

El derecho de daños a principios del siglo XXI¹

José Fernando Márquez

Sumario

I. La sociedad posmoderna. II. La sociedad del riesgo. III. Un derecho que reconoce nuevos intereses tutelables. IV. El derecho de daños de principios de siglo. V. Hacia un derecho de daños consolidado.

I.- La sociedad posmoderna.

1.- Se señalan dos hitos que marcaron el paso de la modernidad o sociedad industrial, a la posmodernidad, modernidad tardía, segunda modernidad o sociedad post-industrial: la caída del muro de Berlín (1989) y la explosión de la central nuclear de Chernobyl (1986), a los que nosotros agregaremos la apertura de los protocolos de Internet para el uso generalizado del público (entre 1986 y 1990).

La caída del muro de Berlín produjo el fin de la división de los países en dos grandes bloques, para dar paso a la unificación a través de las reglas del mercado, en lo que se dio en llamar el Fin de la historia (Fukijama)², como

¹ Discurso pronunciado por el autor con motivo de su incorporación del autor como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, el 18 de octubre de 2016. El presente es la continuidad de ideas presentadas con anterioridad en *La sociedad del riesgo y el derecho de daños*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año IX, n° 10, octubre de 2009-I y en *Las funciones del derecho de daños en la sociedad del riesgo*, en LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, N° 10, Enero-Diciembre 2014, Lima, Perú, 2015, pág. 55.

² FUKUJAMA, Francis. EL FIN DE LA HISTORIA Y EL ULTIMO HOMBRE, Barcelona: Planeta, 1994.

modo de patentizar la finalización de la dialéctica propia del capitalismo, para pregonar su triunfo definitivo.

La explosión de la central de Chernobyl expuso de manera dramática las consecuencias visibles de la modernidad y su modelo de utilización ilimitada de la ciencia y la tecnología para la apropiación de la naturaleza, mostrando al mundo miles de seres humanos muertos o mutilados y sus consecuencias para las generaciones futuras.

La universalización de la Internet produjo la creación de la más extensa red de comunicaciones jamás concebida, interconectando a millones de personas, en tiempos reales, desde los lugares más remotos del planeta. La aldea global, imaginada por Marshall Mc Luhan³, se hizo realidad.

2.- Se presenta una realidad social, económica, cultural, moral, jurídica, diferente, la llamada sociedad postindustrial.

Los científicos sociales vislumbran un nuevo orden mundial caracterizado, entre otros síntomas, por:

- El paso de una economía industrial a una economía de servicios y de consumo.
- La renovación de las formas tradicionales del arte, la cultura, el pensamiento y la organización social.
- La ruptura con el pasado y la tradición.

³ McLUHAN, Marshall, GUERRA Y PAZ EN LA ALDEA GLOBAL, Planeta- DeAgostini, Barcelona, 1985.

- El relativismo. El hombre basa su existencia en la pluralidad de opciones. La personalidad individual pierde sustentos firmes: es siempre un continuo, pues la identidad siempre es un proyecto inacabado⁴.

- Los medios de masivos de comunicación se constituyen en centros de poder. Se pierde el concepto de autoridad, se desacraliza la política y desmitifican los líderes.

3.- Las ciencias sociales abordan esta realidad desde diferentes enfoques; los autores valoran de manera disímil esta nueva etapa de la humanidad. Algunos, positivamente, poniendo el eje en las posibilidades casi ilimitadas que presenta, y en la apertura y democratización de los procesos sociales; otros, en términos críticos, cuando no apocalípticos, por la degradación moral, el debilitamiento de lazos sociales, la consolidación del pensamiento único⁵.

Así, por ejemplo, quienes realzan las bondades de la posibilidad infinita de comunicaciones y acceso a la información, se refieren a esta época como la sociedad de la información, realizando las posibilidades que las nuevas tecnologías abren para la humanidad⁶.

⁴ BAUMAN, Zygmunt, MODERNIDAD LIQUIDA, Trad. de Mirta Rosenberg en colab. Con Jaime Arrambide Squirru, 1ª. Ed., 8ª. Reimp., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aies, pág. 34: "La completitud es siempre futura, y los logros pierden su atractivo y su poder gratificador en el mismo momento de su obtención",.

⁵ V.g. BAUMAN, Zygmunt, MIEDO LIQUIDO. La sociedad contemporánea y sus temores, Trad. de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, esp. Cap. 4, pág. 125 y ss.

⁶ Para una introducción a los problemas sociales, económicos, jurídicos, culturales, derivados de la sociedad de la información: NEGROPONTE, Nicholas, SER DIGITAL, Atlántida, Bs.As., 1995; BARRET, Neil, EL ESTADO DE LA CIBERNACION, Flor del Viento, España, 1998; SANCHEZ BLANCO, Angel, INTERNET, SOCIEDAD, EMPRESA Y PODERES PUBLICOS, Comares, España, 2000 (con un rico repaso acerca de los debates generados en la sociedad española en torno a esta cuestión); LESSIG, Lawrence, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, Basic Books, EEUU, 1999 (quien plantea un oscuro futuro por la dominación de las redes por las grandes corporaciones); en nuestro país: SARRA, Andrea Viviana, COMERCIO ELECTRONICO Y DERECHO, Astrea, Bs.As., 2000, esp. Parte Primera.

Desde otra perspectiva, el filósofo italiano Gianni Vattimo⁷, al analizar la función de la información en estos tiempos, expresa que, además del final del colonialismo y del imperialismo, ha habido otro factor decisivo para el advenimiento de la posmodernidad: la irrupción de la sociedad de la comunicación. La lógica del mercado de la comunicación implica que “todo, en cierto modo, venga a ser objeto comunicación”, por lo que todo es materia de interpretaciones. Hemos entrado en una especie de ‘babel informativa, donde la comunicación y los medios adquieren un carácter central. Es el paso del pensamiento fuerte, metafísico, al pensamiento débil. Las ideas de la posmodernidad y del pensamiento débil están estrechamente relacionadas con el desarrollo del escenario multimedia, con la toma de posición mediática en el nuevo esquema de valores y relaciones y con la influencia de los medios en las determinaciones sociales y políticas. Ponemos de resalto esta idea, las que nos será útil a la hora de analizar la situación del derecho de daños en la actualidad.

4.- Los anteriores son sólo ejemplos de cómo la posmodernidad ha influido de manera decisiva en todos los ámbitos del pensamiento, el que se encuentra en la búsqueda de un nuevo modelo explicativo de la nueva y compleja realidad.

Si bien, contemporáneamente, asistimos a una instancia de transformaciones, impulsada por el reposicionamiento geopolítico con posterioridad al 11 – S, por los movimientos globalifóbicos y altermundistas, por el resurgimiento de populismos, por la crisis mundial del capitalismo iniciada hacia fines de 2008 con la caída de Lehman Brothers (aún con final imprevisible) la sustancia de esta nueva sociedad permanece incólume, así como su caracterización como “sociedad del riesgo”.

⁷ VATTIMO, Gianni, Posmodernidad ¿Una sociedad transparente?, en VATTIMO, Gianni y O., EN TORNO A LA POSMODERNIDAD, Anthropos Editorial, 1994, pág. 9.

II.- La sociedad del riesgo.

1.- Fue Ulrich Beck⁸ quien acuñó la frase “Sociedad del riesgo” para caracterizar a los tiempos post-industriales o de la segunda modernidad, poniendo énfasis en la existencia creciente de amenazas a las personas, los bienes, la naturaleza, en definitiva a la subsistencia misma del planeta y de la humanidad.

Los riesgos proceden de una sobreproducción industrial, son globales y sus causas son modernas. “Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior”, dice Beck⁹.

“La modernidad es una cultura del riesgo (expresa Giddens¹⁰), la evaluación de los riesgos invita a la precisión, y también a la cuantificación, pero por su propia naturaleza es imperfecta. Dado el carácter móvil de las instituciones modernas, unido a la naturaleza mutable y frecuentemente controvertida de los sistemas abstractos, un buen número de criterios fijos de riesgo, de hecho, hacen gala de numerosos imponderables”.

La modernidad reduce riesgos totales en ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tiempo, introduce nuevos parámetros de riesgo desconocidos totalmente, o en su mayor parte, en épocas anteriores.

⁸ BECK, Ulrich, LA SOCIEDAD DEL RIESGO. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 2006.

⁹ Op. cit., págs. 29 y ss.

¹⁰ GIDDENS, Anthony, La Modernidad desmembrada y ambivalencia, en A. Giddens, Z. Baumann, N. Luhmann, U. Beck, LAS CONSECUENCIAS PERVERSAS DE LA MODERNIDAD, Josetxo Beriain Com., Anthropos Editorial, 1996. pág. 33.

2.- Según Beck¹¹: (a) Estos riesgos causan daños sistemáticos y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles y se basan en interpretaciones causales, por lo que sólo se establecen en el saber (científico o anticientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. (b) Los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician con ellos; (c) La expansión de los riesgos no rompe en absoluto con la lógica del desarrollo capitalista, sino que más bien la eleva un nuevo nivel...Se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un barril de necesidades sin fondo, inacabable, infinito, autoinstaurable. (d) Lo que hasta el momento se había considerado apolítico se vuelve político: la supresión de las causas en el proceso de industrialización mismo.

“Ahí queda claro de una manera ejemplar de qué se trata propiamente en la disputa pública sobre la definición de los riesgos: no sólo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los efectos secundarios sociales, económicos y políticos de estos efectos secundarios”.

3.- Desde una perspectiva más amplia, Gonzalo Sozzo¹² realiza una interesante descripción de los riesgos a los que la humanidad se ve expuesta, a los fines de determinar las vías para acometer su prevención. “Riesgos culturales consistentes en la pérdida de las identidades y la memoria...Los riesgos ambientales ...en los cuales la amenaza consiste en el deterioro del medioambiente y la ocurrencia de catástrofes...Los denominados riesgos sociales tienen su propia identidad y constituyen un ámbito de estudios específicos. Aquí la amenaza consiste en el pérdida del

¹¹ BECK, Ulrich, Op. cit., loc. cit.

¹² SOZZO, Gonzalo, “Los riesgos como problemas”, en El gobierno de los riesgos, Gonzalo Sozzo (Coordinador), Universidad Nacional del Litoral, 2007, Santa Fe.

trabajo y la ausencia de ingresos en la ancianidad...Existen también riesgos económicos y financieros; es el caso del colapso de los mercados globales...Un grupo de riesgos que pueden ser estudiados como tales son los “riesgos políticos” consistentes en el advenimiento de totalitarismos, dictaduras y redes de terrorismo...No es menos importante el sector de los riesgos personales, por ejemplo, sufrir un accidente cotidiano, no tener salud o alimentos. Finalmente pueden individualizarse los denominados “riesgos científico-tecnológicos”, que no son otros que los producidos por el desarrollo de la ciencia y las tecnologías y que son estudiados por los *sciences studies* que, a partir de la reflexión crítica acerca de la ciencia y sus derivados, procuran recorrer el camino de la humanización de la ciencia... Es el campo jurídico el destino de una regulación de este tipo de riesgo”.

4.- El maquinismo del siglo 19 transformó la vida en sociedad, y los riesgos a los que se exponían las personas y sus pertenencias.

Las máquinas autopropulsadas ponían en peligro de manera dramática a la salud de las personas, ante la presencia de objetos que exorbitaban las posibilidades de control de quienes las manipulaban o ponían en funcionamiento, o la posibilidad de producir bienes en masa, situación en la que las posibilidades de control de la calidad de sus propiedades escapaba a los estándares de cuidado hasta allí conocidos.

A principios del siglo 21 podemos vislumbrar máquinas y productos cada día más seguros, por lo que su peligrosidad disminuye o puede, en gran medida, ser controlada. Mucho tuvo que ver con ello que el derecho, en su función regulatoria, impuso suficientes incentivos para que se extremaran los medios preventivos de los riesgos inherentes.

Sin embargo, la apropiación continua de los bienes de la naturaleza, necesaria para la producción y el consumo masivos, generan nuevos ámbitos de peligros, sobre bienes hasta hace un tiempo descuidados: ahora el peligro se cierne sobre el hábitat mismo en el que la humanidad vive.

Además, el comienzo de siglo nos muestra nuevas formas de dañabilidad, inherentes a las nuevas tecnologías. Pensemos en las tecnologías de la información, que permiten captar, acumular, procesar y difundir la más extraordinaria cantidad de datos nunca imaginada. Cualquier dato de cada uno de nosotros, aún el menos pensado, puede estar, en este mismo momento, almacenado en algún lugar del mundo, esperando a ser usado con fines comerciales o políticos, con buenas o con malas intenciones. Los bienes más preciados del hombre, como su identidad, su honor, su intimidad, su nombre o su imagen se ven ahora amenazados ante la posibilidad irrestricta de su utilización, sin su consentimiento.

La legislación del mundo ya tomó cartas en el asunto; también, en parte, nuestro país.

Más la rapidez de los cambios tecnológicos, con ello la imposibilidad completa de su control, y la presencia de grandes corporaciones que se disputan su manejo, hacen dificultosa la tarea de las reglas del derecho.

Será éste, sin dudas, uno de los grandes problemas a resolver a corto plazo a principios de siglo y, allí, el derecho de daños tendrá una ardua tarea.

5. Si los daños son universales y la mayoría de las veces irreversibles, la mirada se pone, entonces, en la necesidad de prevenir, de atacar las causas.

Más la tarea está plagada de obstáculos. Las causas son invisibles y muchas veces desconocidas. O conocidas y ocultadas.

La ciencia, que produce el riesgo, es la encargada también de patentizarlas. ¿Puede ser la ciencia neutral en esa tarea?.

Los riesgos tienen componentes científicos, pero también sociales. La definición social del riesgo cobra su importancia. No basta que los científicos dictaminen que una actividad no es riesgosa, si la comunidad la siente como tal (la oposición de la sociedad a las actividades mineras o instalación de industrias que se presumen dañinas, aunque no exista prueba sobre ello, constituyen ejemplos de esta aserción).

Beck¹³, al referirse a la postura que la noción de producto riesgoso proviene exclusivamente de las ciencias, expresa: “Aquí tenemos un error de categorías: un análisis de las sustancias nocivas basado en la naturaleza y en el producto no está en condiciones de responder a la pregunta de la falta de peligro, o al menos no lo está mientras el “peligro” y la “ausencia de peligro” tengan algo que ver con las personas que tragan y respiran”, poniendo de resalto la noción subjetiva de riesgo.

III. La expansión de los intereses protegidos

Las transformaciones en la sociedad se tradujeron en cambios culturales, que atravesaron las diferentes disciplinas vinculadas a las conductas humanas.

Nuevas ideologías en pugna, montadas sobre estructuras filosóficas renovadas, no podían dejar de impactar sobre las teorías científicas.

¹³ BECK, pág. 39.

La comprensión de las ciencias como fenómenos culturales, situados en la historia e íntimamente vinculados con el mundo sobre el cual proyectan sus pretensiones explicativas, permite dar cuenta de este proceso.

Un especial potencial transformador posee el proceso de ampliación, dispersión y (hasta cierto punto) estallido del sistema de intereses considerados relevantes por el Derecho.

El derecho clásico fue concebido sobre una idea fundante: la posibilidad de delimitar los intereses “dignos de tutela jurídica”, dejando fuera de la esfera de protección otros intereses, sean estos inocuos (y por ello mismo irrelevantes para el derecho) o pasibles de rechazo y cuestionamiento. El recorte se hizo a través de la noción de “derecho subjetivo”.

Este recorte de la realidad no parecía arbitrario en la época, imperando un modelo uniforme de sociedad y de cultura. En este cuadro, el sistema normativo recogía la ideología del momento y funcionaba, simultáneamente, como herramienta de disciplinamiento social, procurando modelar la realidad a la medida de la representación que de ella tenían las clases sociales habilitadas para intervenir en la creación del derecho.

Más temprano que tarde, esta manera de circunscribir los intereses tutelables entró en crisis. En primer término, con la revelación de la cuestión social desde las más dispares ideologías se constató la aparición de un nuevo sujeto en el escenario: el trabajador asalariado.

Esto alteró la visión tradicional de los derechos subjetivos que eran, por definición, universales, individuales y abstractos: el mundo del trabajo trajo la idea de derechos sectoriales e intereses grupales que debían protegerse mediante técnicas especiales, que contemplaran la existencia de intereses plurisubjetivos.

Posteriormente, tendencias dispersas, pero convergentes en un punto, como la posmodernidad, el multiculturalismo y los movimientos ambientalistas fueron llamando la atención sobre otros intereses que no encuadraban en la concepción tradicional de derecho subjetivo individual.

La sociedad había cambiado y reclamaba doctrinas que reconozcan este cambio. Nuevas sensibilidades (por ejemplo, ambientales), reivindicaciones identitarias (de minorías étnicas, sexuales, nacionales o religiosas), autoreconocimientos de grupos aglutinados por intereses en común (por ejemplo, los consumidores o pueblos originarios), fueron erosionando la pretensión de acotar y delimitar los intereses protegidos.

El derecho estatal y, más genéricamente, el Estado, perdió el monopolio en la fijación de las conductas esperables en la sociedad, siendo reemplazado por construcciones transnacionales, rápidamente difundidas a nivel mundial por efecto de la globalización comunicacional e informativa.

En este contexto, ya no puede pensarse que exista una vara suficientemente confiable que permita discernir qué intereses sean dignos de tutela jurídica y cuáles no lo son: con algunas notables excepciones que excluyen ciertas posiciones por ser profundamente reactivas ante un sistema democrático, pluralista y respetuoso de las identidades personales, los rasgos de identidad y los proyectos de vida han quedado equiparados, expropiándose al derecho la facultad de legitimar algunos en detrimento de otros.

Estos intereses han quedado igualados en su reconocimiento, desbordando la categoría del derecho subjetivo. A la vez, también se ha puesto en crisis la individualidad de los derechos, al reconocerse la existencia de intereses colectivos que se proyectan sobre bienes indivisibles e intereses que, aún

individuales, posibilitan un tratamiento colectivo por razones de conveniencia práctica.

Por fin, hasta la propia correlación entre sujeto e interés protegido se encuentra en crisis, principalmente en lo tocante a la cuestión ambiental: desde las denominadas “futuras generaciones”, cuyos intereses deben ponderarse en el marco de un desarrollo sustentable hasta los reconocimientos de derechos de los animales y (más genéricamente) de la naturaleza, ponen en evidencia la amplificación de la noción de derecho e interés.

Estas realidades impactan de manera notable en la concepción de las normas que regulan al hombre frente a los daños a los que se ve expuesto.

IV.- El derecho de daños a principios de siglo

1.- La transformación del derecho de daños

En el derecho de daños los modelos teóricos se actualizan para describir la nueva realidad y diseñar las herramientas adecuadas para el fin¹⁴.

Ante una sociedad sujeta a riesgos globales, invisibles, indeterminables, irreversibles, el modelo de la responsabilidad civil de los códigos del siglo diecinueve es insuficiente. Y ante la necesidad de tutelar nuevos intereses, no catalogados, la teoría del derecho de daños cambia.

2.- Las funciones del derecho de daños. De la reparación a la prevención y disuasión.

¹⁴ Las ideas esbozadas son desarrolladas con amplitud, profundidad y lucidez por ALTERINI, Atilio, en Rumbos actuales del derecho de daños, LA LEY2008-E, 1295 - RCyS2008, 301.

Ante daños irreversibles, el objetivo es evitar antes de reparar.

El individuo ya no se conforma con buenas indemnizaciones; un mutilado, quien perdió a un ser querido, o fue difamado públicamente hubiese preferido no haber sido lesionado. La sociedad no soporta ya la exposición a fuentes contaminantes de su ambiente o al consumo de productos que pongan en peligro su salud.

Entonces, se actualizan también las bases teóricas sobre las funciones del derecho de daños; las tradicionales subsisten, pero actualizadas.

La función reparatoria se expande, para abarcar cada vez más intereses y con instrumentos más sofisticados de reparación. A mayores posibilidades de afrontar reparaciones, mayores son los cuidados que adoptan los posibles dañadores.

La función sancionatoria, tradicionalmente vedada al derecho de la responsabilidad civil, aparece como una herramienta útil para sus fines actualizados. La disuasión –íntimamente vinculada a la sanción y a la reparación- se muestra eficaz si los instrumentos sancionatorios o reparatorios inciden “a tal punto sobre el patrimonio del agente que lo induce a no cumplir el acto dañino o a ejercitar actividades que envuelven una ostensible reducción del margen de riesgo”¹⁵.

En este marco, los daños punitivos, incorporados en el año 2008 a la legislación del consumo argentina, es una herramienta eficaz en la función disuasoria atribuida a la provincia de la responsabilidad civil. En este principio de siglo se deberá ahondar en la creación de mejores técnicas de

¹⁵ ALPA, Guido, RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO. Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2001, pág. 75.

cuantificación de las sanciones, para que cumplan con la función disuasiva para las que están destinadas.

3.- La función preventiva (impeditiva) del derecho de daños.

En los últimos desarrollos de la responsabilidad civil se ha puesto el acento en la función preventiva del derecho de daños, con un perfil diferente a la finalidad preventiva que las herramientas reparatorias, sancionatorias o disuasorias (actualizadas a estos tiempos), pueden perseguir.

Al hacerse referencia a la función preventiva se alude a la necesidad ineludible de actuar con acciones específicas de prohibición de las actividades posiblemente dañosas. Preferimos llamar a esta tarea, función impeditiva del derecho de daños.

En principio, se habló de pasar de un sistema de prevención general (*general deterrence*) a uno de intervención legislativa limitada a determinados sectores (*specific deterrence*) a fin de desarticular la ocurrencia de un número de daños tan alto que constituiría un peligro para la misma sociedad¹⁶.

Más la definición legislativa parece insuficiente, ante la imperceptibilidad de las causas generadoras y su constante mutación.

Entonces el modelo de prevención se extiende y las competencias se acumulan. Ya no es sólo el legislador quien puede impedir o regular las actividades posiblemente dañosas. El juez aparece como un nuevo actor en el conflicto.

¹⁶ ALPA, Guido, Op. cit., pág. 77.

El juez es puesto en el centro de la escena y se le imponen medidas positivas de evitación del daño.

El art. 4 de la ley general del ambiente de la Argentina expresa: "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Este es el modelo más avanzado de prevención, que permite a las autoridades, administrativas o judiciales, tomar medidas impeditivas aún ante ausencia de información cierta sobre las causas del peligro del perjuicio.

El Código Civil y Comercial para la Argentina reconoce de manera expresa la función preventiva de las reglas del derecho de daños, articulando reglas para su actuación. El artículo 1710 determina el deber de toda persona de evitar, en cuanto de ella dependa, causar un daño o disminuir su magnitud y de no agravarlo si ya se produjo. El artículo 1711 habilita la acción procesal preventiva frente a cualquier acción u omisión que, previsiblemente, pueda producir un daño, su continuación o agravamiento, legitimando a cualquiera que acredite un interés razonable. El artículo 1712 regla el contenido posible de la Sentencia preventiva, el que puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, en forma provisoria o definitiva, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Se abren posibilidades amplias y relativamente indeterminadas de intervención judicial en pos de la evitación de daños aún no producidos, o para impedir su agravamiento.

Se habilita a cualquier persona con un interés razonable a pedir medidas preventivas, y al juez a crear obligaciones de cualquier tipo, a cargo del demandado o de terceros, para evitar un daño en ciernes, o hacer cesar el que se está produciendo. Nociones clásicas sobre legitimación procesal y sustancial, congruencia, principio dispositivo o alcances de la cosa juzgada, fundantes del derecho procesal civil clásico, se ven en crisis ante esta nueva tarea encargada al derecho privado.

La ley de ambiente habla de peligro y no de riesgo¹⁷. En la teoría de los riesgos se suele distinguir entre amenaza y riesgo; una amenaza es todo aquello que tenga una posibilidad o probabilidad de ocurrir, como causante de daño, y el riesgo es el producto de la ocurrencia de la amenaza y su consecuencia. Desde un punto de vista probabilístico, una amenaza no puede ser considerada un riesgo sin al menos un hecho en que se haya producido el daño. Si se acepta esta distinción como útil, la prevención, en la fase actual, trabaja en base a amenazas, y no a riesgos.

El juez deberá trabajar ahora sobre bases mucho menos sólidas. ¿Quién determina la existencia de peligro de daño grave o irreversible –en la terminología de la ley general de ambiente–, si no existe información o certeza científica suficiente?¹⁸.

¹⁷ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, INSTITUCIONES DE DERECHO AMBIENTAL, M.E.L. Editor, Córdoba, Argentina, 2005, pág. 111: “La aplicación del principio precautorio supone: a) La *identificación de efectos potencialmente peligrosos* que se derivan de un fenómeno, un producto o un proceso; y b) Una evaluación científica de los riesgos que debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión.

¹⁸ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, Op. cit., pág. 112: “La Evaluación de Riesgos se compone de cuatro elementos, a saber: a) identificación del peligro; b) caracterización del peligro, c) evaluación de la exposición y d) caracterización del peligro. Los límites del conocimiento científico pueden afectar a cada uno de estos componentes...Las autoridades públicas responsables deben adoptar las medidas de gestión de riesgo, a tenor de una apreciación “política” del grado de protección deseado...Igualmente las medidas que se adopten, presuponen el estudio de las ventajas y de las cargas derivadas de la acción o de la falta de acción (“en función de los costos”). Dicho estudio tendrá en cuenta los costos sociales y medioambientales, así como aceptación que pueden suscitar entre la población las distintas opciones posibles, e incluirá,

Aparece con fuerza el concepto de construcción social del peligro¹⁹. E irrumpen los medios de comunicación como vehículos de intereses.

El juez es arte y parte, pues debe decidir sobre cuestiones que les son propias. Los daños ya no son de otros, no decide sobre la suerte de un peatón embestido por un automóvil, ni sobre la justicia de un contrato del cual no formó parte. Resuelve sobre aspectos que le incumben, pues los riesgos o peligros suceden a su alrededor; y también sobre los efectos secundarios de la prevención del daño: se lo evita, pero también se influye sobre el destino de quienes se perjudican con la evitación de los daños (el de los operarios y sus familiares, por ejemplo, ante el cierre de una fábrica).

Es que, en estos casos, la hipótesis causal que debe formular el juez para tomar la decisión impeditiva sólo podrá validarse, quizá, cuando la medida precautoria se haya efectivizado y, tal vez, mostrado falsa²⁰. No es tarea fácil la que le cabe a los jueces en estos tiempos.

4.- La noción de daño resarcible. Los problemas de la cuantificación.

El derecho de daños del siglo 19 dirigía sus normas a intereses especialmente captados como jurídicamente relevantes, a través de la

cuando sea factible, un análisis económico pero siempre concediendo carácter prioritario a las exigencias vinculadas a la protección de la salud pública...".

¹⁹ HILGENDORF, citado por PEREZ BARBERA, Gabriel, CAUSALIDAD, RESULTADO Y DETERMINACION, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, pág. 44, expresa: "La concepción según la cual el examen causal constituiría una operación puramente cognitiva no es consistente. Antes bien, la exacta delimitación del resultado cuya causalidad debe explicarse presupone ya decisiones de quien ha de aplicar el derecho".

²⁰ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, Op. cit., pág. 113, expresan que la aplicación del principio genera controversias, por lo cual se lo ha intentado relativizar llevándolo a nivel de "enfoque" o de "guía" de actuación. Entre los temas controvertidos que marcan se encuentran el de determinar el umbral de "probable daño" o "daño serio e irreversible" para su determinación, la noción de "costo-beneficio" o "riesgo-beneficio" y el estado de los conocimientos científicos y técnicos y su incertidumbre.

noción de derecho subjetivo. Sólo la lesión a aquellos intereses con reconocimiento expreso podía generar su resarcimiento.

La necesidad de apertura de ese concepto provino desde diversos requerimientos. En primer lugar por la imposibilidad fáctica de obtener un catálogo completo de intereses protegibles, aún entre los tradicionales fundados en los derechos de la persona y del patrimonio. Luego, ante la creciente aparición de otros intereses individuales que reclamaron su inclusión. Pensemos que hasta no hace mucho tiempo se negaba el derecho a reparación por muerte al conviviente, al hijo de crianza o al padre de crianza, por no tener estos damnificados derechos subjetivos a alimentos del causante.

Se superó entonces la noción de derecho subjetivo, para incluir otros intereses valorados, no catalogados legalmente. El interés no ilegítimo es el concepto que preside ahora el análisis, en el que el intérprete puede incluir nuevas situaciones dignas de tutela, según los requerimientos que los valores sociales impongan.

Mas la mayor ruptura con la noción tradicional de derecho subjetivo se produce a partir del reconocimiento de la existencia de intereses colectivos, que trascienden lo individual y se sitúan en la supraindividual. Intereses cuya protección se reclama, pero no pertenecen a nadie a particular, sino a todos; que, por ello, son indivisibles, metaindividuales, propagados e indisponibles.

La identificación de los intereses de incidencia colectiva genera numerosos nuevos problemas a la teoría del derecho de daños, creando la necesidad de instrumentos adecuados de reconocimiento, de legitimación en su defensa, de procedimientos adecuados para su ejercicio, de alcances de las decisiones relativas a ellos, entre otros.

El Código Civil y Comercial recepta estas nociones, al reconocer derechos individuales y de incidencia colectiva (artículo 14) y al conceptualizar el daño como la “lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Los derechos sobre el ambiente y de los consumidores son la proa y tubos de ensayos en la materia.

Y aunque no fue aceptado por el Ejecutivo lo proyectado en el Código Civil y Comercial en relación los procesos colectivos, una importante tarea doctrinaria y jurisprudencial ha delineado ya sus principales directrices, tarea que, no lo dudamos, continuará en el futuro en búsqueda de las mejores soluciones para un problema de la cual dependerá buena parte de la salud de nuestra sociedad y planeta.

La aparición de nuevos tipos de daños, derivados de lesiones a intereses no patrimoniales y de intereses de incidencia colectiva plantea también un problema central en la teoría y práctica de la reparación: el dilema de la cuantificación en dinero de los daños que no recaen sobre bienes que circulan en mercados con precios. La cuantificación de daños por muertes o incapacidades, de daños derivados a lesiones a bienes o derechos personalísimos, a lesiones de bienes colectivos o de daños extrapatrimoniales, es materia que circula insistente entre los debates académicos y judiciales, sin encontrar todavía puntos fijos de orientación. Esta tarea seguirá siendo central a principios de siglo.

5.- Los problemas causales.

En un contexto de incertidumbre sobre los fenómenos que causan los daños, la teoría causal tradicional es insuficiente para determinar reglas sobre el origen de los daños, necesarias para atribuir responsabilidad a su autor.

El derecho de daños clásico trabajó sobre el modelo causal de las ciencias naturales. Todo resultado tiene su causa, y ésta puede ser probada. La física de Newton fue el paradigma. De hecho, las teorías causales utilizadas en el derecho para determinar el origen de los daños eran teorías importadas de las ciencias naturales.

El recordado Luis Díez-Picazo, en su imperdible *Tecnología y Derecho de Daños*²¹ prevenía ya por los años 70 del siglo pasado: "...Además de este cambio de fundamentación y del paso de la responsabilidad subjetiva o por culpa, a una subjetividad objetiva, hay otra forma, más larvada y oculta, en que la nueva tecnología presiona e incide en el Derecho de daños. El Derecho de daños de la Ley Aquilia, que es el derecho de daños que llega hasta la codificación, están fundado en un *Weltanschauung* en que las causalidades tienen que ser muy claras para detectarse culpas. Precisamente por la falta general de información y por la general falta de conocimientos científicos. Se trata, por ello, de un mundo en el que las calamidades son consideradas como hechos admirables, producto de la mano de Dios o del demonio, respecto de las cuales cabe únicamente la resignación. Creo que es una actitud generalizada la falta de resignación de la sociedad en que vivimos. Las calamidades ya no se consideran como un hecho de Dios, sino que son un hecho de los hombres –entre los que hay que buscar y encontrar los culpables. Porque se piensa que siempre debe haber un culpable, si no es próximo, será un poco más lejano, pero al fin y al cabo habrá un culpable. Y si no lo es por acción, lo será por omisión, porque la responsabilidad se produce también por omisión...Precisamente por ello,

²¹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado* (Dos esbozos), Civitas, Madrid, 1979, pág.119.

y en función, por un lado, de la ampliación del sinúmero posible de causas y, por otro, de la mayor complejidad de los artilugios y de los elementos técnicos, el juego de la dilucidación de los factores causales se hace cada vez más complicado y sofisticado...”.

La realidad hoy es mucho más compleja, porque los fenómenos sociales y naturales lo son. Pero, además, una profunda desconfianza en el conocimiento cabal de todas las causas. Se dice y repite que vivimos en el mundo de la incertidumbre, en el que ya no es posible determinar reglas inmodificables de causalidad.

Procesos causales en contextos de gran complejidad técnica (piénsese, por ejemplo, en la determinación causal en daños causados en prácticas médicas, ante la aparición de nuevos agentes hasta hoy desconocidos) o procesos causales en contextos de masividad, en los que los daños no reconocen causas únicas, sino múltiples condiciones que concurren y se superponen (pensemos en los daños al medioambiente, por ejemplo la contaminación de la cuenca La Matanza-Riachuelo, hoy en juzgamiento).

Se actualiza la noción de autoría; se pasa de la autoría individual a la colectiva. El Código Civil y Comercial recepta el fenómeno, al aceptar que ante la presencia de grupos de dañadores las reglas tradicionales de prueba de la causalidad no son aplicables: serán los miembros del grupo quienes deberán probar quién es el autor (daños causados por grupos no riesgosos) o más rigurosamente que los sindicados como responsables no participaban del grupo (grupos de riesgo).

Los sistemas son tan complejos e inciertos, que para la explicación de los resultados se transita del modelo de la causalidad necesaria (determinación causal), al de la causalidad probable (determinación probabilística), o

directamente al de la determinación normativa de la causa, alejándose de la explicación de los orígenes de los daños desde una perspectiva natural²².

O se recurre, rectamente, a presunciones legales de causalidad, en los que los factores presumidos deben asumir la prueba de una causa ajena que los libere de responsabilidad.

6.- Las factores de atribución.

La responsabilidad civil fundada en el obrar culposo del agente, reprochable en cuanto fuere obrado con plenas facultades y en el que se pudiere encontrar negligencia, imprudencia o impericia, fue un modelo adecuado y eficaz para relaciones humanas desarrolladas en forma personal y en sociedad pequeñas y con riesgos cognoscibles y acotados. Fue el paradigma del derecho civil de los códigos del siglo 19.

La formación de grandes conglomerados humanos, a partir del traslado de la población rural a las grandes ciudades, la exposición creciente de la población a los riesgos del maquinismo, en las fábricas y en su vida familiar, y la producción masiva de bienes potencialmente dañosos, pusieron en evidencia la insuficiencia de la culpa, y las herramientas procesales que la acompañaron, como criterio único de atribución.

La noción de riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad para quien lo crea e introduce a la vida social fue el gran avance del siglo 20, al colocar a sectores especialmente expuestos a riesgos anormales en una

²² PEREZ BARBERA, Gabriel, CAUSALIDAD, RESULTADO Y DETERMINACION, Ad.Hoc, Bs. As., 2006, pág. 83: "...realizamos hipótesis causales no sólo porque ellas son posibles, sino porque son *necesarias* y *excluyentes* de toda otra clase de hipótesis. En este ámbito, hipótesis no causales serían inmediatamente dejadas de lado por no tener poder explicativo y resultar fácilmente refutables o falsables: bastará una serie finita pero suficientemente prolongada de experiencias sin ningún resultado adverso para demostrar que es *seguro* –y no solamente probable, que la piedra caerá. Con relación al segundo ámbito (al determinado estadísticamente) ocurre la inversa: allí las variables-datos intervinientes son tantas...que centrar la explicación en una sola de ellas resultaría temerario...".

situación ventajosa en el proceso de daños, limitando las defensas de los sindicados como responsables. Luego las responsabilidades objetivas se extendieron, fundadas algunas veces en el deber de garantía de ciertas personas en relación a daños causados por otros (principal por el hecho del dependiente, los padres por los hechos de los hijos, el titular del establecimiento educativo por los daños causados o sufridos por los alumnos), otras en relaciones de buena vecindad (exceso en la norma tolerancia), o en la equidad (al admitirse responsabilidad por daños causados por incapaces), por ejemplos.

Igual desarrollo conceptual y reglamentario se planteó en el ámbito contractual. Del incumplimiento culposo como criterio de imputación único de responsabilidad contractual, se pasó a la existencia de responsabilidades por el mero incumplimiento, cuando el deudor se hubiera obligado a obtener un resultado determinado (obligaciones de resultado).

El principio de siglo expone a los individuos a nuevos riesgos y los criterios valorativos irán determinando en qué ámbitos de responsabilidad se situarán (subjetivo u objetivo), y será, entonces, el derecho de daños el encargado de la tarea.

IV. Hacia un derecho de daños consolidado

Bauman²³ instaló la idea de la modernidad líquida, utilizando la metáfora de los fluidos, carentes de formas, para describir la sociedad en la que vivimos, en la que los códigos y conductas que se podían elegir como puntos de orientación estables, y por los cuales era posible guiarse, se diluyen rápidamente y no soportan el paso del tiempo.

²³ Op. citado.

La situación del derecho de daños frente a los riesgos que el nuevo siglo plantea se adecua a aquella metáfora. El modelo teórico de soluciones posibles, y las reglas pertinentes, están, de algún modo, todavía en estado líquido, buscando algunos modos de condensación para otorgarle solidez y, por ello, permanencia.

La sanción del nuevo Código, en esta materia, constituye una herramienta que servirá para esta tarea, al constituir un consolidado de los criterios vigentes para esta época. Sin embargo, la rapidez con que se producen los cambios en la sociedad requerirá la tarea continua de adecuación de las reglas.

El estado sólido no será hallado con actitudes dogmáticas o autoritarias; sólo una posición crítica frente a los problemas es el camino adecuado en la búsqueda de las soluciones que la sociedad requiere a esta disciplina.

Esta es la tarea que incumbe al derecho de daños y su compromiso, a principios del siglo 21.