

LOS DILEMAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL¹

Aída Kemelmajer de Carlucci

Profesora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina
Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Me propongo mostrar las grandes tendencias o líneas del moderno derecho de la responsabilidad civil, ámbito del Derecho que hoy, en Argentina, la doctrina mayoritaria denomina "derecho de daños". Dada la amplitud del tema, lo haré sobre la base de una breve explicación de los principales dilemas o problemas que hoy afronta el operador del derecho en esta materia.

I. RESPONSABILIDAD PRIVADA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Se discute si el derecho de daños es un derecho con principios comunes, aplicables a todos los daños causados (tanto por los particulares como por el Estado), o si, por el contrario, cada ámbito responde a sus propias reglas, con escasos puntos de contactos entre sí.

En Argentina, una fuerte corriente doctrinal proveniente del derecho administrativo afirma que los principios que gobiernan la responsabilidad del Estado no tienen vínculos cercanos con los que denominan la llamada "responsabilidad civil", reguladora de los daños que causan los particulares; la responsabilidad del Estado se maneja, entonces, con principios que no reconocen identidad con los del derecho civil.

No comparto esta posición. Me he pronunciado en favor de la tendencia opuesta, que sostiene que el derecho de daños está presidido por reglas comunes, sin perjuicio de reconocer que en el ámbito de la responsabilidad del Estado existen principios propios en razón de que el Estado persigue fines comunes a todos los individuos que integran la sociedad, por lo que realiza actividades distintas a las que están en manos de los sujetos individuales (piénsese, por ej., en el ejercicio del poder de policía en los más diversos ámbitos); pero cuando las actividades causantes del daño son análogas a las que desarrollan los particulares, los principios que gobiernan los daños producidos no deben ser diferentes. Por ejemplo, ¿por qué distinguir un daño causado por mala praxis médica en una clínica privada y en un hospital del Estado?; la actividad es la misma, y no hay razón para hacer responsable al Estado por reglas diferentes a las que gobernarían la responsabilidad de una clínica privada. En otro ámbito, ¿por qué distinguir que un peatón sea atropellado por un vehículo que pertenece al Estado o por uno que titulariza un particular?

Hay, en mi opinión, principios comunes; por ello, en Argentina los autores prefieren hablar de "derecho de daños" (con el deliberado propósito de desarrollar una teoría general de los daños, independiente de quien los cause), y no de "responsabilidad civil", denominación atada al derecho privado.

¹ Conferencia pronunciada en el Salón de Honor de la Pontificia Universidad Católica, mayo 2001.

En suma, el punto de partida, importante para una mejor comprensión de los otros dilemas que enumeraré, es el reconocimiento de la existencia de principios comunes que dominan los daños causados; cuando las actividades en cuyo ámbito los daños se causan son similares, no hay razones para trazar una línea divisoria irreductible según esa actividad pertenezca al ámbito del derecho administrativo, derecho civil, derecho comercial o derecho laboral; por el contrario, hay una teoría general, una teoría única de responder.

En definitiva, la responsabilidad consiste en hacer recaer sobre alguien las consecuencias dañosas producidas: o las soporta la víctima, o las soporta otro, o se distribuyen; este es el nudo gordiano de la teoría general de responder, aplicable en el ámbito del derecho administrativo, laboral, civil o cualquier otro.

Reconozco que, en general, este primer punto de partida no es compartido ni por la doctrina europea ni por los autores latinoamericanos. En realidad, la tendencia "unificadora" solo se presenta vigorosa en la doctrina "privatista" argentina; muchos juristas pertenecientes al derecho público sostienen que la responsabilidad regulada en el Código Civil, por tener base esencialmente subjetiva, es ajena a la responsabilidad del Estado, que no se apoya en la culpa, razón básica para no aceptar una base o estructura común. Volveré sobre este punto más adelante.

II. DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Para quienes están acostumbrados a ver el derecho constitucional exclusivamente desde la óptica del derecho de las garantías del ciudadano frente al Estado, es difícil encontrar puntos de conexión entre el derecho de la responsabilidad civil y el derecho constitucional; efectivamente, el derecho constitucional decimonónico apuntó a la defensa del individuo, acosado por el poder del Estado, que avanzaba sobre él privándolo de sus libertades; piénsese en la garantía clásica del Derecho constitucional, el *habeas corpus*. Ningún punto de contacto tiene esta temática con la responsabilidad. En cambio, si el derecho constitucional se visualiza como el derecho de las garantías del individuo no solo contra el Estado (efectos *verticales* de las garantías), sino también contra otros "poderes" no pertenecientes al Estado, aparecerán los efectos *horizontales*, y comenzará a comprenderse lo que los alemanes llaman el *drittwirkung*, esto es, la posibilidad de oponer una garantía constitucional a un particular, a alguien que está ejerciendo un "poder" no estatal.

Por ejemplo, en Argentina la reforma constitucional de 1994 incorporó al articulado de la Carta Fundamental el derecho de los consumidores y el derecho al medio ambiente. ¿A quién se oponen esos derechos?; ¿Contra quién se hacen valer? La respuesta no es difícil: normalmente se oponen a las empresas contaminantes, a las que producen productos defectuosos, a las que realizan publicidad engañosa, etc. De tal modo, derechos que antes aparecían solo en el ámbito de la legalidad, hoy se encuentran también en el de la constitucionalidad; es como si hubiesen "subido", como si se hubiesen jerarquizado en el plano de su protección. De tal modo, el principio del *alterum non laedere*, la regla del no dañar a otro, en sus orígenes existente solo en el campo de la legalidad, hoy se ha desplazado al de la constitucionalidad.

Esta nueva "visión", que "asciende" el derecho de daños al derecho constitucional fue aceptada por la Corte de Justicia de la Nación argentina en su famosa sentencia del 5/8/1986, recaída en el caso "Santa Coloma contra Ferrocarriles"; el tribunal se encontró con estos hechos: cuatro hermanos viajaban en el tren (tres niñas y un varón); iban a la escuela, y en el trayecto se produjo un accidente en el que murieron las tres hermanas. Los padres iniciaron un juicio contra el ferrocarril, reclamando solo el daño moral producido por la muerte de sus tres hijas. El tribunal de apelaciones condenó a la demandada a pagar una suma insignificante; argumentó del siguiente modo: tratándose de personas que pertenecen a la clase media alta de la sociedad argentina, es un despropósito iniciar un juicio contra el Estado por sumas demasiado elevadas; además, el daño moral sufrido por los padres frente a una tragedia semejante, no se repara con una suma de dinero.

La sentencia fue recurrida. La Corte Suprema de la Nación revocó la decisión y entre sus argumentaciones se encuentran importantes afirmaciones. En primer lugar, en cuanto a la teoría general de la interpretación de las leyes, el tribunal dijo que los jueces no pueden imponer a la población sus propias pautas morales, su propia ética individual; efectivamente, los jueces de la Cámara de Apelaciones, que fijaron una suma insignificante, en definitiva, quisieron decir que, en su propia concepción ética, no era moral que familias ricas reclamen indemnizaciones que en definitiva recaen sobre las arcas del Estado; la Corte reprocha ese juicio de valor e insiste en que ese criterio, esa pauta moral individual del juez, no puede ser impuesta a otros miembros de la sociedad que no la comparten. En segundo lugar, el tribunal funda su decisión en que el principio de no dañar a otro está consagrado en la Constitución nacional; siendo así, no es posible condenar a pagar sumas insignificantes, que no tienen ninguna importancia, ninguna significación. La pregunta es: ¿de dónde extrae la Corte Federal que la Constitución ampara la regla de no dañar a otro, y quien es dañado tiene derecho a ser reparado? El tribunal sostiene que si la violación de un derecho constitucionalmente amparado no se repara, o se otorgan sumas insignificantes, el mentado derecho no existe; si frente a la violación del derecho no hay respuesta del ordenamiento, o la respuesta es absurda, la conclusión es: el derecho mencionado en la Constitución no existe en la realidad. Si la violación de ese derecho (por ej., la propiedad, la salud) queda sin respuesta adecuada, se debe concluir que ese derecho no es tal. La seguridad jurídica consiste en que un derecho existente debe ser amparado por el Estado; si no hay amparo, no hay seguridad. Por lo tanto, reparar los daños a la violación de los derechos constitucionalmente amparados, como son la propiedad, la salud, la vida de las personas, es realizar, dar eficacia a los valores de seguridad y justicia. En lenguaje de los años 2000, podríamos decir que si el ordenamiento no responde adecuadamente, hay una violación del derecho humano a la vida que queda privado de verdadera existencia.

En ese verdadero *leading case* del año 1986, la Corte de la Nación agregó que esta idea básica forma parte de un fondo común legislativo desde que los países a los que estamos unidos por una tradición jurídica común, consideran que este tipo de daños no puede quedar sin reparación razonable.

¿Qué importancia tiene decir que el derecho de la responsabilidad civil entra en el ámbito constitucional? En mi opinión, esa afirmación tiene importantes consecuencias prácticas:

- en primer lugar, en materia de *interpretación*: si se sostiene que hay un derecho a la salud constitucionalmente garantizado, el juez que valora la responsabilidad de un médico que ha violado ese derecho a la salud no debe tener la misma actitud que si se piensa que está exclusivamente en el ámbito de la legalidad; es obvio que lo constitucional está en un rango superior, y por ende la violación de lo establecido por la Constitución asume una gravedad superior a la violación de la ley común.
- en segundo lugar, respecto de la *carga de la prueba*: la persona puede titularizar derechos muy importantes, pero si no logra probar en juicio los extremos de su pretensión, es como si esos derechos no fuesen suyos. Un gran procesalista italiano dijo: "Probar o sucumbir". Por eso, si el sujeto dañado está en imposibilidad de probar, o está en una situación de gran dificultad, el sistema jurídico debe venir en auxilio de esa "debilidad". Por ejemplo, normalmente, el paciente no tiene ninguna posibilidad de saber lo que ha ocurrido adentro de la sala de operaciones; ante estos casos de dificultad probatoria, el juez podrá acudir al criterio que en Argentina llamamos de las "cargas probatorias dinámicas". Conforme este criterio, tiene la carga de probar quién está en mejores condiciones de hacerlo. El ordenamiento sustancial puede dar muchos derechos, pero si el proceso aparece pleno de obstáculos y barreras, en definitiva está negando el derecho mismo. Por eso, el ordenamiento debe facilitar la posición de quien, fácticamente, está en condiciones de inferioridad.

Acudiré a un caso resuelto por la jurisprudencia francesa para que vean o comprendan mejor la importancia de analizar el derecho de la responsabilidad civil desde la mira del derecho constitucional. En los años ochenta, en Francia, las huelgas arreciaban en casi todos los sectores productivos; por su parte, las empresas iniciaban juicios contra los sindicatos y los dirigentes sindicales que declaraban las huelgas, acusándolos de los daños producidos por las huelgas. En el año 1982 se dictó una ley cuyo objetivo era solucionar este problema; el artículo 8º estableció que: *“Ninguna acción por reparación de daños causados por un conflicto colectivo de trabajo o en ocasión de él, puede ser intentada contra los asalariados, los representantes del personal, elegidos o designados, ni las organizaciones sindicales, salvo las acciones por reparación de daños causados por una infracción penal o daños causados por hechos manifiestamente no susceptibles de vincularse al ejercicio del derecho de huelga o al derecho sindical. Estas disposiciones son aplicables a los procedimientos en curso y comprenden los que se encuentran en la Corte de Casación”*.

La regla era, entonces, que todos los juicios iniciados por las empresas contra los sindicatos o sus representantes eran improponibles; no había acción. Sin embargo, la norma preveía dos excepciones, dos casos en que estas acciones eran posibles:

- La primera, si durante el ejercicio de la huelga se cometía un delito. Por ejemplo, le incendiaban la fábrica al empresario:
- La segunda, si los daños se causaban en virtud de hecho que no tenían relación con la huelga, separables del ejercicio de la misma. Por ej., si aprovechando el paro, los empleados disponían de automóviles de la empresa para irse de paseo.

Además, como existían tantos juicios en curso, la ley se aplicaba a todos; o sea, que si no se daban ninguna de las dos excepciones, las demandas iniciadas antes de la sanción de la ley debían ser rechazadas.

En suma, se trata de una ley que restringe la posibilidad de ser reparado de los daños sufridos, pues la regla es que no cabe reparación de los daños causados por las huelgas. Los legisladores que habían votado en contra de esta ley, conforme las previsiones del sistema francés, recurrieron al Tribunal Constitucional e impugnaron la ley; razonaron del siguiente modo: como el principio de la reparación del daño causado tiene base constitucional y esta ley deja daños causados sin reparación, la ley viola la Constitución. La Corte Constitucional francesa acogió la solicitud de los recurrentes y declaró inconstitucional la norma; decidió que *“desde la perspectiva del autor del daño culposamente causado”* (o sea, exigió culpa en el actuar), *“la ley puede prever su irresponsabilidad, pero para no violar el derecho de la víctima, debe determinar otro sujeto responsable”*. En definitiva, para los daños causados por las huelgas el Tribunal Constitucional francés estableció que si la ley no quiere hacer responsable de los daños causados a los sindicatos ni a los representantes sindicales, si existe un daño culposamente causado debe necesariamente determinar quién es el responsable, quién responde; si omite señalar otro responsable (como ocurría en el caso), la ley es inconstitucional por violar el principio de que *“todo daño a otro culposamente causado debe tener una reparación”*.

Llamo a la reflexión sobre la trascendencia de este nuevo punto de partida: si el derecho de la responsabilidad civil ya no se ve solo desde el ámbito de la legalidad, no basta bucear en el Código Civil chileno y comprobar lo que este dispone en materia de responsabilidad; ahora debemos dirigirnos a la Constitución y verificar si el daño causado afecta derechos y garantías constitucionalmente amparados. Más aún, si como en Argentina, hay tratados internacionales incorporados a la Constitución, también estos textos deben ser tenidos en consideración. Por eso, en principio, la violación de un derecho humano debe ser reparado. Quizás no los repara el autor, si el legislador decidió que no debe responder, pero en tal caso, la ley debe indicar otro responsable. Por el contrario, si el problema se analiza solo desde el ámbito de la legalidad, el legislador podría dejar sin reparar, por razones de política legislativa, una serie de daños.

III. PREVENCIÓN Y REPARACIÓN

Siempre hemos marcado una línea divisoria franca entre el derecho civil y el derecho penal. Este último, decimos, se encarga de la *punición* y de la *prevención*, esto es, establece sanciones, entre otros fines, para evitar que se cometan nuevos delitos.

En cambio, el derecho de la responsabilidad civil se ha visto tradicionalmente como el derecho que opera *después* de producido el daño; *antes* de su acaecimiento, se dice, nada se puede hacer.

En nuestros días esa línea divisoria comienza a debilitarse. En la Argentina se pueden mostrar algunas sentencias —no muchas— en las que el juez no solo ha condenado a reparar el daño causado, sino que ha dictado medidas tendientes a *prevenir* daños *futuros*; en algún caso, incluso, estas medidas preventivas han sido ordenadas, aunque no se hayan pedido. Algunos afirman que este modo de resolver viola el principio procesal de congruencia, conforme el cual el juez no puede pronunciarse sobre cuestiones no pedidas. Sin embargo, entiendo que hay casos extremos en los que el juez no puede ni debe cerrar los ojos a la realidad. Tal el resuelto por un tribunal federal: una niña cayó en un pozo existente en un terreno frecuentemente transitado por menores; se trataba de una trampa mortal, porque el pozo no estaba cercado ni custodiado; los padres de la infortunada víctima iniciaron acción para ser reparados de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su hija; el juez condenó al propietario del terreno, el Ejército argentino, a pagar los daños y perjuicios, pero también lo condenó a cercar el pozo, para que ningún otro niño cayera en él.

En este caso, un juez *civil* no solo mandó reparar el daño, sino que se propuso evitar futuros daños y condenó al demandado a *hacer* algo que nadie le pidió. Con visión tradicional, algunos procesalistas podrían criticar la decisión, dirían que es “incongruente”; sin embargo, estoy segura que si el caso se relata a cualquier persona común que camina por la calle, aplaudirá al juez.

Lo expuesto implica que el derecho de daños no es una cuestión exclusiva del derecho sustancial; el derecho procesal no puede desentenderse de la cuestión. Por años se ha enseñado el derecho de daños como un problema de la ley de fondo, escindiéndolo del derecho procesal, rama que tendría sus propios principios. En la actualidad, en cambio, advertimos que ambas ramas deben estar íntimamente relacionadas. Por eso, algunos cultores del derecho procesal se preocupan de la llamada “*tutela anticipatoria*”; se advierte que la verdadera reparación no es tal si la víctima debe esperar 8, 9 ó 10 años hasta que la sentencia se dicte y luego pasen otros tantos para ejecutarla eficazmente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abierto camino en este sentido: un obrero perdió un brazo trabajando con una máquina, e inició un juicio contra la patronal; sostuvo que la máquina con la que estaba trabajando era defectuosa, y por lo tanto el empresario debía pagarle *todos* los daños y perjuicios, y no solamente los previstos en la ley de riesgos del trabajo. Por eso, reclamó daño moral, lucro cesante, daño emergente (provisión de un brazo ortopédico) etc. Lo novedoso de la cuestión es que solicitó que su pretensión relativa al brazo ortopédico se cumpliera al inicio del juicio, para poder comenzar a trabajar, aunque el resto de los rubros se determinara en la sentencia. La Corte de la Nación aceptó la petición a través de la llamada *tutela anticipatoria*, y condenó a la empresa demandada a colocar el brazo ortopédico anticipadamente. La decisión es correcta: si por su situación económica el obrero no está en condiciones de proveérselo, poco le sirve a un obrero recibir un brazo después de ocho años. Por lo demás, la anticipación de este rubro reduce la responsabilidad de la patronal, pues si el obrero cuenta con el brazo podrá trabajar y se disminuirá el lucro cesante a cargo de la demandada.

Esta sentencia nos enseña que no podemos seguir separando lo civil de lo procesal, como dos mundos que se miran con “majestuosa indiferencia”.

IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1. *Sistema llamado bicéfalo o binario*

Nuestros códigos han consagrado un sistema dual que divide la responsabilidad en dos campos: contractual y extracontractual.

El área contractual tiene como objeto el daño causado al contravenir un deber específico, establecido previamente con otra persona. Por lo tanto, en la base de esta responsabilidad está la voluntad de los sujetos que han concertado algo.

El área extracontractual abarca los daños causados al contravenir el deber genérico de no dañar a otro; por ello, no está fundada en el valor de la voluntad o autonomía de la voluntad, sino sobre el principio de solidaridad, de fuente romana, que manda no dañar a otro.

2. *Importancia práctica de esta distinción*

Las diferencias son más o menos numerosas según los diversos sistemas positivos. Mencionaré algunas de las más frecuentes.

- a) En casi todos los países del mundo los plazos de prescripción son distintos en la responsabilidad contractual y en la extracontractual; así, por ej., en Argentina, el plazo de prescripción de la acción para reclamar los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad extracontractual es de 2 años, y de 10 en el caso de la contractual.
- b) En cuanto a la responsabilidad por el hecho de otro, en la extracontractual se responde por el hecho del *dependiente* o *subordinado*, o sea, aquel a quien se han dado órdenes (aunque no sea una relación regida por el derecho laboral). En cambio, en el ámbito de la contractual, no solo se responde por el dependiente, sino también por cualquier otro *auxiliar*, aunque no se le hayan dado órdenes, siempre que haya integrado la actividad necesaria para el cumplimiento de la prestación debida. Por ej.: un empresario vende un automóvil; ese automotor es el producto final de objetos entregados por veinte, treinta subcontratistas, que no son sus dependientes, ya que con ellos ha celebrado contratos de locación de obra, en los que no existe subordinación alguna. Sin embargo, si estalla el neumático del automotor entregado, el vendedor deberá responder a la víctima, aunque quien le proveyó el neumático no era su dependiente. ¿Por qué? Porque a quien compró el auto le es indiferente cómo el vendedor obtuvo el neumático que colocó en el objeto vendido; por eso, el vendedor no solo responde por el hecho de sus dependientes, sino de todos los que lo auxiliaron para que pueda cumplir el contrato. En suma, la noción de *dependencia* que opera en el ámbito de la responsabilidad *extracontractual* es mucho más estrecha que la noción de *auxiliar*, que opera en el ámbito *contractual*, pues auxiliar es todo el que participa en el cumplimiento del contrato, sea o no dependiente.
- c) En la mayoría de los sistemas jurídicos, en la responsabilidad extracontractual, todos los que han causado el daño son *solidariamente responsables*. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la regla es la no solidaridad; para que esta exista debe haber sido pactada, o debe surgir específicamente de la ley; sin pacto o sin disposición expresa, no hay solidaridad en el ámbito contractual.
- d) Por último, las cláusulas limitativas o extensivas de la responsabilidad, como cláusulas que son, solo aparecen en el ámbito de los contratos, o sea, en la órbita de la responsabilidad contractual.

3. *Problemas del dualismo*

- a) No son pocos. Ejemplificaré algunos.

– Una dificultad evidente es establecer el campo residual; en otros términos, especificar cuál es la regla, si la responsabilidad contractual o la extracontractual, con el fin de

saber a qué campo ingresan aquellos supuestos que no configuran típicamente contratos ni hechos ilícitos. Por ejemplo, un daño causado por la voluntad unilateral, ¿entra en la órbita contractual o extracontractual?

- Este problema deriva de otro lógicamente anterior: ¿cuál es el campo de cada régimen?, ¿hay responsabilidad contractual solamente cuando hay un contrato, o cada vez que hay un deber previamente asumido, aunque no sea a través de un contrato?
- A estas dificultades se suman los casos dudosos: por ejemplo, el transporte benévolo, ¿es un contrato?

b) Se debe reconocer, sin embargo, que la unificación no siempre soluciona todos los problemas. Así, por ej., en Argentina se modificó la responsabilidad de los establecimientos educacionales, regulándose en un solo artículo los daños causados y los sufridos por los alumnos (art. 1117 según texto Ley 24.830). Antes de la modificación, el Código Civil argentino, como los de la mayoría de los países del mundo, regulaba la responsabilidad *extracontractual* de los colegios por los daños causados *por* los alumnos a tercero. Los daños *sufridos por* el alumno configuraban un supuesto de responsabilidad *contractual* del establecimiento.

Actualmente, el art. 1117 del Código Civil consagra la responsabilidad objetiva, sin culpa, por el solo hecho de ser titular del establecimiento educacional, tanto por los daños causados a los niños como los causados *por* los niños. Existe, entonces, una única responsabilidad; pero ¿cuál es el plazo de prescripción? ¿dos o diez años? El dilema proviene del hecho que esta reforma se incluyó en el Código Civil argentino, que al igual que el chileno, regula separadamente ambas órbitas.

En mi opinión, el sistema dual presenta soluciones difícilmente aceptables para el destinatario de las normas; por eso, abogo por un régimen único y uniforme, que regule de la misma manera los daños sufridos por quien va arriba de un bus, por el peatón atropellado por ese bus, por quien pretende subirse a ese bus, etc.

V. RÉGIMEN ÚNICO Y DESCODIFICACIÓN

Estamos viviendo la era de la descodificación; existen leyes especiales para actividades o temáticas que se van desgajando del código civil: medio ambiente, consumidores, etc. De este modo, cada ley va creando su propio micro sistema, cuya inserción en el macrosistema no siempre es de fácil solución.

Por ej., la responsabilidad por daños causados en las relaciones familiares, ¿se rige o no por principios comunes?; el daño moral y material sufrido por un hijo que ha crecido sin padre, porque no solo se ha negado a reconocerlo, sino que durante 10 ó 12 años se ha resistido a someterse a la prueba de ADN, ¿debe ser resarcido?; ¿la acción deducida por el hijo se rige por los principios generales del Código Civil? (todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio) o ¿es una responsabilidad especial regida por normas específicas?

En el derecho laboral, ¿los accidentes del trabajo son daños que merecen tener su propio régimen?; en el derecho ambiental, ¿debemos seguir con la regla de quienes por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro debe repararlo, o bien debe fijarse como regla la responsabilidad por riesgo, la responsabilidad objetiva? En el ámbito de los derechos de los consumidores, ¿tenemos que hacer lo que hizo Chile, que reguló la responsabilidad por productos sobre base subjetiva, o por el contrario, se trata de una responsabilidad especial que merece ser regida por principios especiales?

VI. ¿TARIFA O PRUDENCIA JUDICIAL?

Quizás el gran dilema de nuestros días es el que gira en torno a la *tarifación*. ¿Debe mantenerse el sistema que deja amplio arbitrio a los jueces para la determinación del daño o

hay que limitar esta atribución con la creación de “baremos” o “índices”? Ambos sistemas tienen ventajas y desventajas.

Entre las ventajas del sistema “tasado” está, indudablemente, el valor certeza que lleva al respeto del principio constitucional de igualdad ante la ley. La víctima, el actor, tiene certeza sobre el resultado económico del proceso; puede predecir el monto a obtener si se dan todos los presupuestos de la responsabilidad. Precisamente, por dar certeza, la tarificación permite asegurar estos daños, porque las compañías aseguradoras pueden calcular primas, etc., solo cuando saben cuánto tienen que pagar. En cambio, si estamos sujetos a una verdadera “lotería judicial”, pues las diferencias numéricas son sensibles entre las condenas emanadas de diferentes jueces, ¿cómo hacen las aseguradoras para fijar razonablemente las primas?

No obstante la claridad de estas motivaciones, las cosas no son tan simples.

La igualdad ante la ley es la igualdad de los iguales, no la igualdad de los desiguales, ¿es lo mismo perder la pierna para quien tiene grandes *chances* de ser campeón de tenis o ya lo es, que para quien trabaja sentado en un escritorio?, ¿debe repararse con igual suma en un caso y en otro? La certeza se enmarca, entonces, dentro de la gran tensión entre los valores justicia y seguridad, tensión que existe en todo los ordenamientos jurídicos, problema central de la filosofía del Derecho.

Este dilema ha motivado importantes decisiones en el derecho europeo y argentino; como mera aproximación al tema reseñaré un caso de la Unión Europea.

Un caso típico de indemnizaciones tarifadas es el de los accidentes del transporte aéreo, regidos por la Convención de Varsovia. En mayo de 1985, cuando los límites de esta Convención eran irrazonablemente bajos, este asunto llegó a la Corte Constitucional italiana, en el caso Coccia contra Turkish Airlines. El alto tribunal declaró que la Convención de Varsovia era inconstitucional para el derecho interno italiano, porque los límites que fijaba para la indemnización eran tan bajos que ponía en situación de privilegio desigualitario al transporte aéreo, frente al transporte terrestre y marítimo. Esos límites podrían haber sido razonables cuando la Convención de Varsovia se suscribió, debido a que en aquellos tiempos se buscaba incentivar el transporte aéreo, pero hoy el transporte aéreo está plenamente desarrollado y no se trata de actividad que deba ser incentivada de modo preferencial sobre otras.

Este tipo de decisiones provocó, en Europa, la sanción del Reglamento comunitario número 2027/97, que establece ventajas o beneficios en favor de los dañados por el transporte aéreo muy superiores a los de la Convención de Varsovia. Destaco el otorgamiento de la tutela anticipatoria, desde que se obliga al pago anticipado de una suma, sin perjuicio de seguir reclamando por el total.

VII. ¿SÍ O NO A LOS DAÑOS PUNITIVOS? ¿LA ECONOMÍA ENTRA POR LA VENTANA EN EL CAMPO JURÍDICO?

El último tema es la gran discusión existente acerca de la procedencia o no de los llamados “daños punitivos”. ¿Qué son los daños punitivos?

En los países del llamado sistema “continental europeo” hemos mirado el derecho de la responsabilidad civil esencialmente desde el derecho de la víctima a ser reparada (por eso tenemos responsabilidades objetivas), y no como el derecho que sanciona al autor del hecho; como he dicho, este último aspecto lo hemos reservado para el derecho penal. Sin embargo, en ciertos casos la solución se muestra insatisfactoria, pues en los hechos al autor le “conviene” dañar, porque la reparación que debe pagar es inferior a las ganancias obtenidas. Un caso típico es el de la responsabilidad de los medios de prensa. En muchas ocasiones, las noticias periodísticas difamatorias producen daños significativos a las personas, a su honor e intimidad; los montos a los que la empresa periodística es condenada son muy inferiores a las ganancias que la venta de ese diario ha producido. La pregunta es: ¿estos supuestos deben ser regulados con el criterio tradicional?; al derecho no le importa lo que “gane” el autor del ilícito sino solo el daño sufrido por la víctima? En Argentina existe una gran disputa sobre

esta problemática; de cualquier modo, debo advertir que ni aun los adherentes más entusiastas de la introducción de los daños punitivos piensan que este tipo de condenas puede ser impuesta a cualquier tipo de daño, sino que debe quedar reservado para daños de fuerte impacto social (por ej., daños ambientales, causados por productos elaborados en masa, etc). Más aún, algunos sostienen que no deberían superar la ganancia obtenida por el autor, pues sin ese tope se puede llegar a verdaderas aberraciones. Recuérdese el famoso caso resuelto por la Corte Federal Norteamericana el año 1996, *BMW contra Ira Gore*. La BMW exportaba vehículos desde Alemania a Estados Unidos; tenía por norma que si el vehículo llegaba al país importador con daños insignificantes, que no alcanzaban el tres por ciento del total del automotor, se corregían y salían al mercado. Un día, un señor que había comprado un BMW, lo llevó al taller mecánico; allí informaron que el auto no tenía la pintura original, sino que se había pintado sobre ella. Entonces, interpuso una demanda contra la BMW; el jurado, figura común en algunos Estados para ciertos asuntos de responsabilidad, resolvió imponer a la empresa daños punitivos por no haber informado al consumidor que le habían tapado las pequeñas rayas con las que el automotor había llegado a EE.UU.; los daños punitivos se fijaron en 4 millones de dólares. Obviamente, esa suma no mira al dañado, sino que sanciona a la empresa por no haber informado. La BMW se defendió alegando que era su política empresarial, y que la insignificancia del daño hacía irrazonable una indemnización de 4 millones de dólares. El caso llegó a la Corte Norteamericana, quien por 5 votos contra cuatro resolvió que "es inconstitucional por violación de la cláusula del *"due process"* prevista en la enmienda XIV de la Constitución, una condena punitiva que, a la luz de los legítimos intereses de la punición y de la prevención perseguida por el Estado, resulta gravemente desproporcionada con relación a la reprobación de la conducta del autor, a la entidad del daño y a las sanciones civiles admitidas para ilícitos análogos". Para resolver de este modo, el tribunal consideró entre otros aspectos, que las multas que cualquier control estatal hubiese impuesto a la empresa por violar el derecho a la información de los consumidores habrían sido significativamente menores. La verdadera importancia de esta sentencia reside en que la Corte norteamericana reconoce que, como regla, los daños punitivos son legítimos, son constitucionales; declara que el derecho de la responsabilidad civil no solo tiene por función reparar sino también prevenir. Pero junto a esa licitud, se ingresa en la interpretación económica del derecho, ya que la inconstitucionalidad esta dada por la grave desproporción, y este concepto es económico y no jurídico.

De lo que acabo de decir surge otro de los grandes dilemas de la responsabilidad: ¿la economía debe influir en las decisiones judiciales, o Derecho y Economía son dos disciplinas independientes?

El voto de minoría resolvió que el problema era de carácter estadual, por lo que ella, un tribunal federal, no debía pronunciarse; o sea, hizo prevalecer el federalismo por encima de la garantía constitucional invocada. Por otro lado, consideró que la justicia o injusticia de un fallo no es problema del debido proceso; el *"due process"*, se refiere a tener un proceso regular, donde la persona se pueda defender, pero el resultado final de la sentencia no es asunto de la garantía constitucional.

VIII. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Destaco que todos los dilemas de la responsabilidad civil son, en el fondo, el problema de cómo resuelven los jueces, por lo que la buena o mala solución depende, finalmente, de haber elegido buenos jueces. Concluyo, entonces, como lo hago tantas veces, peticionando a la autoridad que corresponda, el mayor cuidado en el ejercicio de esta atribución.