

La Responsabilidad grupal o colectiva

Lidia M Rosa Garrido Cordobera*

1. La incidencia de los grupos: su Problemática actual 2. La responsabilidad colectiva y el daño causado colectivamente 3. La teoría del Market Share 4. Casos particulares 4.1 El equipo medico 4.2 Los grupos violentos 4.3 Las Empresas contaminantes 4.4. La cadena de comercialización 5. Palabras finales

1.- La incidencia de los grupos: su problemática actual

La noción moderna del Derecho de daños implica desde hace años el planteamiento de ciertos temas que tienen una amplia repercusión social y como ya lo hemos señalado en otras oportunidades el tema del accionar de los grupos es uno de ellos¹.

El tomar posición respecto del factor de atribución que sustenta su responsabilidad como un factor objetivo (cuestión no pacífica) implica aceptar la responsabilidad colectiva, las actividades riesgosas y la aplicación de la analogía o interpretación ampliada ante supuestos que no están expresamente previstos.

Siempre se ha dicho y hemos enseñado que ante la producción de un daño sabremos que nos hallamos frente a un supuesto de responsabilidad individual, cuando este daño es producido por un sujeto determinado o varios sujetos perfectamente individualizados, o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también determinados, pero también puede ocurrir que el sujeto no está individualizado entre los componentes de un grupo de posibles responsables² (autor indeterminado y grupo determinado) o el de la responsabilidad causada colectivamente³.

Ante estos casos, la primera pregunta que ha inquietado siempre a los Doctrinarios y a los jueces es saber si sería justo que tal situación tuviese como corolario la irresponsabilidad y el consiguiente desamparo de la víctima, la respuesta que dimos, nos llevo a que hayamos sostenido, que las bases mismas del sistema clásico de responsabilidad debían reverse ya que el número e importancia de los grupos crecía y crece día a día y a que las actividades colectivas son generadoras de daños que pueden ser potencialmente más graves, ya que una reunión de individuos multiplica su poder y su eficacia, así como su

*Doctora en Derecho de la UBA - Investigadora del Inst AL Gioja Directora de Proyectos de Investigación. Prof Full Time UBA.

¹ Garrido Cordobera, Lidia M Rosa, Los daños Colectivos y la reparación, Ed Universidad 1993

² Garrido Cordobera, Lidia M Rosa, La responsabilidad colectiva, Revista de RCyS La ley 2006

³ No podemos dejar de mencionar a Matilde Zavala de González en posición que compartimos y sostuvimos en nuestra Tesis, la diferencia entre responsabilidad colectiva y daño colectivo se manifiesta que en la responsabilidad colectiva la génesis causal del resultado es individual, aunque ignorada; y, en cambio, en el daño causado colectivamente la causa misma es de naturaleza grupal: es el daño ocasionado por los "miembros del conjunto, de manera indivisible, nadie en particular, y todos comunitariamente son la causa".

peligrosidad, y además esa situación del anonimato en que se amparan nos presenta lo que se ha dado en llamar “fuga ante las responsabilidades”.

Recordemos nuevamente, pese a parecer reiterativos, que una de las características actuales es el anonimato que rodea al individuo y genera en él la sensación de necesitar un grupo de referencia, a la vez que dicho grupo le puede brindar cierta sensación de impunidad y así el resultado de esta combinación es que el “otro” (el que no pertenece al grupo, la víctima muchas veces) surge sólo difusamente y no como un destinatario con rostro, es como si fuese ficticio y no real, no se tiene ningún vínculo, ni simpatía y ni siquiera se piensa en el otro como sujeto, y esto indudablemente hará mas fácil la realización de ciertas conductas⁴.

Si pensamos en una franja vulnerable con una identidad en construcción como son los adolescentes (sin fijar límites cronológicos fijos de inicio y término) cuya identidad muchas veces está marcada por la pertenencia a un grupo y los códigos de pertenencia (lenguaje, vestimenta y ritos) y exclusión podemos ver como funciona el cambio de la personalidad aislada a la grupal y a ningún adulto se le escapa la potencialidad y energía que pueden encauzar para un sentido positivo (ej pintemos la escuela) o negativo (ej apedreemos la escuela!)

Sabemos que las consecuencias de un comportamiento social amparado en la cantidad, el anonimato y la impersonalidad, son que en ese contexto se superan las inhibiciones preexistentes y se movilizan acciones irracionales, que muchas veces suelen derivar en el paroxismo⁵.

Ese fenómeno de igualar en los individuos por debajo a dado origen a lo que se ha denominado el “hombre-masa” de Ortega y Gasset y al “hombre mediocre” de José Ingenieros⁶.

Reflexionando sobre el tema de los grupos Trigo Represas y López Mesa manifiestan que contrariamente a lo que pudiera pensarse. El fenómeno de la

⁴ Garrido Cordobera, Lidia M Rosa, Las conductas y el derecho Rev Jca La Ley, Columna de Opinión

Además vemos que este tema le ha interesado siempre a la psicología social y no siempre al derecho, intentan saber por qué una persona que normalmente es un ser tranquilo y con ciertas pautas de conducta, puede dejarse llevar fácilmente fuera de dichas normas cuando forma parte de un grupo o aun mas de una muchedumbre enardecida, por que admite el salirse de su patrón de conducta y por qué no actúan los frenos inhibidos en algunas situaciones.

⁵ Agulla, Juan Carlos: La promesa de la sociología, p. 283, Ed. Belgrano, 1983.

⁶ Garrido Cordobera, Lidia Ma. Rosa: Daños con motivo de encuentros futbolísticos, ps. 14 y ss., Cuadernos de Investigación n° 3, Inst. de Investigaciones A. L. Gioja, Ed. EDI, Bs. As., 1988. En ese sentido hay que tener presente lo ya sostenido por Le Bon y Ortega Gasset, de que “la masa” tiene por característica la fuerza, no desea la convivencia con lo que no es ella, odia a muerte lo que no es, posee caracteres distintos de los individuos que la componen, se transmiten los estados por contagio y existe una tendencia a la acción; no hay unión en lo más elevado, noble e íntimo sino en lo aparente y más visible⁶ Cabe apuntar que Le Bon, señala que desde su punto de vista los integrantes estarían vinculados por cierta correspondencia de ideas y que actúan para un fin determinado y vemos entonces códigos internos y muchas veces una subcultura de la violencia como en los corner boys norteamericanos, fenómeno que aclaremos es similar a las ranchadas sudamericanas.

dañosidad grupal no constituye un caso de excepción ni un supuesto de menor importancia⁷.

Claramente expresan que la actuación dañosa de los grupos espontáneos u organizados constituye una problemática del derecho actual que no puede permanecer apegado a moldes clásicos pensados para el tiempo del hombre del traje gris paradigma de Larenz y alejado completamente de nuestra realidad y de la latinoamericana⁸

Mosset Iturraspe en su obra también recalca la importancia del tema colectivo o grupal como antecedente o momento previo y da razones por las cuales puede afirmarse que sin ese elemento colectivo el perjuicio no se hubiera dado⁹.

Sintéticamente puntualiza que el estar con otros hizo factible el hecho orientado a la causación del daño, puede pensarse que en la soledad se hubiera abstenido, la colectividad es la que le da coraje, fuerza y decisión, suele darse una influencia recíproca de ida y vuelta, el grupo también brinda una cierta justificación para los descuidos (el otro me cubrirá o completará lo que yo debo hacer) hay una esperanza de impunidad, de pasar desapercibido, y a esto se suma una solidaridad mal entendida que los hace guardar silencio.

Lorenzetti en su clasificación de grupos aborda a los grupos de riesgo considerándolos allí incluidos a “las barras bravas, grupos de caza, y muchos otros que no tienen ninguna estructura organizativa, o bien esta es escasa” estimando que la vinculación intra-grupal es muy limitada en el tiempo, y que no suele haber principios jurídicos internos, puntualizando en cuanto a la relación que mantienen con la norma jurídica, esta es de amor y odio, viéndose que normativamente: generalmente se desalienta y o bien se prohíbe su actuación¹⁰..

Pizarro en su obra manifiesta que la responsabilidad por el accionar dañoso de los grupos ha sido objeto de desencuentros terminológicos y conceptuales y que ella engloba dos supuestos claramente diferenciales: la responsabilidad colectiva y el accionar riesgoso de un grupo¹¹.

Recuerda que uno de los principales problemas que la doctrina argentina ha tenido gira en torno a si ambas categorías tienen recepción normativa en nuestro sistema, tema planteado en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la cual habíamos sostenido en nuestra ponencia y en la adhesión al despacho B que cabe admitir ambos supuestos con distinto emplazamiento normativo 8 los art 1119 y 1113, 2do párrafo¹².

La noción de solidaridad, ha sido útil a fin de afrontar los denominados “riesgos sociales” y establecer la existencia de responsabilidad frente a ciertos eventos dañosos yhas ideas son el germen del sistema de los fondos de garantía.

⁷ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil T IV p 288 y ss Ed La ley 2004

⁸ Este arquetipo es individualista, racional e intelectual

⁹ Mosset Iturraspe, Jorge Responsabilidad por daños: Responsabilidad colectiva pag 13 y ss Ed Rubinzal-Culzoni Sta Fe 1992

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos LL1996-D, 1058

¹¹ Pizarro, Ramon Daniel Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, pag 551 y ss Ed La Ley Bs As 2006

¹² Suscriben Garrido Cordobera, Cassiello, Wayar, Santarelli, Padilla. Herrera y Rodríguez

2. La responsabilidad colectiva y el daño causado colectivamente

A fin de tener más en claro la situación que estamos abordando, nos conviene señalar que hay varios supuestos en que nos encontraremos ante una pluralidad de sujetos posiblemente enlazados en la producción de un daño¹³.

Es así que podemos hablar de intervención o causalidad común o conjunta, que en el concepto de Isidoro H. Goldenberg se daría “si la acción de varias personas es causalmente relevante para la producción de una determinada consecuencia, a cuyo advenimiento han cooperado con su conducta, hay causalidad conjunta, que se traduce en una imputación plural¹⁴ .

Se plantearía este tipo de causalidad cuando son varios los individuos que de algún modo toman parte o cooperan en la producción del daño; el enlace causal no necesariamente se establece entre un solo hecho y el resultado dañoso que este hecho produce, así cada participante, en opinión de Enneccerus y de Lehmann, opera en relación causal en pro del efecto del acto conjunto, aunque no haya perpetrado personalmente aquella parte del acto que es determinante del resultado contrario a Derecho¹⁵ .

Pero también puede ocurrir el supuesto que se ha denominado de “causalidad o intervención acumulativa o concurrente”, que se da cuando algunas personas, con un accionar independiente, provoquen daño, y que ese resultado dañoso se hubiera producido igualmente con un solo accionar¹⁶

Cada uno de los sujetos es responsable individualmente del daño causado: si alguno de los que actuaron no lo hubiese hecho, el resultado hubiera sido el mismo; pero este argumento no es admisible como defensa o excepción en materia de responsabilidad, ya que la mutua alegación de tal circunstancia determinaría la irresponsabilidad de los intervinientes¹⁷

El tercer supuesto que puede plantearse es el de encontrarnos ante diversos hechos que, si bien poseen individualmente aptitud para producir un daño, éste resultado viene a ser obra exclusiva de uno de ellos; a esto la doctrina ha denominado “intervención o causalidad alternativa o disyunta”, ya que el hecho aparece atribuible a una u otra persona de manera excluyente.

Así ante esta situación señalan López Cabana y Lloveras que al no poderse señalar dentro de un grupo de varios individuos cuál es el autor del daño,

¹³ Garrido Cordobera, Lidia M Rosa, La responsabilidad colectiva, Revista de RCyS La ley 2006

¹⁴ Goldenberg, Isidoro H.: La relación de causalidad en la responsabilidad civil, p. 141, Ed. Astrea, Bs. As., 1984. Debemos tener presente que el autor le dedica expresamente un título a la cuestión de la pluralidad de causas en el *iter* del hecho dañoso, examina el supuesto de los daños causados por grupos y propugna crear un dispositivo legal que contemple y asegure el resarcimiento de los perjuicios que deriven de manifestaciones antisociales, p. ej., daños provocados por las clásicas patotas en ocasión de espectáculos deportivos, etcétera

¹⁵ Enneccerus, Ludwig, y Lehmann, Heinrich: Derecho de las obligaciones, t. 2, vol. 2, p. 1140, Ed. Bosch, Barcelona, 1966.

¹⁶ Goldenberg, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil. p. 150, Ed. Astrea, Bs. As., 1984.

¹⁷ Von Thur: Tratado de las obligaciones, t. 1, p. 67, Madrid, 1934; Bustamante Alsina, Jorge: Teoría general de la responsabilidad civil, p. 536, parág. 1697, Ed. Abeledo Perrot, 1983. Da un ejemplo de dos fabricantes que arrojan aguas servidas de sus respectivas fábricas al río y que son venenosas aisladamente consideradas, y el de dos personas que suministran veneno a otra

el problema radica en establecer si “producido el daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir a cuantos hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y/o lugar de las cuales este perjuicio derivó”¹⁸.

Concordantemente en materia de relación de causalidad y atribución de responsabilidad Lorenzetti señala que cabe diferenciar dos supuestos¹⁹: a):El que sucede cuando el hecho parece atribuible a una u otra persona pero no se puede probar cuál de ellos ha sido. Es el caso del individuo no identificado dentro de un grupo determinado, aquí la autoría es anónima, pero la imputación es grupal.(Intervención disyunta o alternativa)

b) La de Intervención grupal: diciendo que en este caso, el hecho es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo y el resultado dañoso es la suma de actuaciones que son necesariamente colectivas. Aquí la autoría es grupal y la imputación también.

Finalmente alude a una responsabilidad colectiva por lesión a bienes individuales: donde el daño al bien individual es producido por un grupo de individuos entre los cuales no se puede identificar al autor, (la autoría anónima), o bien por la actuación de un grupo en el que la suma de las acciones individuales es diferente a la de cada uno, (acción típicamente grupal). Nosotros hemos establecido el distingo entre ambas acciones ya que tiene importancia para aclarar los debates que se han producido en aspectos medulares como el de las eximentes, pues se discute en doctrina si los miembros del grupo pueden eximirse de responsabilidad demostrando quien fue el autor, o sólo acreditando que no participaron en el grupo.

En la responsabilidad colectiva tradicional, o sea el primer supuesto de autor indeterminado grupo determinado sería propiamente un caso de autoría individual, pero anónima, y por ello puede acreditarse quien fue el autor y desligar se de responsabilidad o demostrar la no participación en la producción del daño (el daño fue por una lesión cortante y solo cuatro del grupo detentan navajas).

En la responsabilidad causada colectivamente, la autoría proviene del grupo y no de un individuo en particular o bien esto resulta indiferente por lo que solo cabría demostrar la no participación en el grupo.

Al tratar el tema de los daños colectivos Zavala de González se expresa de la siguiente manera: “Es evidente que algo tiene que probar la víctima que permita vincular al demandado con el grupo, y entonces la dificultad probatoria se traslada al que tiene “algo que ver” con el conjunto. A éste le incumbe suministrar una realidad adversa a la apariencia suscitada por su conexión *prima facie* relativa a la colectividad”²⁰.

¹⁸ López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L. La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil argentino, “E.D.”, t. 48, p. 799

¹⁹ Lorenzetti, Ricardo Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos LL1996-D, 1058

²⁰ Zavala de González, Matilde M., El daño colectivo en Derecho de Daños pag. 447 ed La Rocca Bs As 1989

Ademas dice que “De no consagrarse una presunción de este género sería extremadamente difícil fundar la acción. Si se exigiese acreditar algún hecho concreto de los presuntos responsables (como efectivamente lo requiere el art. 95 del C.P.), quedaría muchas veces frustrada la

El problema se traslada a los demandados de probar la no pertenencia al grupo, y, en su caso de ser factibles para las acciones de regreso y lograr la determinación de la contribución de cada uno con el riesgo y con el daño al efecto de distribuir el peso de la indemnización pagada a la víctima.

Con respecto al factor de atribución de estos tipos de responsabilidad²¹ sostenemos que estamos en supuestos de aplicación de factores objetivos fundados en el riesgo y frente a las críticas que siempre se mantienen respecto a la responsabilidad objetiva es útil recordar con Garrido y Andorno sus argumentos que afirman que no es admisible en una sociedad progresista que existan daños sin la correspondiente reparación, y de que muchas veces los paliativos por presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, en determinados supuestos resultan insuficientes, en tal situación, la reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento peligroso²².

Por ello ya en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, doctrinarios como los citados, rechazaron reiteradamente la afirmación del vacío moral de la teoría del riesgo creado, y expresaron siempre que no resultaba justificada la afirmación de que esta forma de reparación de los daños sacrifica los valores morales y carece de todo sustento moral, para afirmarse en una pura relación de causalidad física, sostenían que la denominada responsabilidad sin culpa tiene un profundo contenido ético, en su origen ya que sirve para controlar la desigualdad jurídica que determina la creación del riesgo, apunta a realizar un fin de equilibrio.

Dice Roque F. Garrido al tratar el tema de “La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva”, que nuestro Codificador, con magistral visión, estableció casos de responsabilidad objetiva, y que no puede desconocerse que el alcance del art. 1119, que no admite prueba de ausencia de culpa, es establecer un tipo de responsabilidad más allá de la culpa²³.

Siguiendo a los Mazeaud vemos que en la “tesis de la responsabilidad objetiva”, todo autor de un daño es responsable; en la “de la culpa objetiva”, el autor de un daño no es responsable más que si se conduce sin la prudencia de que dé pruebas un individuo advertido; en la “tesis subjetiva” es necesario que la conciencia le reproche alguna cosa, donde se separan según la opinión de los hermanos Mazeaud “la culpa objetiva” —que no es lo mismo que “la responsabilidad objetiva”— y “la culpa tradicional”, es que esta última exige el discernimiento, por ello no se admite la responsabilidad del demente o del infante. Sin embargo estos autores franceses en cambio, la sostienen, pues dicen que el

indemnización, pues sólo la autoría última es de ordinario anónima; además, la propia participación en el nacimiento del peligro es «difusa», sin admitir una cabal dilucidación individual. La autoría del peligro sólo tiene precisa ubicación con respecto al grupo; podrán ser situados sus aparentes componentes, pero, en cambio, será frecuentemente diabólico discriminar el grado de intervenciones individuales en la intervención grupal.

²¹ Frente a esta cuestión se dan en doctrina distintas respuestas desde un criterio de imputación subjetiva, y dentro de las tesis objetivas se admiten el riesgo, la garantía y hasta el abusivo ejercicio del derecho a agruparse.

²² Garrido Roque y Andorno Luis El Art 1113 del Código Civil pag.289 Ed Hammurabi Bs As 1983

²³ Garrido, Roque Fortunato: La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva, “J.A.”, secc. Doctrina, t. 1, 1969; Goldenberg, ob. cit., p. 158, Cazeaux, Pedro N., y Trigo Represas, Félix A.: Derecho de las obligaciones, t. IV, pág., 586, Ed. Platense.

tipo de comparación debe ser efectuada en las circunstancias externas, no en las internas en que se encontraba el demandado, de allí que el loco y el infante puedan ser responsables civilmente²⁴.

El mismo Lafaille sostuvo en su época, que nuestra ley para corregir defectos del sistema de la culpa, consagra hasta presunciones de “culpa juris et de jure” tales los arts. 1118 y 1119²⁵ y tratadistas como Salvat también aluden a casos en que la responsabilidad existe sin admitir prueba en contrario.

Estamos enrolados en la corriente que propugna la generalización del esquema contenido en el art 1119 del Código Civil en lo atinente a la responsabilidad colectiva y citamos por ejemplo a Llambías, que al estudiar el tema explicaba que nada obsta a trasladar la solución legislativa a situaciones sustancialmente análogas, siendo legítimo utilizar este mecanismo proyectándolo a otras situaciones no contempladas por el legislador, pero semejantes; recordemos que decía que la ley no se contradice y “habría contradicción, si sólo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que regular diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza substancial, que pide una regulación uniforme”²⁶.

Entendemos acertada la posición de no fundamentar la responsabilidad en una culpa presumida o revelada, sino en una responsabilidad de tipo objetivo basada en la teoría del riesgo creado, este deriva de la acción del grupo y es indiferente que ésta sea lícita o ilícita; lo que importa es el daño producido a un tercero²⁷.

Idéntico razonamiento utilizamos para aplicar el art 1113, 2 parr al daño causado colectivamente por un grupo, cabe señalar que adherimos a la recepción amplia de la teoría del riesgo incluyendo a las actividades riesgosas en el espíritu del citado artículo reformado, conforme a los fundamentos y a las ponencias de los Congresos que le dieron origen.²⁸

Creemos oportuno señalar nuevamente que venimos hablando de dos supuestos que tienen en común la presencia del elemento grupal pero que presentan diferencias, en el daño causado colectivamente la individualización del agente dañador no libera de responsabilidad al grupo ya que el daño es de origen

²⁴ Mazeaud, Henri, Leon y Jean, Lecciones de Derecho Civil, responsabilidad Civil, vol II, 2parte pág., 131 y ss Ed Ejea 1980.

²⁵ Lafaille, Héctor: Tratado de las obligaciones pág., 393 y ss

²⁶ Llambías, Jorge Joaquín: Responsabilidad colectiva o anónima, “E.D.”, t. 83, pág., 786, nota 12. “El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que partiendo de determinadas soluciones particulares permite inducir un principio general, del cual esas soluciones no son más que aplicaciones”. Se basa en la razón que tuvo en mira el legislador al instituir una determinada solución particular.

²⁷ En tal sentido se expresan autores como Bustamante Alsina, López Cabana, Garrido, Andorno, Lloveras, Goldenberg, entre otros, y se enrola en dicha concepción el Proyecto de Unificación

²⁸ En materia de proyectos en la Argentina el proyecto de 1987 en el art 1119 contemplaba la cuestión aludiendo al daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgoso para terceros, una solución similar propugnaba el proyecto de la Comisión nombrada por el PE en el art 1594 y el proyecto del año 1998 lo hace en el art 1673, no sigue esta línea el proyecto de la Comisión Federal en su art 1119

grupales (autoría grupal²⁹), la causalidad es compleja y la actividad grupal es la causa del daño y solo opera la liberación en virtud de la prueba del hecho de no participación en el grupo, de la causa ajena (el hecho de un tercero no perteneciente al grupo) o del caso fortuito externo no ligado a la actividad del grupo.

Sostendremos hasta el cansancio que no podemos continuar con la concepción de que detrás de un daño está el azar o la voluntad divina; ya que tendremos casi siempre el actuar de los sujetos o la creación de riesgos; tal como lo hemos venido sosteniendo a través de todo nuestro trabajo, y afirmamos que el Derecho de Daños, como regulador de conductas, debe cumplir con sus roles de prevención y, si esto falla, de reparación.

Cuando se lesiona uno de los derechos esenciales que rodean al individuo se produce una sensación de irritación en la sociedad si no se da una adecuada solución al problema; cuando no existen las leyes comienza la presión para que la situación se regule, y la jurisprudencia mediante la vía interpretativa o la analogía y a veces en virtud de los Principios Generales del Derecho al recoger las inquietudes, va abriendo nuevos caminos en el devenir del Derecho.

3. La teoría del *Market share*

En la sociedad tecnológica es frecuente que la víctima no pueda identificar al autor del daño, tal es el caso, por ejemplo de la víctima de un producto farmacéutico que es producido por varios laboratorios, no pudiendo probarse, por haber desaparecido los envases respectivos, cuál fue la empresa que realmente fabricó el producto consumido que causó el daño.

Podemos observar en el derecho norteamericano la evolución de este instrumento tendiente a brindar la indemnización a ciertas víctimas, cuyos daños por la aplicación de un sistema de responsabilidad estricto quedarían sin ser resarcidos, por ello, la Corte de California adoptó en 1977 la "teoría del *market share*" en el caso "Sindell c/ Abbot Laboratories"³⁰.

²⁹ Pizarro, Ramón Daniel Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa T III pág. 5 y ss Ed La Ley Bs As 2006, citando a Zavala de Gonzalez " No se trata del daño causado anónimamente por alguno de los miembros del grupo. Sino de un perjuicio cuyo origen es conocido (el grupo) y complejo en su composición (coparticipación de varios sujetos en un obrar riesgoso)"

³⁰ Kemelmajer de Carlucci, A, ponencia presentada en las IV Jornadas Rioplatenses, *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 24, enero-junio de 1988, pág. 134.

Los hechos que se sucedieron, de un modo resumido son los siguientes: la Ford and Drug Administration dio autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido por las siglas D.E.S. (era una síntesis de una hormona femenina -estrógeno- para evitar el aborto espontáneo) y fue puesta en el mercado por unas trescientas empresas aproximadamente; en el año 1971 se revocó la autorización.

Estimaciones realizadas indican que en 1977 se calculaba en tres millones el número de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero y cuyas madres habían consumido medicamentos con la droga D.E.S. Es así que estudios realizados llegaron a la conclusión de que existía un nexo entre la toma de la sustancia por las madres y la presencia de la afección en sus hijas.

La Corte de California asimiló, con variantes significativas, el conflicto con las soluciones con las que se resolvieron los casos de los daños producidos durante un accidente de caza, en el cual no puede determinarse al real autor del disparo, de qué arma provino la bala (recordemos que esto fue producto, en Francia, de un meduloso estudio). Introdujo la idea, no de una responsabilidad solidaria pues la acción no sería simultánea, como se da en el accidente de caza, se expresó que en la cuestión planteada y que se debía resolver que la participación en la producción era desigual, el juez Mosk sentó la tesis del *market share* por la que desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños debe probar que no ha sido el suyo -su producto- el que produjo el daño, de no poder hacerlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él debe responder en la proporción de su participación en el mercado.

La Corte de California consideró que la responsabilidad por el todo de cualquiera de los sujetos elaboradores produce la consecuencia injusta de que la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido. Dicha posición fue seguida por la Corte de Chicago que también permitió a las víctimas accionar por responsabilidad contra los laboratorios farmacéuticos, siendo cada uno de ellos obligado por la parte que detentaba en el mercado a la época de su distribución.

Esta teoría es conocida en el derecho francés como *part du marche* (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en resonantes casos como el de los ruidos de los que se quejaban los vecinos de los aeropuertos; la Corte de Apelación de París condenó a las compañías aéreas de Orly a reembolsar los gastos de consolidación e insonorización de las comunidades vecinas en un fallo del 19 de marzo de 1979, lo hizo no de un modo *in solidum* sino en la proporción de la utilización del aeropuerto por cada uno de ellas.

Respecto de las compañías aéreas compartimos lo expresado por Yvonne Lambert-Faivre y lo fallado por la Corte de Casación con respecto a las fábricas del aeropuerto Roisse - Charles De Gaulle donde se acepta que la responsabilidad de las compañías aéreas es una carga de las empresas ligadas a la explotación de las líneas aéreas fuera de todo acontecimiento de carácter accidental y aun respetándose la reglamentación que rige la materia³¹.

Hay que recordar que en el derecho francés es de una amplia aplicación la responsabilidad colectiva y que ha tenido una gran evolución en su jurisprudencia, a modo de ejemplo podemos puntualizar que en el caso de las "lluvias ácidas" que

Esta situación originó un sinnúmero de demandas contra los laboratorios, los médicos, los farmacéuticos y la autoridad de aplicación que otorgó la autorización; con el criterio de que no habían tenido participación en la elaboración se rechazaron las demandas con respecto a los farmacéuticos, además sumándose el criterio de la praxis, habitual siguieron igual suerte las interpuestas contra los médicos y con respecto al Food and Drug Administration (F.D.A.) éste se benefició con la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

³¹ Lambert- Faivre, Yvonne "L'évolution de la responsabilité civile d'un credit de responsabilité a una creance d'indemnizacion", Revue Trimestrelle de Droit Civile, Paris, 1987.

diezman los bosques (no sólo los europeos y norteamericanos sino también en Latinoamérica), o de la contaminación de los cursos de agua por polución sinérgica debida a los desechos de las fábricas ribereñas, aplican una "responsabilidad *in solidum*" de los integrantes³².

Cabe apuntar ya una diferencia de tipo sustancial, en cuanto se establezca que una responsabilidad será *in solidum* o se basará en la proporción en el mercado.

Las obligaciones *in solidum* han tenido un gran desenvolvimiento en Francia y doctrinaria y jurisprudencialmente han sido receptadas en nuestro país, ciertos autores las han justificado en la idea de protección de la víctima, de otorgarle una mayor garantía para la satisfacción de su derecho a ser indemnizado frente a la posible insolvencia de alguno de los responsables o también de su ausencia, fallecimiento, etcétera, mientras que en aplicación de la teoría del *market share* estaremos frente a lo que en nuestro Derecho son las obligaciones simplemente mancomunadas de los participantes de un grupo, lo que hace que las circunstancias que apuntamos las soporte la víctima .

Creemos conveniente marcar algunas ventajas e inconvenientes de la teoría del *market share*, tan criticada por los industriales norteamericanos y hasta tildada de inconstitucional por autorizar a la víctima a perseguir a toda una industria quizá por la conducta de un solo fabricante y ser además un atentado a la igualdad ante la ley pues establece el fundamento de la responsabilidad en base de la riqueza y no de la conducta.

Sin intentar refutar estos argumentos podemos esbozar algunas reflexiones, en cuanto al principio de igualdad ante la ley, éste funciona al igual que en nuestro Derecho: ante iguales situaciones, los fabricantes de un mismo producto son todos tratados de la misma manera, no es que se hace responsables a unos y a otros no; en cuanto a la base del presupuesto de la responsabilidad de que no es la conducta, podemos decir que se está frente a una responsabilidad objetiva por "riesgo de actividad" o "actividad riesgosa" y además el derecho de los accidentes ha establecido diferentes alternativas para satisfacer la indemnización, siendo éste uno de ellos.

Recordemos que la jurisprudencia norteamericana ha receptado las siguientes teorías entre otras:

1) Teoría de la causalidad alternativa o disyunta: impone la responsabilidad solidaria cuando intervienen varios fabricantes de un producto y la víctima no puede identificar exactamente el producto que tomó.

³² Así ha dicho Kemelmajer de Carlucci que si veinte laboratorios fabrican el producto, pero sólo cinco de ellos manejan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor

2) Teoría de la acción concertada: se aplica la responsabilidad mancomunada de todos los laboratorios pues todos contribuyeron a lograr el producto y la aprobación por el organismo fiscalizador.

3) Teoría de la responsabilidad empresarial: basándose además en la puesta y el control del riesgo, pero sigue siendo mancomunada.

4) Teoría de la participación en el mercado: se contribuye en la reparación del daño de acuerdo a la participación que se haya tenido en la comercialización del producto.

5) Teoría de responsabilidad por la contribución en los riesgos: se le permite a la víctima accionar contra uno de los fabricantes y éste deberá solventar la indemnización por haber producido el producto que originó el daño aunque no se sepa si el producto consumido era suyo o no, como se ve beneficia a la víctima pues puede elegir al más solvente.

Pese a esta aparente simpatía creemos advertir ciertos inconvenientes que se dan, por ejemplo, cuando los fabricantes o responsables de la actividad que revestían la mayor importancia han desaparecido, lo que implica una quita en la suma a recibir por la víctima y que además, como está planteada, parecería tener una aplicación a actividades o productos muy específicos pero no sería extensiva a supuestos más genéricos.

En cuanto a su recepción en la doctrina argentina podemos mencionar a Kemelmajer de Carlucci, quien considera expresamente en un punto de la ponencia presentada a las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho la posible aplicación en nuestro Derecho pues advierte grandes semejanzas entre la responsabilidad mancomunada establecida en el artículo 1121 del Código Civil argentino que se aplicaría a la "responsabilidad colectiva" del artículo 1119 del mismo ordenamiento y la solución dada por la teoría del *market share*,

La autora citada estima que aunque esta teoría no satisface plenamente a la víctima permite dar una solución, aunque más no sea de emergencia, para decirlo con sus palabras, no desatendiéndose de los textos legales y hasta una solución legislativa integral.

Creemos que es cierto que no se contradice con el tema de la relación de causalidad y que se cumpliría, en principio, con el fin de la distribución de los daños entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y también que ese ensanchamiento en la legitimidad pasiva se justifica plenamente por las circunstancias socio-económicas del tiempo que nos toca vivir.

4. Casos particulares

4.1. Responsabilidad del equipo medico

Dentro de la temática de la responsabilidad de los médicos que viene trabajándose y depurándose en los últimos años³³, encontramos la situación en la cual el medico ya no actúa aislado sino en grupo o mejor dicho en equipo, ello debido a las transformaciones que se ha operado en el ejercicio de la medicina ³⁴ y a la necesidad de alta especialización en ciertos casos. Se debe tener presente no obstante estos cambios la importancia que tiene aquí el consentimiento informado para que el paciente o sus familiares evalúen los riesgos³⁵.

Señala Bustamante Alsina que el acto medico que en su origen es un acto individual tiende a convertirse con mayor frecuencia en un acto colectivo³⁶.

Decimos que la impronta grupal que caracteriza a la vida actual alcanza también al de la responsabilidad por la actividad medica, en un sentido amplio pero que es en cierta medida impropio se habla de equipo medico cuando un conjunto de profesionales de la misma especialidad comparten instalaciones e infraestructura pero conservan su independencia en la relación medico-paciente³⁷, aquí no tenemos ejercicio colectivo de la medicina sino un aprovechamiento en la reducción de costos operativos. Es lo que Le Tourneau denomina “medicina de grupo”

Mas acertado es entender por “equipo medico” a un grupo de médicos que pueden ser de igual o distinta especialidad, conformado con el fin de dividir el trabajo aportando cada uno su competencia profesional, son varios médicos aportando cada uno su ciencia en una determinada fase de la actividad o bien sucesivamente pero complementándose mutuamente, ejemplos de este tipo son los equipos de diagnostico, el quirúrgico, de cardiólogos, traumatólogos, oftalmólogos etc.

Dice Llamas Pombo que a las dificultades que la relación de causalidad medica presenta, debe añadirse la circunstancia de que el perjudicado en muchos casos es atendido por una pluralidad de facultativos, unas veces simultáneamente, y otras de forma diferida en el tiempo, sin que pueda determinarse con exactitud cual de los distintos intervinientes produjo el daño, o en que medida lo hizo cada uno³⁸ y que la problemática de los actos realizados por el equipo medico constituyen uno de los temas esenciales de la responsabilidad medica para el futuro.

Para Trigo Represas y López Mesa el equipo aparece siempre que resulte necesaria la participación de varias personas que cooperen organizativamente en el cumplimiento de una misma prestación³⁹.

En los equipos se pueden observar dos modalidades: los que ostentan una organización jerárquica, donde existe un jefe de equipo que toma las decisiones o

³³ López Mesa Marcelo. Tratado de Responsabilidad Medica, Ed Legis

³⁴ Trigo Represas, F y López Mesa M, Tratado de la Responsabilidad Civil, pag 298 y ss Ed La Ley

³⁵ Andorno, Roberto, El derecho a no saber, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Ed La Ley

³⁶ Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil pag 537 Ed Abeledo Perrot

³⁷ Mosset iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños Responsabilidad colectiva, pag 108 y ss Ed Rubinzal-Culzon

³⁸ Llamas Pombo, Eugenio, La responsabilidad Civil del medico, aspectos tradicionales y modernos pag 242 yss Ed Trivium

³⁹ Trigo Represas, F y López Mesa M, Tratado de la Responsabilidad Civil, pag 389 y ss ed La Ley

bien que entre sus componentes exista una relación de paridad sin perjuicio de que alguien actué al exterior como Jefe⁴⁰.

Mosset Iturraspe al analizarlos realiza una interesante afirmación de que “no caben dudas de que la actividad profesional cumplida en grupo, entraña un cierto riesgo, que no aparece tan manifiesto cuando el quehacer se realiza de modo individual”⁴¹, poniendo este autor sobre todo el acento en los grupos horizontales

Señala que en este supuesto hay una distribución, un parcelamiento de los deberes orientados al logro de un resultado, cada participante se siente solo responsable de su parte y existe un relajamiento de los cuidados si no se actúa con suficiente coordinación o armonización, en estos grupos es donde se plantea normalmente la responsabilidad colectiva

A fin de aportar claridad debemos recordar con Bustamante Alsina como situaciones que suelen darse y que implican distintos tipos de responsabilidad a) las prestaciones en equipo donde lo común es la responsabilidad individual por el hecho propio y por la culpa de cada uno de ellos, suele darse la contratación de modo individual a los componentes del equipo medico⁴², o también se plantea cuando cada componente del equipo medico actúa con autonomía científica y profesional, aunque admite que en este supuesto puede atribuirse la responsabilidad del jefe de equipo si se demuestra culpa en la elección de los profesionales, instrucciones equivocadas o ineficientes o falta de vigilancia en el acto medico. Pero frente a la imposibilidad de individualizar dentro del equipo quien causo el daño operara la responsabilidad colectiva

b) las prestaciones separadas pero simultaneas, es el supuesto de atención separada a un mismo paciente, la responsabilidad es individual si se logra determinar la causa del daño, en caso contrario la responsabilidad es colectiva⁴³.

Trigo Represas y López Mesa, especialmente analizan los supuestos de la responsabilidad que denominan “indirecta” del jefe de equipo⁴⁴, señalando que el fundamento de la obligación de resarcir es un deber de garantía asumido por el jefe de equipo tanto en la responsabilidad contractual (se dice que “late en las entrañas de las convenciones en las que se promete la prestación de terceros”) como en la extracontractual (impuesto legalmente por el art 1113 1ra parte CC Arg).

Cabe apuntar que esta responsabilidad existe aun con relación a los actos del anestesista o del hemoterapeuta que gozan de autonomía científica y técnica en tanto y en cuanto se sostiene un deber de dirección y vigilancia en su cabeza sobre los miembros del equipo⁴⁵. También que la delegación de tareas en otro

⁴⁰ Mosset iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños responsabilidad colectiva ,pag 108 y ss Ed Rubinzal-Culzoni

⁴¹ Mosset iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños responsabilidad colectiva ,pag 112 y ss Ed Rubinzal-Culzoni

⁴² Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil pag 538 Ed Abeledo Perrot

⁴³ Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil pag 539 Ed Abeledo Perrot

⁴⁴ Trigo Represas, F y López Mesa M, Tratado de la Responsabilidad Civil, pag 389 Ed La Ley

⁴⁵ CNac Civ sala L, 25/7/94, Romero, Norma y otros c. Inst Nac de Serv Soc para Jub y Pens”- JA 1995-I-509

medico no lo exime de la eventual responsabilidad en que pudiese incurrir por sus actos o por los de su delegado⁴⁶.

Recordemos que en la jurisprudencia Argentina en 1996 se estableció que la responsabilidad por el acto medico recae también sobre las instituciones asistenciales⁴⁷ ello sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del jefe de equipo y de integrantes del mismo.

Señalan Trigo Represas y López Mesa como otro supuesto de análisis, el daño que se produce como consecuencia de la actuación organizada del conjunto de individuos componentes del equipo medico sin que pueda establecerse a ciencia cierta su verdadera causa o individualizarse al responsable directo, en relación a la complejidad de la tarea desarrollada y de la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de los distintos partícipes⁴⁸ sosteniendo en este supuesto la existencia de responsabilidad colectiva

Bueres señala que la responsabilidad colectiva puede operar aun en supuestos de atención asistencial de médicos que forman un equipo cuando un paciente es asistido simultáneamente por varios médicos que actúan independientemente y no conforman equipo y ocurrido el daño no es posible determinar la autoría la responsabilidad será de todos, salvo que alguno demuestre que no ocasiono el perjuicio⁴⁹

Dice Mosset Iturraspe que en la actividad del equipo medico se dan todos los requisitos de la responsabilidad colectiva: el anonimato de la actuación cuestionada y una causalidad alternativa que alcanza a todos los componentes del grupo

En cuanto a los alcances de la obligación de indemnizar, este autor se inclina por la existencia de una obligación in solidum, mientras que Trigo Represas y López Mesa por una obligación simplemente mancomunada y respecto a la orbita en la que este tipo de responsabilidad se mueve, como trasciende la orbita contractual sostienen que se trata de una responsabilidad extracontractual⁵⁰

4.2 Los grupos Violentos

El comportamiento violento se inscribe a menudo en el contexto de anomia social, está dominado por agitaciones en el seno de la familia, en la escuela, el medio económico, etc., y puede consistir en una subcultura de la violencia⁵¹.

Se habla de una subcultura, pues si bien se desarrolla en el seno de una sociedad, no comparte con ella todos sus valores, es mas, tienen un rango de valores propios, un lenguaje, un estilo de vida y una cohesión que los caracteriza y los distingue. En sentido psicológico-social se los ha estudiado con respecto a la

⁴⁶ CNac Esp CC, sala IV, 11711/85, Piedemonte y otros c Matera, LL 1986-B-76

⁴⁷ CNac civ, sala f 6/3/95 B de I, A c. Inst de Serv Sociales Bancarios, LL1996-B-359

⁴⁸ Trigo Represas, F y López Mesa M, Tratado de la Responsabilidad Civil, pag 392

⁴⁹ Bueres, Alberto J, responsabilidad de los medicos, pag180 Ed Abaco

⁵⁰ Trigo Represas, F y López Mesa M, Tratado de la Responsabilidad Civil, pag 393

⁵¹ Es sostenido por psicólogos y sociólogos, y sabido por casi todos, que los seres humanos tenemos grandes impulsos creadores, pero también aptitudes agresivas; es por eso que si bien nuestros instintos siguen siendo primitivos, el estilo de vida, las instituciones, conocimientos y sociedades han evolucionado hacia modos de lograr una mejor convivencia organizada

delincuencia juvenil norteamericana y se puede consultar los estudios sobre los “Corners Boys”, de las pandillas negras o chicanas y hoy con los estudios que se realizan de ciertas conductas de las minorías en la comunidad Europea.

El hombre moderno, transformado en una “cosa” en esta sociedad materializada y de masas, parecería sufrir ciertas crisis y soltar sus frustraciones en ámbitos o situaciones propicias, las conductas en las manifestaciones, espectáculos públicos como así también los estadios de fútbol suelen ser uno de esos ejemplos trágicos y cotidianos, algunos recitales de rock y partidos que culminan con destrozos.

Según estudios realizados, existirían un tipo de violencia y delincuencia especial en las ciudades, donde la mayor densidad demográfica y los factores socioeconómicos, las presiones de ansiedad por la realización y las búsquedas de éxitos parecen hechos determinantes⁵²

También en nuestros estudios hemos considerado el aislamiento y la falta de comunicación profunda, como así también la falta de límites y de contención familiar y educativa una causa para ese corrimiento y permisividad de los hechos violentos en nuestra sociedad⁵³

Recordemos nuevamente la frase de los belgas Yamarello y Kellens; “En un mundo anónimo en donde la comunicación con el prójimo ha cedido a la indiferencia, la violencia puede convertirse en un lenguaje...”.

Es notoria la actividad de grupos de “inadaptados” o antisociales que con cualquier pretexto ponen en grave peligro la vida o los bienes de los demás, sea por mero deseo de divertirse; que vemos casi a diario, a través de los medios de comunicación, los daños ocasionados que lamentablemente en la mayoría de las veces son protagonizados por adolescentes que se mueven en patotas sin control por las calles y hasta se convierten en la pesadilla de los countryes.

La patota no es el grupo de “los chicos del barrio”, es un grupo violento, hace suyo el código de agresión por diversión tanto verbal como física, el menosprecio por lo dañado (carece de importancia) y el no reconocimiento de los límites que la sociedad tiene como vigentes para armonizar la vida en común (no ha internalizado las normas) y ya no esta compuesto solo por varones, sino que las chicas también comparten ese código (existen patotas mixtas) Puede presentar individuos homogéneos en pertenencia a clase social o no pero si presentan en común un área geográfica, punto de encuentro o parada (quiosco, estación de servicio, galería o boliche)

Nosotros nos permitimos generalizar un pensamiento de Mosset Iturraspe, al referirse a la violencia en el fútbol, de que “estos sujetos” han borrado de su memoria todo pasado, han suprimido su existencia de ciudadano con nombre, edad, domicilio, oficio, para convertirse en entes abstractos, entidades de pasión incandescentes, de libres e irresponsables efusiones”.

Lo que se nota es que la conducta individual es una y la que se desarrolla dentro de la patota en conjunto es distinta y responde muchas veces a patrones diferentes.

⁵² Zaprieto, Eugenio Juan: Violencia y vandalismo, “Rev. Mundo Policial”, ps. 32 y ss., año 15, n° 50, Bs. As., 1984.

⁵³ DE 2001/04

Conviene también que tengamos presentes para diferenciarlo el fenómeno de las muchedumbres o multitudes. Con referencia a ello sostiene Levene que casi siempre la muchedumbre criminal se forma de manera intempestiva, podría decirse, sin premeditación; pero hay que distinguir dos tipos de conductas que se dan siempre, la del sujeto dominador y las de los dominados: está el agitador o conductor y los otros que lo siguen sin reflexionar y llegan al delito⁵⁴.

Para Neuman, un típico caso de multitud enfrentada a otra en un ámbito especial lo proporciona un campo de fútbol donde se encuentran partidarios de uno y de otro equipo. Se los detecta inmediatamente por sus cánticos, sus banderas, sus insignias; es similar, a nuestro modo de ver, a los distintivos de las tribus o clanes que se enfrentan a la Antigüedad.

Este autor coincide con que esta multitud es proclive a las emociones y puede reaccionar, enfervorizada o fanatizada, de manera imprevisible, se siente objeto de agresiones que considera tangibles y concretas debido a los cánticos y gestos de sus rivales, la actuación de jugadores o el arbitraje⁵⁵.

Siguiendo con sus ideas, plantea que en muchas situaciones la víctima de esas agresiones es genérica, aunque la resultante sea la muerte o lesiones de uno o más individuos⁵⁶.

Compartimos la idea de que en la multitud que se agrupa en esas circunstancias sirva para que desde ella actúen grupos o pandillas con lenguajes y códigos de comportamiento⁵⁷.

Siguiendo lo expresado por Juan Agulla, y observando el problema desde la Sociología, podemos decir que cuando nos encontramos ante estas hinchadas nos hallamos frente a grupos no organizados efímeros, que se agotan en la expresión de sus objetivos; hay conciencia de un “nosotros”, pero enfrentamos a un “ellos”, y por eso pueden ser agresivos, fanáticos y hasta intolerantes⁵⁸.

Hay un comportamiento social amparado en la cantidad, al anonimato, la impersonalidad; allí se superan inhibiciones formales, se incentivan frustraciones preexistentes y se movilizan acciones que llevan al paroxismo⁵⁹.

El carácter de efímero se da porque el grupo desaparece con la obtención de la meta u objetivo, por un desvío de ella, por una disuasión interna o por un agotamiento físico de sus miembros, ya que la actividad es intensa y agotadora., se compone de personas heterogéneas que se unen por relaciones primarias y se sostienen en el número o la cantidad. y por eso son siempre expresiones de fuerza que pueden ser manipuladas con cierta facilidad por activistas hábiles.

Dentro de los simpatizantes o de la generalmente denominada “hinchada” tenemos aun grupo que merece principal atención: es la “barra brava” de cada club, es el brazo fuerte o fuerza de choque; suelen tener lugares estratégicos dentro del estadio y son quienes más disturbios ocasionan, responden a un cabecilla, tienen nombres de guerra y roles perfectamente definidos.

⁵⁴ Levene, Ricardo (h): Factores criminológicos de la violencia en el deporte, p. 99, en Violencia, delito y deporte, Ed. Depalma, Bs. As. 1987

⁵⁵ Neuman, Elías: Victimología, p. 128, Ed. Universidad, Bs. As., 1984

⁵⁶ Neuman, Elías, : Victimología , p. 130 Ed. Universidad, Bs. As., 1984

⁵⁷ Neuman, Elías, : Victimología., p. 130 y 131 Ed. Universidad, Bs. As., 1984.

⁵⁸ Agulla, Juan Carlos: La promesa de la sociología, ps. 279 y ss., Ed. Belgrano, Bs. As., 1983

⁵⁹ Agulla, Juan Carlos, La promesa de la sociología, ps. 283 y ss., Ed. Belgrano, Bs. As., 1983

No podemos olvidarnos de mencionar que la “barra brava” da a sus integrantes una sensación de respaldo y de fuerza que los induce, en cierta medida, a considerarse omnipotentes y a perder la justa apreciación de las circunstancias que los rodean.

Teóricamente, según reiteradas declaraciones de directivos, no tendrían una relación directa con el club, opinión que no compartimos, ya que ellos tienen incidencia muchas veces sobre qué futbolista deben jugar, el nombramiento del técnico y hasta en las elecciones del club; esta afirmación la hacemos debido a conversaciones que hemos efectuado con simpatizantes de distintas agrupaciones. Además, es reiterada la pregunta que toda la comunidad se hace, y a la cual se acogen los medios masivos de comunicación, de si reciben o no entradas gratis, una especie de sueldo o algunas facilidades.

Este grupo esta compuesto por individuos perfectamente determinados o determinables, pues son en cierta medida identificables, con un cabecilla definido, ocupan un lugar clave en la tribuna y suelen evidenciar su entrada y salida como una turba violenta profiriendo gritos y cánticos. Muchas han sido las ocasiones en que ingresaban a los estadios atropellando para eludir el control de portación de armas u objetos contundentes.

En cuanto a los excesos que se comenten, éstos pueden tener como objetivo a los integrantes de la hinchada rival, los jugadores, las autoridades, las instituciones donde se realiza el evento o bien a personas o bienes que encuentren los grupos en su camino al ir o regresar del estadio deportivo⁶⁰.

La gravedad de los sucesos es tal que se han registrado numerosas pérdidas, tanto de vidas humanas como económicas, a consecuencia de los deplorables ataques irracionales de violencia.

Parte de la doctrina ha considerado que la conducta de estos grupos no puede ser controlada hasta el punto de evitar los daños que puedan causarse unos a otros, ni por los organizadores ni por los clubes ni por la Policía presente en el lugar; suele argumentarse que el anonimato en el que se refugian los autores de los desmanes, golpes, lesiones, etc., actúa como un hecho fortuito⁶¹.

Lo cierto es que en éstos días los accidentes sufridos por quienes asisten o se hallan cerca de los centros donde se desarrollan los espectáculos deportivos — canchas de fútbol— es algo bastante frecuente; esto tiene sus causas tanto en la violencia de las hinchadas como en la inadecuación de los estadios y la falta de medidas de seguridad tendientes a evitarlos⁶².

Frente a los daños originados en los eventos deportivos, específicamente en el fútbol, podemos decir que nos hallamos no sólo ante ciertos daños individuales sino en presencia de un daño colectivo. Sostenemos también que en su origen,- “sujeto activo”- puede hablarse de una “colectividad de peligro”, hay

⁶⁰ Mosset Iturraspe, Jorge: Responsabilidad por daños responsabilidad colectiva , Ed Rubinzal-Culzoni

⁶¹ Mosset Iturraspe, Jorge: Responsabilidad por daños responsabilidad colectiva ,Ed Rubinzal-Culzoni

⁶² CS Mosca 7/03/07, Zacarias Claudio.28/4/98, Di Prisco 24/037994 entre otros y varios pronunciamientos de Camara

una fusión, una participación en el quehacer dañoso; es un daño “causado colectivamente”⁶³.

Recordemos un ejemplo esclarecedor de Zavala de González: sería indiferente la individualización de quien arrojó la piedra dentro de un conjunto agresivo o de quien gritó fuego y desató la avalancha en la multitud⁶⁴.

En este actuar, para ningún observador habituado —tal como dice Mosset Iturraspe— el daño resultante de una manifestación tumultuosa, los destrozos que dejan a su paso grupos mal entretenidos, pueden considerarse extraños a la acción de conjunto o interruptivos de la cadena causal⁶⁵.

4.3. La cadena de comercialización

Hemos sostenido a través de todos nuestros trabajos que uno de los fundamentos del Derecho de Daños es la reparación del daño; que frente a la producción de un perjuicio debe responder aquella persona que pone las condiciones necesarias para que se origine el daño; se considera acertadamente que la cadena de comercialización conforma un grupo que sirve para acentuar la potencialidad dañosa⁶⁶,

Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país incorporo al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, pese a que esa ley había sufrido el veto presidencial del art., 40 que justamente imponía la responsabilidad de la cadena de comercialización, finalmente establecido por la Ley 24.499 y con la reforma constitucional en 1994 dicha protección llega a su máxima expresión.

Con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas mas importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts., 1119, 1198 y 1113 del Código Civil, el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte⁶⁷.

⁶³ Garrido Cordobera Los daños Colectivos Prospectiva General, Ed Javeriana, Bogota 2009

⁶⁴ Zavala de González, Matilde: El daño colectivo, p. 442, en Derecho de Daños, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989.

⁶⁵ Mosset Iturraspe, Jorge: Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado, “J.A.”, 1973-4.

⁶⁶ Recordemos, que la “responsabilidad civil es un sistema que focaliza prioritariamente la relación dañante-dañador y que se basa en atribuir una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, sea por obrar por culpa o dolo o por ejercer una actividad especialmente peligrosa, que lo hace responsable a título de incrementador de riesgo o creador de un riesgo extraordinario” Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo Tratado de la Responsabilidad Civil, T I, pag 122, Ed La Ley Bs. As 2004.

⁶⁷ No podemos obviar la trascipción del texto del art.40 de la Ley de Protección al Consumidor que establece “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante⁶⁷, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria sin perjuicio de

Ello ha venido a cerrar las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados por el vicio de los productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización pero nosotros sostenemos que ésta es en realidad una responsabilidad “in solidum” ya que los sujetos tienen plena acción para lograr el reintegro, pero que frente a la víctima opera *prima facie* la responsabilidad en virtud de la garantía y protección necesaria en materia de consumo.

Podemos señalar que en nuestra legislación los sujetos que intervienen en la distribución del producto están en la misma situación que el fabricante o productor y no en un plano subsidiario en materia de responsabilidad frente a la víctima.

El art. 40 de la Ley de Defensa al Consumidor ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena” creemos que esto sólo puede entenderse como que podrá probar tal extremo, probando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas que son admitidas para el art. 1113 2 párr (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o también caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria.

Al ser una normativa que tiene como finalidad la tutela del consumidor, ninguna toda interpretación de su texto se orienta en tal sentido ya que en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, por la que le brinde mayor protección receptando como principio general, el de la protección al Consumidor.

Recordemos que la Obligación de Seguridad está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto ó servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida ó el servicio contratado. El art. 5 establece expresamente bajo el nombre Protección al Consumidor que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios y en el artículo siguiente se reafirma la protección estableciéndose que las cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

Con respecto al daño punitivo consagrado en el art 52 bis see discute por la fundamentación propia de este instituto sancionador y los requisitos doctrinales para su aplicación si puede aplicarse a cualquier sujeto del 40. Tampoco podemos olvidar la incorporación en el art 40 bis del denominado “daño directo” con las críticas que han realizado R.Stiglitz, Pizarro y Bueres

las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Se ha sostenido en la doctrina italiana que la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad, se habla de riesgo de empresa y los daños que ocurren con mayor frecuencia son los ambientales o los ligados a la comercialización de producto, sobre todo este último puede ser calculado con facilidad y estadísticamente computable⁶⁸.

4.4. Las Empresas contaminantes

En la actual Constitución Nacional Argentina encontraremos como punto medular el art. 41, que en un largo texto establece el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano; esto de por sí explícita la existencia de un derecho humano a la preservación del ambiente y a la calidad de vida⁶⁹.

Muestro texto avanza poniendo el límite adecuado a las actividades productivas requiriendo que ellas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras, situándonos ante un derecho transgeneracional ambiental, no es sólo un Derecho sino un Deber, lo que implica que los habitantes deben comprometerse con la cuestión de la protección ambiental y la calidad de vida. y también el Estado en su manejo y contralor

Repetimos una vez más que con respecto al "daño ambiental"⁷⁰, el problema es de enorme interés y complejidad, ya que por su naturaleza es un daño colectivo, afecta a comunidades de individuos y puede presentarse en regiones que escapan a las fronteras de un municipio, provincia o país y que sostenemos que el bien jurídico protegido es la calidad de vida y siendo un derecho humano de "tercera generación" que se funda, según Gross Espiell, en la idea de la solidaridad entre los hombres.

La conducta a la que hemos referido ya varias veces del hombre moderno (de expansión sin límites, de omnipotencia) junto a la de presumir una ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y desperdicios, acompañado con la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto, ha llevado a lo que algunos denominan "la crisis ambiental" y el proceso a que está sometida la tierra ha merecido por Garret Hardin la denominación poética de "tragedia de los comunes", quien al abordar el tema del proceso de sobre uso y depredación, manifiesta las ideas que compartimos de que negar valor a los bienes comunes es una falacia, la transferencia de costos al medio ambiente y a la sociedad presenta para quien lo hace un ahorro de gastos, y para la colectividad un daño que tendrá las características de ser un daño jurídico.

⁶⁸ Para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad

⁶⁹ Garrido Cordobera, LMR y Cordobera G de Garrido Rosa, Protección al medio Ambiente y a la calidad de vida en la Constitución Nacional, Homenaje a los 150 años de La Constitución, Ed Academia Nacional de Córdoba.

⁷⁰ Ha sido captado como una de las consecuencias del avance tecnológico y abarca una serie considerable de cuestiones (productos, lluvia ácida, ozono, contaminación hídrica, ruidos, cambios climáticos, etc.), que englobamos en el Derecho a la "calidad de vida"

Por ello es que en el tema ambiental al Derecho le corresponde como manifestación social considerar las cuestiones de que o quién actúa sobre el ambiente; el por qué de determinadas acciones; y establecer quién sufre o se beneficia con el cambio de las condiciones

En éstas líneas de pensamiento, también debemos tener en cuenta que producida la degradación del ambiente por factores extraños a la evolución natural, habrá que analizar si es posible determinar el autor o los autores sobre quienes recaerá entonces la obligación de indemnizar los daños ocasionados (colectivos o individuales); esta responsabilidad es extracontractual por el uso o incorporación de cosas o actividades riesgosas.

Recordemos que la práctica exige, según Saleilles, que quien obtiene provecho de la iniciativa sobrelleve sus cargas; esta iniciativa constituye un hecho que en sí y de por sí encierra peligros potenciales ante los cuales los terceros no disponen de defensa, ya hemos dicho también que puede existir una autorización administrativa para la realización de tal o cual actividad, pero ella no cubriría la responsabilidad por el daño ocasionado.

La legislación Argentina cuenta con una serie de leyes Nacionales de presupuestos Mínimos cuyo análisis pormenorizado escapan al marco de este trabajo⁷¹ sin embargo nos ocuparemos de la denominada Ley general del Ambiente Ley 25675 que se dicta bajo la denominación de Política Ambiental Nacional y traza los presupuestos mínimos para una gestión sustentable y adecuada del ambiente, las líneas de política ambiental, incluyendo educación, participación ciudadana, seguro ambiental y fondo de restauración, daño ambiental y fondo de compensación ambiental. Encontramos en esta ley muchas normas interesantes cuanto a responsabilidad (arts. 27, 28, 29, 30 y 31) que es objetiva.

Establece en el art 28 que el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable del restablecimiento al estado anterior y que en el caso de no ser técnicamente posible de la indemnización sustitutiva, la exención de responsabilidad solo se producirá si los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no se deba responder.

⁷¹Podemos observar que a nivel Nacional se ha modificado la legislación ambiental, se ha dictado la Ley 25612 del 2002 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, estableciéndose los presupuestos mínimos de protección con consagración de la responsabilidad objetiva considerándola cosa riesgosa en los términos del art., 1113 del Código Civil y donde podemos señalar como muy importantes los arts., 40, 41,42 y 43 , además es interesante que el art. 1 entiende por proceso industrial toda actividad, procedimiento, desarrollo ú operación , de conservación, reparación ó transformación en su forma, esencia, cantidad o calidad de una materia prima o materia para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales.

La Ley 25670 que consagra los Presupuestos mínimos de protección ambiental para la Gestión de los PCBs en todo el territorio de la Nación señalando en su art. 2 inc, d) la prohibición de ingreso al país de PCBs y e) y la prohibición de producción y comercialización de dicha sustancia, concordando con los arts 5 y 6, el art. 19 establece que se presume salvo en contrario, que el PCBs y los PCBs usados y todo aparato que contenga dicha sustancia, es cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del CC.

Puede consultarse Garrido Cordobera Lidia M R. El Daño ambiental: daño colectivo e individual Rev Jca LL Enero 2007

Si hubiesen participado dos o mas personas o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño todos serán solidariamente responsables frente a la sociedad sin perjuicio de su derecho de repetición (art 31) Este articulo trae además la importante responsabilidad de las personas jurídicas extensiva a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación

Nosotros creemos y lo hemos venido sosteniendo desde hace mas de dos décadas⁷² que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva (1113, 1071, 2618 CC); que procede la acción preventiva en virtud del daño temido (2499 CC); que si existen pluralidad de sujetos contaminantes puede aplicarse la responsabilidad colectiva (1119) y también la teoría de la participación en el mercado; que la autorización administrativa no exime de responsabilidad al agresor y que el Estado tiene una responsabilidad directa y objetiva vinculada a su poder de policía (1112 CC), pudiendo mediar también responsabilidad del funcionario público.

El problema es que los daños que se producen pueden ser tanto individuales (alergias, cáncer, destrucción de bienes, perdida del valor o productividad de un bien) como colectivos (situaciones de contaminación de agua, aire, degradación de los suelos, etc) pero sostenemos que ambos dan derecho a la reparación por las empresas contaminantes, tendremos muchas veces los supuestos similares a los del Riachuelo o del polo petroquímico de Bahía Blanca, o las líneas de colectivos pero en otras asistiremos a casos como el de la actividad minera o los transformadores de energía, en cada caso ha de analizarse la aplicación de los principios de precaución, prevención y de responsabilidad impuestos en la Ley general del Ambiente y tener conciencia de que la relación de causalidad en temas ambientales muchas veces se infiere a favor de la victima. como aplicación de la prueba dinámica⁷³

Las empresas en la actualidad son concientes de la importancia y del desafío ambiental y muchas de ellas pretenden posicionarse en el mercado con el logo Verde y hasta con las ISO para captar un sector de los consumidores, también saben que la actividad industrial es generadora de riesgos, siendo uno de ellos el ambiental y no pueden sostener que reviste la característica de riesgo atípico o extraño a la actividad que desempeñan sino es un riesgo propio de la empresa

Ante la pluralidad de empresas contaminantes cabe que manifestemos que estamos frente a una comunidad o de peligro y ellos no pueden pretender alegar la actividad del otro empresario para eximirse de responsabilidad solo podrán romper efectivamente la relación de causalidad

⁷² Nuestro primer trabajo fue en 1983 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y luego objeto de nuestras investigaciones UBACyT de 1987 en adelante y fue parte del ultimo capitulo de nuestra tesis Doctoral de 1992.

⁷³ En materia de fallos podemos citar como interesantes Dante Duarte con Opalinas Hurlimghan (LL 1995-c-360), Maceroni c Fabricaciones Militares (JA 5 de agosto 1998), Almada y otros c Copetro (LLBA 1998-943), Municipalidad de Magdalena c Shell , Subterráneo de Buenos Aires c Propietario de estacion de Servicio Shell (JA del 29 de diciembre de 1999).Sagarduy c Copetro Yalonetzky c TAPSA línea 24 (El Dial. 18/6/03), y en la actualidad se encuentran en los problemas de la Cuenca neuquina (Asociación de superficiarios de la Patagonia c YPF y otros) y del Matanza -Riachuelo (Mendoza)

5- Palabras finales

Como reflexión final, entendemos que esta visión que nos brinda el Derecho de Daños es dinámica como corresponde a un Derecho moderno que debe adaptarse a los tiempos actuales.

Es, una cuestión de equilibrio, que encierra en el fondo la concepción que cada uno tenga sobre el daño, y la necesidad, o no de una mejor distribución cuando la faz preventiva no ha resultado cumplida o plenamente eficaz y el desafío a sus intérpretes de realizar el mandato supremo de dar a cada uno lo suyo guiados por la equidad y un fino sentido de justicia y solidaridad.