

Una mirada desde el siglo XXI sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio-económicos.

Autor: Dr. Pascual E. Alferillo

“No hay previsión de un futuro mejor que no pase por un hombre mejor. Porque ocurrirá...lo que nosotros somos”¹

PRIMERA PARTE

Aspectos generales del factor de atribución como requisito configurativo de la responsabilidad civil.

1. Introducción.

Cuando se aborda el estudio del resarcimiento integral de los daños, ineludiblemente impone recordar en el inicio que los presupuestos para la procedencia de responsabilidad civil son: “daño”, “factor de atribución”, “nexo de causalidad” e “ilicitud”².

Esta temática básica, debe ser recordada, a modo de introito, cuando como meta final se procura investigar a la “Mala Fe”, como posible factor de atribución autónomo de responsabilidad en la post modernidad.

Para llegar al objetivo propuesto es necesario recorrer dos caminos investigativos. El primero, formulando un análisis de los contextos sociales y económicos en los cuales imperó cada uno de los factores de atribución de responsabilidad, en los primeros tiempos los subjetivos

¹ De Rougemont, Denis, “El porvenir es cosa nuestra”, traducción Álvaro Torres de Tolosa - Título original “L’avenir est nostre affaire” – 1977, (Editorial Sur, Buenos Aires, 1980), pág. 433.

² Quinta Jornadas de Derecho Civil (Universidad Nacional de Rosario - 1971) las conclusiones del Tema V “Fijación de los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil” perfilaron en el punto 3º que “la obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuridicidad, II. Daño, III. Causalidad, IV Factores de Atribución. En igual sentido se pronuncian las Segundas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael – Mendoza – 1971) cuando en las conclusiones introductorias sostuvieron que “1. Se advierte, en el Derecho moderno, la tendencia de asignar al vocablo “responsabilidad” significado equivalente a “deber de reparar daño”. 2) En tal orden de ideas son presupuestos básicos de la responsabilidad civil: a) La antijuridicidad, b) el daño, c) la causalidad y d) el factor de atribución. Cifuentes, Santos, en “Código Civil y Leyes Complementarias - Comentado, Anotado y Concordado”, (Astrea), Belluscio, Augusto c. Director – Zannoni, Eduardo, Coordinador, Tº 4, comentario art. 901, pág. 50; también: Ghersi, Carlos A., “Los Presupuestos del Deber de reparar” en el libro “Responsabilidad Civil9” (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1ª reimpresión, octubre 1993, pág. 47, propone como mecanismo práctico para comprender en cada caso sometido a la jurisdicción los antecedentes fácticos y evaluar, a la luz de la normativa aplicable, la procedencia de la pretensión resarcitoria que “...previamente se debe detectar el aspecto material u objetivo de la causalidad, vale decir, si el hecho o la omisión han producido el resultado. Después en segundo plano, si subjetivamente esa conducta es imputable al sujeto por haber sido acto voluntario - con discernimiento, intención y libertad - y si ha habido dolo o culpa - culpabilidad en general -. Únicamente si los tres elementos confluyen a través de ese orden en la producción del daño, nacerá la obligación de resarcir en la medida o extensión en que el resultado puede ser atribuido a la conducta del sujeto. Pero no solamente hay en esto una exigencia lógica y de prelación en el referido análisis de los hechos y sus consecuencias, sino también de mucha importancia práctica, tanto para establecer la existencia de la obligación como su mayor o menor extensión. Puede darse en caso de que exista causalidad sin culpabilidad, como la acción ejecutada en legítima defensa (art. 34 inc. 6 Cód. Penal), o por estado de necesidad y, a la inversa, con culpabilidad pero sin causalidad, tal el famoso ejemplo del envenenador que proporcionó veneno el cual no llegó a operar efectivamente por haber muerto la víctima debido a otra acción...”.

y, posteriormente, los objetivos. El segundo, examinando en la dogmática nacional y extranjera cual ha sido el tratamiento legislativo de la figura.

Va de suyo, que los cambios tecnológicos y científicos producidos en las décadas finales del anterior milenio han generado en la vanguardia intelectual de los economistas y sociólogos profundas inquietudes que indicarían la finalización del periodo de la revolución industrial cuyas consecuencias perjudiciales para el hombre y su entorno tuvieren un tratamiento especial por el derecho de daño.

El interrogante al que procuraremos, en esta parte del estudio, una respuesta, está relacionado con la inquietud de que si los factores objetivos de atribución del deber de resarcir conocidos hasta la fecha, resultan suficientes y satisfactorios para endilgar responsabilidad por los nuevos daños; es decir, a los menoscabos de la sociedad del conocimiento, a los perjuicios del saber?

Puede que el conservador espíritu de los hombres del Derecho tilde de apresurada a esta hipótesis de trabajo, pero el mundo y su desarrollo continúa inexorable su marcha, no espera a los juristas, por ello es preferible errar cien veces en el intento que no acometer nada.

2. El factor de atribución como reprochabilidad.

Al conceptualizar al “factor de atribución” como presupuesto del deber de resarcir, los profesores mendocinos Kemelmajer de Carlucci y Parellada se preguntan, frente a un hecho perjudicial que provoca menoscabo en la persona o en sus bienes, “si es justo que el daño quede a cargo de quién de hecho lo ha sufrido, o si por el contrario, debe desplazar sus consecuencias económicas a otras personas. Si no es justo, impone la obligación de responder; la razón por la cual produce tal desplazamiento es lo que denominamos factor de atribución³”.

El mismo criterio es sostenido por Trigo Represas y López Mesa, cuando parafraseando los conceptos anteriores indican que “los factores de atribución son las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, se traslade económicamente a otro⁴”.

Por su parte, Pizarro – Vallespinos, desde otra óptica sostienen que “el factor de atribución constituye el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito strito sensu a una determinada persona⁵”.

Ahora bien, tanto “la explicación axiológica” como “la razón por la cual se produce el desplazamiento económico” implican una valoración realizada por la sociedad en su conjunto que en un determinado momento de la historia determina, plasmándola en el orden normativo, cual es la justificación religiosa, social o económica, por la cual el sujeto generador del daño debe la obligación de resarcir el mismo.

El alejamiento conceptual y científico de la Moral del Derecho, sin desconocer sus interrelaciones, permite, en los últimos tiempos, verificar que el eje de la justificación o motivación para endilgar el deber de resarcir se ha desplazado hacia las cuestiones de índole económica a las cuales, algunos autores, le adosan razones de índole religiosa o moral.

Sin perjuicio de la mutación de la centralidad de la justificación, podemos decir que el reproche es social, enmarcando en el mismo todos los componentes (morales, económicos,

³ Kemelmajer de Carlucci, Aída – Parellada, Carlos, “Los factores subjetivos de atribución”, en “Responsabilidad Civil⁹”, (Hammurabi, Buenos Aires, 1ª reimpresión, octubre 1993), pág. 141 § 60.

⁴ Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tº I, (Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004), pág. 637.

⁵ Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, Tº 2, (Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999), pág. 575. En el mismo sentido: Zavala de González, Matilde, “El resarcimiento de daños”, (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1.999), Tº 4, pág. 355.

éticos, religiosos, etc.) que influyen en los integrantes de la comunidad para reprobado determinadas conductas e imponerles el deber de resarcir los daños que generan.

SEGUNDA PARTE

La relación entre los factores de atribución de responsabilidad con los regímenes socio - económicos

1. Introducción al análisis histórico - económico.

La evolución histórica ha puesto en evidencia que resulta de vital trascendencia el régimen social y económico imperante para la determinación del factor de atribución mas adecuado a los fines de endilgar el deber de resarcir los daños. Ello es así, por cuanto, finalmente, existe una transferencia de dinero con el cual se compensa el daño injustamente producido, por lo cual el análisis económico del derecho aplicable que realizan los distintos sectores involucrados en el sistema económico no está exento de parcialidad por cuanto en definitiva se está defendiendo los intereses del sector, sea de los perjudicados o de los dañadores.

Por ello, para tratar de ubicar a la “mala fe”, en el contexto histórico que nos toca vivir, creemos conveniente exponer con la brevedad que el tema permita, la conexidad entre los factores de atribución con los principales órdenes sociales y económicos que se han ido sucediendo hasta la fecha.

2. Primera etapa económica: La producción agrícola ganadera y la culpabilidad como reproche social.

La primera gran etapa económica se caracteriza por la rudimentaria producción agrícola ganadera, que algunos autores ponen como hito de importancia en su desarrollo a la creación del arado y otros, la invención de los molinos movidos por agua que comenzaron a elaborar, por primera vez, productos a escala. Respecto de éste ultimo instrumento de producción, Koengsberger recuerda que “la gran expansión agrícola de los siglos XI y XII no habría sido posible con los útiles y aperos de la era carolingia. El cambio más importante fue la mayor difusión de los metales. El hierro se extraía en muchas partes de Europa y se vendía a las zonas que no lo poseían. La demanda procedía, en primer lugar, de los guerreros para sus espadas, yelmos y costas de malla. Pero los forjadores de espadas podían hacer también hoces y guadañas, hachas y sierras, martillos y clavos. Con esos útiles ya se podían construir molinos de agua. Los molinos eran un invento antiguo, del siglo I a C... No obstante, en el siglo XI, al ser más accesible los útiles de metal, se extendieron rápidamente⁶”.

Esta situación de la antigüedad, le permitió recordar a Ferrer que “el progreso técnico fue muy lento hasta el siglo XV e, incluso, en los tres siglos del Primer Orden Económico Mundial. Esto se refleja en el pausado aumento del producto por el hombre ocupado. Entre los años 1500

⁶ Koengsberger, H.G., “Historia de Europa. La Edad Media 400-1500”, traducido por Carmen Clavijo, título original “Medieval Europe 400-1500 (A History Of Europe)”, (Editorial Crítica – Barcelona – España – 1991) Pág. 124; Alferillo, Pascual E., “El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos – Caña de Azúcar”, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994), pág. 22; Anderson, Perry, “Transiciones de la antigüedad al feudalismo”, (Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1990), pág. 187; Pirenne, Henri, “Historia económica y social de la Edad Media”, (Fondo de la Cultura Económica, Clásicos de Economía, México, 1989), pág. 55; Vicen Vives, J. “Historia social y económica de España y América”, volumen I (Ed. Vicens – Bolsillo, Barcelona, España, 1982), pág. 343; De Vadeavellano, Luis. G., “Historia de España – De los orígenes a la Baja Edad Media”, Tº 2 (Alianza Editorial, Madrid, España, 1980), pág. 54, entre otros.

y 1800 el crecimiento de la productividad en las actividades primaria y artesano-manufacturera no excedió el 0,2% anual.

El modesto impacto del cambio técnico se refiere a la producción de bienes en la actividad rural y en las ciudades. En cambio, el progreso técnico tuvo consecuencias revolucionarias en dos campos principales: la navegación y la guerra. Hasta mediados del siglo XV, la tecnología naval disponible limitaba la autonomía de los navíos. Paulatinamente se fueron registrando avances importantes en cuatro campos principales: los instrumentos para la estima de la posición (el astrolabio, la brújula, el compás y el cuadrante náutico), el timón de popa, los velámenes y la ingeniería naval que permitió aumentar el tonelaje y mejorar la operabilidad de las naves. En todos estos terrenos los portugueses cumplieron una función pionera.⁷

Este autor, completa la caracterización de la etapa final de este periodo marcando que “entre los siglos XVI y XVIII la ciencia registró un extraordinario avance. En el transcurso de las tres centurias del Primer Orden Mundial se sentaron las fundaciones del método científico moderno y de las principales ramas del conocimiento: matemática, cálculo, astronomía, óptica, física, magnetismo, electricidad y medicina. Recién en el siglo XX, con los avances en la física nuclear y en la biología, emergen contribuciones de trascendencia comparable...⁸”.

Como se puede fácilmente colegir durante este largo periodo, en el cual el centro de la producción se focalizó en la agricultura y ganadería, no existieron modificaciones en los tipos de comportamientos que generaban daño. Por el contrario, se caracterizaban por la inmediatez entre el sujeto dañador y el perjudicado que se veían la cara, se conocían, por lo cual era factible de probar las razones íntimas por la cuales se provocaba el menoscabo.

En este tiempo, fue el imperio absoluto de la culpabilidad, pero conforme se comprobará no se vislumbra connotación económica – social alguna en la decisiones de resarcimiento que no sea la de satisfacer el interés del particular damnificado.

En un excelente y único estudio en búsqueda de los precedentes iniciales de la culpa, Quintano Ripollés, asegura que “es precisamente en el Renacimiento cuando el verdadero concepto de lo culposo comienza a aclararse, merced al impulso de los prácticos italianos de las generaciones inmediatas anteriores⁹”.

Este notable autor encuentra la raíz primera de la culpa en las compilaciones religiosas que por cierto resulta normal dado que inicialmente no se distinguía sistemáticamente el derecho de la moral y de la religión. Encuentra referencias en el Código de Manú¹⁰, en el de Hammurabi¹¹ como en los Libros del Antiguo Testamento¹², precisando que “en la misma línea cultural y racial del Derecho hebreo, el islámico, conoció asimismo la trascendencia del elemento intencional en

⁷ Ferrer, Aldo, “Historia de la globalización – Orígenes del orden económico mundial”, (Fondo de la Cultura Económica / Serie de Economía, Buenos Aires, primera edición 1996), pág. 72.

⁸ Ferrer, Aldo, ob. cit., pág. 97.

⁹ Quintano Ripollés, Antonio, “Derecho penal de la culpa (Imprudencia)”, (Bosch, casa Editorial, Barcelona, España, 1958), pág. 23 completa diciendo que “la historia de la culpa es menester estudiarla, siempre fragmentariamente, en los tratados generales o monográficos históricos o de Derecho Penal. Lo que falta, desde luego, es una visión panorámica de la cuestión capital, que o es otra que la de mostrar el paso paulatino y tantas veces interrumpido por pausas y retrocesos, de la culpa civil a la específicamente criminal...”.

¹⁰ Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit., pág. 24 recuerda que “la intrascendencia de la intención resalta, entre otros, en el versículo 288 del Libro VIII, donde se preceptúa disyuntivamente que “el que dañare los bienes ajenos, a sabianda o por negligencia, debe dar la misma indemnización y satisfacer al rey igual multa”. Se hace ver cómo en el segundo precepto, de multa al rey, trátase de una efectiva medida penal, aunque la indemnización haga mérito a lo civil...”. Mas adelante y luego de citar otros ejemplos continúa su comentario diciendo que “los partidarios de la tesis ariana de Oldenberg arguyen que esta neta distinción entre él “a sabianda” y “por descuido” se refiere, como todo lo comprendido en el título XI, a la “penitencias”, mientras que la equivalencia por el resultado se estipula en el VIII para las penalidades propiamente dichas. De donde, cabría deducir que, al contrario que en otros ordenamientos, incluso el igualmente ariano de Grecia, los elementos ideales ofrecen mayor relevancia en lo sacral que en lo penal laico, prevaleciendo en este terreno la condiaración objetiva...”.

¹¹ Quintano Ripollés, Antonio, “Derecho penal de la culpa (Imprudencia)”, pág. 26, precisa que “En el Código de Hammurabi aparece una indubitada valoración del delito culposo al lado del doloso en los art. 209 y 210, referidos al aborto, que se castiga con la muerte de la hija del culpable, si el acto fue malicioso, y con la simple composición pecuniaria si involuntario...”.

los delitos, pero no por eso dejó impunes en su ausencia las hipótesis culposas, notablemente las homicidas. Tampoco en ellas rigió la normal sanción talionar, que requería como elemento necesario la intencionalidad y en cuyo defecto, sustituyó por composiciones en dinero y ganado¹³”.

Echevesti, señala sobre el tema que “la culpa del pecado es condición de la existencia de la persona concreta, posterior al relato de la caída. Ubicada como anterior al hombre individuo, y más propio de la especie que de él mismo. Concebida como una instancia heredada e innata; aparece anterior nacido del hombre, tiene su origen en el hombre nacido de Dios, en una desobediencia originaria sin registro temporal. Es –según la Biblia – algo con lo que carga el hombre desde aquel episodio original de Adán¹⁴”

Continuando con las notas sobresalientes del trabajo de Quinto Ripollés, sostiene que filosóficamente es Aristóteles quién penetra de un modo decisivo en el significado del azar y sus consecuencias en el juego de los factores causales, pues “el *tuké* aristotélico viene a ser un concepto afín a la culpa, cuando incidiendo accidentalmente en seres dotados de voluntad libre, hubiera podido ser deseado o temido queriéndolo o no impedir. Se ve aquí, pues, una primera noción del azar valorado, mediante el factor de la previsibilidad y evitabilidad que andando en el tiempo habrá de desempeñar tan decisivo papel en lo jurídico penal.¹⁵

Entrando en el Derecho Romano, el autor glosado coincide con el resto de los historiadores, sobre el punto de inflexión que significó la Lex Aquilia¹⁶, reconociendo la existencia de normas legales reguladoras del *damnum injurie* que fueron derogadas por ésta. De igual modo se tiene plena convicción que el desarrollo de la culpa fue formulación de la jurisprudencia romana cristalizadas en las formulas justinianas.¹⁷

Pizarro, en su tesis doctoral, sostiene, en consonancia que “no es posible dentro del derecho romano una sistematización general de la responsabilidad civil basada en la idea de culpa. Por el contrario, el pensamiento jurídico romano se orientó hacia la noción de daño al tiempo de fundar las razones en virtud de las cuales debían afrontarse las consecuencias del hecho dañoso” pues “aún admitiendo la existencia de supuestos en los cuales se requería la culpabilidad, no es posible sostener que aquella constituyera una regla de responsabilidad civil. La culpa como fundamento exclusivo de la misma aparecería recién en el siglo XVII, en virtud de la influencia de los moralistas¹⁸”.

A su vez, Echevesti, concluye que “los juristas romanos de la época clásica no distinguieron claramente el carácter culpable del carácter ilícito del obrar dañoso, o en otras palabras, no podían pensar la ilicitud sin culpa¹⁹”. Este autor completa su pensamiento, citando a

¹² Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit., pág. 27 reconoce que existen en los libros del Antiguo testamento, singularmente en los más arcaicos, vestigios evidentes de responsabilidad objetiva sin consideración alguna aparente a la voluntad del autor, puesto que a veces es extensible a la familia y comunidad...”

¹³ Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit., pág. 29 cita a López Ortiz, Derecho Musulmán, Ed. Lalor, Barcelona, 1932, pág. 93/94.

¹⁴ Echevesti, Carlos A, “La culpa – Teoría general. Principales supuestos de aplicación” Colección “Responsabilidad Civil – Volumen 6, (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1997), pág. 34.

¹⁵ Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit., pág. 32 cita: Aristóteles, “Física, II, 6, 197, “Moral a Micomano” III, 1, 5, V, 8.

¹⁶ Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit., pág. 34 especifica que “ignorase, en primer lugar, la fecha exacta de dicha ley, que Pernice hace remontar al año 467 de la fundación de Roma, en ocasión del plebiscito del tribuno Aquilio, pero que otros romanistas más recientes reducen a la del 529...”; Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 70 la fija en el año 287 a C.; Arguello, Luis Rodolfo, “Manual de Derecho Romano – Historia e Instituciones”, 3º edición (Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993), pág. 357 e Iglesia, Juan, “Derecho Romano – Historia e Instituciones”, 10º Edición, (Ariel Derecho S.A., Barcelona, 1992), pág. 452, coinciden en el año 286 a de C.; Arangio Ruiz, Vincenzo, “Instituciones de Derecho Romano”, traducción 10ª edición italiana José M. Caramés Ferro (Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1973), pág. 417, fecha incierta pero indudablemente muy antigua.

¹⁷ Quintano Ripollés, Antonio, ob. cit. Pág. 35.

¹⁸ Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas”, (Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983), pág. 94/96.

¹⁹ Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 74.

Mosset Iturraspe, precisando que el rol de la culpa aparece en el Bajo Imperio, principalmente, en materia contractual y de que el hábito de graduar la culpa fue inventado por los glosadores.²⁰

En síntesis, en esta etapa no se vincula, a la culpa como factor de atribución del daño, con los factores económicos imperantes, por el contrario la relación se da con la religión de la cual, se va desprendiendo paulatinamente en su evolución hacia la culpa normativa.

Pizarro, grafica la vinculación que tratamos de establecer señalando que “el sistema de la responsabilidad basado en la culpa funcionó sin dificultades dentro de una economía agrícola-ganadera, en donde la actividad comercial se desarrollaba sobre la base del intercambio de productos de esa índole. Allí era factible de sostener que cada hombre solamente debía responder por sus propios actos, en tanto hubiere mediado culpa en su proceder.”²¹

Antes de dar por cerrado este punto, es oportuno rescatar una característica de la culpa que, de igual modo, evoluciona con el tiempo y se refiere a la inmediatez entre quién produce el menoscabo y el damnificado. En la *Lex Aquilia* éste era uno de los requisitos; que el daño fuese causado *corpore* por el contacto mismo del cuerpo del autor del delito con la cosa, que posteriormente se fue morigerando para pasar a no ser imprescindible a los fines de la condena, la inmediatez. Es decir, que se ordenaba al resarcimiento del menoscabo ocasionado aún sin contacto del autor sobre la cosa.²²

3. Segunda etapa: Las revoluciones industriales y los factores de atribución objetivos.

Esta segunda gran etapa de la evolución de la humanidad, algunos prefieren englobarla en una sola (“La segunda ola” de Toffler), pero preferimos diferenciar, con óptica jurídica, dos periodos, en razón de advertir diferencias en la fundamentación social y económica en la aplicación de la culpa como factor de atribución. En el primero, se vislumbra la entrada en crisis de la culpa ante los nuevos paradigmas del incipiente progreso tecnológico y, en la segunda revolución industrial, la consolidación de los factores objetivos en desmedro de la culpabilidad, aún cuando coexistan y mantengan su propia esfera de incumbencia.

3.1. La primera revolución industrial. La persistencia de la culpa.

Esta primera etapa de los cambios en los métodos mecánicos de producción, Rifkin estima que concluye en el año 1860 describiendo que “el vapor se empleó para abrir minas de metales, producir textiles, y fabricar un amplio abanico de productos que, en épocas anteriores, habían sido fabricados a mano. Los buques de vapor sustituyeron a los viejos veleros, la locomotora ocupó el lugar de los vagones tirados por caballos; así se mejoró ampliamente el proceso de transporte y el movimiento de materias primas y de productos terminados. El motor a vapor se convirtió en un nuevo tipo de esclavo de trabajo, una máquina cuya potencia física excedía con mucho la fuerza conjunta de animales y seres humanos²³”.

Este tiempo de renovación en la industrialización, con óptica jurídica, es descripto con notable precisión por Trigo Repesas – López Mesa, cuando señalan que “la primera revolución industrial muestra como mecanismos salientes, a la lanzadera de las máquinas textiles, a la

²⁰ Echevesti, Carlos A, ob. cit., 78; Mosset Iturraspe, Jorge, “Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, pág. 33/34; Lafaille, “Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones”, pág. 71 n° 179 y notas 163/164; Quintano Repolles, Antonio, ob. cit. Pág. 37.

²¹ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 20.

²² Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 72, Gayo, “Institutas”, IV, 3, 15,37.

²³ Rifkin, Jeremy, “El fin del Trabajo – Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, (Paidós – Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1996 – 1ra edición), pág. 85/86.

caldera de vapor y a la locomotora; sobre estas maquinarias se edificó un formidable desarrollo industrial y capitalista. Pero aún cuando ellas provocaron mucho más daño que los medios de producción y transporte utilizados con anterioridad, su siniestralidad era insignificante comparada con la producida por los medios de producción y transporte que las sustituirían a ellas un centenar de años después: la electricidad, la energía nuclear, los automotores a combustión interna, los telares eléctricos, etc.²⁴”.

Sin embargo una acabada descripción de la crisis del momento y de la insuficiencia de la culpa para concretar la equidad en los reclamos provenientes de los daños generados por el nuevo maquinismo se encuentra en el campo laboral.

La pluma de Panettieri describe con profusión de detalles la situación en nuestro país que ubica al lector con crudeza en la realidad social y jurídica del momento. Este autor recuerda que “el trabajador víctima de un accidente, debía justificar con elementos de juicio suficientes, que el hecho materia del daño experimentado era imputable a culpa o negligencia del patrón o empresario para quién trabajaba. Pero como todo juicio de prueba resultaba largo y costoso, el obrero perjudicado carente de recursos para litigar, sólo podía aspirar a recibir apenas una pequeña suma de dinero ofrecida por el patrón por caridad y no como legítima indemnización, aunque en realidad el propósito de éste último era evitarse las erogaciones y molestias de una posible acción judicial²⁵”.

Ello era así por cuanto “hasta comienzo de este siglo la jurisprudencia nacional se inspira absolutamente en el principio jurídico emanado del Código Civil (art. 907 y 1109) por el que se establecía que la responsabilidad de indemnizar el daño ocasionado por un accidente sólo se haría efectiva cuando mediara dolo, culpa o negligencia por parte del causante del daño o cuando éste se enriqueciera. Los hechos involuntarios no engendraban obligación indemnizatoria para sus agentes. En realidad, en estos casos, las consecuencias inmediatas le eran siempre imputable al agente; las mediatas cuando las hubiera previsto o podido prever; las causales cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho, si éste era lícito, y en los reprobados por la ley, si la casualidad de ellos había sido perjudicial por causa del hecho. Esta doctrina, sustentada por jueces y abogados con una interpretación excluyente de toda excepción que no fueran las enunciadas por los artículos citados del Código Civil, respecto de los hechos involuntarios tornaba angustiosa la situación del trabajador en relación de dependencia a medida que aumentaba su riesgo como consecuencia de la realización de trabajos más complejos, propios de una sociedad que había superado ya su estructura económica de carácter pastoril²⁶”.

Este autor recuerda que Nicolás Repetto, ingresado recientemente al Partido Socialista, escribió sobre la responsabilidad en los accidentes del trabajo declamando con relación a la figura conocida entonces como “la teoría del descuido” que era preciso que “todos los obreros sepan que los grandes diarios de nuestro país designan con el nombre de descuido lo que en países civilizados de Europa se llama riesgo profesional, expone a accidentes inherentes e inevitables, y quién lo ejecuta se expone a esos accidentes, corre los riesgos que impone la producción. Por esta razón los accidentes de trabajo deben ser indemnizados²⁷”.

Como se advierte esta referencia concreta a la transición que principiaba a gestarse desde la culpa a la teoría del riesgo, surge desde el ámbito del socialismo, es decir desde el campo de

²⁴ Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., ob. cit., citan a Gamarra, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, (Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 1991), pág. 8.

²⁵ Panettieri, José, “Las primeras leyes obreras”, Biblioteca Política Argentina (Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984), pág. 54.

²⁶ Panettieri, José, ob. cit., ob. cit., pág. 54; Alejandro Umsain, “Los principios generales de legislación de accidente de trabajo”, B.N.T., N° 20 año 1912; Federico Figueroa, “La jurisprudencia nacional sobre accidentes de trabajo”, Bol. Dep. Nac. Del Trabajo, N° 20, 1912.

²⁷ Repetto, Nicolás, dos artículos publicados los días 3 y 11 de agosto de 1901 en el semanario “La vanguardia”, citado por Panettieri, José, ob. cit., pág. 58.

las ideologías políticas que pregonaban la lucha de clases y la solidaridad del sector obrero contra el capitalismo.

Ello viene a colación por cuanto, Mosset Iturraspe y Pizarro señalan que “la culpa, como fundamento exclusivo y excluyente de la responsabilidad civil, es hija dilecta de la llamada Escuela Racionalista de Derecho Natural²⁸”. Ello por cuanto, “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; hija dilecta de la Escuela racionalista del Derecho Natural. No es propia del Derecho Romano, ni de los tiempos anteriores. No se inspira en el Derecho Canónico. No es aristotélica ni tomista guarda relación con la Escuela Clásica del Derecho Natural. No se funda en la Naturaleza de las cosas²⁹”.

Pizarro completa su pensamiento conectando el factor de atribución a intencionalidades de una de las partes cuando analiza que “la culpa, el reproche subjetivo, se revela idóneo para tales fines: parece justo y razonable que el hombre sea “garante” de sus actos y que deba responder en tanto y en cuanto haya mediado una falta. Si, por el contrario, se lo obligare a asumir daños que le son achacables a título de culpa, se comprometía gravemente su capacidad de emprender actividades individuales (y con ello el derecho de propiedad y de contratar libremente). De esta forma se procura sustraer del ámbito empresarial la carga de aquellos daños causados de manera inculpable. La culpa desempeña así una función ideológica dentro de este sistema; el principio “*pas de responsabilité sans faute*” representa un presupuesto indispensable para el éxito de la revolución industrial, pues no grava inútilmente a la empresa, obligándola a soportar riesgos inevitables. La estrategia empresarial podría verse afectada si debiera responder por daños que no obedecieron a su acción culpable. Era preferible dejar a la víctima librada a su propia suerte. Entre uno y otros, el racionalismo se inclina por el victimario no culpable, antes que por la víctima inocente que sufrió el daño³⁰”.

Esta etapa jurídica, coincidimos con la apreciación de Trigo Represas – López Meza, finaliza sin una fecha fija, con “la aparición y difusión de un nuevo tipo de maquina de las conocidas en el siglo XIX, como los automóviles, ferrocarriles y aviones que contribuyó decisivamente a alterar radicalmente el panorama de la responsabilidad aquiliana hasta entonces vigente³¹”.

3.2. La segunda revolución industrial. La consolidación de los factores objetivos de atribución.

La segunda revolución industrial, para algunos autores, como Rifkin se produjo entre 1860 y la primera Guerra mundial, en cambio otros pensadores no se preocupan por preciar el inicio de esta sub-etapa de la mecanización manufacturera pues estiman que es la profundización de la primera, pero coinciden en fijar, las postrimerías de la misma, entre el final de la segunda guerra mundial y la década del sesenta del siglo XX (Toffler, Sakaiya, etc.).

²⁸ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 47.

²⁹ Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado” en “Estudio sobre responsabilidad por daños”, Tº I (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, Reimpresión 1980), pág. 17.

³⁰ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 51, fundamenta su opinión sosteniendo que “El racionalismo asume un contenido individualista y liberal en extremo, procurando convertirlo en el personaje central de todo el espectro jurídico. El hombre concebido por el iluminismo es un personaje económicamente fuerte, emprendedor, poderoso, pleno de iniciativas individuales, cuya acción, de manera indirecta, repercute beneficiosamente en la comunidad. El Estado asume un rol pasivo y debe limitarse a interferir lo menos posible en la vida de los ciudadanos, preservando la paz interna y externa, garantizar, fundamentalmente, la propiedad y la libertad contractual constituye su misión casi exclusiva. Es lógico que dentro de una escala de valores semejantes, en la que se busca elaborar un orden normativo perfecto y racional, inmutable a toda circunstancia de espacio, tiempo y lugar, basado en la protección de cualquier actividad individual lícita, todo sistema de responsabilidad civil debía estar basado, necesariamente, en la idea de culpa (y de acto ilícito)...”

³¹ Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., ob. cit., pág. 778; Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 8.

Este tiempo se caracteriza, conforme los estudios realizados por Rifkin, del siguiente modo: “el petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando nuevas fuentes de energía para hacer funcionar los motores, encendía las luces de las ciudades y proporcionaba comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinada con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico³²”.

Por su parte, Toffler, corrobora que “carbón, ferrocarriles, hiladuras, automóviles, caucho, fabricación de máquinas herramientas...éstas fueron las industrias clásicas de la segunda ola. Basadas en principios electromecánicos esenciales sencillos, utilizaban elevadas aportaciones de energía, despedían una cantidad enorme de desperdicios y polución y se caracterizaban por largas series de producción, bajo nivel de especialización de la mano de obra, trabajo repetitivo, productos uniformados y controles fuertemente centralizados³³”.

En síntesis, enseña Sakaiya, “en ámbito de posguerra, gozando de una abundancia de materia prima y productos agrícolas baratos, originó una filosofía de consumismo acorde con la cual era sensato e incluso “refinado” usar muchos productos y recursos y cuidar la mano de obra; y la generación de la posguerra, engarzando éste ideal de consumo con los avances técnicos y los nuevos sistemas de gestión necesarios para concretarlo, creó la matriz que permitiría un enorme aumento en la escala de las operaciones económicas y la tasa de crecimiento económico durante un largo período. Como la civilización que logró esto partió de la repentina abundancia del petróleo barato, y se propuso desarrollar modos de explotar este recurso, a partir de aquí llamaré “Cultura petrolera de la posguerra”³⁴”. Este autor oriental, completa su visión agregando que “la ideología de la sociedad industrial sostiene que es de buen gusto consumir recursos en abundancia, y que brindar la oportunidad de lograr ese consumo a todos los pueblos del mundo es hacer justicia. Estos supuestos éticos y estéticos constituyen, en conjunto, lo que denominaré el espíritu básico de la sociedad industrial³⁵”.

La preocupación jurídica por la problemática que presentaban los daños acaecidos como consecuencia de la industrialización a gran escala, va de naturaleza, que surge siempre después de acaecidos los fenómenos. Y en este caso puntual, la del derecho civil fue posterior a la iniciativa del derecho laboral que fue el primer sector que recibió el impacto de los menoscabos y las injusticias del maquinismo industrial.

Uno de los primeros doctrinarios civilistas, en nuestro país, que realiza un diagnóstico de la situación es Bustamante Alsina cuando indica que “las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven hoy día constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico. Tal vez, pueda decirse hoy como entonces, que el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias extremas que lo exponen a causar y sufrir daños sin culpa alguna. Tal vez pueda seguir afirmando

³² Rifkin, Jeremy, ob. cit., pág. 86.

³³ Toffler, Alvin, “La tercera ola”, traducción Adolfo Martín, título original “The third wave”(Plaza & Janes Editor S.A., España, undécima edición, 1995), pág. 181. Para este autor las palabras claves que identifican a la segunda ola son: uniformación, especialización, sincronización, cocentración, maximización y centralización. A su vez, grafica, pág. 167, como la nueva síntesis que “la fábrica era el símbolo de la Era industrial...”

³⁴ Sakaiya, Taichi, “Historia del futuro – La sociedad del conocimiento”. Traducido de la edición norteamericana de Kodansha Internacional, New York, 1991 titulada “The Knowledge – Value Revolución or A History of the future” (Editorial Andres Bello, Chile, Primera edición 1994), pág. 49.

³⁵ Sakaiya, Taichi, ob. cit., pág. 50.

actualmente que la mayoría de los daños que ocurren no son el efecto de conductas individuales sino el resultado de comportamientos sociales³⁶”.

Por su parte, el profesor Pizarro, cuando formula su observación marca que “la realidad cambio bruscamente con la aparición del maquinismo y la industrialización, produciendo la transformación de todo el medio socioeconómico. La comunidad comenzó a experimentar nuevas exigencias frente a las cuales el sistema subjetivo de la responsabilidad civil no daba respuestas satisfactorias. Por eso, una vez iniciado el periodo de la revolución industrial, ya no era necesario proteger a la empresa de los costos excesivos. Se tomó conciencia, pues, de la necesidad de concebir al derecho de la responsabilidad civil como una forma de protección contra el riesgo de vida en comunidad, y en la medida en que se acrecentó el desarrollo tecnológico e industrial, quedó patentizada la insuficiencia de la concepción de la culpa³⁷”.

La insuficiencia de la culpa como factor de atribución justificó la aparición de los factores objetivos de atribución, entre los cuales ocupa un lugar preponderante la “teoría del riesgo” que en el ámbito del Derecho Civil tuviera recepción expresa en la esfera extracontractual en el art. 1113 del Código Civil.

En su especializado trabajo, Pizarro, especifica que “la correcta formulación de la teoría del riesgo debe ser realizada sobre la base del llamado “riesgo creado”, es decir, en su formulación más amplia y genérica. Quién introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros se beneficie o no con el, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación. Así como en otro tiempo se sostuvo que el hombre debía responder solamente por sus actos culposos, hoy es razonable pensar que también deba reparar los daños que son fruto de una actividad riesgosa, sea la misma normal o anormal, le reporte o no un beneficio de cualquier índole. Esta idea, que no ha sido aceptada con facilidad por la mayoría de los juristas sino después de muchos años de tenaz lucha entre subjetivistas y objetivistas, es la que mejor concilia con los intereses de una sociedad moderna, a la cual algunos autores, impropriamente, denominan “capitalismo maduro³⁸”.

No hay lugar a hesitación para entender que en la dinámica jurídica actual el cimiento de la responsabilidad está focalizado, a partir del desarrollado y recepción legislativa de los factores de atribución objetivos, en el daño. Ello en función de la permanente incorporación en el desarrollo social de elementos de producción y actividades tecnológicas generadores de riesgos para la vida, integridad física y patrimonio de los seres humanos (maquinarias, automotores,

³⁶ Bustamante Alsina, Jorge, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, en libro “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio” (Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, setiembre 1977), pág. 15; L.L., 1975-D-476; “Responsabilidad Civil y otros estudios”, Vol. I, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984), pág. 235. Este autor completa su pensamiento sosteniendo que “la responsabilidad civil tiende a reflejar fuertemente las circunstancias sociales cambiantes. La multiplicación de los daños a las personas y a sus bienes debidos a las modernas condiciones de vida, impone al derecho de daños el propósito de garantizar contra ciertas formas de lesiones, no porque sean injustas, sino porque son perjudiciales... (pág. 26). En igual sentido, Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, “La responsabilidad civil en la Era Tecnológica”, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989), pág. 201.

³⁷ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 69.

³⁸ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 43/44. Este autor completa su criterio señalando que Naturalmente los partidarios de criterios subjetivistas a ultranza experimentan una lógica repulsión ante la presencia de este nuevo factor de atribución, al que consideran como un elemento invasor, que “cosifica” al derecho haciéndoles temer el Apocalipsis. Y no son pocos los autores que aún partícipes de las nuevas ideas, han sentido un infundado temor a aceptarlas plenamente, y buscan ponerles límites injustificados (el beneficio o provecho, o el acto anormal). Nosotros creemos que con tales restricciones se pierde de vista el verdadero fundamento de la teoría del riesgo, y su razón de ser: brindar a la víctima una razonable protección, sin desentenderse, por cierto, de la situación del responsable. Quién introduce un riesgo a la comunidad debe soportar sus consecuencias: éste es el principio; se beneficie o no con el mismo, pues su obligación de reparar el daño no surge del provecho que pueda haber obtenido, cualquiera sea la índole del mismo... sino de la circunstancia de haber creado el riesgo que ulteriormente produjo el daño...”.

fábricas, daño ecológico, nucleares, etc.) que no existían al momento de la sanción del código sustantivo.

El profesor Borda cuando examina la proyección de la Ley 17711, en materia de responsabilidad civil, destaca que “la teoría del riesgo no desplaza la culpa, pero se la completa con la noción más dinámica del riesgo creado. Esta reforma, continúa, rompió el dique que implicaba la aplicación rigurosa de la teoría de la culpa y abrió un amplio campo para la modernización de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil. El derecho clásico miraba el daño desde el ángulo del autor del hecho; hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado³⁹”.

Este moderno enfoque de la responsabilidad civil es destacado por Messina de Estrella Gutiérrez cuando opinó que “la reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil”. Ello por cuanto “la mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no sólo podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad” asegurando que “...la debilidad de la víctima de daños no consiste en su inferioridad económica sino en la indefensión frente a las fuentes modernas de daños tecnológicos: la víctima de accidentes nucleares, del daño ecológico, de la intromisión en la vida privada por sofisticados medios, la víctima de los daños de la biotecnología, de los productos de consumo masivo..., no posee los recursos necesarios para repeler y reaccionar contra los elementos tecnológicos causantes del daño⁴⁰”.

Es decir, como sintetiza Rivera, “empieza a ser menos importante el factor de atribución subjetiva, la antijuridicidad o la causalidad; lo que interesa es que no quede un daño injusto sin reparar⁴¹”.

Cuando se indagó respecto de las razones sociales y económicas que justificaban la vigencia de los factores de atribución de carácter objetivo, Pizarro, proloquia que “la suerte de la culpa como fundamento indiscutido de la responsabilidad civil quedó indisolublemente ligada a la concepción racionalista, a punto tal de entrar en crisis juntamente con ella. El industrialismo en gran escala obligó a replantear las soluciones adoptadas pues generó una profunda mutación en todas las condiciones sociales. Aquella comunidad concebida idealmente, en la que participaban hombres emprendedores, jurídicamente libres y con innumerables potencialidades económicas, se convierte, luego del fenómeno de la industrialización, en una sociedad en la que coexisten fuertes y pequeños, utilizando la terminología feliz de Ripert. Por un lado está quién crea riesgos, valiéndose de maquinarias en extremo complejas y peligrosas, y por otro quién debe limitarse a padecer aquella desigualdad económica, soportando los mismos. El principio de la responsabilidad subjetiva ya no cumple aquella función que tenía asignada originariamente, pues ha cambiado sustancialmente el medio socio-económico. El daño asume ahora un origen “anónimo”, es fruto de maquinarias en extremo complejas que generan detrimentos aún sin que medie culpabilidad del propietario o guardián de ellas. Aparece, entonces, el riesgo creado como fundamento de la obligación de indemnizar, procurando lograr, con criterio pragmático, soluciones más justas y equitativas, que guarden armonía con la realidad imperante en este tiempo de la historia⁴²”.

³⁹ Borda, Guillermo A., “Proyección actual de la Ley 17711 en materia de responsabilidad civil” en el libro “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio” Alberto J. Bueres – Aída Kemelmajer de Carlucci – Directores (Abeledo Perrot – Buenos Aires – Set/1997), pág. 27.

⁴⁰ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Función actual de la responsabilidad civil” en el libro “Derecho de Daños”, (Ediciones La Rocca – Buenos Aires – 1991), pág. 51, en igual sentido, Alterini, Atilio Aníbal, “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en el libro “Responsabilidad Civil - Presupuestos” (Avocatus - Córdoba - 1997), pág. 121/134.

⁴¹ Rivera, Julio César, “Responsabilidad civil y economía” en el libro “Responsabilidad Civil – Presupuestos” – Sala de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Córdoba (Ed. Avocatus – Córdoba – 1997), pág. 11.

⁴² Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 53. El jurista de Córdoba insiste que “la doctrina que exige, necesariamente de culpa para la configuración de la responsabilidad civil constituye una proyección del “laissez faire” hacia el plano

Por ello, los representantes de la escuela platense, Trigo Represas y López Mesa, aseguran que “la responsabilidad por el riesgo generado es una responsabilidad socializada y responde a la necesidad productiva de valerse de cosas peligrosas. Esta teoría, “se va a plantear la primacía del bien común de la colectividad por encima de los meros intereses individuales en miras de procurar una adecuada protección al público en general, atribuyendo el riesgo de la actividad económica privada a quién o quienes reciban provecho de ella⁴³”. A su vez, desde Córdoba, Pizarro coincide al decir que “la doctrina del riesgo creado responde plenamente a la concepción solidaria del derecho, que pone especial énfasis en la protección de quienes son económicamente débiles, con el propósito de concretar un ideal de igualdad que no sea meramente formal⁴⁴”.

Como se colige, el imperio de la culpa fue asediado tanto por el ateísmo socialista como por la concepción solidaria pregonada desde la cristiandad, lo que marca que el resultado injusto de no compensarse los daños generados por el maquinismo industrial era repudiado en forma unánime por todo el espectro social que tuviera como ideal el respeto por la vida humana.

Sin perjuicio de ello, la realidad cotidiana muestra que los cambios sociales y económicos no se producen en periodos estancos, desapareciendo simultáneamente el esquema productivo anterior, sino por el contrario, la mutación surge del mismo seno del sistema que va siendo superado por la evolución del hombre, conviviendo en el reinado del nuevo. Ayer la agricultura y la ganadería convivían con el industrialismo incipiente y luego con el de escala. Hoy, como se examinará en el apartado siguiente, éstos comparten el mundo con la novísima tecnología. Basta, en nuestros países subdesarrollados, levantarse de la computadora, de Internet, y comprobar que aún en algunos campos se labra y siembra con el arado tirado por la fuerza animal.

Ello, lleva necesariamente a entender el porque no fue derogado sin más la culpabilidad como factor de atribución ante el avenimiento de los factores objetivos de responsabilidad (riesgo, equidad, seguridad social, mora automática, etc.). Es decir, a comprender las razones de la coexistencia que indudablemente impone la compatibilización del campo de actuación de cada uno y, por cierto, su complementación.

El profesor Borda cuando examina la proyección de la Ley 17711, en materia de responsabilidad civil, destaca que “la teoría del riesgo no desplaza la culpa, pero se la completa con la noción más dinámica del riesgo creado. Esta reforma, continúa, rompió el dique que implicaba la aplicación rigurosa de la teoría de la culpa y abrió un amplio campo para la modernización de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil. el daño desde el ángulo del autor del hecho; hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado⁴⁵”.

Va de suyo, que otro tanto ocurre actualmente con el avenimiento de la incipiente “sociedad del saber” donde coexisten economías y forma de vida muy arcaicas, con modernos feudalismo, industrialismo desechado por los países desarrollados, con procesadores informáticos, Internet, tecnología de vanguardia, clonación, etc. Ante ello, es razonable que cohabiten distintos factores de atribución, inclusive dentro de una ley con un propósito determinado, como puede ser, la defensa de los consumidores.

En cuanto a la pérdida de inmediatez entre la acción y voluntad del sujeto que produce el daño con los bienes menoscabados, verificamos que en esta etapa se profundiza el alejamiento, al punto que en el caso de los producidos por el vicio o riesgo de la cosa no se indaga sobre la

jurídico...” y de que “la regla de la responsabilidad civil basada en la sola idea de culpa procura sustraer a la empresa de los daños causados inculpablemente, evitando gravarla mediante la obligación de afrontar riesgos inútiles...”, pág. 68/69.

⁴³ Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., ob. cit., pág. 783; Trigo Represas, Félix A., “Lineamientos actuales de la responsabilidad civil”, Revista “Ley, Razón y Justicia”, año 1 N° 1, pág. 13 y sig.

⁴⁴ Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 55.

⁴⁵ Borda, Guillermo A., ob. cit, pág. 27; Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 45 enseña que “culpa y riesgo tienen su campo propio de aplicación en donde reinan exclusivamente...”.

determinación dañina o la falta de diligencia, sino que basta la comprobación del nexo causal material para atribuir el deber de resarcir a su dueño o guardián.

Otro tanto ocurre, pero en menor escala, en este proceso de objetivización del derecho, cuando se verifican daños producidos con la cosa, en los cuales el accionar del hombre tiene ingerencia, dado que se invierte la carga probatoria debiendo, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad probar que de su parte no la hubo.

Esta situación se profundiza cada día más, como se verá en el punto siguiente, donde puede darse el caso de que el dañador ni siquiera llegue a conocer a su víctima y deba reparar el perjuicio que le ocasionó. La utilización de modernos ordenadores, a la vez que permite un flujo mayor de información, de igual modo, potencia la posibilidad de injuriar (por dar un ejemplo tradicional), de plagiar ideas, sitios web, etc.

Para cerrar el análisis de esta gran etapa en su transición hacia una nueva forma de convivencia social, es oportuno transcribir, las retóricas palabras de Toffler: “La fábrica. ¡Larga vida a la fábrica! Hoy, incluso mientras se construyen nuevas fábricas, esta agonizando la civilización que convirtió la fábrica en una catedral⁴⁶”.

4. Tercera etapa: La era del saber y la necesidad de avizorar nuevos factores de atribución de responsabilidad.

Esta tercera etapa de la evolución tecnológica ha sido identificada con distintos nombres conforme cada autor que trató de precisar los perfiles de este tiempo económico y social que vive la sociedad en los albores del siglo XXI.⁴⁷

Para la preocupación por el futuro del trabajo de Rifkin y la mayoría de los autores consultados y transcritos, este ciclo principia a perfilarse después de la finalización de la segunda guerra mundial, entre los años cincuenta a sesenta de la pasada centuria y entiende que en los años noventa comenzó a tener impacto significativo en como la sociedad organiza su actividad económica, al observar que “los robot controlados numéricamente y los ordenadores y sus avanzados “software” están invadiendo las últimas esferas humanas disponibles: El reino de la mente. Adecuadamente programadas, estas nuevas “maquinas pensantes” son capaces de realizar funciones conceptuales, de gestión y administrativas y de coordinar el flujo de producción, desde la propia extracción de materia prima hasta el marketing y la distribución de servicios y productos acabados⁴⁸”. Ello por cuanto estima que “la transición hacia una sociedad de la información prácticamente carente de trabajo es la tercer y última etapa de un gran cambio en los paradigmas económicos marcados por la transición desde las fuentes renovables a las no renovables de energía y desde las fuentes biológicas de poder a las mecánicas. A lo largo de las grandes etapas de la historia, la supervivencia humana ha estado íntimamente ligada a la fecundidad de la tierra y los cambios estacionales. Los flujos solares, el clima, la sucesión ecológica han condicionado cualquier tipo de economía existente en la tierra. El ritmo de la actividad económica quedaba fijado por el dominio sobre la energía eólica, sobre la hidráulica, sobre la de los animales y sobre la del ser humano⁴⁹”.

Para Toffler, realizando una descripción general, “la tercera ola trae consigo una forma de vida auténticamente nueva basada en fuentes de energía diversificadas y renovables; en métodos de producción que hace resultar anticuadas las cadenas de montaje de la mayor parte de las fabricas; en nuevas familias no nucleares; en una nueva institución, que se podría denominar el

⁴⁶ Toffler, Alvin, ob. cit., pág. 168.

⁴⁷ Rifkin, Jeremy, “Tercera revolución industrial”; Toffler, Alvin, “La tercera ola”; Drucker, Peter F., “La sociedad poscapitalista”; Sakaiya, Taichi, “La Sociedad del conocimiento”; Mercier, Pierre Alain - Plassard, François – Scardigli, Víctor, “La sociedad digital”; “sociedad posmoderna”, “sociedad tecnológica”, etc.

⁴⁸ Rifkin, Jeremy, ob. cit., pág. 86.

⁴⁹ Rifkin, Jeremy, ob. cit., pág. 85.

“hogar electrónico”, y en escuelas y corporaciones del futuro radicalmente modificadas, La civilización naciente escribe para nosotros un nuevo código de conducta y nos lleva más allá de la uniformización, la sincronización y la centralización, más allá de la concentración de energía, dinero y poder⁵⁰”.

En sentido concordante, Drucker con su conocida agudeza por la fenomenología del gerenciamiento de las empresas, subraya que “el mayor de los cambios, mucho más importante que los cambios en la política, en el Estado o en la economía, es el cambio hacia la sociedad del conocimiento en todos los países desarrollados no comunistas. El centro de gravedad social ha pasado al trabajador “de conocimiento”. Todos los países desarrollados están llegando a ser postempresariales, sociedades “del conocimiento”. El acceso a los buenos trabajos y a las oportunidades de carrera requiere de modo creciente, en los países desarrollados, un diploma universitario. En cierto modo es el resultado lógico de una larga evolución en la que nos encontramos, desde el trabajo con el sudor de nuestra frente y con el músculo, al trabajo industrial y, finalmente, al trabajo “de conocimiento”. Pero el desarrollo representa asimismo una profunda ruptura con el pasado. Hasta hace poco, había pocos trabajos que requirieran conocimiento. El conocimiento era más un adorno que una necesidad⁵¹”.

Para redondear la observación prospectiva de Drucker es ineludible transcribir que “el recurso económico básico, el “medio de producción” para utilizar el término de los economistas, ya no es el capital ni los recursos naturales (el suelo de los economistas), ni la “mano de obra”. Es y será el saber. Las actividades principales en la creación de riqueza no serán ni la asignación de capital para usos productivos, ni la “mano de obra”, los dos polos de la teoría económica en los siglos XIX y XX, fuera de esta clásica, marxista, keynesiana o neoclásica; ahora el valor se crea mediante la “productividad” y la “innovación” ambas aplicaciones del saber al trabajo. Los grupos sociales dirigentes de la sociedad del saber serán los “trabajadores del saber”, ejecutivos que saben como aplicar el saber a un uso productivo, al igual que los capitalistas sabían aplicar capital a un uso productivo: Profesionales del saber, empleados del saber. Prácticamente toda esta gente del saber estará empleada en organizaciones; no obstante, y a diferencia de los empleados bajo el capitalismo, ellos son dueños tanto de los “medios de producción”, como de los “útiles de producción”; de los primeros a través de sus fondos de pensiones, que se van afirmando rápidamente en todos los países desarrollados como únicos propietarios reales; de los segundos, porque los trabajadores del saber poseen su saber y pueden llevárselo con ello dondequiera que vayan. Por los tanto, el desafío económico de la sociedad poscapitalista, será la productividad del trabajo del saber y del trabajador del saber⁵²”.

Para completar la descripción de esta sociedad del porvenir resulta oportuno, aún cuando pueda entenderse como sobreabundante, transcribir algunos pensamiento de Sakaiya, quién

⁵⁰ Toffler, Alvin, ob. cit., pág. 21. Este autor señala, en la pág. 19, que “una nueva civilización está emergiendo en nuestras vidas y hombres ciegos están intentando en todas partes sofocarla. Esta nueva civilización trae consigo nuevos estilos familiares; formas distintas de trabajar, amar y vivir; una nueva economía; nuevos conflictos políticos y más allá de todo esto, una conciencia modificada también. Actualmente ya existen fragmentos de esta nueva civilización. Millones de personas están ya acompasando sus vidas a los ritmos del mañana. Otras aterrorizadas ante el futuro, se entregan a una desesperada y vana huida al pasado e intentan reconstruir el agonizante mundo que les hizo nacer. El amanecer de esta nueva civilización es el hecho más explosivo de nuestros días. Es el acontecimiento central, la clave para la comprensión de los años inmediatamente venideros. Es un acontecimiento tan profundo como aquella primera ola de cambio desencadenada hace diez mil años por la invención de la agricultura o la sísmica segunda ola de cambio disparada por la revolución industrial. Nosotros somos hijos de la transformación siguiente, la tercera ola...”.

⁵¹ Drucker, Peter F., “Las nuevas realidades – En el Estado y la Política...En la economía y los negocios. En la sociedad y en la imagen del mundo”, Traducción Purificación Suarez Herranz y José María Suarez Campos, Título original “The New realities in Government and in Society in Economy and Economics and in world View” (1989) (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Quinta edición 1995), pág. 254.

⁵² Drucker, Peter E., ob. cit., pág. 14. Se extrae de la página 23 de su estudio que “el saber esta deviniendo rápidamente el factor número uno de la producción, desplazando capital y mano de obra a un segundo plano. Puede que sea prematuro (y ciertamente sería presuntuoso) decir que la nuestra es una “sociedad del saber”; hasta el momento sólo tenemos una economía del saber, pero nuestra sociedad es ciertamente “poscapitalista”.

considera que “el bien que existirá en abundancia es el saber, en un sentido amplio que incluye las acepciones “conocimiento” e “información”. La acumulación de saber aumenta a medida que el conocimiento y la experiencia humana crecen y se propagan por los sistemas educativos y las redes de información y comunicaciones que hemos desarrollado, y el modo en que la gente percibe y discierne estos datos continuamente adapta y reforma lo que denomino saber...⁵³”. Pues, “a fin y al cabo, el medio de producción más importante para generar valor-conocimiento es la mente individual, y quienes están a cargo de generarlo deben poner en juego su conocimiento, experiencia y percepción, La creación de valor –conocimiento es una empresa donde la mano de obra y los medios de producción se han fusionado inextricablemente; el trabajador es el medio de producción⁵⁴”.

Luego de leer con detenimiento las palabras de estos vanguardistas del fenómeno social y de observar como se patentizan los cambios sociales, económicos a nuestro alrededor debemos comenzar a interrogarnos si los factores de atribución conocidos hasta la fecha, tanto los subjetivos como los objetivos son suficientes en su estructura para cobijar en su seno, la reprochabilidad que se le pueda endilgar a los daños provenientes de la sociedad del conocimiento.

Un atisbo de duda se puede inferir en el trabajo de Kemelmajer de Carlucci – Parellada, cuando apuntan que “en el Código Civil, a diferencia de otras legislaciones extranjeras modernas, no contiene expresamente una norma que regule la responsabilidad objetiva por las actividades riesgosas en la órbita extracontractual⁵⁵” y más adelante sostienen que “el desarrollo tecnológico muestra supuestos en los que se hace necesario imputar responsabilidad objetiva a quienes desempeñan actividades de alto índice de dañosidad; por ej., el manejo de la información, el lanzar al mercado productos potencialmente dañosos que serán finalmente consumidos por personas que no tienen con el elaborador vinculo contractual alguno; la utilización de fertilizantes, algunos de ellos prohibidos en el extranjero pero admitidos en nuestro país, etc.⁵⁶”.

El primer ejemplo dado, el manejo de la información, que encuentra en el “habeas data” a una de sus típicas figuras con protección constitucional y frente a su trasgresión con daño, la consecuente indemnización de los perjuicios, especialmente de los morales, cuando se ha registrado indebidamente a un persona en listados de morosos, delincuentes, etc., ello permite formular una serie de interrogantes.

- a) ¿Se adopta a la culpa realmente como factor de atribución o, por reflejo dogmático se la anuncia para justificar el resarcimiento?
- b) ¿Es procesalmente justo exigirle al perjudicado la prueba de la negligencia, imprudencia o del dolo del sujeto suministrador o del registrador de los datos?
- c) ¿Es aplicable la teoría del riesgo para soslayar la exigencia o es necesario que comencemos a examinar la posibilidad de otros factores de atribución más acorde con la sociedad del conocimiento, tecnológica, postmoderna o como quiera denominarse al fenómeno económico y social nuevo que nos toca vivir?

Con relación al primer interrogante estimamos que nuestros tribunales aplican como factor de atribución a la culpa, pero no del modo tradicional, sino de un modo objetivo, si puede llamársele de algún modo, pues, con justicia, pretorianamente se invierte la carga probatoria para favorecer el resarcimiento de los daños producidos por la indebida utilización de la información.

A modo de ejemplo de esta situación basta citar un caso en el cual se examinó el obrar reprochable en que incurrió una entidad bancaria. Allí la jurisdicción dijo que “al haber informado a la organización Veraz -a instancias del peticionante-, que este había regularizado su

⁵³ Sakaiya, Taichi, ob. cit., pág. 70

⁵⁴ Sakaiya, Taichi, ob. cit., pág. 79.

⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída – Parellada, Carlos, ob. cit., pág. 198.

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída – Parellada, Carlos, ob. cit., pág. 199.

situación de moroso, después de más de cinco años -en enero de 1999- de haber sido cancelada la deuda -26.11.93-; tal omisión del banco configura un obrar antijurídico que encuadra dentro del ámbito de la responsabilidad aquiliana, dando lugar a la aplicación de la doctrina elaborada en torno al CCiv: 1078 -norma a la que remite el CCiv: 1109-1º párr., in fine-, según la cual la sola realización del hecho dañoso lleva a presumir la existencia de la lesión de los sentimientos del damnificado, salvo que la deudora destruya la presunción mediante prueba en contrario...⁵⁷”.

Como se colige, una de las características tipificantes de los factores de atribución objetivos (riesgo creado, equidad, deber de garantía, etc.) es justamente la presunción de la injusticia del daño y, por ende, la consecuente inversión de la carga probatoria. En este caso, de manejo de la información, acreditado el daño derivado de su indebida utilización, se crea una presunción de culpa que solo puede ser desvirtuada por prueba en contrario de parte de quien tiene el manejo de los datos.

Esta es una muestra de cómo esta nueva sociedad del conocimiento y de la información en la cual convivimos, obliga a los juristas y, en especial a la labor de los magistrados, a interpretar de un modo no tradicional a los factores de atribución subjetivo creando presunciones sin basamento normativo pero fundados en las particularidades del nuevo fenómeno social y económico que tiene frente a sí para resolver. Todo ello, ante la carencia de un factor de reprochabilidad específico.

Es por ello, que nos parece justo la inversión de la carga probatoria ante la ausencia de un factor de atribución propio. Y, a la par, respondiendo el último interrogante, estimamos que utilizar la no prevista legalmente el factor de atribución “actividad riesgosa” no responde adecuadamente a la fenomenología del conocimiento y de la información de esta sociedad contemporánea posmoderna.

El otro caso mencionado por Kemelmajer de Carlucci – Parellada se relaciona con los derechos de los consumidores. Con relación a ello, la atenta lectura de la Ley 24.240, permite inferir que tiene previstos varios factores de atribución inspirados en el eje teleológico de la ley que es la protección de los consumidores de los abusos de los elaboradores. Así, en el art. 40 prevé que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio... La responsabilidad es solidaria... solo se liberará total o parcialmente por los daños ocasionados a la cosa con motivo u ocasión del servicio...”.

Préstese atención por cuanto la ley diferencia el daño fundado en el riesgo o vicio de la cosa que no es sino la aplicación extensiva del art. 1113 del Código Civil argentino, del producido por la prestación del servicio. En esta última hipótesis, no se precisa calificativo como podría ser (servicio riesgoso) razón por la cual ha de entenderse que el simple acto de suministrar un servicio con el cual se produce daño al consumidor, objetivamente se lo hace responsable del deber de resarcir. Es decir, estaríamos en presencia de un nuevo factor de atribución objetivo distinto en su naturaleza a los sancionados con la “teoría del riesgo” y muy propio del fenómeno del consumo. La sociedad reprocha a los proveedores de servicio que generan daño a los consumidores y le achaca el deber de indemnizar.

Pero, los factores de atribución no terminan allí, sino que para proteger adecuadamente a los consumidores de los abusos de los elaboradores, la Ley 24.240 estructuró normativamente a la Buena Fe, cuando en el art. 37 establece, casi como principio general, que “en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o

⁵⁷ Cámara Nacional Comercial, Sala E, “Domínguez, Raúl Alberto y otro c/ ABN Bank N. v. Sucursal Argentina S/ sumario”, 27/09/01, “Chiple, Guillermo Emilio c/ Citibank NA s/ Ordinario”, 8/03/04; Sala B, “Fernández, Darío Gustavo c/ Banco Río de La Plata SA y otro s/ Sumario”, 28/06/02, “Derderian, Carlos c/ Citibank SA s/ sumario”, 12/09/02; entre otros.

de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”. Como se colige si no se actúa del modo previsto por la ley se esta procediendo de mala fe, reproche que nuestra parte estima tiene la suficiente autonomía y peculiares características para constituirse en factor de atribución autónomo cuando se produzca menoscabo a las personas o a sus bienes, conforme lo hemos tratado de demostrar en trabajos anteriores.⁵⁸

En síntesis, la sociedad del conocimiento o la posmodernidad ha invadido rápidamente el campo del Derecho, en general, y del Derecho Privado en particular, no dando tiempo a un imperio indiscutido de la Teoría del Riesgo, sino por el contrario, la complejidad incipiente de los daños que se pueden provocar con el saber o el conocimiento que muestra prospectiva no alcanza a dimensionar para el futuro, pues como enseñaba Moisset de Espanés en sus clases, la realidad de la vida es la que tiene la mejor imaginación y ella con seguridad sorprenderá a las generaciones venideras con sus beneficios y menoscabos. Nosotros solo podemos intuir que será necesario tener la permeabilidad conceptual necesaria para aceptar nuevos daños (roturas de archivos por la introducción de virus informáticos, proyecto de vida, ecológico, biológico, etc.), por un lado y nuevos factores de atribución para justificar socialmente el deber de resarcirlos.

No se puede dar una respuesta satisfactoria a la resarcibilidad de los daños provenientes de la cultura del saber mirando exclusivamente el fenómeno desde la óptica de la culpabilidad o de la teoría del riesgo por cuanto el “riesgo” está, hoy, en el conocimiento que posee el hombre o en la información que pudiere manejar.

A mayor complejidad del entramado social el Derecho debe procurar mayor simpleza en sus formas y requisitos de procedencia para que no quede daño injusto sin resarcir como consecuencia de los enredos o anacronismo normativos.

La dinámica de cambios permanentes y profundos que propone el futuro obliga a abandonar la tranquilidad de los dogmatismos conservando ciertas pautas guías generales, como pueden ser por ejemplo: “No dañar”, “actuar de Buena Fe”, sobre las cuales deberá girar el resto de la normativa operativa e instrumental. Con éstas pautas directrices y algunas pocas más, se pueden forjar quimeras de un mundo mejor.

Dr. Pascual Eduardo Alferillo
Jujuy 635 sur - Ciudad San Juan
alfepe@speedy.com.ar
Tel. 0264-4221930 Cel. 156713422

⁵⁸ Alferillo, Pascual E., “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos”, libro “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, (La Ley, Buenos Aires, Argentina, 204) pág. 219; “Reflexiones sobre la Mala Fe”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2003, pág. 151. Allí se conceptualizó que la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba. La sanción prevista contra este actuar se relaciona a) con la indemnización de los daños y perjuicios, b) con la nulidad y c) con la privación de derechos.