

La percepción y configuración de los nuevos daños. Reflexiones sobre su inserción en la enseñanza jurídica

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA*

El motivo por el que diseñáramos un curso de CPO optativo que permitiera abordar la problemática de los daños en la sociedad actual, y sobre todo lograr su percepción por los operadores jurídicos, está motivado en una inquietud que nos persigue desde hace años tanto en nuestras investigaciones como en la docencia y es la de intentar aunar los hechos –hoy tan cambiantes y vertiginosos– con el sistema normativo, entendiendo que éste es más que sólo el conjunto de normas, y además motivar en los alumnos la unión de contenidos del derecho público y del derecho privado, ya que la realidad no admite divisiones tan tajantes como a veces los futuros abogados entienden o pretenden. Para ello recurrimos incansablemente, en el desarrollo del curso, al Derecho Constitucional y a los Principios Generales del Derecho, como así también al invalorable apoyo de la sociología.

Como dijéramos con motivo del homenaje a los 150 años de la Universidad de Buenos Aires y creemos necesario repetir ahora, a fin de intentar que se nos comprenda mejor, creemos que es en la temática de la responsabilidad civil en donde se puede advertir –como en pocas ramas jurídicas– una clara evolución del sistema jurídico. Esto se ve en el cotidiano de los fallos judiciales y en los artículos de doctrina; asimismo la evolución se nota en el pensamiento teórico de los profesores que han enseñado la materia en el curso de los últimos cincuenta años, muchos de los cuales plasmaron sus ideas en libros, que además fueron muchas

* Investigadora del Instituto A. L. Gioja. Directora de proyectos UBACyT. Profesora con dedicación exclusiva de Contratos Civiles y Comerciales. Directora del Seminario “Problemática de los daños en la sociedad actual”.

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

veces debatidos en los claustros. Este proceso también lo podemos notar en los programas de estudio de la Facultad de Derecho, sobre todo en materias del CPO (Ciclo Profesional Orientado) y en el enfoque que algunos dan en la materia Obligaciones Civiles y Comerciales.

Creemos que se puede sostener que en esta disciplina, que aglutina en torno al daño y a la prevención, su desarrollo se advierte o se debería advertir notablemente en la repercusión que en el derecho tienen las conductas con las que se desenvuelve la vida del hombre y las transformaciones que la sociedad va realizando en su curso histórico, de allí la importancia que le damos a la capacidad de percibir o de descubrir las situaciones dañosas que no siempre están en la fácil solución de la letra de la ley. La mayoría de los nuevos supuestos que deberán buscarse en la finalidad de la norma o, poéticamente, en el “espíritu de la ley”, serán objeto de una interpretación ampliada o analógica, se buceará en los Principios del Derecho y se atenderá en definitiva a cuestiones que para Kelsen son extrañas al orden jurídico.

Esta sociedad actual globalizada, muchas veces tecnológica, nos plantea una serie de situaciones que creemos deben analizarse en la Facultad, por ejemplo la utilización de la biotecnología, los graves problemas de contaminación que sufre el planeta, los casos de violencia urbana (patotas, violencia escolar, violencia en el fútbol, discriminación), la vulneración de los derechos del consumidor (información, protección, buen trato, etc.), los nuevos desafíos que plantea la ciencia (las ondas de los celulares, el uso de la informática, los transgénicos); situaciones que deben ser debatidas necesariamente a la luz de conceptos jurídicos para saber si estamos frente a la configuración de daños resarcibles y así poder hacer viable la aplicación de la faz preventiva esencial de la evitación de daños, y sobre todo para que podamos cumplir con nuestro rol de educadores y formadores de opinión crítica en la Universidad.

Frente a estas transformaciones sociales y tecnológicas, notamos desde hace tiempo que el jurista y el juez pueden encontrarse ante la insatisfacción de aquel a quien no pueden dar una respuesta a un problema urgente de justicia en la reparación de los daños, sobre todo si un evento dañoso novedoso es mirado dentro de un marco tradicional y estricto. Esto implica para nosotros que en el dictado de la materia se dé lugar a un debate continuo y a un diálogo fructífero con alumnos provenientes

de diversas corrientes filosóficas y de diversas orientaciones (solemos contar con un alumnado proveniente de disciplinas ajenas al Derecho Privado).

Recordemos las enseñanzas de Ihering: “El Derecho es lucha” y aquí es la lucha por el reconocimiento de los derechos de los habitantes ante las transformaciones sociales y frente a un Derecho que no siempre se presenta permeable y no escucha los clamores de su tiempo; es aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al derecho, aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy; creemos que es, ni más ni menos, repetir a menor escala el origen y evolución de todo el derecho y debemos tener muy en claro si vamos a centrar el núcleo en el hombre o en la norma, o en principios económicos.

El curso de CPO que dictamos tiene como objetivos captar la realidad de las variaciones jurídicas y sociales, tratar de delimitar los elementos esenciales de un nuevo derecho más flexible que capte estas nuevas situaciones, y replantear la clásica responsabilidad civil. Para lograrlo se establecieron a priori, como contenidos básicos para ser explicados y debatidos, tanto los elementos tradicionales de la responsabilidad civil como el Derecho de Daños, la socialización de los riesgos, las actividades riesgosas, los intereses colectivos (tomados muchas veces como difusos), las nuevas categorías de daños (se debate sobre el daño al proyecto de vida, daño psíquico, estético, sexual), los daños colectivos (categoría de daños lamentablemente aceptada sólo desde hace pocos años y que fue objeto de mi tesis doctoral en 1991 y de investigaciones en el Instituto A. Gioja) y las garantías colectivas (sistemas de seguros y fondos de garantía), sin descuidar la relación que el tema de los daños tiene con el análisis económico del Derecho (Guido Calabresi y Posner) y, por supuesto, el rol que el Estado tiene en esta temática en virtud del poder de la policía y también la responsabilidad del funcionario público. Asimismo planteamos el tema de la prevención de daños y si el principio precautorio puede ser aplicado más allá del Derecho Internacional y del Derecho ambiental trasladándolo al Derecho de Daños.

En el desarrollo del curso, para lograr un mayor entendimiento de la problemática que planteamos, se analizan desde casos particulares, como el daño ambiental con referencia a las leyes de presupuestos mí-

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

nimos (Ley General del Ambiente, PCBs, Gestión Integral de Residuos, Cuencas, Información Ambiental) a actividades como las mineras, la población, los OGM, el ataque a la biodiversidad, etcétera, y la responsabilidad por riesgo de desarrollo (discutiendo la directiva de la UE que admite la excepción del avance de la ciencia y planteando la diferencia con la Ley de Protección al Consumidor); se discute sobre la responsabilidad por hechos violentos, la actuación de patotas y los daños causados por menores dentro o fuera de los establecimientos escolares (por ejemplo en los *countries*) la responsabilidad por huelga y piquetes (que atañe al tema constitucional), el contagio de sida, la transmisión de enfermedades de padres a hijos y otros problemas bioéticos. Este temario suele tener modificaciones que obedecen a nuevas realidades que se van presentando año a año.

Metodológicamente, para el desarrollo del curso se utiliza el análisis de fallos con discusión del decisorio e introducción de nuevos argumentos, y finalmente reelaboramos ciertas nociones teóricas que se plantean en cada caso. Para tal fin realizamos con nuestro equipo un libro de fallos seleccionados que abarcan la temática de infección hospitalaria, la huelga, el daño ambiental, las inundaciones, los accidentes en trenes y en la vía pública, el sida, la violencia en el fútbol, los daños en los establecimientos educativos y en los locales bailables, el daño producido por consumo de cigarrillo, daños que comprometen la obligación de seguridad, y el daño moral, entre otros.¹

Por todo esto que venimos diciendo es que no nos cansamos de recordar a los viejos y sabios maestros como Carnelutti que decían sabiamente: “El Derecho de hoy no es el Derecho de ayer”, y también las palabras de Portalis de que las leyes se hacen con el tiempo, mas en verdad no acaban de hacerse nunca, y eso justamente es lo que intentamos transmitir en el curso.

Ocurre, sin embargo pese a lo que acabamos de puntualizar, que creemos firmemente que un principio reconocido como esencial o verdadero (dejando a salvo la discusión que esta terminología tiene en Filosofía), no debe ser abandonado jamás, sea cuales fueren los peligros

¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Casos de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, o [en línea] <www.garridocordobera.com.ar> Sección D. de Daños.

aparentes que se presenten, el mismo debe ser combinado hasta encontrar el medio de remediar sus inconvenientes y realizar la aplicación que se debe.

En esta línea de ideas, todos los que nos dedicamos al moderno Derecho de Daños, siempre tenemos presente la antigua regla romana del *neminem lædere* que sale en nuestra ayuda para captar y permitirnos solucionar todos los actos perjudiciales dañosos a fin de hacer reinar el orden y la equidad en la sociedad.

El adaptarse a los hechos por parte del derecho fue llevando a que se revaloraran tópicos como la concepción de “antijuridicidad”, que por vía de interpretación analógica se hablara de responsabilidad colectiva, se aceptara el fundamento objetivo por riesgo en los daños producidos por animales y de responsabilidad objetiva (por garantía) en los hechos de los dependientes. Los congresos de derecho civil y nuestros tribunales fueron abriendo el camino de la responsabilidad objetiva hasta que en 1968 se dictó la Ley 17.711, que introduce normas como los siguientes arts.: 1113, segunda parte, 1071, 2618, 907 y 2499, esenciales en materia de responsabilidad civil. El eje va a estar dado en el daño y no tanto en el factor de atribución por el cual un sujeto será determinado como jurídicamente responsable de reparar el daño.

Pero la evolución del Derecho continuó y dio paso a la noción de interés de hecho, intereses colectivos, a los daños colectivos, al auge del deber de informar, de la garantía, de las obligaciones tácitas de seguridad y de las actividades riesgosas, que son aplicados en la realidad de todos los días.

Es por casi todos conocido que a partir de ese momento la responsabilidad civil cambió rotundamente. Existen varios factores objetivos para fundamentar la responsabilidad, esto no ha decrecido con el correr del tiempo, pero de ninguna manera significa la total objetividad, ya que el factor subjetivo (dolo y culpa) sigue existiendo en el sistema argentino y sigue teniendo su relevancia como nos preocupamos por puntualizar en el curso, sin olvidar las palabras que ya decía André Tunc acerca de que es banal comprobar la explosión de la responsabilidad civil, ya que en todos los países industrializados los daños se multiplican.

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

El Derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común debe luchar con la solución justa en esta materia, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino la forma de actuar de una persona o la creación de un riesgo. Lo que sí podemos sostener que ha variado en los últimos años ha sido la incorporación de la faz preventiva en el Derecho –ponemos énfasis en transmitirlo mediante la aplicación del art. 2499 del Código Civil y del Amparo (suele discutirse las medidas “autosatisfactorias”)–, el rol distinto que se le asigna al Estado y la aceptación de los intereses colectivos y de los daños colectivos, como así también el hecho de perseguir la toma de seguros y la creación de fondos de garantía. Esta realidad circundante nos permite hablar modernamente de una teoría del Derecho de Daños en la Argentina que debe ser transmitida en los claustros, para ello tomamos el ejemplo del Derecho francés en su evolución.

En nuestra experiencia en el área de investigación institucional, que necesariamente se traslada a la enseñanza, hemos trabajado un nuevo concepto de daño: el daño colectivo y nuevos supuestos de eventos dañosos que motivaron todas nuestras investigaciones desde 1988 en la UBA. Hoy podemos decir que muchos de los temas que de entrada eran tabú en materia de responsabilidad civil, como el daño ambiental (en el año 1983), la violencia en el fútbol (en el año 1985), la responsabilidad por huelga (en el año 1991), la responsabilidad por riesgo de desarrollo (en el año 1989), la responsabilidad del Estado basada en las normas del Derecho Civil, y con fundamento en un factor objetivo: la “falta de servicio”; temas que tantas discusiones han traído, han sido en los últimos años objeto de regulación legal, o temas de congresos aceptados por la comunidad universitaria como integrantes de sus planes de estudio.

Como también estamos convencidos de que el pago de una indemnización de una manera tardía implica una negación del derecho de obtener la adecuada satisfacción, es que insistimos desde hace años (en 1988 presentamos una ponencia en tal sentido) en que se cumpla con la creación de fondos de garantía sobre todo para cubrir casos de insolvencia o de autor anónimo, tomando como ejemplo la experiencia del Derecho europeo y de Nueva Zelanda que demuestran ampliamente su viabilidad.

Creemos que se debe recordar cuál es nuestra nueva realidad ya que ella va a influir en nuestro Derecho de Daños. Hay una profusión del

uso de la energía nuclear con fines pacíficos, que plantea el problema de los desechos radioactivos y situaciones de tal magnitud como Chernobyl; el desarrollo espacial y satelital conlleva el problema de la basura espacial que rota alrededor del planeta, la lluvia ácida que contamina sus tierras y ríos, el efecto invernadero que también complica su diversidad biológica, y a esto se suman los problemas que la genética ha planteado respecto a la alteración del gen en diferentes especies, desde vegetales y animales hasta humanas. La nanotecnología es hoy una realidad y no un supuesto de ciencia ficción, las comunicaciones crecen día a día y a la vez se dice que el hombre de hoy está cada día más aislado, más solo y propenso a tener arranques violentos, la influencia de los medios masivos de comunicación en la conducta ha sido objeto de innumerables estudios.

Si bien estamos más allá de la era industrial y la era posindustrial a nivel internacional, en la Argentina coexisten lo que queda de un país agrícola-ganadero, el producto de la revolución industrial y los sistemas tecnológicos que incluyen hasta la robótica; esta realidad debe ser vista por el Derecho y transmitida por los docentes a fin de adecuar la norma a las personas y circunstancias témporo-espaciales, no para negar una indemnización "a priori", sino para estudiar la viabilidad y ver si detrás de ese daño existe un sujeto responsable patrimonialmente -aunque no medie culpa- que está en mejor situación que la víctima para soportar el daño; siguiendo las ideas de López Olaciregui, esto exigirá el análisis de los elementos necesarios para que prospere la indemnización.

El Derecho de Daños tiene un contenido más amplio que la responsabilidad civil al incluir los sistemas de garantía que algunos denominan Sistemas de Seguridad Social y permite dar soluciones a los efectos causados anónimamente como los producidos por ataques terroristas, patotas que no pueden ser identificadas, automovilistas que huyen o son insolventes, y los actos de violencia de los saqueos, entre otros supuestos que no creemos que violenten los principios rectores de este Derecho. Por eso volvemos a sostener que dada la situación actual de complejidad del mundo en el que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores del Derecho de Daños, este último es la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

para poder ser soportados por quien mejor pueda absorberlos, y no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos.

Se puede decir entonces, que al ser el Derecho un instrumento de regulación social es indispensable y primordial actuar mediante la prevención de los daños y también lograr la indemnización a las víctimas mediante la aplicación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de las legitimaciones activas y pasivas, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud.

Finalmente en el curso los alumnos realizan un trabajo final que denominamos "monografía", con un tema a su elección, previa aceptación de nuestra parte para evitar de este modo temas que sean "remanidos" o muy trabajados en la temática de la responsabilidad civil. Dicho trabajo se realiza con una estructura de esbozo investigativo: con planteo del problema, hipótesis, desarrollo y conclusión, y es explicado a los compañeros y al docente pudiendo utilizar los medios técnicos que se desee (láminas, filminas, fotos) en la exposición, todos los que asistimos le podemos hacer preguntas y aportes de datos; esta defensa oral es anterior a la entrega por escrito lo que permite al alumno incorporar más material o corregir ciertas observaciones que se le hayan hecho.

Muchos de estos trabajos han sido objeto luego de artículos por parte de nuestros ex alumnos o presentados a concursos en esta misma Facultad, y a la vez ha motivado a que varios de ellos se acercaran a ONG u organismos estatales, como también que quisieran formar parte de diferentes grupos de investigación según su área de interés. Es por ello que estamos convencidos de que plantear áreas de discusión y debate con temas como el de los daños cumple un rol en el currículo adecuando los claustros a la realidad.