

Andrés Mendive Dubourdieu✉

Proyección del futuro del gobierno de los daños a partir de la consideración de su evolución histórica

*Projection of the future of the government of the damages
from the consideration of its historical evolution*

*Projeção do futuro do governo dos danos
a partir da consideração de sua evolução histórica*

✉ Profesor Grado 3 efectivo de Derecho Privado Salas II y III, Facultad de Derecho, UDELAR.
ORCID: 0000-0001-9915-6256
✉ andres.mendive@gmail.com

Resumen: *A la luz de la contemplación histórica no es aventurado postular que la valoración social del daño desplaza lentamente a la concepción netamente privada. En tal sentido, se propone un sistema alternativo a la responsabilidad civil como herramienta de gobierno del riesgo, lo cual implica un retorno a algunos conceptos que ya se verificaron en precedentes momentos históricos.*

Palabras clave: *Responsabilidad - Daño - Riesgo - Indemnización - Prevención*

Abstract: *In the light of historical contemplation, it is not unreasonable to postulate that the social valuation of the damage slowly displaces the purely private conception. In this sense, an alternative system to civil liability is proposed as a risk governance tool, which implies a return to some concepts that were already verified in previous historical moments.*

Keywords: *Liability - Damage - Risk - Compensation - Prevention*

Resumo: *À luz da contemplação histórica, não é descabido postular que a valorção social do dano desloca lentamente a concepção puramente privada. Nesse sentido, propõe-se um sistema alternativo à responsabilidade civil como ferramenta de governança do*

risco, o que implica um retorno a alguns conceitos já verificados em momentos históricos anteriores.

Palavras-chave: *Responsabilidade - Dano - Risco - Compensação - Prevenção*

Recibido: 23/01/2023

Aceptado: 01/12/2023

I. Introducción

En el presente trabajo se pretende proyectar el futuro del gobierno de los daños a partir de la consideración de los factores de cambio que marca la evolución histórica de esta problemática. En los primeros capítulos de este trabajo se pasará revista de algunos hechos icónicos. No se pretende con ello efectuar un análisis sistemático de la evolución de la Responsabilidad Civil a lo largo de la Historia, sino tan sólo referiremos a determinados acontecimientos que resultan ilustrativos de los factores de cambio que proponemos como sustanciales. Asimismo, no se efectúa una investigación acabada de las fuentes existentes sobre los aspectos referidos, sino que consideramos exclusivamente unas pocas publicaciones, suficientes para lo que nos proponemos.

La tesis sobre la cual se elabora el presente ensayo se basa en tres postulados. El primero es que el gobierno de los daños que efectúa una sociedad no necesariamente se constituye exclusivamente por la Responsabilidad Civil. Esta no es más que una creación convencional que puede ser superada por otro mecanismo más funcional a los intereses perseguidos.

El segundo postulado es que la evolución histórica de la Responsabilidad Civil muestra una concepción originaria netamente privada del daño y un paulatino desplazamiento posterior hacia la consideración del mismo como una problemática social. La relación entre ambos postulados es que un grado elevado de consideración social del daño conlleva a la inutilidad de la Responsabilidad Civil como elemento de gobierno del mismo.

Finalmente, el tercer postulado es que la concepción actual de la Responsabilidad Civil determinada por la presencia necesaria de cuatro elementos (Antijuridicidad, Factor de atribución, Causalidad y Daño) es resultado de una diferenciación que en muchos casos resulta intempestiva y, aún hoy, inconclusa.

II. Gobierno de los Daños en las Comunidades Primitivas

Hay dos tradiciones en el Derecho Occidental Contractual, las de origen anglosajón y continental, incluyendo Alemania⁽²⁾. En ambas tradiciones el origen de gestión del problema presenta similitudes. En las primitivas comunidades quien sufría un daño percibía a la venganza como la única herramienta disponible. Ello no permitía solucionar el problema, sino que moderaba el instinto de ira que la situación generaba en el ofendido⁽³⁾.

Esta primera etapa se caracteriza por una concepción absolutamente individual del daño, en el cual las comunidades no tienen participación. Bajo esta concepción es lógico que no se diseñe ningún mecanismo ficticio de gestión de dichos daños. No sólo resarcitorio, sino tampoco preventivo. Esta concepción sufre una lenta evolución, según hemos analizado en un anterior trabajo⁽⁴⁾.

En el mismo estudio, a su vez, referimos la confusión verificada en la evolución introducida a partir de la Lex Aquilia de la figura de la culpa con las eximentes o causas de justificación. Al respecto es interesante señalar la Teoría del Sistema Flexible de Walter Wilburg⁽⁵⁾. La misma concibe a la responsabilidad civil como un muro de cierta altura que la víctima debe sortear para alcanzar la reparación que se encuentra al otro lado. Para lograrlo cuenta con cuatro cubos del mismo tamaño que, apilados, nos permiten saltar hacia el objetivo. Si uno de ellos no está, no hay responsabilidad. Dichos cubos son los elementos estructurales de la responsabilidad: Antijuridicidad, Factor de Atribución, Relación de Causalidad y Daño.

La Teoría del Sistema Flexible analiza el supuesto en que no todos los cubos tengan el mismo tamaño, pero que uno más grande pueda compensar al pequeño. Así, si hay una causalidad débil pero una fuerte negligencia, podremos llegar al nivel requerido. Lo que dice Wilburg es que si la altura total de las cajas es la deseada no estamos renunciando a la prueba requerida. Nada más que se reparte de un modo diferente⁽⁶⁾.

No se trata de una propuesta de cambio, sino que, tan sólo, Wilburg pretende describir como, en realidad, funcionan muchas veces los tribunales⁽⁷⁾. El gran aporte de esta teoría es que de un modo muy gráfico demuestra cómo aún hoy los tribunales confunden los elementos de la responsabilidad, considerando que si uno de ellos tiene gran entidad compensa las carencias de los restantes. Dicha confusión de los elementos de la responsabilidad se inicia, justamente, en el Derecho Romano.

También la confusión de la figura de la culpa con otros elementos estructurales de la responsabilidad civil se aprecia en el período visigodo (Siglos VI y VII D.C.) La Lex Visigothorum Romanorum, [VI, 1, 7, antiqua] expresa: “*Que solo será culpable aquel que cometiere cosas de las que se le pueda inculpar*”. Es decir, confunde el concepto de culpabilidad con el de imputabilidad, del cual aquella es tan sólo un criterio posible del componente subjetivo.

III. Derecho Visigodo (Siglos VI y VII D.C.)

Corresponde analizar otro gran sistema jurídico continental europeo, el germánico. En particular nos detendremos en las repercusiones reflejas de dicha tradición en la Península Ibérica.

En el derecho primitivo del actual territorio alemán existía la figura de “*la negación de la paz (friedlaskheit)*”. Consistía en la posibilidad de perseguir al ofensor y convertirlo en enemigo⁽⁸⁾. Es decir, también allí el recurso de las comunidades primitivas frente a las situaciones de daño fue de título vindicativo.

Como enseña Bermejo Castriello

la instalación de diferentes pueblos del tronco germánico en el solar del sector occidental del imperio romano supuso la entrada en contacto y la paulatina integración de dos culturas jurídicas construídas sobre coordenadas muy diversas. No obstante, el nivel de complejidad y la perfección alcanzada por el Derecho Romano pronto facilitó su prevalencia sobre las viejas costumbres germánicas, como es claramente visible en las legislaciones de los principales reinos construídos por los invasores en el antiguo territorio ocupado por Roma⁽⁹⁾.

También en el sistema visigodo originalmente, en muchos casos, la respuesta frente al delito (a la cual pertenecía la responsabilidad civil) se encomendaba a la acción de los propios particulares. No obstante, en este caso y a diferencia de Roma ello obedecía a la debilidad de las estructuras y mecanismos jurisdiccionales públicos⁽¹⁰⁾, así como frente a una situación de debilidad jurídica y falta de poder de las autoridades. Esto supone una confusión entre los Derechos Público y Privado⁽¹¹⁾. Recordemos que recién el día en que la acción represiva pasa de manos de la víctima a manos del Estado podemos hablar, en puridad, del nacimiento de la acción por daños y perjuicios⁽¹²⁾.

En el sistema instaurado por la *Lex Visigothum* o *Liber Iudiciorum* de Recesvinto, al igual que en el sistema romano previo a la *Lex Aquilia*, también se verificaba una prescindencia del concepto de reparación equivalente del daño sufrido y su consideración tan sólo en tanto base de cálculo para el monto a abonar. A vía de ejemplo corresponde citar la *Lex Visigothorum Romanorum*, [VIII, 3, 1, *antiqua emendata*]: “*si después de ser cortados sin ningún derecho son llevados a otro lugar, será preciso dar otros árboles parecidos juntamente con los que fueron cortados o bien pagar el doble (duplo) del precio mencionado*”. En algunos casos, incluso, se multiplicaba por 9 u 11 el valor de lo ilícitamente apropiado⁽¹³⁾.

IV. Período Medieval/Altomedieval (Siglo VIII a XIII D.C.)

La tendencia referida propia del Derecho Visigodo perduró en la legislación posterior de algunos territorios españoles. Si bien el abrupto derrumbamiento del Reino Visigodo implicó la ruptura de la precaria unidad jurídica y alumbró una enorme fragmentación geográfica de las respuestas a los distintos tipos delictivos y la responsabilidad derivada del daño por el producido, es posible identificar algunas notas comunes⁽¹⁴⁾. La primera de ellas se determina por un retorno inicial de las actuaciones privadas frente al delito, en atención a la carencia de herramientas eficaces al alcance del poder público y una marcada debilidad del entramado judicial institucional⁽¹⁵⁾.

No obstante, paulatinamente, según señala Bermejo Castriello se impone una nueva mentalidad

en la que el delito consiste (...) en una violación del orden jurídico, que, por lo tanto, trasciende la mera esfera de intereses de los particulares, afectando su prevención y su represión al conjunto de la comunidad. Por ello, el elemento penal se impone claramente sobre el componente resarcitorio de la sanción⁽¹⁶⁾.

Bermejo Castriello enseña que “*lo habitual era que se canalizase mediante la imposición de una sanción indemnizatoria cuyo destinatario era el propietario del fundo*”⁽¹⁷⁾.

El Derecho Foral consiste en la normativa de algunas regiones de España y que, se ha mantenido hasta la actualidad por imperio de la costumbre⁽¹⁸⁾. El origen del Derecho Foral

hay que buscarlo desde el momento en que se deshizo la pretendida unidad normativa nacional, y más concretamente a partir del año 711, cuando se produce la invasión árabe de la península. Desde ese momento tiene lugar una escisión profunda, marcada por las fronteras políticas no siempre bien definidas, que conlleva un alejamiento y, consiguientemente, un desarrollo normativo de carácter autónomo, en el que se incardinan las viejas normas, elementos nuevos y, en ocasiones (...) aspectos de la antigua tradición jurídica autóctona y prerromana⁽¹⁹⁾.

Una de las particularidades que presenta esta etapa es que si el agredido está sometido a régimen de dependencia carece de legitimación activa a efectos de la indemnización, correspondiendo ésta a su señor⁽²⁰⁾. Un ejemplo es el Fuero de Santander, 1187, [18].

La segunda característica relevante de este período es que perdura el criterio vigente en el Derecho Visigodo, según el cual la condena al causante de un daño se cuantificaba en un múltiplo del perjuicio realmente causado. A modo ilustrativo encontramos el Fuero de Soria [263]: “*Si agua de presa de molino o de cauze o çequia manare o sobre salliere et heredad agena dannare, el sennor de la presa (...) peche todo el danno quel agua fiziere doblado (...)*”. Lo mismo sucede en el de Cáceres[99], Usagre, [101]; [320] y de Coria, [91].

Por su parte, el concepto de negligencia lo encontramos en el Fuero Real, [I, 8, 2]⁽²¹⁾:

Por escriuanos públicos tengan las notas primeras de las cartas que fizieren, quier de los iudizios, quier de las uendidas, quier de otro pleyto qualquier, si carta ende fuere fecha, por que si la carta fuere perdida o uiniere sobre ella alguna dubda que pueda seer prouada por la nota onde fue fecha (...) e si el alcalde mandare fazer la secunda carta diga en ella que la mandó dar porque el otra primera es perdida. E si el escriuano non quisiere guardar la nota o la perdiere por su culpa e danno uiniere a alguna de las partes por ello, pécheio él todo.

Sin perjuicio de las características señaladas, este período se caracteriza por la gran pluralidad regulatoria, existiendo múltiples respuestas frente a las hipótesis de daños.

V. Baja Edad Media: Ius Commune (Siglo XII hasta XVIII)

En ese escenario, Fernández pone de relieve que

paulatinamente la penetración de un Derecho culto, fuertemente romanizado, va a ir impregnando estas normativas autóctonas, que quedarán ya influidas por la doctrina de los autores de la denominada época intermedia y por el Derecho Romano Justiniano que se proclamará como el Derecho culto en los países libres de Europa y que, en España, cristalizará en una colección particular redactada por iniciativa real, constituida por la legislación de Partida” (22).

Las mismas, recordemos corresponden al Siglo XIII D.C.

Las Siete Partidas cumplieron un rol fundamental, ya que la fragmentación existente requería una armonización de las normas regulatorias⁽²³⁾. Asimismo, desde la perspectiva de América Latina, el reconocimiento inicial de las Siete Partidas como derecho vigente en los noveles países que fueron surgiendo fue la puerta de entrada de toda la evolución de la responsabilidad civil anterior a la etapa de la codificación. La gran paradoja de ello es que, incluso en España, sería necesario cuestionarse si realmente estuvieron vigentes en la práctica⁽²⁴⁾.

El Ius Commune se constituye por el amalgamamiento del Derecho Romano Justiniano, el Canónico y el Feudal. Se verificó en esta etapa un proceso muy amplio cuyas bases son la recuperación del Derecho Romano. Éste había pervivido por contagio, pero las fuentes se habían extraviado, por lo cual se las desconocía. En aquella época comienzan a ser rescatadas algunas de ellas, básicamente correspondientes al Derecho Romano Tardío, el Justiniano⁽²⁵⁾.

Es característico de esta época del Ius Commune el adaptar las reglas romanas a la situación de ese tiempo. Por ejemplo, se recuperan las disposiciones referentes al daño causado por el esclavo, no obstante, la esclavitud ya había desaparecido. De ello dos planteamientos resultan sugerentes.

Bartolo de Sasoferato decía que la responsabilidad por los daños ocasionados por esclavos debía considerarse como causados por cosas, ya que esa era la naturaleza de éstos en Roma. Por ello, desde allí viene la raíz de la responsabilidad por el daño causado por el hecho de las cosas⁽²⁶⁾.

El actual sistema de responsabilidad por hecho de las cosas es frecuentemente cuestionado doctrinariamente, ya que las cosas no son sujetas de causar ninguna consecuencia, en atención a que siempre detrás existe una conducta humana⁽²⁷⁾. Quizás la razón de esta ficción absurda responda, justamente, a una cuestión histórica. Si bien tan sólo los seres humanos son pasibles de actos jurídicos, la negación de personalidad a los esclavos generó un dilema sobre cómo entender su intervención en los daños que producían. Al ser dichos individuos considerados bienes y no personas se reguló tales supuestos como responsabilidad por hecho de las cosas y no por hecho ajeno.

La adaptación de la figura por el *Ius Commune* sin el debido cuestionamiento impidió evitar perdurar esta falacia, una vez que ya ningún ser humano era considerado cosa, al menos en esa parte del mundo de aquel entonces⁽²⁸⁾.

En la evolución postmedieval del *Ius Commune* se percibe un rechazo hacia el concepto de delito privado y de pena privada. Ello choca con la evolución del estado moderno⁽²⁹⁾.

En otro orden debemos cuestionarnos si la responsabilidad por hecho del dependiente no es más que un resabio de la lógica responsabilidad por el hecho de los esclavos, ya que, como dijimos, éstos carecían de personalidad jurídica. Abolida la esclavitud, un camino posible podría haber sido establecer una responsabilidad propia del dependiente y no del patrón. Sin embargo, se mantuvo aquella, basada en la culpa in eligendo o in vigilando, conceptos también sumamente cuestionados en la actualidad⁽³⁰⁾.

Finalmente, debemos señalar el gran aporte de esta etapa. En el caso de España, la culpa, que había tenido presencia en el período tardío del Derecho Romano Clásico y en el Derecho Medieval, aparece en Las Siete Partidas como principio general. En cambio en Francia ello sucede con los *Ius Naturalistas*⁽³¹⁾.

Durante los Siglos XVIII y XIX en España toda esta legislación del *Ius Commune* será la referencia para la jurisprudencia y la doctrina. Recién en 1812, con la aprobación de la Constitución de Cadiz, se produce el fin de esta etapa y el rompimiento del derecho anterior en materia de Responsabilidad Civil⁽³²⁾.

VI. Escuela Iusnaturalista (Siglos XVI y XVII)

Según hemos visto la concepción originaria de los daños como una situación netamente privada en la cual la comunidad no debía intervenir, dio paso a asumir que aún los conflictos entre particulares afectaban indirectamente a la sociedad, al alterar el orden público. Frente a ello, es lógico, que la perspectiva con la cual se reguló la situación no fue la de proteger al individuo afectado, sino la de castigar a quien, en definitiva, había afectado a la comunidad. Enseña Bermejo Castrillo que “*con carácter universal en las distintas sociedades el Derecho ha establecido mecanismos de defensa de naturaleza primordialmente sancionadora*”⁽³³⁾ frente al efecto lesivo causado sobre el patrimonio o persona de otros sujetos.

En la Ley de las XII Tablas, si bien las sanciones eran en beneficio de las víctimas y se cuantificaban en relación con la entidad del daño sufrido, presentaban una naturaleza netamente penal, ya que, por ejemplo, se acumulaban los créditos en caso de pluralidad de responsables, implicando un enriquecimiento de la víctima⁽³⁴⁾.

Desde sus orígenes, entonces, el restablecimiento de la situación anterior al daño se vió comprendido en la dimensión puramente represiva del delito.

El punto de quiebre a una lenta evolución desde aquella concepción se verificó en 1804, con la aprobación del Código Napoleón⁽³⁵⁾. No obstante, Pacheco Caballero cita algunas disposiciones de Carlos III de entre 1778 y 1782 recogidas en la Novísima Recopilación en las que ya se refería a indemnización de daños y perjuicios⁽³⁶⁾.

Algunos vislumbran un momento incluso anterior. Se recuerda que los jurisconsultos franceses, a partir del Siglo XIII comienzan a germinar la distinción de un ámbito netamente penal de la sanción y otro puramente indemnizatorio⁽³⁷⁾. En el Siglo XVI Domat desarrollará estas incipientes ideas⁽³⁸⁾, siendo el pionero en la separación de la sanción penal, dentro de la órbita estatal, de la reparación civil, de interés exclusivo de los particulares⁽³⁹⁾. Aunque, quizás, sea justo reconocer que los primeros pasos en esta dirección los dan juristas de la escuela de Salamanca⁽⁴⁰⁾. Lo que sí parece sostenible, entonces, es que el Iusnaturalismo tuvo gran incidencia en la producción de grandes avances que permiten la separación de muchos siglos entre delito y responsabilidad.

VII. Período de la codificación

Bajo este influjo se arriba al período de la codificación. Se pretendía mediante ella lograr la unificación jurídica que permitiera una unificación política⁽⁴¹⁾. Observemos la regulación del problema del daño que efectúa el Código Napoleón:

El artículo 1382 dispone: *“Cualquier hecho, cualquiera que sea el hombre, que causó un daño a otro, obliga al culpable a repararlo”*.

La redacción parecería señalar que el término “culpable” es utilizado aquí no en el sentido de violación del deber de diligencia entre buen padre de familia, sino como de sinónimo de causalidad. Manuel Bermejo Castrillo no está de acuerdo con ello. Para él, el artículo 1382 se limita a decir que todo acto de un hombre que cause a otro un daño, obliga, existiendo esa culpa, a repararlo. Es un deber general de reparación por culpa⁽⁴²⁾.

El artículo siguiente establece la responsabilidad del daño que ha causado no solo por su propia acción, sino también por su negligencia o imprudencia.

Como se aprecia, la actividad humana que generaba la obligación resarcitoria es, si atendemos exclusivamente a la interpretación literal del artículo 1382 y primer inciso del artículo 1383 la producción del daño, sin requerirse ningún calificativo adicional a la conducta, con expresa reserva de la discrepancia de Bermejo Castrillo en dicho sentido. Sin embargo, el segundo inciso de esta última disposición agrega que también generará responsabilidad civil la negligencia o imprudencia. No obstante, dicha referencia es disyuntiva, no acumulativa. Obsérvese que el 1383 indica: *“Todos son responsables del daño que ha causado no solo por su propia acción, sino también por su negligencia o imprudencia”*.

La lectura lógica de dicha disposición sería que se es responsable por: a) producir un daño por la propia acción, sin ningún calificativo de dicha acción; o b) por negligencia o imprudencia.

Sin embargo, dicha interpretación nos enfrenta a un problema de coherencia: si basta la conducta sin ningún calificativo para hacer al agente responsable del daño que produce ¿por qué a continuación se brinda como alternativa la responsabilidad por conducta negligente o imprudente? Parecería superabundante, ya que las conductas de tal tipo ya se encuentran comprendidas en el género de conductas huma-

nas productoras de daño, el cual la parte inicial del artículo 1383 e, incluso, el 1382 ya las habían referido como suficientes para generar responsabilidad.

Otra alternativa sería considerar que en el caso de conductas omisivas es necesario que estemos ante supuestos de negligencia o imprudencia, bastando en el caso de las conductas activas la mera acción, sin ningún calificativo. Sin embargo, la lectura que tradicionalmente se ha realizado del Código Francés es otra: la parte final del 1383 complementa la parte inicial y al propio 1382. Esto es, no basta cualquier conducta productora del daño para generar responsabilidad. Es necesario que la misma sea calificada como imprudente o negligente, al menos. En caso contrario, no habrá responsabilidad.

La opinión de Domat, anterior al propio código pero de gran influencia en la doctrina posterior, resulta ilustrativa. Dicho jurista entendía que existe el deber de reparar los daños causados sea por imprudencia, ligereza, ignorancia que se debía conocer u otras fallas similares, aún cuando no se tuviera la intención de dañar⁽⁴³⁾.

Y aún más. Si nos quedásemos con esto la antijuridicidad no aparece como un presupuesto de la responsabilidad, salvo que se acepte una tesis valoracionista de la ilicitud. La conducta relevante se definía exclusivamente por el concepto de “*Fait*”.

Bermejo Castriello señala que la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad se encuentra recogida en la mayoría de los códigos civiles europeos (Alemania, Suiza, Italia, Portugal, etc.), aunque los códigos civiles francés, español y otros hispanoamericanos suponen una excepción. A pesar de ello la jurisprudencia entiende implícita su presencia⁽⁴⁴⁾.

Ya antes del surgimiento de la polémica entre imperativistas y valoracionistas la doctrina había procurado incorporar la ilicitud como elemento de la responsabilidad. ¿Cómo lo hacían? De un modo muy sencillo, señalaban que el concepto de “*fait*” referido en las disposiciones citadas era doblemente comprensivo: factor de atribución subjetivo culpa e ilicitud.

Observemos un pasaje de Domat, el cual resulta muy claro respecto a cuál era la doctrina imperante al momento de la aprobación del código:

Aquí hay hechos ilegales, no solo los que se defienden mediante leyes expresas, sino todos aquellos que perjudican la equidad, la honestidad

o buena moral, aunque no había una ley escrita que las expresara. Porque todo lo que es contrario a la equidad, la honestidad o la buena moral, es contrario a los principios de las leyes divinas y humanas⁽⁴⁵⁾.

Es decir, requiere la presencia de la ilicitud. Sin dudas que de un modo amplio, ya que se prescinde de la ilicitud formal, bastando con una ilicitud material. Incluso, una materialidad más abarcativa que la de nuestros días, ya que comprende también a la equidad, la honestidad, la buena moral y a los principios de las leyes divinas y humanas.

El paradigma del Código Civil francés respecto a la responsabilidad civil en los términos referidos encontró en España un ambiente favorable a su asimilación, “*debido al arraigo secular que acreditaba el sistema de imputación subjetiva de la responsabilidad por daños desde su temprana cristalización en las Partidas y gracias al refuerzo aportado por la escuela salmantina del derecho natural*”⁽⁴⁶⁾.

Esto es relevante, ya que como señala Bermejo Castriello “*la característica más destacada que ofrece el Derecho Romano en materia de daños es, precisamente, la ausencia de un principio general de responsabilidad*”⁽⁴⁷⁾. La estrategia seguida en Roma consistía en regular individualmente la reparación del perjuicio causado por cada delito. Ello, como señala Bermejo Castriello, generaba problemas al aparecer supuestos no previstos⁽⁴⁸⁾.

Pues bien, ello es superado por la doctrina señalada, anterior inclusive al Código Napoleón. No sólo se admite un principio general de responsabilidad, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos exigidos por las disposiciones legislativas citadas. Además, la verificación de la ilicitud no requiere la indicación de la regla precisa que se viola, sino que basta que resulte contrario a los parámetros genéricos que refiere Domat. En ello encuentra su antecedente el valoracionismo, posición mayoritaria en la actualidad, con la cual discrepamos. Asimismo, el valoracionismo se apoya en el antiguo concepto de “*iniuria*”, recogido en las XII Tablas. Éste implicaba cualquier acto realizado al margen del derecho o sin estar jurídicamente justificado⁽⁴⁹⁾. En esta segunda acepción nos acercamos al *naeminen laeder* o principio de no dañar a otro como fundamento de la ilicitud en el cual se apoyan los valoracionistas.

El peligro de esta noción es que antijuridicidad se asemeja peligrosamente al daño, con peligro de confusión de ambas. Por ello en el Código Francés, del cual el español toma su antecedente en muchos aspectos, no se distingue con la claridad

debida las figuras de hecho ilícito y daño.

No obstante, debemos dejar anotado que, según informa Bermejo Castriello algunas investigaciones confirman que el término “*iniuria*” refiere a la conducta contraria a Derecho y no al daño en sí mismo. Sin embargo, el mismo autor español también subraya que en las fuentes (Paulo) una de las acepciones era la ilicitud del comportamiento dañoso, como un sentido distinto de la violación de los límites legales⁽⁵⁰⁾. Es decir, un acto configuraba “*inuria*” si producía daño.

Sin embargo, esta concepción sería abandonada en la Lex Aquilia (aproximadamente fines del siglo IV A.C.). Allí se consagra un principio general de reparación de los daños materiales causados ilícitamente. A tales efectos la iniuria se significa por un daño generado por un comportamiento ilícito⁽⁵¹⁾.

A su vez, también en el Derecho Francés se confundía el concepto de causalidad con el de factor de atribución. Indica Domat que

si se produce algún daño por una consecuencia imprevista de un acto inocente, sin que se atribuya ninguna culpa al autor de este hecho, no será responsable de tal consecuencia. Para este evento tendrá alguna otra causa unida a este hecho, ya sea la imprudencia de aquel que ha suavizado el daño o algún caso fortuito. Y es esta imprudencia o este evento fortuito que el daño debe ser imputado⁽⁵²⁾.

Recordemos que la previsibilidad es un elemento propio de la culpa, criterio subjetivo del factor de atribución de responsabilidad. En materia de causalidad lo que nos importa no es la previsibilidad, sino la probabilidad. Tal vez se trate de dos caras de la misma moneda, como hemos sostenido en algunos trabajos⁽⁵³⁾. Pero en la tesis tradicional ambas figuras son distintas, por lo que la falta de previsibilidad tan sólo incide en materia de culpa. Su ausencia sólo puede conllevar la falta de presencia del factor de atribución, pero no de la relación de causalidad, en la cual la previsibilidad, entonces, no opera. Evidentemente, aún hoy muchas veces se utiliza la palabra imputación para hablar de imputación objetiva, causalidad⁽⁵⁴⁾.

Vemos así, un ejemplo más, de que la distinción de los elementos estructurales de la responsabilidad no es originaria, sino evolutiva. Sin perjuicio de ello, conforme a la corriente interpretativa citada, se concluye que el código francés (y los códigos decimonónicos que se nutren de él) adoptó a la culpa como factor de atribución. Actual-

mente, la República Checa es el único país de la Europa Continental que no adoptó la regla general de responsabilidad por culpa⁽⁵⁵⁾. Ello responde al momento histórico: Estado liberal, aspiraciones burguesas, exaltación de la libertad individual, protección y promoción de la vida privada⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, ya desde el derecho francés anterior a la codificación si existió un principio general de Responsabilidad Civil⁽⁵⁷⁾ el cual requiere culpa⁽⁵⁸⁾. No debemos olvidar que en ello resulta relevante la contribución de los juristas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, quienes combinaron ideas formuladas por los doctores del Ius Commune y la teología escolástica española, principalmente Hugo Grotius, quien, a su vez, se inspiró en la Escuela de Salamanca⁽⁵⁹⁾. Por esta vía la culpa se presenta como un adecuado vehículo para el establecimiento de patrones morales y el control de conciencias. Recordemos que uno de los componentes del Ius Commune es el Derecho Canónico. Por medio de dicha incorporación es que se verifica la moralización inicial de la responsabilidad civil⁽⁶⁰⁾.

Si bien el Derecho Español se tomó un poco más de tiempo para llegar al principio general de responsabilidad civil, siguió el mismo camino⁽⁶¹⁾. Por un lado, ya en el Proyecto de Código Civil español de 1836 los presupuestos de la responsabilidad se diferenciaban con claridad. En efecto, el artículo 1855 disponía:

1. Los delitos, esto es, las acciones prohibidas por la ley, en virtud de las cuales se causa perjuicio a un tercero, imponen al que las comete la obligación de reparar aquel perjuicio; ya sea reponiendo las cosas, cuando fuere posible, al estado que tenían antes del hecho ilícito, ya indemnizando los daños que no se pudieren reparar de otra suerte. 2. Estas obligaciones se demarcan con más especificación en el Código Penal.

Y dicha diferenciación se dio estableciendo a la culpa como factor de atribución con la claridad de la cual careció el código francés. Así el artículo 1856 estableció: “Los hechos que causan perjuicio a una persona sin estar declarados por delitos, y que no proceden de caso fortuito, sino de culpa o negligencia de otra persona, se llaman cuasi delitos”. Así, el hecho ilícito, el factor de atribución (culpa o dolo), la relación de causalidad y el daño aparecen diferenciados.

Sin embargo, la industrialización que se desarrollaría posteriormente implicaría una profunda alteración de las relaciones sociales, de la organización del trabajo y el modelo productivo. Esto marcaría la necesidad de retomar los sistemas de impu-

tación objetiva que se habían superado⁽⁶²⁾. Señala Bermejo Castrillo que este fenómeno produjo un profundo cambio en la mentalidad, volcándose hacia la preocupación por la reparación a las víctimas más que por la sanción al ofensor. Ello ha impactado en la gestión del riesgo mediante modelos socializadores, tanto para la prevención como para la reparación, tal el caso de la seguridad social o los seguros de responsabilidad civil⁽⁶³⁾.

De ese modo, como enseña Bermejo Castrillo⁽⁶⁴⁾, la evolución del sistema indemnizatorio desde las sociedades primitivas demuestra una independización del castigo de la conducta como eje central, predominio del crédito indemnizatorio sobre el débito resarcitorio (como marcarse Lambert-Favre⁽⁶⁵⁾), crecimiento de la función preventiva, incremento de las hipótesis en que opera el factor objetivo de atribución, pérdida de relieve de la figura de la culpa frente a la creación de la situación de riesgo, aparición del seguro como herramienta de gobernación de dichos riesgos, admisión de la dimensión social o colectiva del daño, valoración del daño no patrimonial y relevante protagonismo de los sistemas públicos de reparación de daños. Nils Jansen agrega que, actualmente, incluso, es necesario abandonar el binomio de responsabilidad objetiva y subjetiva ya que, considera, que en todos los casos la responsabilidad se termina imputando al causante⁽⁶⁶⁾.

VIII. Gobernación del riesgo de daño

Como hemos desarrollado en trabajos anteriores⁽⁶⁷⁾, la responsabilidad civil no es más que una construcción ficticia, de carácter teórico, de los seres humanos con objeto de afrontar la problemática del daño. Pero no es la única imaginable ni la solución definitiva.

Sozzo expresa que se produce un desplazamiento desde la previsión individual, el cual se conduce por medio de la responsabilidad civil a partir generalmente de un factor de atribución subjetivo hacia mecanismos de prevención colectiva a través de la intervención estatal, procurando la socialización del daño⁽⁶⁸⁾.

IX. Surgimiento de los sistemas alternativos de responsabilidad civil

Pues bien, en los capítulos anteriores del presente estudio pretendimos demostrar que la responsabilidad civil, en todas sus variantes, no es de existencia necesaria, sino que es tan sólo una respuesta brindada por el hombre, en un momento dado, frente al problema de los daños. Dicha respuesta es relativamente funcional a

una perspectiva liberal consistente en la consideración de los daños como un problema individual, el que sólo debe ser contemplado con objeto de evitar que su acaecimiento vulnere el buen funcionamiento del colectivo.

Sin embargo, la tendencia histórica ha sido adoptar, paulatinamente, una visión más social del problema, una concepción del problema del daño como de incumbencia de la comunidad, alejándonos de la perspectiva individual, por ejemplo, consistente en focalizarse en el castigo al ofensor. Ya poco importa esto último. Con ello no necesariamente se soluciona el problema del daño.

Así han surgido diferentes intentos de gestionar los riesgos de daños con herramientas diferentes a la Responsabilidad Civil. Éstas presentan la nota común de la socialización del perjuicio, lo cual resulta acorde al patrón de cambio de la evolución de la responsabilidad civil que hemos procurado acreditar en el presente: el abandono de la perspectiva individual del problema.

Incluso, la aparición de sistemas públicos de reparación de daños conduce a algunos autores a postular que la responsabilidad civil pase de estar ubicada en el Derecho Privado al Derecho Público⁽⁶⁹⁾.

X. Herramientas alternativas de gestión del daño para sectores de actividad

De momento, las soluciones legislativas que constituyen una alternativa a la Responsabilidad Civil tan sólo implican intentos de regulación de sectores de la actividad, pero carecen de una vocación de aplicación universal a todas las hipótesis de daños. Asimismo, es posible imaginar diferentes alternativas informales en que una sociedad pueda responder frente a un daño⁽⁷⁰⁾. Por ello se debe distinguir los regímenes alternativos de indemnización creados legislativamente de aquellos otros casos en los cuales el Estado provee una compensación frente a catástrofes específicas⁽⁷¹⁾.

Los sistemas alternativos de compensación son soluciones de carácter legislativo para problemas domésticos de daños. Recién en una segunda fase corresponde referirse a regímenes regionales o globales. Asimismo, los sistemas alternativos se focalizan en la indemnización monetaria, pero pueden también adoptar funciones preventivas frente a daños sistemáticos o masivos a través de soluciones no indemnizatorias⁽⁷²⁾.

XI. Seguros de responsabilidad civil

La primera solución alternativa a los daños arribó de la mano de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. A través de ellos se procuró socializar el riesgo, no sólo en manos públicas, sino también por intermedio de personas de Derecho Privado⁽⁷³⁾.

La propuesta tuvo gran recepción legislativa en Derecho Comparado en dos sectores en particular: los daños sufridos por accidentes de trabajo y de tránsito⁽⁷⁴⁾. Desde las primeras décadas del siglo pasado en algunos países industrializados, como Alemania, Nueva Zelanda o Canadá, se comenzó a considerar la posibilidad de extender el modelo⁽⁷⁵⁾.

A mediados de la década del 70 del Siglo XX Suecia introdujo la obligatoriedad del seguro para la responsabilidad médica, siendo seguida por otros países nórdicos⁽⁷⁶⁾ y luego a otros sistemas. En Austria, por ejemplo, desde 2010 los médicos son obligados a contratar un seguro con una cobertura mínima de dos millones de euros⁽⁷⁷⁾.

Cabe indicar que hay consenso actualmente en cuanto a que no tienen sustento los señalamientos en el sentido de que la impunidad que el seguro obligatorio crearía fomenta la proliferación de accidentes, ya que penalmente el causante del daño no queda a resguardo, y civilmente la acción de regreso del asegurador o del Fondo de Garantía pone límite a esa eventual desatención conductiva⁽⁷⁸⁾. En los países del Common Law el argumento fue superado en las primeras décadas del siglo XX, aunque el mismo se mantuvo en la ex URSS durante buena parte de ese mismo siglo⁽⁷⁹⁾.

XII. Fondos de compensación

También se ha propiciado como solución el mecanismo de la Seguridad Social, mediante la creación de un fondo al que contribuyen los que realizan actividades con gran incidencia en la producción de daños, y en algunos casos también el Estado. Se hace frente sólo a ciertos prejuicios y se fijan límites cuantitativos a las indemnizaciones, no obstante al derecho a percibir las circunstancias de que el autor esté identificado, o la propia víctima sea culpable. Los fondos pueden financiarse por las potenciales víctimas o por los creadores de riesgo⁽⁸⁰⁾.

Una variante de esta solución goza de buena receptividad en los casos de daños excepcionales, los cuales suelen ser asumidos por el Estado. En Argentina, por ejem-

plo, la Ley 20.007 facultó al Poder Ejecutivo a otorgar subsidios a las víctimas de "*hechos terroristas que no fueran autores o partícipes*" y la Ley 23.466 concedió pensiones a favor de familiares de víctimas de hechos de desaparición forzada de personas anteriores al 10 de Diciembre de 1983. Por su parte, Chabas refiere la existencia también de fondos de garantía de accidentes médicos, automotriz, accidentes de caza, atentados a la persona, etc⁽⁸¹⁾.

En Austria una ley federal de 2001 creó fondos de compensación de daños por mala praxis médica, el que se financia con la contribución de los pacientes que son, justamente las potenciales víctimas, a quienes se les cobra un monto determinado por cada día que pasan en un hospital⁽⁸²⁾. Sin embargo, esto no significa un remplazo de la responsabilidad civil. Por el contrario, tan sólo opera en aquellos casos en que la primera no alcanza, como por ejemplo, dificultades probatorias de los elementos de la responsabilidad, catástrofes, consentimiento informado, etc. Incluso, los pacientes deben procurar reclamar judicialmente una indemnización y, si lo logran, deben reintegrar lo percibido al fondo⁽⁸³⁾.

Seguí propone extender la herramienta de los fondos para todos los creadores de situaciones de riesgo de accidentes corporales. Su propuesta es que opere bajo un factor de atribución objetivo y en forma complementaria al sistema general de responsabilidad. El destino de las contribuciones sería un fondo de indemnización de daños corporales, también con destino exclusivo de las víctimas que no pueden obtener reparación por la vía ordinaria⁽⁸⁴⁾.

También se propició la creación de fondos para los supuestos de actividades o cosas riesgosas a efectos de afrontar hipótesis de insolvencia del demandado o seguro de responsabilidad civil insuficiente⁽⁸⁵⁾.

Sin embargo, el Talón de Aquiles de la propuesta radica en que los países emergentes no pueden darse el lujo de extender la red de seguridad social mucho más allá de la actualmente existente⁽⁸⁶⁾.

XIII. Impuestos correctores

Señala Shavell que la forma tradicional en que los Estados intervienen para gobernar los riesgos de daños es mediante una política pública consistente en la regulación y aplicación de sistemas de responsabilidad civil por el riesgo causado⁽⁸⁷⁾. A ello debe agregarse el sistema de medidas cautelares y las sanciones penales, los cuales tam-

bién son considerados importantes instrumentos de control⁽⁸⁸⁾.

La propuesta que formula consiste en adoptar las enseñanzas de los economistas, en cuanto la imposición de impuestos correctores constituye un remedio teóricamente ideal para resolver el problema de las externalidades negativas⁽⁸⁹⁾. En 1932 Pigou fue el primero en sugerir la aplicación de gravámenes frente a los daños que se espera que cause una actividad, ya que veía en ello un instrumento deseable de control de conductas, debido a que su previsibilidad podría conducir a las partes a moderar y controlar los daños causados, obteniendo resultados socialmente eficientes⁽⁹⁰⁾.

La cuantía de los impuestos correctores sería idéntica no al daño que efectivamente se genere, sino al esperado. Es decir, el daño, descontada la probabilidad de su ocurrencia⁽⁹¹⁾.

Sin embargo, reconoce Shavell, la aplicación de la propuesta no es sencilla. La primera dificultad consiste en determinar el método de estimación del daño esperado, lo cual depende de un conjunto amplio de factores⁽⁹²⁾. En virtud de ello, si lo recaudado por el impuesto excede el monto de daños a reparar la herramienta resulta ineficiente y, en caso contrario, sería insuficiente.

En segundo lugar señala que la solución socializadora podría conducir a reducir los incentivos a las partes para controlar variables que inciden en la producción del daño, tal el caso de la diligencia empleada⁽⁹³⁾. Sin embargo, según hemos referido precedentemente, la solución neozelandesa descarta esa contingencia.

Un tercer factor que cuestiona la idoneidad del impuesto radica en los costes administrativos que comporta su uso, sobre todo si el número de ocasiones en las que el impuesto debería aplicarse es alto⁽⁹⁴⁾.

En cuarto lugar, señala que la eventual insolvencia del causante del daño podría llevar a que el impuesto no fuese abonado, total o parcialmente. Pero, como el mismo autor acota, este resultado es menos probable en el caso del impuesto que en el del juicio por responsabilidad, ya que el impuesto se basa en un daño esperado y, por tanto, su cuantía sería inferior al daño real⁽⁹⁵⁾.

Finalmente, evidencia Shavell que el espectro de rubros en los cuales los impuestos correctores brindarían cobertura es limitado, resultando demasiado amplia la gama de sectores en los cuales la figura no tendría aplicación⁽⁹⁶⁾. Es decir, tampon-

co se erige como una herramienta de vocación sustitutiva de la aplicación universal de la Responsabilidad Civil.

XIV. Acciones de clase

Otra herramienta, en la cual no nos detendremos por su falta de acogida institucionalizada en los países de Derecho Continental, es las acciones de clase. En Estados Unidos la misma brinda compensación alternativa a los daños masivos, siendo considerada un medio de socialización de riesgos⁽⁹⁷⁾.

XV. Relevancia del daño efectivo en el Derecho Antiguo

Pues bien, si algo tienen en común las herramientas alternativas analizadas es que la contribución que realizan los agentes productores del riesgo no se identifica con el daño que efectivamente generado. Esto no es nuevo y encuentra raíces que podemos apreciar a través del análisis de la evolución de la responsabilidad civil.

La no correspondencia entre la indemnización a abonar y el daño generado se encuentra presente en los institutos y regulaciones de los daños punitivos y similares que se han verificado a lo largo de la Historia. En ellos la regla era la indemnización tarifada dispositivamente y, habitualmente, en un monto superior al daño sufrido. De este modo se ve reflejada la originaria naturaleza punitiva de las indemnizaciones. Si bien se despegan del contenido penal, ya que no afectan la libertad del ofensor, si buscan castigar su conducta dañosa. A pesar de que ya el Código de Hammurabi (Siglo XVII A.C.) demostró establecer una regla de equivalencia entre la magnitud del daño y la acción correctiva concedida a la víctima⁽⁹⁸⁾, en muchas regulaciones posteriores del Derecho Antiguo la cuantía del daño no interesa en lo más mínimo, fijándose un contenido indemnizatorio cualquiera sea la valoración económica del daño. En otros casos, dicha valoración tan sólo interesa como parámetro de cálculo de un resarcimiento superior. Por ejemplo, el duplo del daño generado, según hemos visto en el presente trabajo.

Ello recién cambia en forma general con la Lex Aquilia (Siglo III A.C.), donde se está al valor de mercado de la cosa. Sin embargo, prescinde de una consideración global de las repercusiones del acto en el patrimonio del ofendido⁽⁹⁹⁾.

Luego, en la época de los Severos (Siglo II D.C.) se da un paso más en la evolución, considerando al daño como todo menoscabo patrimonial, pero sin valorar aún

las consecuencias extrapatrimoniales⁽¹⁰⁰⁾. En el período Justiniano se sientan las bases para distinguir entre daño emergente y lucro cesante⁽¹⁰¹⁾. Finalmente, el resarcimiento de los daños físicos o morales de carácter no patrimonial es posible a partir de la consagración de la *actio iniuriarum*, de la *iudicium contrarium* y de la *actio iniuriae*, a pesar de que algunos autores sostenían que ello ya era posible a través de la *iniuria*⁽¹⁰²⁾.

Por su parte, si bien en el Derecho Visigodo perdura la construcción “*tardorromana de un sistema basado en la culpa y sus distintos grados de concurrencia*”⁽¹⁰³⁾, ya en la *Lex Visigothorum Romanorum*, [VI, 4, 3, Chindasvinto] se le asignaba relevancia a la creación del riesgo, situación que se pretendía disuadir mediante la regulación del régimen de responsabilidad civil: “*La cruel temeridad de algunos ha de ser castigada legalmente con penas más severas para que, mientras uno tema sufrir aquello que cometió, al menos se abstenga de cosas ilícitas por la fuerza*”. Por este medio, entonces la fórmula propuesta de valorar la producción del riesgo no es nueva. Lo que sí implica una innovación es la consideración de dicho riesgo como suficiente para la contribución indemnizatoria con independencia de que el daño se produzca.

Ya en el Siglo XIII D.C. con Las Siete Partidas cobra tal relevancia la culpa que,

la mera creación de una situación objetiva de riesgo potencial podía ser sometida a la disciplina del régimen de daños, aunque este resultado no llegase a materializarse”⁽¹⁰⁴⁾. Bermejo Castrillo ilustra ello con el caso del hostelero que “*para atraer clientes colgase sobre las calles de tránsito señales de anuncio de la localización de su posada era instado a fijarlas de modo que quedase asegurado que no pudiesen caer y lastimar a alguien. Pero si, desatendiendo este mandato, alguno la tuviese colocada de una manera inestable y fuese acusado de ello, comprobándose que, verdaderamente, existía un peligro, aunque el indicador no cayese se le imponía una multa de diez maravedís de oro, cinco para el denunciante y cinco para la cámara del rey, por su pereza a la hora de tomar la precauciones necesarias; ahora bien, si la señal llegase a desplomarse, provocando algún daño, éste debía ser compensado doblado, mientras que si el resultado fuese la muerte de algún viandante, la pena adicional señalada era de ciento cincuenta maravedís de oro, la mitad para los herederos del finado y la otra mitad para el fisco regio*”⁽¹⁰⁵⁾.

En tal sentido resultan ilustrativas las siguientes disposiciones de las *Siete Partidas*: [VII, XV, XXVI] y [VII, XV, XXV].

Sin embargo, debemos señalar que estas soluciones que brinda el análisis de la Historia del Derecho acerca de la irrelevancia de la efectividad del daño se ven teñidas por el hecho de que la indemnización no era más que un anexo de la responsabilidad penal, por lo que se comprende que se hiciera hincapié en el reproche a la conducta no aceptable con independencia del resultado efectivamente producido.

XVI. Propuesta de un Sistema alternativo de gobierno del daño

Bermejo Castrillo señala los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil en su configuración actual:

la responsabilidad civil depende del presupuesto objetivo de la causación de un perjuicio a otra persona; la reparación civil sólo busca satisfacer el interés particular del perjudicado, si bien algunas corrientes tienden ahora a atribuirle, también, una orientación en favor del interés social⁽¹⁰⁶⁾; el resarcimiento civil se establece en cada caso en relación con el importe del daño⁽¹⁰⁷⁾.

En el mismo sentido señala Quinteros que actualmente “*la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin un perjuicio*”⁽¹⁰⁸⁾. La referida autora agrega que “*la responsabilidad Civil no supone un perjuicio social, sino un privado*”⁽¹⁰⁹⁾. Además, aún la culpa se presenta como el factor de atribución por excelencia, sin perjuicio del surgimiento de numerosos sectores en los cuales se responde objetivamente. La responsabilidad sólo se verifica cuando la causalidad fáctica también presenta el carácter de jurídica, según la teoría que se adopte sobre ello. Finalmente, el comportamiento del causante del daño debe haber sido antijurídico.

En definitiva, estamos en estos casos frente a una concesión legislativa por la cual se asume tan sólo una porción de los daños causados. Siendo así, los costos de producción bajan, incentivando la actividad empresarial y perjudicando los derechos de los individuos a no ser dañados. Por ello, la interposición del riesgo como factor de atribución relevante debe ser entendida como una intervención sistémica más que una simple imputación individual ex post⁽¹¹⁰⁾.

Sin embargo, Jutras pone de relieve que, cualquiera sea el factor de atribución adoptado, el Derecho no está respondiendo adecuadamente frente a los daños frecuentes que implica la convivencia en sociedad⁽¹¹¹⁾. Para este autor el Derecho de Daños implica una función de justicia correctiva⁽¹¹²⁾. En ello coincide Scott Hershovitz, agregando que en tal sentido el actual sistema no es más que un sustituto de la venganza entre los particulares⁽¹¹³⁾. Lambert Fabre entiende que estamos ante una justicia conmutativa, pero, coincidiendo con lo expresado por Jutra, indica que la responsabilidad es insuficiente para resolver el problema del daño, por lo que en tales casos la justicia distributiva de la solidaridad debe resolver⁽¹¹⁴⁾.

La gran pregunta que se impone es, si consideramos al daño como un problema social y resulta conveniente una respuesta socializadora al mismo, ¿por qué utilizar como herramienta la responsabilidad civil, en la cual la víctima sólo obtendrá indemnización sí: a) se verifican en el supuesto todos los elementos de la responsabilidad (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño que reúna los caracteres de resarcibles) y b) el ofensor es solvente? A su vez, si abordamos el problema desde la perspectiva opuesta, ¿por qué solo deben contribuir económicamente a la solución del problema aquellos agentes cuya acción ocasionó un daño, si en nada difiere de la acción de otros agentes más que en el azar del resultado obtenido?

Empecemos por el primer aspecto. Starck mencionaba que la gravedad de algunos tipos de daños es de tal entidad que la víctima debía contar con la garantía de que recibirá una indemnización, con prescindencia de la valoración de la conducta del ofensor⁽¹¹⁵⁾. No obstante, en materia civil, actualmente solamente se sostiene la existencia de una obligación indemnizatoria cuando el daño se ha producido. El daño es el epicentro del sistema, sin él, no hay responsabilidad civil.

En particular, los factores de atribución subjetivos de responsabilidad colocan su centro de preocupación en la conducta del ofensor. Les importa reprochar y sancionar a quien se comportó de un modo desatinado. El ofendido es relegado a cumplir un rol secundario. Casi sería válido afirmar que su crédito de indemnización es una consecuencia de la sanción impuesta a su victimario. No obstante ello, el sistema sería absolutamente acorde con sus objetivos y funcionaría a la perfección si un fondo de compensación en el cual se vuelca el monto de la condena a resarcir fuera diferente al del sujeto dañado.

La visión individualizadora de la responsabilidad civil no se condice con la perspectiva actual del Derecho de Daños, la cual ha pasado de una obligación resar-

ditoria a un crédito de indemnización⁽¹¹⁶⁾. Se ha abandonado la preocupación por el reproche a quien dañó y se ha puesto el acento en la protección del dañado. La extensión en el Siglo XX del “*estado de bienestar*” ha influido en que se preste más atención a la indemnización que a la identificación de quien ha provocado el perjuicio⁽¹¹⁷⁾. Es decir, estos factores subjetivos de atribución de la responsabilidad no son enteramente útiles a la orientación actual del sistema del Derecho de Daños.

Abordando el segundo problema, esto es porque solo deben contribuir económicamente aquellos agentes cuya acción ocasionó un daño, si en nada difiere de la acción de otros agentes más que en el azar del resultado obtenido, la respuesta socializadora también resulta de utilidad. Moore, en dicho sentido y reflatando una posición formulada por Fletcher en el año 1972 postula una responsabilidad por riesgos como más ajustada a la responsabilidad moral que una responsabilidad por causación. En tal sentido señala que en materia de responsabilidad civil deberían reformularse los ilícitos civiles

de modo de que aumentar el riesgo de un daño sea suficiente para la responsabilidad, sin causalidad y, entonces, si el aumentar el riesgo de un daño no se concibe como un daño compensable, cada sujeto activo individual contribuirá a un fondo a partir del cual los sujetos pasivos de los daños causados puedan recibir una compensación (o bien, si sufrir un riesgo es considerado un daño compensable, los sujetos pasivos recobrarían una compensación de cada sujeto activo)⁽¹¹⁸⁾.

Con objeto de comprender lo anterior, debe señalarse que la acción relevante para asignar la obligación de contribuir al fondo compensatorio ya no sería la producción del daño, sino el haber obrado de cierta manera mediante la creación de un riesgo. A efectos de ser absolutamente consecuentes con esta orientación, debería llegarse en materia civil a un sistema de responsabilidad de contenido similar a la penal. En efecto, en esta última rama del Derecho en muchas ocasiones la conducta amerita la reacción del aparato coactivo estatal aún cuando ha sido en grado de tentativa, es decir, aún cuando el bien jurídico tutelado no ha sido afectado, cuando el daño no se ha producido.

Lo anterior conduce a Gerardo Caffera a distinguir (a) el fundamento o justificación de moralidad política por la cual se exige al creador del riesgo que contribuya y (b) el destino que se le brinda a lo recaudado. El referido profesor uruguayo, siguiendo a Weinrib, entiende que si (a) es sólo por la creación de riesgo, aún cuando

no se produzca ningún daño, estamos ante una naturaleza punitiva. En el caso de (b) si el objetivo es que ninguna víctima quede sin indemnización y distribuir socialmente la carga de ello, estamos ante un criterio de justicia distributiva⁽¹¹⁹⁾.

En mi opinión, aún considerando que el sistema socializador en el cual contribuyen todos los creadores del riesgo, con independencia de que efectivamente se produzca un resultado daño tiene naturaleza punitiva o penal y no civil, no se debe obviar que el objeto es indemnizar a las víctimas. Y ello se hará con los dineros recaudados por el fondo con contribuciones de todos los que generen el riesgo. De ese modo y más allá del nombre que le demos, es una herramienta alternativa a la responsabilidad civil actual; un modo diferente de gobernar los daños. Y a esto es a lo que apuntaban Moore y Fletcher como un mecanismo más coherente con la valoración moral de los daños. Es decir, si lo reprochable es la producción de un riesgo, tan sólo de este modo aplicamos las consecuencias negativas de dicha acción a todos los que la actúan. Debe observarse que en el reproche moral es indiferente que el resultado daño efectivamente se produzca. Por lo tanto, la valoración moral del problema es más acorde a la valoración jurídica en una respuesta socializadora de este tipo que en el caso de la responsabilidad civil tradicional. Y todo ello es más coherente con la visión del daño como un problema público y no privado que es el camino que se ha adoptado paulatinamente desde los orígenes de la responsabilidad civil al presente, según hemos pretendido demostrar al cabo del presente trabajo.

Por lo expuesto, a quien debemos atribuir la responsabilidad es a aquel que pone en circulación o participa de la actividad⁽¹²⁰⁾, con independencia del resultado. Este criterio tiene como finalidad fundamental que la víctima nunca quede sin reparación ya que en este caso la indemnización procederá de un fondo con capacidad para internalizar la pérdida y, al financiarse con la contribución de una pluralidad de agentes, dicha reparación se distribuye entre grandes grupos o sectores numerosos de personas.

La responsabilidad civil como herramienta de abordaje de la problemática del daño fue concebida bajo una concepción individual del daño. Si bien la figura y los elementos que la integran han sufrido una evolución, al presente no resulta la herramienta más acorde para cumplir una función útil respecto a la solución del daño desde una perspectiva social. Esto se verifica en un doble sentido: requerir que se presenten acumulativamente todos los elementos de la responsabilidad para que un individuo pueda reclamar el daño a otro y, asimismo, que este último sea solvente para que se efectivice el resarcimiento implica dejar por el camino a innumerables sujetos que han padecido daño.

Lo anterior no es socialmente útil. Quien es víctima de un daño probablemente no sea satisfecho cabalmente luego de la indemnización. Es decir, aún aquellos individuos que logran percibir la indemnización probablemente preferirían no haber sufrido el daño. Asimismo y como vimos, muchos individuos a pesar de ser dañados no logran ser indemnizados (por no estar presentes los requisitos de la responsabilidad o no ser solvente el condenado). A ello debemos sumarle la existencia de categorías de daños donde el resarcimiento o cualquier partida económica no neutraliza el problema: daño físico, al honor o moral.

Es decir, en todos estos casos la responsabilidad civil demuestra ser un mecanismo insuficiente para solucionar el problema del daño. No sólo del daño tal como lo sufre individualmente la víctima, sino también en su valoración social, ya que esas hipótesis de insatisfacción evitan estándares de prevención más elevados, trasladan el problema de las consecuencias lesivas a la seguridad social, generan situaciones de violencia en la causación y en la vindicación, lo cual es indeseable para la paz y convivencia de una comunidad, etc. Incluso, aún los daños indemnizados implican costos de utilización del sistema de justicia e ineficiencia en la utilización del tiempo de los agentes públicos y privados.

Pero, decir que el daño actualmente tiene una perspectiva social también se verifica si analizamos el problema de la perspectiva del ofensor. Incluso en la visión individual la responsabilidad civil no resulta ajustada a los objetivos. En efecto, si lo que se desea es reprochar y asignar los costos de los daños a quienes se comportan indebidamente, no es del todo eficiente ni justo realizar dicha externalización exclusivamente en contra de quienes efectivamente ocasionaron el daño. Ello porque en muchas ocasiones la causación o no del daño depende de circunstancias absolutamente ajenas a la conducta que se reprocha. Es decir, si hemos escogido como destinatario de la obligación de indemnizar a quien se comporta de determinada manera, no debería integrar el enunciado descriptivo de la situación jurídica las consecuencias que genera dicha conducta.

Lógicamente y como hemos dicho, tan sólo se evita un enriquecimiento cuando el monto de las “indemnizaciones” que deben abonar a estos agentes no va directamente a las “víctimas”. Ello porque, de ser así, sujetos no dañados percibirían un monto aún sin daño.

Por ello, la intermediación de un fondo, el cual perciba el dinero por parte de los agentes que actúan del modo descrito por la norma (causen o no daño) y que luego abone in-

demnizaciones exclusivamente a quienes sufrieron dicho daño, resulta adecuada.

Lo anterior, considerando desde una perspectiva social la figura del agente eventualmente causante del daño permite una política de promoción de conductas deseables y desestímulo de conductas perjudiciales, así como la imposición de costos por operar a pesar de dichos desestímulos.

Hoy la prevención del daño ha cobrado relieve. En tal sentido, atacar a aquel individuo que ocasionalmente produjo un daño no resulta eficiente para lograr un impacto global en una sociedad. En cambio, establecer políticas públicas tendientes a la afectación del universo de individuos que se comportan de un modo o realizan una actividad que genera daños, resulta más lógico. Una de dichas políticas, justamente, es establecer la obligación de contribuir al fondo de resarcimiento.

XVII. Conclusión

Se aprecia una presencia histórica de la socialización del riesgo en la Europa Continental y en los países escandinavos particularmente, comparado con lo que sucede en Estados Unidos o el Reino Unido. Ello no es más que el reflejo de divergentes concepciones acerca del rol del Estado en la organización de la interacción social y la Economía⁽¹²¹⁾.

Por todo lo expuesto, resulta importante que, en forma previa a adoptar un sistema de gobernación de los daños nos pronunciemos sobre cuál será la perspectiva con la cual una sociedad decide abordar el problema. Incluso dentro de la Responsabilidad Civil es necesario determinar cuál es la escogida dentro de las teorías respecto a la relación causal o si se acepta un criterio de imputación en materia de imputación subjetiva, por ejemplo. Para ello el legislador se ha de plantear cuáles son los objetivos que persigue la sociedad y cuál es la vía más adecuada para alcanzarlos.

Como indica Berdaguer, “*el problema social esencial que todos los ordenamientos deben resolver es la cuestión de la denominada distribución de infortunos*”⁽¹²²⁾. Entendemos que, en un sistema democrático como el que nos rige, es de buena técnica desde el punto de vista de la Ciencia de la Legislación que dicho debate vea la luz y traspase los confines parlamentarios; que la valoración de estos elementos y la decisión de qué tipo de país queremos sea adoptada por la sociedad y no por ocasionales legisladores cuya opinión al respecto desconoce el elector y que, además, probablemente desconozca el impacto social que habrá de tener la de-

cisión que adopte en este sentido.

Como enseña Papayanis “*las reglas de la responsabilidad distribuyen recursos entre los miembros de la comunidad*”⁽¹²³⁾. En el mismo sentido Alf Ross señala que el Derecho de Daños, más que una función sancionatoria, funciona como una forma de redistribución deseable y legítima de la riqueza⁽¹²⁴⁾. Es que, en definitiva, el Derecho no es más que una manifestación de la Política en estado puro, por la cual se pretende orientar conductas con objeto de consolidar, modificar o eliminar determinadas relaciones sociales⁽¹²⁵⁾.

El gobierno de los riesgos deja de ser un gobierno jurídico para pasar a ser un gobierno político. Pero el problema que esto presenta es que tanto el gobierno de los riesgos por el Derecho, como por la Política están en crisis⁽¹²⁶⁾.

Ahora bien y aún ante esta problemática, ¿cómo determinamos en qué casos es deseable redistribuir la riqueza por medio de la internalización o externalización del daño? La respuesta a ello, como dijimos, es netamente política⁽¹²⁷⁾.

No obstante lo anterior, no hay que ser iluso. Una resolución al mejor estilo de la Antigua Grecia resulta impracticable. Como enseña Green, la política se define frecuentemente como “*la voz de la gente*”, pero es más “*los ojos de la gente*”, ya que la gente observa, pero no participa⁽¹²⁸⁾.

Sin embargo, el tomar conciencia al respecto cumple de por sí una función trascendente. La misma consiste en borrar la pretendida abstracción axiológica de la construcción del sistema de gobierno del problema del daño y, en particular, de la responsabilidad civil e interpretarlas bajo el cristal del espíritu de la ley y de los fundamentos que necesariamente conlleva cada posible criterio o teoría⁽¹²⁹⁾.

La aparición de un sistema superador supone un cambio de concepción de la relevancia del daño. Actualmente, como señala Bermejo Castrillo, se entiende que

mientras que el delito es, en esencia, un acto perjudicial para la comunidad y para el Estado, por lo que el daño que produce se evalúa desde el punto de vista del interés jurídico colectivo protegido, en su dimensión civil implica la lesión de un interés privado e individualizable, sea patrimonial o moral, que requiere para su caracterización como tal ser susceptible de resarcimiento⁽¹³⁰⁾.

Como hemos visto, la evolución histórica, paulatinamente, se deshace de dicha concepción privada y se conduce hacia una valoración social del daño. Entendemos que, a la luz de la contemplación histórica, no es aventurado postular que dicha tendencia continuará en el futuro. Y, nuevamente, a una concepción absoluta del daño como problema social tan sólo resulta funcional una respuesta sociabilizadora.

En el Derecho Romano, la figura central del delito⁽¹³¹⁾ se constituía por el nexus o vínculo que unía a las partes implicadas en la relación y noxa, que en una de sus acepciones implicaba la vulneración de dicha obligación⁽¹³²⁾. Es decir, desde la definición, se prescindía de las consecuencias de dicha vulneración del vínculo preexistente.

Lo mismo ocurriría en el sistema propuesto. Desde la perspectiva del agente autor de la conducta activa y omisiva, su obligación de contribuir a un fondo indemnizatorio prescinde de que genere o no un daño. Ello tan sólo es relevante en una segunda etapa. Sólo tendrán derecho a ser resarcidos por el fondo aquellos que efectivamente hayan sido dañados.

Pues bien, este binomio romano de nexus y noxa se fue desdibujando a lo largo de la evolución histórica. Según señala Fuenteseca, ya en las XII Tablas el concepto de noxa y damnum eran sinónimos⁽¹³³⁾. Luego, las leyes arcaicas dictadas por los decenviros el vocablo noxa ya había sustituido por el delictum⁽¹³⁴⁾.

Por ello, el cambio de concepción postulada implicaría un regreso a la visión del antiguo Derecho Romano, pero también del antiguo Derecho Germánico, en la cual la indemnización “*no era concebida como una compensación entre sujetos privados, sino como una forma de reparación del orden jurídico alterado*”⁽¹³⁵⁾. Es decir, el problema del daño era considerado como un problema social y no privado.

El sistema alternativo propuesto, nuevamente en aplicación de la tesis pendular de la Historia, implica un retorno a algunos conceptos que ya se verificaron en precedentes momentos históricos. Como señala la más prestigiosa doctrina francesa, los antiguos conceptos “*pueden satisfacer, aún por el sencillo procedimiento de la interpretación, las necesidades de un medio social tan diferente de aquel para el cual habían sido redactadas*”⁽¹³⁶⁾.

Referencias

- Barría Díaz, R. (2014). La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo. *Revista Ius et Praxis*, (vol. 20, no.2), Talca, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200008>.
- Benítez, D. (2006), *Informe del Derecho del Turismo en Argentina, Derecho del Turismo*, F.C.U., Primera edición.
- Bermejo Castrillo, M. (2016), *Responsabilidad civil y delito en el Derecho Histórico Español*, Editorial Dykinson, Madrid.
- Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 18 de octubre de 2019.
- Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 25 de octubre de 2019.
- Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 8 de noviembre de 2019.
- Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 21 de noviembre de 2019.
- Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el Ius Commune y la Codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 22 de noviembre de 2019.
- Berdaguer, J. (2013), *Causalidad y Responsabilidad Aquiliana*, F.C.U., Montevideo.
- Blanco, A. (2011), *Norma jurídica, fuentes del Derecho y responsabilidad de directores y socios en el IRIC y el IRAE*. En *Revista Ruptura*, SAJ, Montevideo.
- Caffera, G., Opinión inédita, gentileza.

- Capitant, H. (1961), Prefacio a H. y L. Mazeaud y A. Tunc, Tratado Técnico y Práctico de la Responsabilidad Civil, delictual y contractual, Quinta edición, traducida por L. Alcalá, Buenos Aires, Ediciones Europa-América, p. 21.
- Castresana, A. (2001). Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, pp. 43 a 48, ambos citados por Bermejo Castrillo, M.
- Coing, H. (1985), *Europäisches Privatrecht*, Munich, Beck, I.
- Chabas, F. (2018). Cien años de Responsabilidad Civil en Francia. Traducción y notas de M. Tapia, Ediciones Olejnik, 1º edición, Santiago de Chile.
- De Castro, F. (1970). Compendio de Derecho Civil, Quinta edición, Madrid.
- Demogue, R (1898)., *De la reparation civile des délits, etude de droit et de législation*, París, A. Rousseau.
- Díaz Melián, M. (2001). Breve génesis del deber de responder. La esencia de la Responsabilidad Civil. En A. Murillo Villar, *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*. Universidad de Burgos.
- Domat, J. (2019). *Las leyes civiles en su orden natural* L. II, T. VIII, S. IV, Bogotá.
- Fernández Domingo, J., (1997). *Introducción al Derecho Civil Foral*, Dykinson, Madrid.
- Hershovitz, S. (2014), *Tort as a Substitute for Revenge*. En J. Oberdiek, *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp 86 y ss). Oxford.
- Fuenteseca Degeneffe, M. (2001), *Una visión de la trayectoria del arbitrium damni decidenci*. En A. Murillo Villar, *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*.
- Kalyvas, S., (2019) *Seminario: Populism & Democracy*, Universidad Carlos III de Madrid, Campus Getafe, 31 de octubre de 2019.
- Jutras, D. (2015), *Alternative compensation schemes from comparative perspective*. En M. Bussani y A. Sebok, *Comparative Tort Law*. Elgar.

- Koch, B. A. (2002). Wilburg's Flexible System in a Nutshell, in Hoziol, BC Steininger (eds.) European Tort Law 2001 (Wien/New York).
- Koch, B. (2011), Medical Malpractice in Austria, Chi.-Kent L. Rev. (86-1027). Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss3/3>.
- Koch, B. (2013), Proportional Liability: Analytical and Comparative perspectives. En I. Gilead, Green y B. Koch (2013), Austrian country report. Berlin, de Gruyter.
- Koch, B. (2016). Proportional Liability for causal uncertainty. En Uncertain causation in Tort Law, Ed: M. Casals y. Papayanis. Cambridge.
- Koch, B., (2019) Seminario denominado "Causation Problems in Medical Malpractice", Universidad Carlos III de Madrid, 18 de noviembre de 2019.
- Mazeaud, H. y L. y Tunc, A. (1977), Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual, (T. I, V. I), traducción de la 5ª edición por L. Alcalá, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Lambert-Faivre, Y. (1978), La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. En A. Alterini y R. López Cabana, Derecho de Daños, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Lambert-Faivre, Y. (1998), Crédito de Indemnización. En A. Alterini y R. López Cabana, Enciclopedia de la responsabilidad Civil, T. II-C, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Lambert-Faivre, Y. (1999). La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. de E. Núñez, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.
- Llamas, E. (2019), Una revisión del daño moral, I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil, 28 y 29/10/2019, Universidad Carlos III de Madrid).
- Martín-Casals, M. (2002). Working paper n° 126. En Revista Indret. Barcelona, disponible en www.indret.com.

- Martínezl, J. y Mendive, A. (2015), La judicialización del seguro obligatorio automotor. En ADCU, (T. XLV), FCU, Montevideo.
- Mendive, A. (2011). Relación de causalidad y factores objetivos de atribución. Revista Ruptura, (1), Sociedad de Análisis Jurídico, Montevideo.
- Mendive, A. (2012). Causalidad plurisubjetiva. En S. Carnelli, ADCU, (T. XLII).
- Mendive, A. (2012). Exposición titulada Intento de construcción de una teoría general de la Responsabilidad Civil, en Primer Congreso de la Sociedad Filosófica del Uruguay, 10 de mayo de 2012.
- Mendive, A (2012) Intento de construcción de una teoría general de la responsabilidad civil. Revista Ruptura, (n. 3), SAJ, Montevideo.
- Mendive, A. (2016). Causalidad plurisubjetiva, F.C.U., 1º edición, Montevideo;
- Mendive, A. (2021). Incidencia del contexto social en el surgimiento y evolución de algunos institutos de Derecho Privado Patrimonial. ADCU, (T. LI), La Ley, Montevideo.
- Mesa Redonda referente a “Ciencia inclusiva y desarrollo sostenible”, XIX Semana de la Ciencia de la Comunidad de Madrid, Peñalba, 12/11/ 2019.
- Moore, M. (2011), Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica, Marcial Pons, Serie Filosofía y Derecho, Madrid.
- Pacheco Caballero, F.L. (2013). Daño, pena y resarcimiento. Revista Catalana de Historia del Derecho, (18).
- Papayanis, D. (2013). Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad, en Derecho de daños, principios morales y justicia social, Ed. D. Papayanis, Marcial Pons, Madrid.
- Parra, M. (2019), ponencia en I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil 28 y 29 de octubre de 2019, Universidad Carlos III de Madrid.
- Piaggio, A. (2005). Presencias de la culpa. En Revista La Ley (2005-F, 1444).

- Portellano, P. (2019), Ponencia en I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil 28 y 29/10/2019, Universidad Carlos III de Madrid.
- Quinteros, E. (2001), Aspectos del Derecho Romano en el Código Civil Uruguayo respecto de la Responsabilidad Civil. en La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno, (p. 667), Universidad de Burgos.
- Regreso, L. (2002). Conceptos generales y elementos de delimitación. En L. Reglero (coord.), Tratado de Responsabilidad Civil, (v. I, 46-201), 3° ed., Madrid, Thompson-Aranzadi.
- Roldán Verdejo, R. (1978). Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León, La Laguna, Universidad de la Laguna.
- Ross, A. (1971), Lógica de las normas, Tecnos, Madrid
- Sarlo, O. (2011), Sobre la noción de responsabilidad en Teoría del Derecho y en dogmática jurídica. En Revista Ruptura, (número 1), SAJ, Montevideo.
- Saux, E. (1992), Seguro Obligatorio contra la responsabilidad civil derivada del uso de automotores- Bases para la elaboración de un proyecto de Ley. Revista Zeus, (tomo 60).
- Seguí, A. (2001). Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna, Separata da Revista de Direito do Consumidor, (52), año 13, RT, San Pablo.
- Schulze, R., Seminario: "El derecho contractual en una perspectiva comparada", Universidad Carlos III de Madrid, 28 de octubre de 2019.
- Shavell, S. (2011). Comparación entre impuestos correctores y responsabilidad como solución al problema de las externalidades negativas. En Journal of Law and Economics, (v. 54). Trad.: J. García. PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, N.º 151, 2017. ISSN: 0210-9107. «economía y derecho».
- Sozzo, G. (2007), Clase dictada el día 21 de setiembre de 2007 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

Steele, J. y Van Boom, W. (2011), *Challenges of Representation and Distribution*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar.

Starck, B. (1947), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein.

Tapia, M. (534), El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, (n. 3), Núcleo de Derecho Civil, Montevideo.

Tobar, J. (2019), Ponencia en International Congress: The Digital Economy Regulatory Contractual and Competition Aspects, Universidad Carlos III de Madrid, 14 y 15 de noviembre de 2019.

Valditara, G. (1994), *Damnum iniuria datum*. En Coord. F. Serrano, *Derecho Romano de las Obligaciones: homenaje al Profesor José Luis Murga*.

Wilburg, W., (2000). *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*. Wien, Manz, 2000 (trad: por H. Hausmaniger).

Normas

Código Civil uruguayo

Ley de las XII Tablas

Ley argentina 20.007

Ley argentina 23.466

Notas

1 Ensayo con objeto de la obtención de créditos de formación complementaria mediante la aprobación de la asignatura “La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el *Ius Commune* y la Codificación, curso académico 2019-2020, Doctorado en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

2 Schulze, R. Seminario: "El derecho contractual en una perspectiva comparada (en particular la conclusión del contrato)", Universidad Carlos III de Madrid, 28/10/2019

3 Díaz Melián, M. (2001). Breve génesis del deber de responder. En A. Murillo Villar, *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*, (p. 287). Universidad de Burgos.

4 Para mayor desarrollo de lo expuesto nos remitimos a: Mendive, A. (2021). Incidencia del contexto social en el surgimiento y evolución de algunos institutos de Derecho Privado Patrimonial. ADCU, (Tomo LI), La Ley, Montevideo, 949-970.

5 Ver Wilburg, W., (2000). *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*. Wien, Manz, (traducido por H. Hausmaniger); Koch, B. A. (2002). *Wilburg's Flexible System in a Nutshell*, in Hoziol, BC Steininger (eds.) *European Tort Law 2001* (Wien/New York), 545.

6 Koch, B., (2019) Seminario denominado "Causation Problems in Medical Malpractice", Universidad Carlos III de Madrid, 18/11/ 2019.

7 Koch, B. (2016). *Proportional Liability for causal uncertainty. How it works on the basis of a 200-years-old code*. En *Uncertain causation in Tort Law*, Editores: M. Calsals y. Papayanis, (pp. 78 y 79). Cambridge; *Proportional Liability: Analytical and Comparative perspectives* (2013). En I. Gilead, Green y B. Koch (2013), *Austrian country report*. Berlin, de Gruyter

8 Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 18/10/2019.

9 Bermejo Castrillo, M. (2016), *Responsabilidad civil y delito en el Derecho Histórico Español*, Dykinson, Madrid, p. 150.

10 Bermejo Castrillo, M., *Op. Cit.* (nota 9), p. 150.

11 Bermejo Castrillo, M. (2019), *La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el ius commune y la codificación*, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 25/10/2019.

12 Mazeaud, H. y L. y Tunc, A. (1977), Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual, (T. I, V. I), traducción de la 5ª edición por L. Alcalá, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 37.

13 Bemejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 174.

14 Bemejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 209 y 210.

15 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 211 y 212, citando a Roldán Verdejo, R. (1978). Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León, La Laguna, Universidad de la Laguna, p. 8.

16 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p.336.

17 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 339.

18 Fernández Domingo, J., (1997). Introducción al Derecho Civil Foral, Dykinson, Madrid, p. 13m quien cita a De Castro, el que a su vez recoge la definición de Marti I. Miralles: es el conjunto de leyes y cuerpos de Derecho, con vigor en determinadas regiones de España, que son distintos del Derecho de general aplicación en todas las provincias de España (De Castro, F. (1970). Compendio de Derecho Civil, 5ª edición, Madrid, p. 58, citado por Fernández Domingo, J., Op. Cit., p. 13 nota 3).

19 Fernández Domingo, J., Op. Cit., p. 14.

20 Bermejo Castrillo, M. (2019), La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el *ius commune* y la codificación, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 8/11/ 2019.

21 Si bien este es propio del *Ius Commune* constituye una recopilación de textos anteriores, por lo que su lógica se identifica más con la Alta que con la Alta Edad Media.

22 Fernández Domingo, J., Op. Cit., p. 15.

23 Tobar señala la necesidad de armonización normativa como factor necesario de la integración económica de los diferentes sistemas (Tobar, J. (2019), Ponencia en International Congress: The Digital Economy Regulatory Contractual and Competition

Aspects, Universidad Carlos III de Madrid, 14 y 15/11/2019).

24 Bermejo Castrillo, M. (2019), La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el *ius commune* y la codificación, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 21/11/2019.

25 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 24).

26 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 24).

27 Actualmente surgen opiniones diversas a partir de la incidencia de la inteligencia artificial, postulando que las cosas deberían tener responsabilidad civil (Mesa Redonda referente a “Ciencia inclusiva y desarrollo sostenible”, XIX Semana de la Ciencia de la Comunidad de Madrid, Peñalba, 12/11/2019).

28 Este postulado deja de lado la responsabilidad por el hecho de los animales, la cual gozó y goza de una regulación independiente de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

29 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 24).

30 En Uruguay la culpa *in vigilando* o *in eligendo* han sido rechazados por la doctrina, postulándose que el art. 1324 del Código Civil implica un supuesto de responsabilidad objetiva.

31 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 24).

32 Bermejo Castrillo, M. (2019), La responsabilidad civil en su configuración histórica entre el *Ius Commune* y la Codificación, asignatura del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 22/11/2019.

33 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 14 y 15.

34 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 16. Dicho autor cita a Coing, H. (1985), *Europäisches Privatrecht*, Munich, Beck, I, p. 504 (Op. Cit., p. 17).

35 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 10.

- 36 Pacheco Caballero, F.L. (2013). Daño, pena y resarcimiento. *Revista Catalana de Historia del Derecho*, (18), 322 y 323, citado por Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 521.
- 37 Demogue, R (1898), De la reparation civile des délits, etude de droit et de législation, París, A. Rousseau, pp. 9-10.
- 38 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 451 y 452.
- 39 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 544.
- 40 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 32).
- 41 Fernández Domingo, J., Op. Cit., p. 17.
- 42 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 32).
- 43 Domat, J. (2019). *Las leyes civiles en su orden natural lib. II., Tit. VIII, sec. IV, Bogotá, Cartoné.*
- 44 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), nota n° 4 de p. 14.
- 45 Domat, J., Op. Cit.
- 46 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 555.
- 47 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 59. En el mismo sentido: Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., Op. Cit., p. 39; Seguí, A. (2001). Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna, *Separata da Revista de Direito do Consumidor*, (52), año 13, RT, San Pablo, p. 2.
- 48 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 59.
- 49 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 68.
- 50 Bemejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 68.
- 51 Valditara, G. (1994), *Damnum iniuria datum*. En Coord. F. Serrano, *Derecho Ro-*

mano de las Obligaciones: homenaje al Profesor José Luis Murga, p. 855 y Castresana, A. (2001). Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, pp. 43 a 48, ambos citados por Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 88 y 89

52 Domat, J., Op. Cit. (nota 43), N ° 3

53 Mendive, A. (2016). Causalidad plurisubjetiva, F.C.U., 1° edición, Montevideo; (2012). Causalidad plurisubjetiva. En S. Carnelli, ADCU, (Tomo XLII), pp. 629 a 642; (2011). Relación de causalidad y factores objetivos de atribución. Revista Ruptura, (1), SAJ, Montevideo, pp. 145 a 159.

54 Parra, M. (2019), ponencia en I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil 28 y 29/10/2019, Universidad Carlos III de Madrid. Hedermann parece quejarse de la confusión de culpabilidad con causalidad (Piaggio, A. (2005). Presencias de la culpa. En Revista La Ley (2005-F, 1444).

55 Barría Díaz, R. (2014). La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo. Revista Ius et Praxis, (vol. 20, no.2), Talca, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200008>.

56 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 10.

57 Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., Op. Cit., p. 51.

58 Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., Op. Cit., p. 54.

59 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 18.

60 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 24).

61 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 10.

62 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 10.

63 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 28. El autor cita a Reglreso, L. (2002). Conceptos generales y elementos de delimitación. En L. F. Reglero (coord.), Tratado de Responsabilidad Civil, (vol. I, 46-201), pp.. 50 y 51. 3° edición, Madrid, Thompson-Aranzadi.

64 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 28 a 30.

65 Lambert-Faivre, Y. (1999). La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. de E. Núñez. En Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, p. 971.

66 Martín-Casals, M. (2002). Working paper n° 126. En Revista Indret. Barcelona, p. 4, disponible en www.indret.com.

67 Exposición titulada Intento de construcción de una teoría general de la Responsabilidad Civil, en Primer Congreso de la Sociedad Filosófica del Uruguay, 10/5/2012. Asimismo, fue publicada en 2012 bajo el título Intento de construcción de una teoría general de la responsabilidad civil. Revista Ruptura, (número 3), SAJ, Montevideo, pp. 107 a 118.

68 Sozzo, G. (2007), Clase dictada el día 21 de setiembre de 2007 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

69 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 32).

70 Jutras, D. (2015), Alternative compensation schemes from comparative perspective. En M. Bussani y A. Sebok, Comparative Tort Law (pp. 152 y 153). Elgar, Cheltenham.

71 Jutras, D., Op. Cit., p. 152.

72 Jutras, D., Op. Cit., p. 170.

73 Chabas, F. (2018). Cien años de Responsabilidad Civil en Francia. Traducción y notas de M. Tapia, Olejnik, 1° edición, Santiago de Chile, p. 102.

74 Sobre este último: Martínez, J. y Mendive, A. (2015), La judicialización del seguro obligatorio automotor. En ADCU, (T. XLV), FCU, Montevideo, pp. 1015 a 1030.

75 Jutras, D., Op. Cit., p. 154.

76 Jutras, D., Op. Cit., p. 155.

77 Koch, B. (2011), Medical Malpractice in Austria, Chi.-Kent L. Rev. (86-1027). Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss3/3>.

78 Saux, E. (1992), Seguro Obligatorio contra la responsabilidad civil derivada del uso de automotores- Bases para la elaboración de un proyecto de Ley. Revista Zeus, (T. 60), p. D-163.

79 Tapia, M. (534), El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil, en Revista Crítica de Derecho Privado, (número 3), NDC, Montevideo, p. 534. En contra, Benítez, D. (2006), Informe del Derecho del Turismo en Argentina, Derecho del Turismo, F.C.U., 1º edición, p. 236.

80 Jutras, D., Op. Cit., p. 152.

81 Chabas, F., Op. Cit., pp. 102 y 103

82 Koch, B., Op. Cit., p. 1050.

83 Koch, B., Op. Cit., p. 1050

84 Seguí, A., Op. Cit., p. 38.

85 Jornadas sobre responsabilidad Civil, Rosario, 1986).

86 Jutras, D., Op. Cit., p. 157.

87 Shavell, S. (2011). Comparación entre impuestos correctores y responsabilidad como solución al problema de las externalidades negativas. En Journal of Law and Economics, (vol. 54). Trad.: J. García. Publicada la versión en español en PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, N.º 151, 2017. ISSN: 0210-9107. «economía y derecho», p. 1.

88 Shavell, S., Op. Cit., nota a pié de p. número 4.

89 Shavell, S., Op. Cit., p. 1.

90 Shavell, S., Op. Cit., p. 1.

91 Shavell, S., Op. Cit., p. 5.

92 Shavell, S., Op. Cit., p. 2.

93 Shavell, S., Op. Cit., p. 2.

94 Shavell, S., Op. Cit., p. 2.

95 Shavell, S., Op. Cit., p. 9.

96 Shavell, S., Op. Cit., p. 1.

97 Steele, J. y Van Boom, W. (2011), *Challenges of Representation and Distribution*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar, citados por Jutras, D., Op. Cit., p. 170.

98 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 15.

99 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 94 y 95.

100 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 95.

101 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 96.

102 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 105 y 106. Por el contrario, Llamas: el daño moral no está presente en el Derecho Romano y que ingresa al Derecho Europeo por vía consuetudinaria para dar cabida a lo que en Derecho Alemán se consideraba el precio del dolor (Conferencia: Llamas, E. (2019), *Una revisión del daño moral*, I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil, 28 y 29 de octubre de 2019, Universidad Carlos III de Madrid).

103 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 207.

104 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 509.

105 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 509.

106 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 51.

- 107 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 53.
- 108 Quinteros, E. (2001), Aspectos del Derecho Romano en el Código Civil Uruguayo respecto de la Responsabilidad Civil. en La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno, (p. 667), Universidad de Burgos.
- 109 Quinteros, E., Op. Cit., p. 667.
- 110 Jutras, D., Op. Cit., p. 166.
- 111 Jutras, D., Op. Cit., p. 152.
- 112 Jutras, D., Op. Cit., p. 151.
- 113 Hershovitz, S. (2014), Tort as a Substitute for Revenge. En J. Oberdiek, *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp 86 y ss). Oxford University Press, Oxford.
- 114 Llamas, E., Op. Cit.
- 115 Starck, B. (1947), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein, citado por Bermejo Castrillo, M., Op. Cit., nota n° 58 al pie de la p. 30.
- 116 Lambert-Faivre, Y. (1978), La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. En A. Alterini y R. López Cabana, *Derecho de Daños, La Ley*, Buenos Aires; Lambert-Faivre, Y. (1998), Crédito de Indemnización. En A. Alterini y R. López Cabana, *Enciclopedia de la responsabilidad Civil*, Tomo II-C, Abeledo Perrot, Buenos Aires; y Lambert-Faivre, Y. (1999). La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. de E. Núñez, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*.
- 117 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 32).
- 118 Moore, M. (2011), *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Marcial Pons, Serie Filosofía y Derecho, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, p. 69.
- 119 Caffera, G., Opinión inédita, gentileza.

120 Portellano, P. (2019), Ponencia en I Congreso Iberoamericano d Responsabilidad Civil 28 y 29/10/2019, Universidad Carlos III de Madrid.

121 Jutras, D., Op. Cit., pp. 166 y 167.

122 Berdaguer, J. (2013), Causalidad y Responsabilidad Aquiliana, F.C.U., Montevideo, p. 24.

123 Papayanis, D. (2013). Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad, en Derecho de daños, principios morales y justicia social, Ed. Papayanis, Diego, Marcial Pons, Madrid, p. 115.

124 Ross, A. (1971), Lógica de las normas, Tecnos, Madrid, p. 119, citado por Sarlo, O. (2011), Sobre la noción de responsabilidad en Teoría del Derecho y en dogmática jurídica. En Revista Ruptura, (número 1), SAJ, Montevideo, p. 53.

125 Blanco, A. (2011), Norma jurídica, fuentes del Derecho y responsabilidad de directores y socios en el IRIC y el IRAE. En Revista Ruptura, SAJ, Montevideo, p. 17.

126 Sozzo, G., Op. Cit. (nota 68).

127 Sozzo, G., Op. Cit. (nota 68).

128 Kalyvas, S., (2019) Seminario: Populism & Democracy, Universidad Carlos III de Madrid, Campus Getafe, 31/10/2019.

129 En el caso de Uruguay ello resulta acorde a lo dispuesto por los arts. 16 y 17 del Código Civil.

130 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 48 y 49.

131 Recordemos que originariamente la responsabilidad civil por el delito no tenía autonomía.

132 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), pp. 63 y 64.

133 Fuenteseca Degeneffe, M. (2001), Una visión de la trayectoria del arbitrium damni decidendi. En A. Murillo Villar, La responsabilidad civil de Roma al Derecho

moderno, pp. 351 a 377, p. 353, citado por Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 64.

134 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 64.

135 Bermejo Castrillo, M., Op. Cit. (nota 9), p. 16.

136 Capitant, H. (1961), Prefacio a H. y L. Mazeaud y A. Tunc, Op. Cit., p. 21, citado por Díaz-Melián, M., Op. Cit., p. 293.