cuando, como lo pretendemos, se quiere fundar la responsabilidad —o al menos sectores de ella— en el riesgo creado.

Aclaremos que la conceptualización de "seguridad" depende de la ideología que se profese, de la Filosofía y la Política de la cual cada uno se considere tributario. No debe extrañarnos entonces que la seguridad para la concepción decimonónica, de la responsabilidad con base exclusiva en la culpa, se relacione con el progreso, cierto e indubitable; con el lucro o ventaja económica; y, específicamente en lo jurídico, con la inexistencia de un deber sin norma legal expresa que lo imponga; con la posibilidad de gozar "como se nos dé la gana" de nuestros derechos subjetivos...

Y estas "seguridades" son puestas en tela de juicio por la responsabilidad con base en el riesgo creado (26).

Se postula que con ella:

a) se frena el progreso, el avance de la ciencia y de la técnica, pues el empresario, ante el temor de incurrir en responsabilidad, limitará sus actividades;

b) se alude a una suerte de odiosidad al propietario, de una condena al lucro emergente de actividades lícitas. Recordemos que la responsabilidad por las cosas alcanza al "dueño" y al "guardián" de ellas (27).

(26) De allí que se pretenda, al menos, una limitación del daño resarcible. Con razón afirma Starck —*ob. cit.*, p. 399— "si los provechos no son limitados, ¿por qué los riesgos lo serían? En sentido similar se expresa ROUJOU DE BOUBEE, M. E., *Essai sur la notion de réparation*, París, 1972, p. 313 y ss.

(27) Dueño es quien tiene un poder jurídico sobre la cosa; guardián quien tiene sobre ella un poder de hecho. Es interesante señalar que para los juristas soviéticos —marxistas en general— esta responsabilidad por el riesgo creado no es sino un paliativo "inventado" por los "juristas burgueses" para detener o suavizar la lucha de clases. Más allá de la falsedad de la afirmación, puede entreverse la importancia del tema en punto al logro del bien común, de la paz social. El argumento relativo a un "frenar" la actividad empresarial como consecuencia de la admisión de una responsabilidad por riesgo creado, es común a toda tentativa de "ajustar" la responsabilidad; ocurre con los médicos, los abogados, corredores, etc., etc.

c) no se quiere ver la antijuridicidad de este daño que emerge del riesgo creado, y, en consecuencia, se postula que se sanciona a quien actúa de conformidad con el plexo normativo; y,

d) se pone el acento en la inseguridad que se desprende de la no definición del “riesgo creado” y de la no enumeración de las “cosas riesgosas”; lo cual implica “soltar el principio de la responsabilidad por riesgo, así genérica e indefinidamente...” (²⁸).

De lo expuesto concluyen, quienes buscan proteger la seguridad jurídica combatiendo el riesgo creado, que la interpretación del principio debe ser restrictiva, pues se trata de un criterio de excepción y, en consecuencia, es función del jurista “arrinconarlo”, minimizarlo en todos los aspectos posibles. Se ve con particular claridad en el tema de las consecuencias y del daño moral.

Insistimos en que para nosotros se trata de un principio general, que se ubica al lado del de culpabilidad, complementándolo y no sustituyéndolo.

2. *El temor a la responsabilidad:* Como puede inferirse fácilmente la búsqueda de la seguridad se hace a costa de la inseguridad de las personas más sometidas al riesgo de dañosidad: los pequeños (al decir de Ripert), los débiles, los económicamente más necesitados.

La seguridad del empresario es la inseguridad de las víctimas eventuales o potenciales. Y el temor a la responsabilidad que el primero denuncia se vuelve temor al daño en boca de estos últimos.

(²⁸) La expresión es de Llambías, seguidor, según vimos, de las enseñanzas de Ihering y de Planiol. Acontece que hay, en los tiempos actuales, un descreimiento respecto de las “fórmulas mágicas” del legislador, y un renacer de la equidad, de la confianza en la apreciación por los jueces de las circunstancias del caso.

Nos parece que bajo el pretexto de la “espiritualización” se esconde una deshumanización de la responsabilidad, si la miramos, como debe ser, desde el punto de vista de la víctima.

3. *El derecho a usar libremente de los bienes*: No se trata de poner trabas al uso libre de los bienes, ni mucho menos de sancionar a alguien por el solo hecho de ser dueño o guardián; se trata de poner sobre las espaldas de quien hace tal uso las consecuencias perjudiciales que se siguen para terceros.

Y a esos fines es indiferente que del uso —*jus utendi*— se siga o no un beneficio para el dueño o guardián. Sobre ese provecho, que fundaba la obligación de resarcir, hacía hincapié la concepción utilitarista del Derecho —el que tiene el beneficio soporta los perjuicios—. Con o sin provecho el deber de restituir existe, como consecuencia del poder jurídico o bien del poder de hecho sobre dichos bienes (29).

4. *La libertad empresarial*: Hemos anticipado que pueden crearse riesgos, además del que emerge del uso de las cosas peligrosas y de la tenencia de animales salvajes, con la actividad empresarial. Puntualizamos ahora dos hipótesis:

a) la gestión cumplida por empleados, dependientes o subordinados, art. 1113, 1ra. parte; y,

b) la misma gestión cuando el titular del interés es una persona jurídica, que se sirve de las personas físicas que actúan por ella —persona representada— sea en calidad de “órganos”, sea como meros dependientes.

(29) Es volver a equivocar el enfoque sostener que en la “utilidad” y sólo en ella se encuentra el fundamento de esta responsabilidad; aun cuando se probara que del riesgo creado no se siguió utilidad o provecho alguno para el empresario, dueño o guardián, la obligación de resarcir encontraría en el daño su razón de ser —daño que se originó en aquel riesgo.

Vuelve en el tema la pretendida oposición entre justicia y seguridad. ¿Es justo agravar la situación de quien se sirve del trabajo ajeno para el logro de fines lícitos? ¿Ello no significa crear en un campo de tanta importancia la inseguridad? (32).

Pensamos que no puede sostenerse que el principal responde por culpa de su parte: sea al elegir, sea por no vigilar; ambas ideas, ficcionistas, están superadas en la realidad; la jurisprudencia no admite que la "presunción de culpa" sea destruida con la demostración de la diligencia, prudencia o cuidados; es una presunción *juris et de jure*, una responsabilidad inexcusable. Ello significa, en buen romance, que no hay tal culpa... (33).

Tampoco nos satisface la explicación con base en la idea de "garantía" hacia los terceros, impuesta por la ley por consideraciones de justicia de interés social (34). Dicha "garantía" no es otra cosa que una espe-

(32) Las consecuencias del riesgo propio de una empresa —el tener que reparar los daños que se sigan de ese mismo riesgo— es una consecuencia previsible. Con mentalidad utilitarista podemos sostener que el empresario debe computar esa situación en los costos de sus productos; y, más aun, que debe llegar a la contratación de un seguro —día llegará en que sea obligatorio— para cubrir de este modo los "infortunios" o "accidentes".

(33) Salvo que se admita, como se ha propuesto con mucho humor: "una responsabilidad por culpa, sin culpa". En la historia de la evolución de una especie a otra, de la culpa exclusiva a la admisión del riesgo creado, cumplió un rol importante lo que nosotros denominamos "la tortura de la noción de culpa": el paso de la sicológica a la normativa; de la culpa consciente a la inconsciente; de la real a la presunta; y de la presumida *juris tantum* a la presumida sin admitir prueba en contrario. Todo para no salir de la culpa como fundamento. Recordemos que la ficción es una mentira legal.

(34) A la idea de "garantía" se recurre cuando se vincula inescindiblemente "responsabilidad" con "culpa", con imputación subjetiva. Empero, si admitimos que es responsable quien tiene el deber de reparar; y que la atribución puede ser subjetiva —culpa, dolo o malicia— u objetiva, a título de riesgo creado, la razón del recurso a la noción de garantía desaparece. Lo mismo acontece con el "factor equidad". Se trata del valor equidad, dichoso corrector de la justicia genérica y abstracta. No funda la responsabilidad del art. 907 —autor involuntario— sino una

cial responsabilidad que, para sus sostenedores, "tiene su fundamento en la culpa" (³³).

En rigor, insistimos, el comitente responde como creador del riesgo que importa la actuación por cuenta ajena, por dependientes o subordinados, con base en la idea del "interés activo"; por ser suyo el interés, el *commodum*, debe cargar con el *periculum*.

Y otro tanto similar ocurre con las personas jurídicas, responsables no sólo por el daño cometido por sus funcionarios o dependientes "en ejercicio" de la tarea encomendada, sino también por el causado "en ocasión" del cumplimiento de la misma (³⁴).

Ocurre, como afirma Alvaro D'Ors que "la técnica, como expresión del progreso no sólo es buena, sino que incluso es esencialmente cristiana, precisamente por ser progreso, ya que la idea de 'progreso' es precisamente un logro cristiano, frente al fatalismo pagano del eterno retorno. Pero justamente por ser cristiano, puede el progreso caer en profanación. Como dice una copla popular: *el progreso es tan cristiano, / que al valerte*

serie de normas del Código Civil, relativas al tema responsabilidad, luego de la Reforma de 1968: 907, 522, 1069, etc. De ahí que podamos hablar, con más precisión, de dos especies de responsabilidad: con base en la justicia genérica y abstracta, dispuesta por la ley en un precepto que "ordena" al juez la decisión a dictar; y con base en la equidad, emergente de una norma que otorga al juez un amplio campo de actuación, en consideración a las circunstancias del caso, a mérito del verbo y del tiempo empleado: "el juez podrá..."

(³³) Negligencia al elegir o al vigilar al dependiente; empero, aun demostrada la mejor elección, con base en un concurso de antecedentes y de oposición, y la más severa vigilancia, no se ha admitido, por la jurisprudencia, la exoneración del principal. Y ello nos parece muy bien; empero, la fundamentación no puede estar en una culpa —salvo la "culpa sin culpa"— que puede efectivamente no existir, sino en el riesgo que crea quien emplea mano de obra ajena; quien se sirve del trabajo asalariado para sus propios fines; quien hace por otro aquello que conviene a sus intereses.

(³⁴) La acción dañosa en "ocasión" de la tarea encomendada es una consecuencia mediata y muchas veces casual. Y, pese a ello, la norma del art. 43 la pone sobre las espaldas de la persona jurídica, en una franca admisión de la responsabilidad por el riesgo creado por la índole misma de tales personas: que son, como se sabe, "personas representadas".

de él sin Cristo, / ténlo ya por profanado". Y afirma luego: "En economía, en cambio, lejos de reprimirse el egoísmo, parece fomentarse como necesario para el progreso. En esto está precisamente la profanación; en poner los avances de la inteligencia humana al servicio del egoísmo, al servicio de la riqueza y no de la virtud" (³⁵).

5. *El riesgo de dañosidad es propio de la vida:* Es notable observar como los defensores del valor seguridad como "gran" o "super" valor, aun por encima de la justicia, dan por sentado que el "vivir" encierra un riesgo de dañosidad que cada uno debe soportar; que en tales daños cuenta fundamentalmente la fatalidad, el sino, la suerte o desgracia de las personas. De allí que quien sufra un daño de autor no culpable, deba atribuirlo a esa eventualidad ínsita en el propio vivir y de manera alguna pretender un responsable.

De ahí la apelación a los estoicos, a la concepción que no ve en el daño un "mal" sino un "bien"; que enseña a soportar el dolor, el sufrimiento, el menoscabo padecido. Esto se vuelve patente en el tema del "daño moral" (³⁶). Y, a la vez, da pie para calificar como "materialistas" a quienes pregonan su reparabilidad (³⁷).

6. *La necesidad de soportar ciertos daños:* Quienes crean el riesgo de dañosidad —hecho que es innegable

(³⁵) D'Ors, A., *Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa*, en La Ley, diario del 16 de abril de 1979, nº 74.

(³⁶) Recordemos la corriente doctrinaria y jurisprudencial que, entre nosotros, niega el derecho a la reparación del daño moral sufrido, y sostiene que debe aplicarse a su causante una sanción represiva ejemplar. En las VII Jornadas se resolvió expresamente que debe comprenderse, en la responsabilidad por riesgo creado, la reparación del daño moral.

(³⁷) Otra vez aparecen entremezcladas ideas morales con ideas jurídicas. Al decir de Soto Kloss: "...este trastocar lo jurídico fundiéndolo con lo moral hasta ser absorbido en éste, es el mentis más profundo de los fueros propios de la razón, y una desconfianza bien típicamente luterana del hombre, como si fuera éste sólo pasto de pecado y no polvo redimido" (*ob. cit.*).

en los tiempos actuales— predicen la necesidad de soportar ciertos daños, al menos un margen de perjuicios, ya sea por razones espirituales, ya en aras del progreso.

Esta pretensión aparece invalidada por la ventaja económica que para tales "dueños del riesgo" se sigue de la irresponsabilidad (³⁸). Equivale a decir que es una alegación interesada, en propio beneficio.

7. *La responsabilidad sin culpa trasunta el "odio al propietario"* (*Llambías*): No se trata de odiar al propietario —entendiendo por tal al causante, con sus cosas, de los daños—, sino de sensibilizarse ante el reclamo de justicia de las víctimas. Acontece, y de allí la expresión, que los dañadores serán, por lo normal, económicamente fuertes; y los dañados se ubicarán entre los "débiles" o "pequeños". De ahí que sea el "nuevo Derecho", el solidarista, el que aliente o luche por una consagración amplia de la responsabilidad por riesgo creado.

8. *La seguridad del dañado frente a la inseguridad del dañador*: El avance de la responsabilidad sin culpa (³⁹) exhibe la conciencia, en la persona de la víctima, de los valores de justicia y seguridad. El Derecho, juzgándolo inocente, le permite el reclamo de una re-

(³⁸) La expresión "repartir los riesgos" es interpretada en el sentido de soportar la víctima todo o parte del daño sufrido. En tal sentido puede observarse que tal reparto sólo se compensaría con el de los provechos o beneficios.

(³⁹) En las VII Jornadas uno de sus miembros sostuvo que la responsabilidad por riesgo creado está ya en retroceso y que nosotros avanzamos hacia ella cuando otros países están ya de vuelta. Rechazamos esta afirmación por creerla falsa. No es que se esté de vuelta, en el sentido de retornar a una responsabilidad fundada exclusivamente en la culpa, sino que algunos países ya han recorrido el camino del riesgo creado y se encuentran en los umbrales o adentrados en una tercera etapa, en la cual hay sectores o ámbitos de responsabilidad donde actúan "mecanismos destinados a asegurar que la colectividad tome a su cargo directamente los riesgos sociales". Puede verse la exposición de la profesora Genevieve Viney, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, en APD, nº 22, p. 5 a 22.

paración; ella, a la vez que obedece a un imperativo de justicia, le pone a cubierto de riesgos y vicios, le otorga seguridad.

En cuanto al victimario, el Derecho le sanciona en su carácter de autor de un daño, de un comportamiento antijurídico del cual se ha seguido un perjuicio para otra persona; en la búsqueda del retorno a un justo equilibrio, roto por el menoscabo, hay un reclamo de justicia. La seguridad, en la medida en que se insista en la fatalidad o casualidad de tales daños (⁴⁰), sólo puede encontrarse en la contratación de seguros de responsabilidad.

II – CONSIDERACION HISTORICA DE LA CUESTION

a) *El régimen romano de la reparación de daños.*

1. *El "leit motiv" del régimen romano de reparación no es la falta o culpa:* Si por responsabilidad se debe entender un soportar las consecuencias dañosas de los actos libres y culpables, puede afirmarse que el Derecho Romano aparece ajeno a la idea de responsabilidad (⁴¹).

Ello es absolutamente lógico —afirma Soto Kloss— además de histórico; por cuanto el Derecho Romano clásico, habiendo sufrido una clara influencia de la filosofía griega, entiende el Derecho no como un sistema

(⁴⁰) Que pueden no haber sido previstos, en concreto, pero que, a nuestro juicio, son previsibles en abstracto, de conformidad con un criterio objetivo de previsibilidad.

(⁴¹) ARANCIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, traduc. 10^a edic., 1949, edic. Depalma, Bs. As., p. 415 y ss., 428 y ss. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 3^a edic., Eunsa, Navarra, 1977, p. 419 y ss.; GUARINO, A., *Diritto Privato romano*, edic. Jovene, Napoli, 1957., p. 597, y ss.; SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, edic. Bosch, Barcelona, 1960, p. 562 y ss.; JÖRS, P., KÜNKEL, W., *Derecho Privado romano*, Barcelona, 1965, edic. Labor, p. 364 y ss.

de normas de conducta, ni como una estructura de imputación-respuesta, sino como algo mucho más simple: como una justa repartición, como un justo equilibrio, de bienes que pueden ser repartidos entre los miembros de la ciudad; es la idea del *suum cuique tribuere*, de lo debido según una relación de igualdad (de equivalencia o de proporción) en los cambios o conmutaciones o repartos que realizan los hombres entre sí; el *to dikaios* de los griegos, lo justo, lo debido, el *quod justum est* de los latinos.

Y puesto que para el romano el *jus* no es asunto de normas sino que es asunto de justicia, *ars boni et aequi* (⁴²), aparece evidente que la existencia de un daño implica, de suyo, una ruptura en esa relación de igualdad, un desequilibrio, una injusticia, que es necesario restablecer.

La obligación de reparar, pues, nace no de una falta, ya que si ésta no existe igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario restablecer. Nace del daño, perjuicio que comporta una injusticia (*damnum injuria datum*), y la injusticia, para que exista paz en la ciudad, debe ser reparada, puesto que ella es la perturbación del orden, indispensable para la convivencia en sociedad.

El centro del problema, en Roma, es el daño. La idea de falta entra, para el jurista romano, a través de lo contractual y de allí pasará a la lex Aquilia, con sus extensiones (⁴³).

(⁴²) Segundo la expresión de Celso que recuerda Ulpiano (*Digesto*, 1.1.1.). Sobre la idea romana de *jus* como lo justo, puede consultarse a BIONDI, B., *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, en *Jus*, 1958, p. 289 y ss. La idea viene de Aristóteles y es desarrollada ampliamente por la Escolástica medieval, llegando a su perfección con las formulaciones de Santo Tomás.

(⁴³) Aún no se ha cerrado el debate acerca de si la ley Aquilia introdujo la culpa como requisito esencial en el derecho a la reparación del daño causado. En contra de la pretensión de hacer de la culpa un

2. *Es falso que la responsabilidad sin culpa nos retrotraiga a estados primitivos o bárbaros (Ihering):* Como se observa fácilmente la idea romana es perfectamente ajustada, consonante, proporcionada, a la idea misma de Derecho (*jus*) que tenían los romanos: lo que parece justo, ajustado, debido a otro en las relaciones entre los hombres de la ciudad, en cuanto al intercambio de bienes o reparto o distribución de ellos, según un orden de igualdad, de equivalencia o de proporción.

El daño debe ser reparado, porque la desigualdad que ello comporta debe ser restituida; la obligación de responder, en cuanto reparar un perjuicio, no es sino, pues, una obligación de restituir lo debido a aquel que se ha visto perturbado en el orden que lo justo (el *jus*) le asegura.

La concepción no es bárbara ni salvaje; es muy por el contrario afinada, objetiva, típicamente jurídica. Justa.

3. *La reparación basada en la culpa es posterior al Derecho Romano:* Sólo en el siglo XIX se consagra la responsabilidad con base en la culpa. Sus precursores son, según vimos, el voluntarismo de Duns Scoto y de Ockham y luego la Escuela racionalista del Derecho Natural.

b) *La escuela racionalista del Derecho Natural.*

1. *Es a partir de esta escuela que la culpa se vuelve presupuesto de la responsabilidad con carácter exclusivo:* La obligación de responder, en manos de voluntá-

elemento constitutivo de la noción de delito en la ley Aquilia, se manifiestan Emilio Betti, Mario Cozzi, Federico Pezella, los Mazeaud y otros juristas y romanistas. Puede verse una amplia referencia a la cuestión en la obra de Alvino Lima, *Culpa e risco*, edit. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1960, p. 24 y ss.

ristas y moralistas, es encarada al modo como responde el hombre ante Dios y según lo entiende la teología moral. Uno responde como individuo, en tanto poseedor de un alma única, irrepetible; pero responde de sus actos, de sus actos culpables, que han violado una ley, la divina. Dios, que ve lo interior del hombre, penetra hasta lo más íntimo de la conciencia, en toda la más profunda subjetividad del hombre y juzga de acuerdo a todo ello. De acuerdo a esto, es la falta, el pecado, la causa de la sanción; es la intención subjetiva quien nos originará culpables, responsables; es la disposición maliciosa o negligente del ánimo del autor de la falta el centro del juicio de imputación, y según sea dicho ánimo es que será sancionado o absuelto (42).

No en vano, afirma Soto Kloss, la responsabilidad penal será la primera en desarrollarse en el derecho moderno, pues ella imitaba casi de modo natural el mecanismo que la moral desarrollaba para tratar el acto u omisión pecaminosa.

2. La influencia de las ideas voluntaristas y de los teólogos protestantes: En la base del análisis de la responsabilidad que lleva a cabo la escuela moderna del jusnaturalismo racionalista, está el entender la obligación de responder no como un desequilibrio de la igualdad (lo justo) en las relaciones entre los hombres, sino como una imputación de un acto que es violación de una regla pre establecida: la ley divina, en la teología moral, la ley humana, en el Derecho. El traslado efectuado por el voluntarismo es evidente: pues para él la ley humana no es ya una prescripción de la razón ordenada al bien común, promulgada por

(42) Lo señala muy bien Villey y lo recuerda el jurista chileno Soto Kloss.

aquel que tiene a su cuidado la comunidad, sino la expresión de la voluntad general (⁴⁵).

3. La subestimación del daño y la sobreestimación de la culpa en la Revolución Francesa y en el Código Napoleón de 1804: Las enseñanzas del jusnaturalismo racionalista pasaron, a través de Domat y Pothier (⁴⁶), al Código Civil francés, recibiendo consagración expresa en el art. 1382, la "gran ley de la sociabilidad humana" al decir de Demolombe.

Ihering señalaba la feliz superación de un período en el cual el dolor había gobernado soberano el sentimiento jurídico del "hombre de la naturaleza". Destacaba que la injusticia no era apreciada en su causa, sino por las circunstancias dañosas, desde el punto de vista de la lesión (⁴⁷).

Los moralistas se habían planteado la disyuntiva: ¿es justo abandonar la víctima a su suerte?; ¿es justo condenar a un no culpable? Y se habían inclinado a favor del no culpable... (⁴⁸).

No debemos desdeñar, empero, consideraciones de otro tipo: a) la Revolución Francesa al haber abolido los privilegios personales y las diferencias de raza, oficio, estado, idealizó la figura de "un hombre fuerte", igualitario, un verdadero super hombre; y, b) la liber-

(⁴⁵) Que llevará a sostener que el contrato no es ya intercambio justo de bienes sino acuerdo de voluntades, básicamente; y el Estado y la sociedad un pacto voluntario para vivir en común, etc., etc.

(⁴⁶) POTHIER, *Traité des obligations*, nº 16 y ss.

(⁴⁷) IHERING, *ob. cit.*, p. 10 y ss.

(⁴⁸) STARCK, en la obra recordada, alude a la "hermosa época en que la humanidad se encontraba segura bajo la doble protección de la regla de derecho y de la regla moral: culpa y daño formaban un todo único. Ocurre, empero, que el daño rompe las ataduras que lo vinculaban a la culpa; aparece mezclado con el torrente de la vida material y mecánica: la culpa no lo sigue más...; cada día son más numerosos los accidentes en los cuales si bien hay daño no es posible descubrir la culpa del hombre". "El mundo jurídico se vuelve ansioso. El cielo protector del derecho y la moral se llena de nubarrones... Moralistas y juristas no se comprenden más..." (*ob. cit.*, p. 5 y ss.).

tad de trabajo, de producción, debía ser incentivada y no frenada; aparece la idea del lucro, de la ganancia, que encuentra en la reparación de los daños una enemiga.

4. El acogimiento de la concepción liberal individualista de la responsabilidad en nuestro Código Civil: Del Código francés, la responsabilidad con base en la culpa pasó a la mayoría de los códigos de Europa y de América, entre ellos al nuestro.

La concepción, originariamente sostenida por el racionalismo jurídico y la moral protestante —calvinista y luterana—, es acogida con beneplácito por el liberal-individualismo en que se plasma la Revolución triunfante en 1789. Vélez, hombre de su época, formado en esas ideas, no hesitó al disponer que “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia” (art. 1067).

Cumplida la mitad del siglo XX, en 1950, un tribunal de la jerarquía de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, pudo declarar que: “La llamada responsabilidad objetiva o sin culpa carece de asidero en el sistema de nuestro Código Civil” (⁴⁹).

c) *El progreso a partir de la década del 20.*

1. La agravación de los accidentes de origen mecánico: En la historia de la responsabilidad por daños, en particular en el retorno a una responsabilidad sin culpa —ahora atribuible al riesgo creado— marca un hito muy importante la legislación destinada a cubrir los riesgos del trabajo, los infortunios laborales (⁵⁰).

(⁴⁹) S. C. Bs. As., 13-6-950, en J. A. 1950-IV-673.

(⁵⁰) Sobre el tema puede consultarse de BRONSTEIN, A. S., *Los accidentes del trabajo. Evolución de la responsabilidad patronal*, en E. D. 40,

La ley francesa en la materia es de 1898 y en su seguimiento se dicta la nuestra, la 9688, en 1915. Ambas adoptan el principio de la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo creado.

No había de transcurrir mucho tiempo antes que se alzaran voces jerarquizadas sosteniendo que esta conquista de la legislación laboral debía ser extendida al ámbito de las relaciones civiles, en apoyo del principio del *neminem laedere*, del no dañarás o relación jurídica fundamental. Ello ocurre como consecuencia: a) de la señalada agravación de los accidentes de origen mecánico, que hacen víctimas entre personas extrañas a una relación laboral con el dueño de la cosa; y, b) del carácter expansivo de la relación laboral.

Una responsabilidad exclusivamente fundada en la culpa aparece como manifiestamente insuficiente.

2. *Los síndicos de la quiebra de la culpa:* Es innegable el papel sobresaliente que les cupo, dentro del derecho continental de base romanizada, a los juristas franceses Josserand y Savatier (⁵¹), al punto que han sido denominados los síndicos de la quiebra de la culpa. Sus obras fueron escritas en la década del 30, luego que la primera conflagración mundial dispusiera a los espíritus a examinar con sentido crítico las bases de un Derecho que se suponía apto para asegurar la paz y la felicidad del hombre; en momentos en que se empieza a reflexionar sobre una “vida más intensa”

1972, p. 175 y ss.; LÓPEZ, J., *El Derecho del Trabajo y la Reforma del Código Civil*, en LT, XVI - 689. Larenz recuerda, como precedente en el Derecho alemán, la Ley de Responsabilidad Civil del Imperio, del año 1871, cuya artículo 1º decretó la responsabilidad de los daños personales —no los materiales— que alguien sufra “por la explotación de un ferrocarril”, al margen de la culpa de la Empresa o de su personal (*ob. cit.*, p. 77).

(⁵¹) JOSSEURAND, L., *Cours de droit civil français*, Paris, 1930; *L'évolution de la responsabilité*, en *Evolutions et Actualités*, Paris, 1936; SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, obra premiada en el año 1940, Paris.

(Roosevelt) o "más peligrosa" (Nietzsche) y sobre un aumento vertiginoso, creciente e invencible de momentos y de motivos para la colisión de los derechos, para la producción de la dañosidad.

En España los primeros y "atrevidos" acercamientos al tema datan de 1919 (⁵²) y culminan en la Ley de Circulación de Vehículos a motor, de diciembre de 1962.

En Italia la aceptación de una responsabilidad por riesgo creado es consagrada en el art. 2051 del Código Civil, ya recordado. En Portugal, el Código de 1966 la acoge en los artículos 499 a 510. En Alemania, a poco de entrar en vigencia el Código Civil —BGB— distintas leyes acogieron la responsabilidad por riesgos; así, primariamente, por uso de automóviles, y más tarde por aeronaves, por instalaciones para la producción y conducción de energía eléctrica, y por instalaciones de producción de energía atómica. Agrega Larenz que "es posible contar con una posterior ampliación de la responsabilidad por riesgos" (⁵³).

El acogimiento en leyes especiales, vinculadas muy en particular al tránsito de los automotores, es un fenómeno común en los países de Europa y algunos de América (⁵⁴).

3. *La importancia del Derecho anglosajón:* La cuestión de la responsabilidad sin culpa o basada en el factor riesgo creado, en el Derecho anglosajón, merece un párrafo aparte. Ocurre que dicho Derecho carece de los prejuicios "principistas" o "doctrinarios" del Derecho de base romanizada. Su preocupación máxima

(⁵²) El comentario de Miñana, publicado en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, año 1919, p. 209, es el primero sobre el tema. Puede consultarse de J. L. Heredero, *La responsabilidad sin culpa*, edic. Nauta, Barcelona, 1964.

(⁵³) LARENZ, K., *Derecho Civil, Parte General*, p. 78 y ss.

(⁵⁴) Sobre el Derecho Comparado, en especial en los restantes países de base romanizada, la obra de Ducci Claro, *La responsabilidad objetiva*, edic. Universidad de Chile, Santiago, 1971.

es hallar la justicia del caso, partiendo del mismo —y no de doctrinas o teorías—.

El precedente más lejano es el caso “Ryland v. Fletcher” resuelto por la Cámara del Exchequer en los términos siguientes: “La persona que para sus propios fines lleva a su propiedad, recoge y mantiene allí, cualquier cosa susceptible de causar daños si escapase, debe mantenerla, y si no lo hace, será responsable *prima facie* de cualquier daño que sea consecuencia natural de la huida. Pero podrá liberarse probando que la huida fue debida a culpa de la víctima, fuerza mayor o acto de Dios; pero como en este caso no existe nada semejante es innecesario inquirir sobre la excusa”⁽⁵⁵⁾. La decisión fue confirmada por la Cámara de los Lores. A partir de entonces la jurisprudencia británica ha venido exigiendo deber absoluto de cuidado, cuando tiene lugar en el propio terreno una acumulación no natural, que si escapa a su contención puede causar daños, imponiendo responsabilidad al dueño de las cosas acumuladas cualquiera sea la diligencia utilizada para impedir la huida⁽⁵⁶⁾.

La idea ha penetrado en el Derecho privado de los Estados Unidos de Norte América; la sección 519 del *Restatement*⁽⁵⁷⁾ expresa: “Aquel que lleva a cabo una actividad ultra azarosa es responsable ante otro cuya persona o propiedad son susceptibles de sufrir daños a consecuencia de aquella potencialidad peligrosa aunque observe el mayor cuidado en evitar que el daño se produzca”.

Ello importa la aceptación del denominado “deber absoluto de cuidado”, que se aplica a las cosas o activi-

(55) 1866, *Law Reports*, I, Ex. 265.

(56) Se conoce como la regla de Cairns, que fue el Lord que llevó la palabra en la Cámara. Puede consultarse de Bromley, *The concept of torts in English Law*, 1960.

(57) *Restatement of the Law of torts*, V. III, parág. 519.

dades que define la sección 20 del *Restatement*: “... las que necesariamente impliquen un riesgo serio de daño a la persona o propiedades de otros que no pueda ser evitado mediante el ejercicio del cuidado debido” (⁵⁸).

III – CONSIDERACION DOGMATICA DE LA CUESTION

a) *El Código de Vélez.*

1. *Responsabilidad originada en el hecho propio del hombre (arts. 1072 y 1109). Los hechos involuntarios (art. 907):* La regla o principio fundamental del “no dañarás”, aparece recogida, en el Código Civil argentino (art. 1109); empero, allí no se lee que “todo el que ejecuta un hecho que ocasiona un daño a otro está obligado a su reparación” —precepto de responsabilidad jurídica— sino que: “todo el que ejecuta un hecho que *por su culpa o negligencia* ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio” —precepto donde la moral individualista se mezcla con el Derecho. También son reparables, claro está, los “delitos”, ilícitos civiles ejecutados “a sabiendas y con intención de dañar” (art. 1072).

En la base de la responsabilidad, como presupuesto primero, se encuentra la “voluntariedad” del obrar; sólo se es “autor” si se actúa con voluntad jurídica, o sea con una voluntad sana, dotada de discernimiento, intención y libertad (art. 897 y ss. del Código Civil).

(⁵⁸) *Prosser of torts*, 1955, 333. Señala este autor que los Estados que aceptan el deber absoluto de cuidado, o sea una responsabilidad sin culpa, frente a una actividad peligrosa y además inapropiada al lugar donde se desarrolla, son casi treinta.

Sólo puede actuar antijurídica y culpablemente⁽⁵⁹⁾ quien obra con voluntad sana, dotada de los elementos internos antes aludidos: discernimiento, intención y libertad.

De ahí que para Vélez —el código en su redacción originaria— el “autor involuntario” no pudiera considerarse como autor: “...el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”. Lo sostiene en la nota al art. 900, citando a Maynz.

El obrar involuntario, en consecuencia —y salvo el supuesto excepcional del ebrio voluntario, art. 1070, en el cual se aplica la idea penal de la *actio libera in causa*— no generaba responsabilidad. Y ello era así aun, obvio es recalearlo, cuando hubiera un dañado, una víctima, un inocente menoscabado en su persona o en sus bienes (art. 907, en su versión originaria).

La única excepción estaba dada por la aplicación de un principio utilitarista: si el dañador, autor involuntario, se había enriquecido con su obrar, debía restituir a la víctima, en la medida de su beneficio⁽⁶⁰⁾.

La injusticia de una situación semejante era evidente y clamaba por una reforma⁽⁶¹⁾.

2. *Responsabilidad por el daño que causaren las cosas* (arts. 1113 originario, 1133 y 1134): El texto originario del art. 1113 se limitaba a consagrar la responsabilidad de una persona “...por las cosas de que se sir-

⁽⁵⁹⁾ La culpabilidad presupone la antijuridicidad; es previo al reproche que se formula al obrar el reproche contra el acto en sí mismo.

⁽⁶⁰⁾ No porque lo hubiera dañado, sino porque se había enriquecido sin causa, a costa del perjuicio ajeno. No constituía, en consecuencia, una excepción a la filosofía imperante en el Código.

⁽⁶¹⁾ La responsabilidad de los tutores o curadores en tales casos, art. 908, no era suficiente, puesto que también era preciso probar la culpa de tales personas en el cuidado de los “que obran sin discernimiento”, arts. 1114 y ss.

ve, o que tiene a su cuidado". El art. 1133, complementario del 1113, aludía a las "cosas inanimadas" y establecía una "presunción de culpa" en contra del "dueño", susceptible de ser destruida con la prueba en contrario. La enumeración de "casos", en siete incisos, se consideraba meramente enunciativa. El 1134, a su turno, contradecía el texto que le precedía, el 1133, puesto que respecto de la "ruina de edificios", primer inciso del catálogo, disponía la necesidad de probar "que hubo negligencia".

Queda claro que el único avance, verdadera conquista para su tiempo, residía en la presunción de culpa, *juris tantum*, que admitía la destrucción con la prueba de la diligencia y cuidados, a cargo del dueño de las cosas dañosas.

Nada se decía de las máquinas, de los aparatos peligrosos o riesgosos, de las instalaciones que generaban grandes posibilidades de originar perjuicios... Eran otros tiempos y tales cosas recién aparecían (º2).

3. *Responsabilidad por los daños originados en el hecho de otro (art. 1113, tra. parte, originario y 1114 a 1134)*: En la *mens legislator*, en el espíritu del legislador del siglo XIX, no pueden caber dudas acerca de la fundamentación en una imputabilidad subjetiva de todos los supuestos de responsabilidad indirecta o refleja. Se responde por el hecho de otro cuando alguna imprudencia, negligencia o impericia puede atribuirse al principal o, en su caso, al padre (º3).

(º2) El Código era adecuado para su tiempo. El error es de aquellos que todavía creen en las leyes "perfectas, inmutables, y necesariamente justas". De quienes piensan que defienden la justicia apagándose a textos de más de cien años de antigüedad, hechos para una realidad diferente. Se equivocan, en síntesis, quienes niegan la evolución del Derecho y con una actitud semejante coadyuvan, conscientemente o no, a la pérdida de fe en el Derecho. Volviéndolo "pieza de museo".

(º3) Esto es así en el terreno de los actos ilícitos; la situación es distinta cuando se trata de daños causados en violación de una relación contractual; daños que traducen el incumplimiento de la obligación de

El silencio acerca de cómo o cuándo puede excusar su responsabilidad el principal, halla respuesta en el art. 1116 —para una interpretación exegética o lógica jurídica— “consecuencia del principio general establecido en el artículo anterior”, nota al 1114. Tanto los patronos como los padres —tutores, curadores, directores de colegios y maestros artesanos— se liberan “si probaren que les ha sido imposible impedirlos” a los daños, con “la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que era de su deber poner” —ult. parte del artículo 1117 (⁶⁴).

Más grave aun era la situación de las víctimas de hechos cometidos por funcionarios o dependientes de las personas jurídicas, puesto que el art. 43 prescribía: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas” (⁶⁵).

4. Responsabilidad por los daños provocados por animales, feroces y domésticos (art. 1142 y ss.): Es necesario llegar a este tema menor, relativo a la responsabilidad del dueño o guardián de animales por los daños

cuidar los efectos ajenos o de transportarlos. Son las hipótesis de los artículos 1118 y 1119 que alcanzan a dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje, establecimientos públicos de todo género y capitanes de buques y patronos de embarcaciones; como también a los agentes de transportes terrestres.

(⁶⁴) La eximente para el supuesto del patrón se encuentra en la regulación relativa a los padres —1114 a 1116— y ésta halla complementación en lo dispuesto para los directores de colegios, art. 1117.

(⁶⁵) La razón de esa irresponsabilidad debía buscarse en una ficción muy cara a la época: las personas jurídicas, entre ellas el Estado, eran personas con fines de bien común, art. 33, cuya existencia dependía de la autorización del Estado, art. 45; y, por tanto, debía excluirse toda posibilidad de obrar el mal, de dañar injustamente. Por lo demás, eran personas incapaces de obrar por sí mismas, que actuaban representadas por terceros, mandatarios; y de allí que la gestión de éstos sólo las obligaba en la medida en que no excedieran “los límites de su ministerio”, art. 36. Los ilícitos excedían, obviamente, la misión encomendada.

que los mismos causan, para encontrar claramente dispuesta, en la zona de los actos ilícitos, una responsabilidad sin culpa. Dice el art. 1129: "El daño causado por un animal feroz, de que no se reporta utilidad para la guardia o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban" (66).

La preseindencia de la idea de culpa debe buscarse en la concepción utilitaria de la vida que preside la filosofía del siglo XIX: la tenencia de un animal feroz es un hecho económicamente inútil, de él no se sigue provecho o beneficio pecuniario alguno, no cuentan los afectivos; es un mero capricho y de ahí que el dueño o guardián deba responder. Su "deber de cuidado", en la terminología del *common law*, es absoluto y sólo se exime con la prueba del caso fortuito.

b) *La jurisprudencia de los 30 años anteriores a la Reforma.*

1. *La inversión de la carga de la prueba. La culpa presumida. La presunción juris et de jure:* La labor que los tribunales cumplieron a partir básicamente de la década del 30, motivados e impulsados por el cambio operado en la realidad social y sensibilizados ante las injusticias —que significaban las víctimas privadas de la reparación condigna— fue muy importante. Debieron trabajar con textos envejecidos, ubicados dentro de una construcción subjetiva de la responsabilidad.

(66) La situación de nuestro Código Civil puede parangonarse —pese a la diferencia en años— con la del Código Alemán; en este cuerpo legal, recuerda Larenz, el único caso en el cual se prescindía de la culpa era y es —la responsabilidad por riesgo creado ha sido consagrada en distintas leyes, fuera del Código— el del poseedor de un animal feroz, conforme con el art. 833, párrafo 1º y ley modificatoria; destaca Larenz que esta responsabilidad tiene históricamente fundamentos distintos de la moderna responsabilidad por riesgo y, además, "escasa relación con ésta" (*ob. cit.*, p. 78).

y en un Código Civil que participaba de una filosofía poco inclinada a favor de los perjudicados "por el infortunio", de los débiles ante los riesgos de la vida...

Es verdad que encontraron inspiración en los tribunales franceses y también lo es que se movieron dentro del recurso a las ficciones jurídicas, propio de la dogmática del siglo pasado; empero ello no quita méritos a sus afanes.

Cabe destacar, asimismo, que la doctrina nacional contó con juristas progresistas en la materia, que fueron abriendo el camino para las decisiones tribunalicias con sus criterios y proposiciones (⁶⁷).

Todo o la mayor parte de lo logrado se obtuvo dentro de la responsabilidad fundada en la culpa; se prefirió permanecer en ella, a la espera, quizás, de una eventual reforma que tarde o temprano habría de llegar.

Las presunciones de responsabilidad, con la necesidad consiguiente de probar a cargo del perjudicado con dicha inferencia, fueron el camino elegido. Tales presunciones se matizaron, con un interesante criterio de flexibilidad, según los casos: admitiendo en algunos la prueba de la no culpa y exigiendo en otros la demostración del hecho extraño.

2. La culpa en los accidentes de tránsito: En pocos temas la realidad y sus exigencias se hicieron tan vívidas como en los accidentes de tránsito. Los tribunales —y la doctrina nacional— no vacilaron en exigir una "afinación" en la apreciación de la culpa, vale decir un juzgamiento más exigente del comportamiento del conductor. Usaron expresiones difundidas en la legislación compatada —la ley alemana que abrió el camino es

(⁶⁷) Destacamos, no pretendiendo mencionar a todos, los esfuerzos de Orgaz, Spota y Borda en la materia. Más ortodoxos, pero muy valiosos, los de Henoch Aguiar, Acuña Anzorena, Colombo y otros.

de 1907— tales como “cosa riesgosa”, “máquina peligrosa”⁽⁶⁸⁾ y llegaron a admitir verdaderos casos de “negligencia sin culpa”, en los cuales la “falta” del conductor se desprendía, más que de un descuido o una intención, del hecho mismo del accidente —*res ipsa loquitur*— de un “deber absoluto de cuidado” sobre el automotor⁽⁶⁹⁾.

Indudablemente estaba preparado el terreno para la Reforma. Los automotores son, sin lugar a dudas, una de las cosas riesgosas mencionadas en el 1113, 2^a parte. Empero, las hesitaciones actuales de la jurisprudencia, quizás hubieran justificado que se lo mencionara expresamente⁽⁷⁰⁾.

3. *La culpa y las cosas inanimadas*: La doctrina y la jurisprudencia nacionales se ocuparon de caracterizar con precisión la diferencia entre la responsabilidad nacida del daño ocasionado por el hecho del hombre y la derivada de las cosas inanimadas.

Se configura el hecho del hombre con la cosa, al cual se aplicaba el art. 1109⁽⁷¹⁾, cuando el accionar humano posea en sí la fuerza suficiente como para producir, de acuerdo al orden lógico y natural de los acontecimientos, el evento dañoso, actuando la cosa como simple instrumento de quien la utiliza.

Y existe daño resultante de la cosa inanimada —siempre para la doctrina y jurisprudencia de los 30

⁽⁶⁸⁾ Jurisprudencia recordada por Borda, en *La Reforma de 1968*, p. 211, nota 230.

⁽⁶⁹⁾ No tiene otro significado la afirmación acerca del control que el conductor debe tener, en todo momento, sobre el vehículo que maneja; de modo de poder detenerlo cuando se presenta una de las contingencias tan comunes en el tránsito.

⁽⁷⁰⁾ Nuestra oposición, expresada en las VII Jornadas, es a la mención exhaustiva o taxativa —que es mantener la ilusoria clarividencia del legislador y trasunto de la desconfianza en los jueces— no a una meramente ejemplificativa o enunciativa.

⁽⁷¹⁾ Síntesis formulada por Brebbia en las Segundas Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965, p. 203.

años anteriores a la Reforma— cuando ésta, colocada o no bajo el control del hombre, ocasiona el perjuicio obrando con cierta autonomía o independencia del accionar humano que, para que así sea, no debe rebasar los límites de lo normal y adecuado a las circunstancias.

Y como una complementación del distingo, se postulaba que la presunción de culpa del art. 1133 sólo cede ante la demostración del caso fortuito o fuerza mayor; y ello es así toda vez que se puede demostrar que se ha cometido tal o cual imprudencia determinada, pero no se puede demostrar fehacientemente, ante la existencia de un daño, que no se ha cometido ninguna⁽⁷²⁾.

De donde, por la vía recordada, nuestro Derecho en un tema fundamental, como el del daño causado por las cosas —las cosas inanimadas— aceptaba, antes de la Reforma una responsabilidad inexcusable, surgida de un deber absoluto de cuidado o *res ipsa loquitur*⁽⁷³⁾.

4. *La culpa del principal o comitente*: También la jurisprudencia, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la doctrina —y sin sentirse atada por la letra de la ley— consideraba que la obligación del principal de reparar los daños causados por los hechos ilícitos de sus dependientes era inexcusable⁽⁷⁴⁾.

En cuanto a las personas jurídicas, la Corte Suprema de la Nación había sentado jurisprudencia admitiendo la responsabilidad civil de las personas jurídicas

(72) SPOTA, A. G., su trabajo en La Ley, 12-675; ORGAZ, A., *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, p. 271 y ss.; BREBBIA, R. H., *Accidentes de automotores*, nº 45.

(73) Puede consultarse la abundante jurisprudencia traída por SALAS, A. E., *Código Civil Comentado*, edit. Depalma, Bs. As., 1956, p. 663 y ss.

(74) Era la jurisprudencia predominante. Un sector rechazaba la idea de culpa en la elección o en la vigilancia y basaba la responsabilidad del principal en la idea de “garantía” por la actividad delegada; extraña a toda culpa del comitente.

por los hechos ilícitos cometidos por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus tareas; se fundaba en los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil (⁷⁵).

Y, por último, respecto de la responsabilidad de los padres, se interpretaba: a) que la "vigilancia activa" que éstos deben ejercer sobre sus hijos comprende: 1) el deber de brindarles una buena educación; 2) el deber de darles buenos ejemplos; y, 3) el de controlar sus salidas y amistades; b) que la falta de cohabitación libera a los padres solamente cuando la guarda del menor haya sido transferida a alguna de las personas legalmente responsables que señalan los arts. 1113 y 1117 del Código Civil (⁷⁶).

e) *La Reforma de 1968.*

1. *Los dos principios generales: culpa y riesgo creado. Fundamentos invocados:* La jurisprudencia de los últimos tiempos anteriores a la reforma de 1968, ley 17.711, había preparado, como se ha visto, el advenimiento de una responsabilidad sin culpa. Faltaba la norma legal, el texto expreso, puesto que la innovación, contraria a la filosofía del Código, no podía venir por la vía pretoriana.

Ello ocurrió con la reforma al art. 1113. La culpa, como factor de atribución es sustituida, para supuestos determinados, por el riesgo creado.

Pensamos que desde entonces conviven en el Código ambos principios de responsabilidad: la imputación

(⁷⁵) CSN, 22-9-33, J. A. 43-417; L. L. 9-177; se reaccionaba de este modo contra la solución antes adoptada, en el sentido de la irresponsabilidad, CSN, 17-9-28, J. A. 28-279.

(⁷⁶) De donde puede concluirse —y así lo creemos nosotros— que en ningún caso podrán los padres excusar su responsabilidad; puesto que el ilícito mostrará, por sí mismo, el defecto de educación, de ejemplos o de vigilancia. La responsabilidad, aunque se mantenga en la imputación subjetiva, no admite hipótesis de exoneración.

subjetiva a título de culpa o dolo y la objetiva a título de riesgo creado; cada principio general tiene su área o zona de influencia; no hay uno principal y otro accesorio o subsidiario o complementario.

2. *Responsabilidad en justicia y en equidad*: Este es otro de los aspectos trascendentales de la Reforma, que hizo de la responsabilidad uno de sus temas básicos. La aparición de la equidad, tanto tiempo olvidada⁽⁷⁷⁾, no apunta a jugar el papel de un factor de atribución o de imputabilidad. Se dirige a algo mucho más importante. Consagrará en ciertas cuestiones un amplio arbitrio judicial, un ancho margen para la discreción y prudencia de los miembros del Poder Jurisdiccional, en atención a las especiales circunstancias de los casos sometidos a su decisión.

La equidad permitirá al juez condenar o no al deudor incumplidor a la reparación del daño moral —art. 522, “el juez podrá”— “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. La misma equidad —correctora de la generalidad y abstracción de la ley— dará pie al juez —“podrán disponer”— para la admisión de “un resarcimiento” frente a los hechos dañosos de autores involuntarios, en atención a “la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”. También con base en la equidad podrán los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños originados en culpa o riesgo creado⁽⁷⁸⁾, “considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo”.

(77) Remitimos a nuestra obra: *Justicia contractual*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1977.

(78) El texto, en su última parte, excluye al dolo solamente; de donde los restantes factores, subjetivos u objetivos, posibilitarán la atenuación. Así se “recomendó” en las VII Jornadas de Derecho Civil. Este expediente hace innecesaria la “tarificación” —que es injusta e indigna— y coadyuva a la moderación del resarcimiento cuando las circunstancias la hagan razonable y conveniente.

3. Los hechos involuntarios: Si la culpa no es el factor de imputación —porque faltando una voluntad jurídica no puede hablarse de negligencia, imprudencia o impericia— y tampoco lo es la equidad —que es un valor de la escala axiológica que se dirige a la concretización de la justicia— ¿a qué título se imputan los daños nacidos de hechos involuntarios? Pensamos que el factor no es otro que el riesgo creado; riesgo que se desprende de la actuación misma de tales personas; que por su edad, menores de diez años, o por alteración de sus facultades mentales, son proclives a dañar⁽⁷⁹⁾.

4. Daños causados con las cosas dóciles o no peligrosas: Luego de la Reforma las posibilidades de dañar, que se desprenden de la combinación de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, no son dos sino tres: a) daños causados por el hombre, sin las cosas, art. 1109. La culpa debe ser probada por la víctima; b) daños causados por el hombre con las cosas, o sea usando cosas cuyo manejo es dócil o sencillo. La culpa se presume, art. 1113, 1ra. parte; se admite la exoneración con base en la prueba, por el autor del daño, dueño o guardián de la cosa, de su no culpa; y, c) daños causados por las cosas, sea por el riesgo que entrañan, en su estructura o funcionamiento, sea por los vicios que las afectan. En tales hipótesis la liberación no se obtiene con la demostración de la “no culpa” —pues la imputación es extraña a ese factor subjetivo— sino con la prueba del “hecho extraño”, que equivale a decir, de la falta del presupuesto de la causalidad adecuada: 1) hecho exclusivo de la víctima; 2) hecho de tercero; y, 3) caso fortuito⁽⁸⁰⁾.

(79) Reconocen que el deber de resarcir tiene un fundamento objetivo, en el caso del art. 907, BUSTAMANTE ALSINA, J., *Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva*, en La Ley, 20 de agosto de 1979; RAMELLA, A., *La extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva*, en J. A., setiembre 19 de 1979, p. 4.

(80) La exoneración con base en el caso fortuito, aun cuando no dispuesta expresamente en la norma, art. 1113, surge de los principios

5. Daños causados por las cosas peligrosas o por el vicio de las cosas: El nuevo texto alude a “riesgo” y “vicio”. Es obvio que no son sinónimos. El riesgo, como factor de imputación, es extraño al vicio. Las cosas riesgosas pueden ser o no viciosas; la existencia de un vicio en la cosa, de por sí —empleada o puesta en funcionamiento— riesgosa, es un plus. Basta que sea riesgosa para que si de ella se sigue un daño no se exonere el dueño o guardián con la prueba de la no culpa. Cuando la cosa es viciosa, sin ser riesgosa, y de ese vicio se sigue un perjuicio, el factor de imputación es la culpa; empero, la ley entiende que siendo el vicio trasunto de culpa —porque las cosas deben ser cuidadas o mantenidas sin tales defectos— no cabe la pretensión de probar que pese al vicio no hubo culpa. De ahí que los supuestos de exoneración sean los mismos que para la atribución objetiva, a riesgo creado (⁸¹).

6. Responsabilidad del principal; de los padres; de las personas jurídicas: Ante la no extensión expresa de la responsabilidad por riesgo creado, del aludido fundamento objetivo, al supuesto reflejo o indirecto de los principales, patrones o comitentes, la doctrina posterior a la reforma y la jurisprudencia, aparecen divididas. Mientras un sector niega que se trate de un supuesto de atribución objetiva, insiste en el fundamento culpo-

generales; de la falta del presupuesto “relación adecuada de causalidad”, art. 906, puesto que si el hecho ha sido ocasionado por un fortuito —hecho extraordinario, irresistible y exterior— no puede adjudicarse autoría al agente. El “uso contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián”, de la última parte del art. 1113, es también un hecho de tercero extraño, que interrumpe el nexo de causalidad. Creemos que esta eximente debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, que no debe verse uso contra la voluntad en casos en los cuales el empleo de la cosa es normal y razonable.

(⁸¹) Y el caso fortuito que libera es, lo reiteramos, el que reúne los requisitos de extraordinariedad, irresistibilidad y exterioridad. No puede hablarse de un caso fortuito “interno”, originado en la misma cosa, en su estructura.

so⁽⁸²⁾, otro sector, en seguimiento de las enseñanzas de Anastasi, Spota y Borda, afirma su carácter objetivo, sea recurriendo a la idea de "garantía"⁽⁸³⁾, sea apelando a la idea de "riesgo"⁽⁸⁴⁾.

Acerca de los padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos, el silencio de la Reforma origina el mantenimiento de los sectores mayoritarios, de doctrina y jurisprudencia, dentro del fundamento subjetivo; se piensa que estas personas "normalmente han contribuido, en alguna medida, con su propia conducta, a la producción del perjuicio"⁽⁸⁵⁾. Y si bien se limitan las hipótesis de liberación se sigue admitiendo que ello puede ocurrir con la prueba en contrario, con la demostración de la no culpa.

La Reforma en materia de personas jurídicas, art. 43, al extender la responsabilidad del ente colectivo a los daños causados "por quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones", se ubicó en el terreno objetivo de la responsabilidad por riesgo creado; incluso amplió grandemente la idea de "causalidad adecuada", al extenderla a los daños causados "con ocasión"⁽⁸⁶⁾.

7. Responsabilidad nacida del "abuso del Derecho" y de la violación de la intimidad: En ambos supuestos, arts. 1071 y 1071 bis, no encontramos para nada la alusión a la culpa.

(82) TRIGO REPRESAS, F. A., *La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva*, en La Ley, 5 de julio de 1979, p. 2.

(83) ORGAZ, A., *La Culpa*, p. 169; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, p. 291; RAMELLA, *ob. cit.*, p. 7.

(84) Que es el fundamento que preferimos: el principal, al recurrir a la actividad ajena asalariada, aumenta los riesgos de dañosidad.

(85) TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, p. 1.

(86) En las Sextas Jornadas de Derecho Civil, con relación al tema II, Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas, se resolvió, en el punto 8) "Que la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos ilícitos, se funda en un factor atributivo de naturaleza objetiva y es por tanto inexcusable" - Santa Fe, noviembre de 1977.

En la limitación a los derechos subjetivos, con base en el finalismo de la norma, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, priva un criterio objetivo (⁸⁷).

Y otro tanto ocurre con la reparación debida por violación al derecho a la intimidad. La arbitrariedad con que se califica el obrar entrometido no es reproche al autor sino reproche al acto mismo. Vale decir sinónimo de antijuridicidad objetiva (⁸⁸).

IV – CONSIDERACION POLITICA DE LA CUESTION

a) *Responsabilidad personal y colectiva.*

1. *El tránsito de una responsabilidad personal a una colectiva. Del individualismo al solidarismo:* No creemos que el actual estadio en la evolución de la responsabilidad civil sea, ni mucho menos, el definitivo. Pensamos que se trata de un período de transición, como lo sostiene el profesor Terré (⁸⁹).

Las novedades de Política legislativa o Política de Derecho (⁹⁰) no han de apuntar a un retroceso a la visión "moralista" (⁹¹), que no dudamos en calificar de individualista e injusta para la víctima; sino que, man-

(⁸⁷) MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, t. I, *Parte General*, nº 114 e), p. 333.

(⁸⁸) RAMELLA, A., *ob. cit.*, p. 5. En contra RISOLÍA, M. A., *Sobre la derogación de un texto que no pudo ser ley y el alcance del art. 1071 bis del Código Civil*, en L. L. 1977-B-279.

(⁸⁹) En el Seminario efectuado en la Universidad de París II. Su exposición se denominó *Propósitos de una responsabilidad civil* y señaló en ella que el actual período tiene las miras puestas en "una redistribución más clara y coherente de la responsabilidad".

(⁹⁰) El Derecho no puede desligarse del sentido político –voluntad de organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal– ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo.

(⁹¹) En palabras de Villey, quien insiste, según vimos, en la necesidad de que el jurista "dé al fenómeno un alcance más amplio".

teniendo la conquista solidarista, la reparación del mayor número de víctimas (⁹²), buscará lo que se ha dado en llamar el “reparto de los riesgos”; haciendo ingresar un personaje hasta ahora ignorado en la relación de dañosidad —trabada entre víctima y victimario—; este personaje es la sociedad o la colectividad (⁹³).

La colectividad tomará a su cargo los riesgos sociales, sea por medio del seguro obligatorio sea por otros mecanismos.

2. La pluralidad de sujetos: el agente, la víctima y la sociedad: Las víctimas seguirán existiendo y el fracaso de la prevención de los “accidentes” es, por sí mismo, un daño que se pone sobre las espaldas de los damnificados. Nadie piensa que la reparación es, en toda la latitud del vocablo, integral. En el “reparto” les toca a las víctimas ser tales; sufrir los daños que una reparación económica sólo borra en una pequeña medida.

El “reparto” de la indemnización, en el paso de una responsabilidad personal a una colectiva, es el que habrá de producirse y ello ocurrirá entre victimarios y colectividad. En particular en los perjuicios originados sin culpa, por el riesgo creado, en la reparación de los detrimientos de carácter accidental (⁹⁴).

Si esta evolución significa, como algunos pretenden, “la desaparición pura y simple de la institución de la responsabilidad civil”, o importa, más bien, una

(⁹²) El Derecho solidarista es básicamente un Derecho de protección a los débiles o necesitados; encuentra que las víctimas son, por lo ordinario, personas de esta condición; y ello por razones que la sociología puede muy fácilmente explicar.

(⁹³) Así lo vaticinan la mayoría de los intervenientes en el Seminario de 1975-76, entre otros la profesora Viney, el profesor Cotta y los nombrados Villey y Terré.

(⁹⁴) Así ha ocurrido ya en países adelantados en la materia, como Nueva Zelanda, Australia e Israel. No acontecerá lo mismo con los daños atribuibles a culpa o dolo, o sea a los llamados daños no accidentales, que no aparecen aún como verdaderos riesgos sociales.

nueva fase o etapa en la búsqueda de soluciones más justas; de una responsabilidad al servicio del hombre y no de un hombre al servicio de una concepción o creación racional, es cuestión que no merece ser discutida ahora.

Nos basta señalar, para concluir, que los aires de renovación, en un tema que parecía "construido" definitivamente, no han acabado su obra. El tiempo tiene la última palabra...

V – PROPOSICIONES

I) El *leit motiv* del régimen romano de reparación de los daños no es la falta o culpa, sino un justo reparto de los bienes entre las familias, la defensa de un justo equilibrio, *suum cuique tribuere*.

II) Esta concepción de la responsabilidad puede calificarse como específicamente jurídica.

III) Se es responsable —en el sentido romano— porque se tiene una obligación, cuyas causas esenciales son siempre el desorden introducido en una relación entre varias personas y la reacción al respecto de la justicia correctiva y reparadora.

IV) Es en el derecho civil moderno, en particular a partir de la Escuela del Derecho Natural y de las concepciones de Kant, que la falta o culpa se vuelve causa exclusiva de la responsabilidad.

V) Esta concepción de la responsabilidad es básicamente moral, al descansar sobre la conducta de los individuos, sobre sus actitudes subjetivas, sobre el reproche.

VI) A partir de la primera guerra mundial, la realidad social, en particular la evolución promovida por los cambios científicos y técnicos que han agravado

los accidentes de origen mecánico, han advertido al jurista de la necesidad de dar al fenómeno de la responsabilidad un alcance más amplio.

VII) Ese alcance tiende a captar las relaciones entre una pluralidad de sujetos: el autor del daño, la víctima y la sociedad.

VIII) El daño o perjuicio pasa a ser el tema central de la responsabilidad, desplazando a la culpa.

IX) La noción de responsabilidad vuelve entonces a ser jurídica y a prescindir de la tutela de las responsabilidades penal y moral.

X) Se escuchan voces jerarquizadas que anuncian para un futuro no muy lejano, el paso, de la actual situación, calificada como *un mélange fumeux*, mezcla de responsabilidad personal y colectiva, a un estadio en el cual la institución será reemplazada por mecanismos destinados a asegurar que la colectividad tome a su cargo directamente los riesgos sociales —“socialización de los riesgos”—.

XI) La responsabilidad en el Código de Vélez, en seguimiento del Código francés, tenía una marcada orientación moralista e individualista.

XII) Sin perjuicio de esa tendencia, se admitieron supuestos excepcionales: daño causado por un animal feroz, art. 1129; originado en un hecho involuntario, con base en el enriquecimiento, art. 907. Y lo mismo aconteció en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, arts. 1118 y 1119; en los casos de evicción y vicios redhibitorios.

XIII) Una interpretación inteligente del Código de Vélez permitió a la doctrina y jurisprudencia nacionales extraer otros supuestos de responsabilidad sin culpa: responsabilidad del principal por el hecho dañoso

de su dependiente, art. 1113: responsabilidad del guardián por el daño originado en cualquier cosa inanimada, art. 1133.

XIV) Empero, a falta de un texto legal, se debió recurrir a presunciones de culpa que no admitían prueba en contrario y que sólo permitían la exoneración del agente con base en la prueba del caso fortuito.

XV) La evolución desde una responsabilidad imputable exclusivamente a culpabilidad, culpa o dolo, hacia una "sin culpa", imputable a riesgo creado, ha estado marcada por un largo período de "ficciones jurídicas"—meras mentiras legales— caracterizado por: culpas normativas, presuntas e inconscientes.

XVI) La reforma de 1968, ley 17711, incorpora al Código Civil una responsabilidad típicamente jurídica. Ello aparece en los arts. 907, responsabilidad por hechos involuntarios, y 1113, responsabilidad por riesgo creado.

XVII) La reforma de 1968 acepta, asimismo, una responsabilidad más flexible o matizada, con base en el principio de equidad.

XVIII) La "responsabilidad equitativa" permite al juez hacer lugar o no a la reparación solicitada, en el caso del art. 907, y moderar el *quantum* del resarcimiento en los supuestos de ilícitos culposos e ilícitos imputables a riesgo creado, art. 1069.

XIX) En el Código Civil, luego de la reforma de 1968, coexisten dos sistemas de responsabilidad: la fundada en culpabilidad y la basada en el riesgo creado.

XX) La responsabilidad por riesgo creado no tiene como presupuesto único la relación de causalidad entre el hecho riesgoso y el daño.

XXI) En la responsabilidad por riesgo creado están presentes todos los presupuestos ordinarios de la

responsabilidad: autoría, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación causal.

XXII) Al agente se le imputa haber multiplicado o potenciado con su conducta el peligro de dañosidad insito en el obrar humano.

XXIII) Dicha multiplicación de la dañosidad, cuando se concreta en un daño, configura una conducta antijurídica.

XXIV) Los fundamentos de la responsabilidad por riesgo creado son plurales: la justicia y la equidad, desde un ángulo mediato; el "interés activo" desde uno inmediato. Este último puede explicitarse así: quien desenvuelve en su propio interés una actividad peligrosa debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella.

XXV) Los daños atribuibles a riesgo creado deben ser resarcidos, en el terreno extracontractual, con el mismo criterio que impera en los actos ilícitos. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediáticas.

XXVI) Son reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa, art. 1113.

XXVII) La causalidad adecuada se aprecia, en la responsabilidad por riesgo creado, según la previsibilidad objetiva de un hombre medio, art. 906.

XXVIII) La responsabilidad alcanza al dueño y al guardián de la cosa riesgosa; no al dependiente.

XXIX) La responsabilidad por riesgo creado, imputable a una de las partes, puede ser compensada con la originada en el mismo factor de atribución o en la culpa de la otra parte.

XXX) El riesgo creado por una y otra parte es susceptible de ser graduado o medido a los fines de la compensación total o parcial por riesgo concurrente.

XXXI) Cuando a la atribución a título de riesgo se adiciona la fundada en la culpa, se produce una agravación que absorbe el mero riesgo de la otra parte en la relación dañosa.

XXXII) El caso fortuito —con sus elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad— exime o libera al autor del riesgo creado.

XXXIII) El vicio de la cosa riesgosa no configura el caso fortuito.

XXXIV) Si bien la responsabilidad por riesgo creado ha sido admitida expresamente sólo en el supuesto de “cosas riesgosas”, se encuentra en ella la razón de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, art. 1113, 1^a parte.

XXXV) En consecuencia, en nuestro derecho esa responsabilidad comprende las “cosas riesgosas” y la “actividad o empresa riesgosa”. Se entiende por tal aquella que recurre a subordinados o dependientes para el logro de sus objetivos y a los fines de la responsabilidad indirecta o refleja.

XXXVI) La determinación de cuáles son las cosas cuyo uso o empleo crea el riesgo, queda librada al criterio judicial.

XXXVII) El automóvil —como los automotores en general— es una cosa riesgosa cuando está en movimiento.

XXXVIII) De *lege ferenda* no es aconsejable la limitación o mención legal de las cosas riesgosas ni la tarificación del daño resarcible.

XXXIX) El artículo 1113, en su redacción actual, mantiene el distingo entre daños causados “con las cosas” y originados “por” el hecho de las cosas.

XXXX) Los daños causados “por las cosas” admiten un distingo —partiendo de la idea que se trata de

cosas riesgosas: riesgo por el uso o empleo de la cosa y riesgo por el vicio de la cosa.

XXXI) Existe responsabilidad por el riesgo creado por el vicio de la cosa en los supuestos de ruina de edificios y demás enumerados en el art. 1133 derogado del Código Civil..

XXXII) La responsabilidad del dueño y del guardián son indistintas o solidarias imperfectas, pudiendo la víctima reclamar el todo de la indemnización a cualquiera de ellos —no se dan, empero, los efectos accesorios de la solidaridad—.

XXXIII) Dueño de la cosa es quien tiene sobre ella un poder jurídico, nacido de su calidad de propietario o titular del derecho de dominio. Guardián es quien tiene sobre ella un poder de hecho, para el uso, contralor y aprovechamiento.

XXXIV) Además del caso fortuito son causas exonerativas: la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero extraño.

XXXV) Por culpa exclusiva de la víctima debe entenderse el hecho de quien sufre el perjuicio, cuando es la causa única del mismo.

XXXVI) No son terceros los dependientes o comisionados con respecto al dueño o al guardián. Los parientes o amigos a quienes se presta un automóvil para su uso, no son terceros. Deben asimilarse a los dependientes.

XXXVII) Tratándose de productos elaborados el fabricante o productor no es tercero, debiendo su situación asimilarse a la del dueño o del guardián. El ha creado el riesgo.

XXXVIII) La responsabilidad del fabricante o productor es una responsabilidad sin culpa, basada en el riesgo por el vicio de la cosa. Ello es así tanto en

la relación contractual, art. 2176, como en la extracontractual, art. 1113, ult. parte.

XXXXIX) El “uso contra la voluntad”, art. 1113, al final, como eximente, debe interpretarse de una manera restrictiva, para no constituirlo en una argucia o pretexto para no responder en una serie de situaciones.

L) Es muy conveniente el dictado de leyes de seguro forzoso en los ámbitos más frecuentes de responsabilidad por riesgo creado: automotores, productos elaborados, energía atómica, etc.

LI) El Derecho Comparado ofrece enseñanzas muy provechosas en la materia: responsabilidad por riesgo creado; tanto en los países cuyo derecho es de base romanizada, como en los países del *common law*.

LII) Destacamos la vigencia, en estos últimos, de los siguientes principios: “deber absoluto de cuidado”, “*res ipsa loquitur*”, “*last clear chance*”, “*humanitarian doctrine*” y otros similares.