

CAPÍTULO VII

**¿“ADHOCRACIA”?:
EL RIESGO DE LA RESPONSABILIDAD POR
RIESGO EN NUESTRO DERECHO**

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá

¿“ADHOCRACIA”?: EL RIESGO DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN NUESTRO DERECHO

“La empresa de crear y mantener un sistema de reglas jurídicas puede fracasar de distintas maneras... existen ocho recetas bien conocidas para el desastre en este emprendimiento. La primera y la más obvia radica en no establecer a las reglas mismas, de forma tal a que cada caso sea decidido ad hoc”.

- Lon FULLER, *The Morality of Law*¹

1. UNA RESPONSABILIDAD “QUAL PIÙMA AL VENTO...”

Uno de los mayores atractivos del derecho como orden regulativo para asegurar un mínimo de co-ordinación, paz y seguridad en una sociedad humana radica sin dudas en su promesa de *previsibilidad*.² Si el sistema jurídico no es capaz de asegurar un grado ínfimo de predecibilidad de sus soluciones, pues bien, su pretensión superior de justicia quedará en ascuas. Sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase, dijo un conspicuo filósofo hace muchos años.³ ¡Cuánta verdad en estas palabras...

... y qué difícil es hacerlas realidad! Max WEBER captó brillantemente con su constructo teórico del “juez cadí” lo que puede considerarse como la antípoda conceptual de un derecho racional, predecible.⁴ En el mismo, el juzgador —normalmente dotado de cualidades y poderes cuasi-mágicos, de un acceso superior a la “verdad y justicia”—va construyendo *qual piùma al vento* y en espasmos epilépticos el ordenamiento jurídico, según “su” sentido de lo que es justo o no en el caso concreto. Los individuos que litigaban ante él no tenían más que acudir al “patetismo, las lágrimas y

¹ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, Rev. Edition, Yale Univ. Press, 1969, pág. 39.

² El énfasis sobre la “previsibilidad”, que puede ser considerado un ideal “liberal” (en el sentido filosófico-político), no obstante ha sido defendido a mi manera de ver en forma luminosa por un pensador en la tradición clásica del “iusnaturalismo”. Me refiero al Prof. John FINNIS; ver por ejemplo, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, Oxford, 1980 (especialmente el Capítulo X), o sus trabajos posteriores como “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris* (1989). A mí me parece que desde que se acepta que la ley es una “ordenación” (sic) de la razón, como se hace en esta tradición de pensamiento, el concepto de orden predecible está más que implícito en toda idea de la ley y la justicia, independientemente de que uno tenga o no una filosofía “liberal”.

³ Luis RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pág. 285 (unas páginas antes, este iusfilósofo había matizado sensatamente el valor de la seguridad jurídica; obviamente, no es el único valor del ordenamiento ni el supremo, como pensadores de tinte economicista o algunos liberales vulgares lo han pretendido. La seguridad jurídica es una condición de la justicia; pero es apenas una condición necesaria, jamás una suficiente *par lui-même*).

⁴ Ya he recordado en otro trabajo al juez cadí, inspirándome en el notable maestro peruano Fernando DE TRAZEGNIES. Ver Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “La Buena Fe en la Interpretación de los Contratos: 4 ½ sugerencias para evitar a los contratos hechos por los jueces”, en Antonio TELLECHEA SOLÍS – Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción, 2007.

los insultos”, ya que nada que fuera racional serviría.⁵ En estas condiciones el derecho no puede servir a una co-ordinación social entre sujetos autónomos, libres; los mismos estarán condenados a la caprichosa solución particular del caso concreto, imposible de predecir de antemano.

Cada rama del derecho busca evitar el exceso relatado en el párrafo precedente mediante un mínimo de racionalidad y previsibilidad mencionados en el primero. El derecho penal, por ejemplo, lo hace poniendo un enérgico énfasis en el primero mediante el entroncamiento del principio de legalidad como obsesión y la limitación del papel del juzgador al mínimo *minimorum* posible. La responsabilidad civil, por otra parte y como he argumentado en otra sede⁶, concede un papel protagónico al juez en la construcción del sistema. Pero, al hacerlo, no le da un cheque en blanco ni lo convierte *eo ipso* en juez *cadí*; el desarrollo del ordenamiento compensatorio debe hacerse en base a valores y criterios bien distinguibles: un mínimo de racionalidad; respeto a la tradición; incrementalismo judicial; evitando rupturas demasiado radicales con el orden establecido; y siempre con apego al texto legal y (sobre todo) a su espíritu.

Más: ¿qué ocurre cuando este texto legal es insuficiente como guía al juez? ¿Estamos condenados en estos casos a la construcción del sistema mediante “espasmos epilépticos”, irracionales, impredecibles de soluciones particulares, *ad hoc*?

Pues bien, éste parece ser precisamente *el riesgo que está latente en la responsabilidad por riesgo*, el sector más delicado de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento. Ello, porque el legislador ha elegido, de entre una gama de opciones más o menos razonables para regular esta materia, la que resulta quizás menos razonable: una cláusula general, porosa e indeterminada, de “riesgo”, derivada de una de las normas más cuestionables del derecho argentino, cuya influencia en tantas otras cosas ha sido positiva. De ahí que la misma pueda ser ensanchada para cubrir prácticamente cualquier caso imaginable en la *praxis judicial*, creando una incertidumbre intolerable y la posibilidad de que el juez tilde en un caso concreto la balanza injustamente hacia un litigante, en afán de hacer no ya lo que es objetivamente justo en ese caso, sino lo que a “él/ella” le parece “bien”.

De esta manera, a partir de la vigencia del actual Código Civil, nuestro derecho de responsabilidad civil corre el riesgo, por esta defectuosa regulación de la responsabilidad por riesgo (valga la redundancia), de convertirse en una verdadera *adhocracia*⁷: en la solución conforme la cara del litigante, puramente *ad-hoc*; esto es, en lo contrario a un mínimo de previsibilidad, de seguridad, de racionalidad. Es tarea irrenunciable de todo operador jurídico evitar que ello ocurra en la práctica, manteniendo un fino equilibrio entre soluciones justas en casos concretos y un sistema relativamente coherente y sensato.

En este ensayo tengo objetivos más modestos. Mi fin principal es similar al de los antiguos vigías que se encontraban en las torres de los castillos medievales: avisar a otros de los peligros que se avecinan. Esta me parece una misión ineludible; sobre todo, porque el riesgo de la *adhocracia* ha pasado mayormente desapercibido en nuestra doctrina y jurisprudencia. No pretendo –por

⁵ El magistral libro de Francisco LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Edit. Trotta, Madrid, 2007 –una soberbia y fresca defensa de la idea del *rule of law, not of men*—, cayó en mis manos justo a tiempo para convencerme de la necesidad de publicar este ensayo (la cita entrecomillada de WEBER corresponde a la pág. 116 de esta soberbia obra).

⁶ Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2009, especialmente la *Coda*. Por otro lado, buena parte de las ideas aquí expresadas el lector podrá encontrarlas en forma más sistemática en la citada obra.

⁷ El origen de esta expresión es deuda con el brillante profesor norteamericano Harold BERMAN; más abajo el origen y una explicación de la idea, *infra* apartado 8 de este trabajo.

supuesto—convencer de que mis ideas son las únicas correctas; sí, de que el tema amerita una profunda reflexión y un esfuerzo mancomunado para aminorar este riesgo.

Antes de entrar de lleno a dicha tarea, sin embargo, debo insistir sobre algo más: no se trata de estar en contra de la responsabilidad objetiva *per se*. La misma es plenamente compatible con un marco moral razonable y con la idea elemental de la justicia.⁸ Se trata más bien de cuestionar *la forma de regularla*. Aquí se dejará traslucir que en lugar de introducir una cláusula general, expandible *ad infinitum*, hubiese sido preferible optar por la tendencia del derecho comparado, y, así, establecer supuestos bien delimitados y especializados de aplicación de la figura.

Pero, más allá de esto, la realidad es que el problema está ahí, latente, y al menos debemos atraer los binoculares jurídicos de nuestros operadores al mismo.

Las reflexiones que siguen buscan precisamente hacer esto.

2. UNA DISTINCIÓN FUNDAMENTAL DE NUESTRO DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA/OBJETIVA

Como *a priori* necesario para encarar la tarea que se emprenderá en este trabajo, conviene precisar algunos conceptos esenciales, para limpiar el camino conceptual, por así decirlo.

En este sentido, un dato fundamental de la fisonomía de la responsabilidad en nuestro derecho es el acogimiento de la distinción entre la responsabilidad civil *subjetiva* y *objetiva*. En esto, y como era de esperarse cronológicamente, nuestro Código Civil se diferenció del anteriormente vigente en el país —el Código de VÉLEZ SANSFIELD en su redacción original— al haber incorporado, casi como *summa divisio* del derecho de daños, a los supuestos de responsabilidad basados en un factor de atribución *subjetivo* de los que tienen factor de atribución *objetivo*.⁹

Así, por una parte tenemos al “*acto ilícito*” en sentido estricto; el regulado en el art. 1834 del Código. Para estos casos, se requiere necesariamente de un factor de atribución subjetivo para imputar la responsabilidad al dañante. No basta en estos casos que el agente haya causado un daño injusto para que nazca la obligación de reparar; además, se exige un “*plus*”, un “algo más”. El agente debe de haber actuado con culpa, o para decirlo en términos más técnicos, en infracción del deber de cuidado exigido en esa actividad particular.¹⁰

⁸ Como lo ha demostrado a mi manera de ver de forma irrefutable Tony HONORÉ, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford; especialmente su magistral *Blackstone Lecture* de 1988, “Responsibility and Luck”. También defiende esta posición en forma convincente el Prof. PANTALEÓN PRIETO en su ensayo incluido en este volumen. Aún así, deben recordarse también las voces como las de Ernest WEINRIB, que en su *The Idea of Private Law*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1997, ha señalado (desde sus propios y controvertibles postulados filosóficos) que la responsabilidad objetiva es incompatible con una moral razonable (aunque termine en última instancia sin convencer).

⁹ La *summa divisio* también es tenida por tal en los cuarteles del análisis económico del derecho, como lo expone Steven SHAVELL en su *Economic Analysis of Law*, Foundation Press, N. York, 2004, pág. 37 y ss. o el clásico Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1992, pág. 179 y ss. Aunque ambos, correctamente, matizan la división, como se hace en el texto aquí (el último expresamente dice, “*it would be a mistake to dichotomize negligence and strict liability*”, pág. 179).

¹⁰ El concepto de infracción de deber de cuidado, *duty of care* anglosajón, ha venido recibiendo tratamiento magistral en la literatura en español afortunadamente en los últimos años. Cabe citar aquí a las páginas breves pero señeras del Prof. PANTALEÓN PRIETO, en *Responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 115 y ss. y más recientemente, e igualmente magistral, al Prof. BARROS BOURIÉ, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, no. 50 y ss. He levantado una queja de la necesidad de estudiar esta idea en *Arqueología...*, *op. cit.* pág. 165 y ss.

Pero, y además de este supuesto tradicional o clásico propio del esquema culpabilista, el Código ha aceptado que en algunos casos se responda sin necesidad de demostrar o argüir tal factor subjetivo de atribución. En estos supuestos específicos, la responsabilidad se da, en sentido estricto, al margen de la culpa: la causación del daño injusto es, en esas circunstancias concretas, suficiente para imputar la responsabilidad.¹¹

Se habla por ello en este segundo caso de una “responsabilidad objetiva”, pues la misma se da con independencia de la idea del factor de atribución “subjetivo”.

Sin embargo, quizás esta denominación no sea la más afortunada, sobre todo si se considera que la culpa en el moderno derecho de la responsabilidad civil no se entiende en sentido psicológico o subjetivista (como un “pecado jurídico” al decir de JOSSERAND), sino en clave objetiva – i.e., como una conducta que no se ajusta a un modelo o patrón normativo, como por ejemplo, el buen padre de familia, el *reasonable person* o persona razonable, etc. En consecuencia, al hablarse de una responsabilidad subjetiva, u objetiva, puede darse la impresión de que la responsabilidad por culpa implica un juicio personal de reproche, similar al que se efectúa en sede criminal. Pero ello no es así. Como he defendido en otro lugar, si bien nuestro Código no ha adoptado una concepción abstracta de la culpa (como la “persona razonable” del *Anteproyecto* por ejemplo), aún así debe entenderse a la culpa civil en nuestro derecho en forma *objetiva*, no-psicologista; no como un juicio de reproche subjetivo.¹²

Esto explica la razón por la cual se han propuesto sensatamente otras denominaciones a este tipo de responsabilidad, como la de responsabilidad “estricta” (el *strict liability* anglosajón), que evoca los requisitos más limitados de este tipo de responsabilidad al no exigirse juicio de valor alguno respecto de la conducta¹³; o, como lo hace nuestro Código, directamente “responsabilidad sin culpa”.¹⁴

Si bien todo esto lleva a no exagerar demasiado las diferencias teóricas entre ambos tipos de responsabilidad¹⁵, no es menos cierto que la situación del perjudicado es exponencialmente mejor desde el punto de vista práctico si el daño se encuadra en un caso de responsabilidad objetiva, lo que acrecienta el interés en su estudio y análisis.

¹¹ ¡Ojo! Esto no implica, debe aclararse, que la pura causación del daño es suficiente: debe existir un factor “objetivo” de atribución, como el “riesgo” en el caso de los arts. 1846 y 1847, o la propiedad de un animal feroz como ocurre en el art. 1854.

¹² Específicamente en el ensayo “Contribución en 9 movimientos al estudio de la culpa en el derecho paraguayo”, contenido en Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *¿Quién responde? 8 ensayos accidentales sobre la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Asunción, La Ley, 2009.

¹³ Excelentes las páginas del Prof. BARROS BOURIÉ al respecto en su *Tratado...*, *op. cit.* números 297 y 298.

¹⁴ No obstante, y hecha esta aclaración, utilizaré en este trabajo indistintamente todos estos términos.

¹⁵ Porque: cuanto más se objetiviza a la culpa menos diferencia existiría entre una y otra figura. Al respecto, ha dicho el Prof. SALVADOR CODERCH, a propósito de unas páginas del Prof. DíEZ-PICAZO, que “tan pronto como se cae en la cuenta de que, primero, la culpa civil es, por lo general, rigurosamente objetiva –es infracción de deberes de precaución exigibles en el sector del tráfico en que actuaba el demandado- y de que, segundo, muchos criterios de imputación objetiva restringen el ámbito de los posibles responsables del daño con criterios idénticos a la responsabilidad por culpa, no cabe duda alguna de que la distinción pierde sus perfiles”. En su *Recensión al Derecho de Daños* de DíEZ-PICAZO, en el sitio www.indret.com. Como el Prof. BARROS BOURIÉ, en la práctica el paso de un régimen a otro está marcado más “por una transición que por un salto discreto”. Ver su *Tratado...*, *op. cit.* número 298. Claro que si se entiende, erróneamente, a la culpa como un juicio subjetivo de reproche, las diferencias se vuelven a agigantar.

Ahora bien, como el primero sigue siendo el factor de atribución por regla en nuestro sistema de responsabilidad civil¹⁶, la responsabilidad objetiva es de carácter excepcional, de derecho estricto; *una excepción al régimen general y supletorio de la responsabilidad por culpa*.¹⁷

Pero esta última afirmación, casi universal en el derecho comparado, ha sido puesta en peligro por la forma de regular a la responsabilidad estricta que recogió el Código. Y ello implica que la responsabilidad por riesgo puede convertirse incluso en la regla general del sistema, con las graves consecuencias que podría causar al tráfico jurídico. A explicar el porqué de este riesgo dedicamos el resto del trabajo.

3. ACOGIMIENTO DE LA “TEORÍA DEL RIESGO CREADO” POR EL CÓDIGO (EN SU CUARTO MENGUANTE)

En efecto: cuando nos detenemos a analizar la *forma en que se reguló* a la responsabilidad objetiva en el Código, empiezan los problemas. Porque, si bien desde épocas de aulas de las facultades de derecho nos enseñan a reiterar cual irreflexiva cotorra que nuestro Código ha incorporado la “teoría del riesgo creado”, no nos han repetido demasiado, sin embargo, que la idea del “riesgo” fue acogida ya en horas de su cuarto menguante en otras latitudes. Mucho menos, se nos ha insistido –como debería de haberse hecho– en que se recibió a la tan mentada “teoría del riesgo” en una manera sumamente criticable (casi la peor, podría decirse).

De entre los supuestos que nuestro Código Civil incorporó como casos que se dan al margen de la culpa, resalta como el más importante –cuantitativa y cualitativamente– el supuesto de la teoría del “riesgo”.¹⁸ Su acogimiento significó una ruptura bastante radical con el anterior derecho positivo paraguayo, pues el texto original de VÉLEZ se enmarcaba firmemente en la concepción culpabilística clásica, y la *Reforma* de la Ley 17.711 del año 1968, que había introducido el factor objetivo al derecho argentino de la mano de BORDA, no había sido receptada en el Paraguay.

Resulta paradójico –aunque también sea algo bastante común en nuestro país¹⁹– que la teoría del riesgo fuera recibida cuando ya habían pasado sus años de mayor prestigio. Hoy en día, si bien

¹⁶ La defensa de esta tesis en el trabajo citado en la n. 12, *supra*.

¹⁷ Esto, sin embargo, puede matizarse dada la tendencia expansiva de la responsabilidad estricta en los últimos años (considerando la ideología de la reparación que prima en la materia), sumada a la porosa regulación del tema en nuestro Código (que se critica en este trabajo), lo que puede llevar a se entienda a la responsabilidad sin culpa en forma extensiva, como ha ocurrido en muchas áreas doctrinarias y jurisprudenciales de la Argentina, por ejemplo.

¹⁸ No entraré en la discusión que se suscitó en su momento en la Argentina sobre si realmente la *Reforma de 1968* había o no incorporado la teoría del riesgo (discusión que se dio a pesar de que el propio BORDA había manifestado expresamente haber receptado esta teoría en su *Reforma de 1968 al Código Civil*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1971, N° 137); más allá de las críticas que pueden hacerse a la figura, parece innegable que nuestro Código la ha acogido. Así se ha expedido, en varias oportunidades, el Prof. SILVA ALONSO; más recientemente, “Aproximación al tema de la responsabilidad por daños en el Código Civil paraguayo”, en DE LOS MOZOS – SOTO (directores), *Responsabilidad Civil-Derecho de Daños*, t. 4, Edit. Grijley, Lima, 2006, pág. 158. La *Exposición de Motivos* no utiliza expresamente la expresión “riesgo creado”, pero sí señala que se han recibido las “corrientes de la doctrina moderna” que permiten la reparación sin culpa. Sobre lo que no puede dudarse, en cualquier caso y como afirma la talentosa jurista argentina Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI es que la responsabilidad emana “desvinculada de la noción de la culpa” (en BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias, Comentario y Concordado*, T. 5, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 463).

¹⁹ Una cumbre de la literatura y filosofía paraguaya había descrito hace años ya esta desgraciada condición de aislamiento cultural de nuestro país, en palabras que si bien se refieren específicamente a la literatura, son plenamente aplicables al mundo jurídico: “Esa nación irreductible en su voluntad de independencia –independencia que aseguró con largos lustros de enclaustramiento–, parece condenada a que su mediterraneidad geográfica la sitúe indefinidamente fuera del mapa espiritual del Continente. Los tratados de literatura y las antologías hispanoamericanas rara vez incluyen autores paraguayos. Pero eso no significa que ellos no existan. Significa, sí, que se los ignora”. Hugo RODRÍGUEZ-

nadie discute la necesidad de contar supuestos de responsabilidad objetiva, la idea del riesgo como su cimiento conceptual ha sido hartamente cuestionada. La doctrina francesa –país en el cual nació la idea– hace tiempo ha venido criticando la corrección y sensatez de la teoría del riesgo en sí, proponiendo en su lugar otro tipo de fundamentaciones al respecto.²⁰

Las mismas han tenido eco y se han expandido a otros territorios dogmáticos²¹, al punto de que una voz tan autorizada como la del Prof. DÍEZ-PICAZO se ha preguntado si en la actualidad seguir hablando de teoría del riesgo no es algo “profundamente anacrónico”.²²

4. UNA (NECESARIA) DOSIS DE ESCEPTICISMO: CRÍTICAS GLOBALES DEL SISTEMA

Claro está que las críticas cronológicas, o de “modas”, como las expresadas en el apartado anterior, si bien dan una premonición negativa sobre el tema, no son las más importantes. Mucho más significativos son los cuestionamientos que pueden hacerse al fondo de la cuestión. De hecho, creo que lo que se necesita en nuestro derecho es justamente un poco más de espíritu escéptico en el tópico de la responsabilidad por riesgo, algo de aquél “ácido cínico” del que hablaba el juez HOLMES.

¿Por qué?

Pues me parece, respetuosamente, que hasta la fecha en general la doctrina nacional se ha limitado a celebrar *acríticamente* el acogimiento de la responsabilidad por riesgo, sin detenerse a dilucidar por un instante si la recepción en sí del instituto ha respondido a criterios razonables o no. La idea sería, por lo que puede inferirse, que por el solo hecho de acoger a la figura, nuestro Código se ha “modernizado”, es de “avanzada”, etc. y por ello el mismo debe ser aplaudido ciega y fervorosamente. Este no puede ser, sin embargo, un criterio epistemológico sano. Toda valoración de una institución jurídica no debe basarse meramente en su “modernidad” o “moda”, sino más bien debe estar precedida de una pregunta previa: *¿es o no bueno (correcto, justo, razonable, etc.) lo que se pretende acoger?*

Esta última pregunta ha estado ausente en nuestro país.

La crítica, valga la redundancia, a esta falta de espíritu crítico no debe interpretarse como una negativa total y absoluta a la responsabilidad objetiva. Como ya señalé, aún el partidario más *enragé* de la culpa reconocerá que siempre han existido –y seguramente siempre existirán– casos de

ALCALÁ, Korn, Romero, Güiraldes, Unamuno, Ortega..., Ediciones De Andrea, México, 1958, pág. 149 (a propósito de Herib CAMPOS CERVERA).

²⁰ Para la crítica de la idea del riesgo, además de las páginas clásicas de los hermanos MAZEAUD, actualizados por TUNC, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1962, t. I, vol. II, N° 73 y ss. (antecedidos en ese país por PLANIOL, COLIN, CAPITANT, *inter alia*), más recientemente se ha expedido la Prof. VINEY en su *Introduction à la responsabilité*, 2da. Edición, París, 1995, págs. 28-29, 95-96; ahí prefiere en lugar del riesgo creado el concepto de “peligro a la seguridad de las personas y la propiedad”. Lo propio para los profesores LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, París, 1998, no. 56 (y ver el importante trabajo de G. SCHAMPS ahí citado: *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe general de responsabilité*, Bruselas, 1998).

²¹ Ver en general el recuento comparatista de VAN GERVEN ET AL, *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pág. 537 y ss. Para la Argentina, ver las páginas clásicas de LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1967, t. III, N° 2150 y ss. (antecedido en esto entre otros por el gran Alfredo ORGAZ).

²² DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 118. *In totum*: “Lo que parece profundamente anacrónico es continuar hablando de riesgo, de creación de riesgo, y de doctrina del riesgo, como si estuviéramos todavía en los años sesenta de este siglo (veinte)”.

responsabilidad sin tener a la negligencia como factor de atribución.²³ Pero, aún así, la respuesta de nuestra doctrina y tribunales a la recepción de la responsabilidad objetiva ha sido demasiado pasiva, demasiado acrítica.

Es necesario mover un poco el avispero jurídico en este tema.

A continuación formularé, en forma somera y ligera, algunos de los (muchos) cuestionamientos que pueden hacerse al sistema de nuestro Código en general, para luego ocuparme específicamente de las normas en particular.

Resumidamente, puede decirse que²⁴:

(i) En primer lugar, nunca se ha censurado el hecho superficial que, como veremos más adelante, el Código contiene en la materia una absolutamente innecesaria redundancia normativa, al haber incorporado dos artículos que regulan el mismo supuesto de hecho (los arts. 1846 y 1847 del Código). Hubiese bastado, como diremos, con el primero de estos dos artículos.

(ii) En segundo lugar, tampoco se ha cuestionado que se mantenga en forma absolutamente innecesaria a la “inventada” responsabilidad por la cosa del antiguo art. 1384 del *Code* francés mediante su (lejano y confuso) sucesor, el harto deficiente art. 1847 de nuestro Código, en lugar de regular a las *actividades* riesgosas o peligrosas solamente (como lo hace el art. 1846).

(iii) En tercer lugar, nunca se interrogó, siquiera brevemente, sobre si la idea misma del “riesgo creado” tiene buen sentido o si es razonable. Ello, a pesar de que como ya se dijo el concepto mismo estaba en franco declive al momento de acogerse el Código –incluso antes, como lo demuestra la más simple lectura del *Traité* de los hermanos MAZEAUD, tantas veces citado por DE GÁSPERI en las páginas del *Anteproyecto* y seguramente el libro de responsabilidad civil más autoritativo en los años de redacción del Código–. Si bien la figura fue incorporada en nuestro país casi cien años después de su aparición de la mano de SALEILLES, JOSSERAND y sus secuaces en la doctrina francesa, el tiempo parece simplemente no haber pasado; fue recibida como si tratara del último grito de la responsabilidad civil. La verdad parece ser lo contrario: la misma era, ya al tiempo de su adopción, anacrónica (¿cómo hablar, en la “sociedad de riesgo” de fines del siglo XX, de responsabilidad por riesgo?). Pero aún así se la aplaude sin reservas. En resumen, parecería ser que la teoría del riesgo ha ejercido tanta fascinación sobre el inconsciente jurídico colectivo que ha terminado por infatuar a más de una mente jurídica (y, como toda persona sabe, si hay algo que la infatuación produce es nublar la mente y la capacidad de razonamiento).

(iv) En cuarto lugar, tampoco se ha criticado suficientemente la lóbrega redacción del art. 1847, tarea que (como se verá en seguida) la doctrina argentina ha llevado adelante en forma consistente y sostenida durante más de cuarenta años. Ni siquiera el más fervoroso partidario de la teoría del riesgo ha defendido la confusa y alambicada redacción del nuevo art. 1113 del Código argentino²⁵, fuente del art. 1847 nuestro.

²³ Ver al respecto lo que dice autoritativamente Reinhard ZIMMERMANN en su majestuosa (y lastimosamente desconocida en nuestro medio) *The Law of Obligations*, OUP, Oxford, 1995, pág. 1035. De hecho, el estudio de la evolución histórica demuestra que la negligencia es en puridad la excepción; su acogimiento recién se da con el iusnaturalismo moderno y los grandes códigos. Nuevamente, ver *Arqueología...*, *op. cit.*, pág. 349 y ss.

²⁴ Como el lector avisado podrá captar fácilmente, la mayoría de las críticas se imputarán al régimen del art. 1847 de nuestro Código; el art. 1846, salvo el altamente desafortunado agregado de “profesión peligrosa”, puede ser considerado *grosso modo* una regulación razonable del tema.

²⁵ Más bien, diría que se han aprovechado (consciente o inconscientemente) de la confusa redacción para extender a la mayor cantidad posible de supuestos la figura.

(v) En quinto lugar, tampoco se ha prestado atención a la integridad del sistema desde el punto de vista teórico luego de la adopción del principio del riesgo. Más arriba se ha dicho que el principio general en nuestro derecho sigue siendo la culpa, y que el riesgo es excepcional. Pero esto es posible, como apuntó clarivamente LLAMBÍAS en su oportunidad, si nos atenemos a una noción restringida, no gelatinosa, de los arts. 1846-47 –algo que aquí sugeriré es tarea de una urgencia urticante²⁶–. En el caso contrario, de ser considerado el riesgo como un criterio genérico de imputación de responsabilidad, el sistema perdería su racionalidad desde todo punto de vista: al haberse acogido al factor riesgo en sentido *atípico*, y no *típico*, cualquier actividad o cosa puede ser reconducida al texto legal, por lo que ninguna persona podría saber, *ex ante*, si su responsabilidad será o no tratada como objetiva (con las consecuencias que tiene ello sobre la previsibilidad, el planeamiento, la asegurabilidad, y así sucesivamente).

(v) En sexto lugar, no se ha hecho hincapié en la necesidad de delimitar conceptualmente el desesperadamente vago concepto de “riesgo”: como ha dicho el maestro peruano Fernando DE TRAZEGNIES, “¿*acaso todas las actividades de la vida no son generadoras de riesgo? En todas las actividades vitales hay un riesgo implícito, para uno mismo y para tercero*”.²⁷ Esta afirmación, que podría parecer una obviedad o lugar común, no ha sido sin embargo puesta de manifiesto o admitida en forma clara por nuestros operadores jurídicos. Pero, efectivamente, cualquier cosa puede ser considerada “riesgosa” –¡hasta la dentadura de un sujeto!²⁸–. Esto lleva a que, en la práctica, el juez que tenga el deseo de otorgar a cualquier costa una indemnización, pero que tiene en frente una pretensión mal planteada (por un abogado poco profesional o un cliente poco serio), puede de todas maneras fallar en contra del demandado alegando que la cosa era “riesgosa”, poniendo el peso de la demanda sobre el supuesto causante del daño –que jamás se hubiese imaginado que su actividad hubiera recaído en una categoría que incluía, originalmente, accidente con maquinarias industriales de trabajo y, actualmente, responsabilidad por explosivos o accidentes nucleares (actividades que son, indudablemente, riesgosas)–.

Corolario: en lugar de incorporar riesgos o actividades riesgosas *típicas*, se optó por una indiscriminada cláusula general “riesgo”. Por ello, no debe extrañar que se hubiera hablado de la “imprudencia” legislativa de emplear una expresión tan vaga e insegura a la hora de erigirla en filtro de un principio de responsabilidad.²⁹

Estas críticas generales del sistema tienen su correlato en el análisis específico de las dos disposiciones fundamentales del Código en materia de responsabilidad objetiva; es más, el análisis

²⁶ LLAMBÍAS encontró ¡12! críticas a la reforma de BORDA, muchas ciertamente justificadas; *vide Tratado...*, *op. cit.*, t. IV-A, N° 2660. Con respecto a esta crítica en particular, en la n. 356 de su *Tratado* expresó que “para que la conciliación del sistema de la culpa con la idea del riesgo creado sea factible, hay necesidad de *comprimir* esta última, limitándola a ciertas hipótesis particulares en las cuales se estima es equitativo *desplazar* la incidencia del perjuicio del damnificado hacia el creador inocente del riesgo pro el cual provino el daño. De esta manera han concretado la regulación las legislaciones extranjeras que han hecho lugar a la reparación del daño proveniente del riesgo creado, en *ciertas situaciones particulares*”. *Magister dixit*.

²⁷ En su excelente y provocador trabajo (una costumbre, por lo demás), “La Teoría Jurídica del Accidente”, incluido en esta colección (en donde incluye más críticas a la idea).

²⁸ El supuesto, hilarante, y hasta irreal, se ha planteado sin embargo en la Argentina; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 357. Afirma por su parte el Prof. LÓPEZ MESA, en el *Tratado* ya citado: “con un alcance tan amplio, todo objeto podría ser riesgoso... hasta un ventilador doméstico y también una tostadora eléctrica serían riesgosos... Esto que parece tan extremo y tan erróneo no es siempre comprendido por los jueces”. Ver *Tratado...*, *op. cit.*, Tomo III, pág. 341.

²⁹ LLAMBÍAS, *Tratado, op. cit.*, t. IV-A, pág. 643.

de las mismas confirman estas suspicacias genéricas. A continuación, se hará un *detour* por estas dos normas, excursión que nos permitirá extraer la inferencia de que subyace como amenaza latente a nuestro sistema: el riesgo de una desembozada *adhocracia*.

5. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO: UNA DUPLICACIÓN LEGISLATIVA INNECESARIA

Al introducir factores de atribución objetivos, nuestros codificadores podían haber tomado varios caminos. Por ejemplo, podían haber seguido al esbozo legislativo de DE GÁSPERI, quién, como veremos más adelante, no había hesitado en incluir a la responsabilidad objetiva en su *Anteproyecto*, a pesar de su ortodoxia civilista usual. Sin embargo, los codificadores paraguayos prefirieron apartarse del modelo de DE GÁSPERI en esta materia —el Código Polaco de las Obligaciones de 1925—; escogieron en su lugar seguir a dos fuentes distintas: por un lado, al Código Civil Italiano de 1942; por el otro, a la Reforma de BORDA de 1968.

Las razones del apartamiento del *Anteproyecto* en este punto no han sido explicitadas.³⁰ Más allá de esto, lo importante es que, con esta decisión, nuestro Código ha incorporado dos artículos que regulan —en forma parecida pero en última instancia distinta— a un mismo tema: los arts. 1846 y 1847 del Código Civil, los cuales se ocupan de supuestos de responsabilidad estricta.

Resulta claro que regular una única figura con dos normas provenientes de dos sistemas jurídicos distintos (en este caso, el italiano y el argentino) es un flagrante ejemplo de técnica legislativa defectuosa. La duplicación es innecesaria en general en el derecho, y en este supuesto particular también —como se verá, con uno de los artículos bastaba—. La misma puede llevar, en el mejor de los casos, a una redundancia normativa (algo que no es demasiado grave) y, en el peor, a una inconsistencia o antinomia (lo que sí es más grave).

Dicho esto, conviene hacer una breve mención del sistema vigente en nuestro Código, “bifronte”, por llamarlo de algún modo, ocupándonos de cada uno de los artículos en cuestión.

6. PRIMER SUPUESTO: EL MODELO IMPORTADO DEL DERECHO ITALIANO (ART. 1846)

El primer artículo que incorpora la responsabilidad civil sin culpa en nuestro derecho es el art. 1846, que importó (con matices que se explicarán seguidamente) el sistema concebido originariamente por el legislador italiano de 1942.

Si bien el citado artículo no utiliza expresamente la expresión “riesgo”, no pueden caber dudas de que se trata de la incorporación de esta idea, bien que bajo el rótulo de “peligro”:

El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder.

³⁰ En efecto, no se encuentran en la *Exposición de Motivos* o un lugar similar, por lo que quedamos en el terreno de la conjetura. Me atrevería a aventurar que la decisión seguramente se debió a un afán de no quebrar demasiado con la tradicional afinidad que hemos tenido con el derecho argentino (además del hecho bastante evidente que resulta más fácil acceder a la doctrina y jurisprudencia argentina que a la polaca). Además, intuyo (no tengo prueba al respecto), que la autoridad de —y reverencia tradicional de nuestros juristas a—BORDA también ha sido decisiva. Si bien esta influencia en muchos casos ha sido positiva, en el de la responsabilidad por riesgo, ha sido simplemente desafortunada.

A continuación, se hará un análisis breve de la citada norma³¹, y una sugerencia de hermenéutica para interpretarla razonablemente.

a. Una responsabilidad objetiva o estricta

Lo primero que cabe decir de este artículo es que el mismo es, por un lado, una copia cercenada del art. 2050 del Código Civil Italiano de 1942; y, por el otro, una copia infiel.

Primero: es una copia cercenada, porque en su versión italiana, la responsabilidad no es absolutamente objetiva, ya que en la última parte del precepto originario menciona que el causante puede liberarse de la responsabilidad si “*prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño*”.

De ahí que no se trate, en ese derecho y a pesar de voces autorizadas en contra³², de una responsabilidad *absolutamente* estricta, ya que se permite —aunque la jurisprudencia en la práctica ha endurecido esta prueba— demostrar que se actuó con la debida diligencia para evitar el daño. Esto ha llevado a decir a la destacada tratadista italiana Giovanna VISINTINI de que se trata de

*una hipótesis de responsabilidad objetiva intermedia, o sea, a mitad de camino entre la ya examinada que encuentra su único límite en el caso fortuito, y la responsabilidad por culpa.*³³

En otras palabras, a diferencia de la redacción final que tomó nuestro Código, en Italia quien realiza la “actividad peligrosa” puede eximirse de su responsabilidad no sólo demostrando caso fortuito, sino también probando que ha tomado todas las diligencias idóneas para prevenir el accidente; es decir, si su conducta no ha sido negligente. Por tanto, y en puridad, no hay una responsabilidad estrictamente objetiva, sino una presunción de culpa.³⁴

Esta pequeña modificación que hizo el legislador paraguayo al trasegar la fuente originaria es de suma trascendencia teórica y práctica. En nuestro derecho, la responsabilidad por este artículo es 100% objetiva, o estricta, por así decirlo. No habrá prueba de diligencia alguna que salve al causante del daño. Esto implica que teóricamente el supuesto es de responsabilidad “objetiva” y no intermedia; y, desde el punto de vista práctico, mejora todavía más la posición de la víctima del accidente.

Al convertir a esta hipótesis de responsabilidad en puramente objetiva, el legislador paraguayo ha hecho que, en la práctica, éste art. 1846 del Código sea indistinguible del art. 1847 segundo párrafo, que incorpora el modelo argentino de responsabilidad por cosa “riesgosa”. Esto, especialmente si se acepta que este último precepto abarca también a las actividades riesgosas, como

³¹ Un análisis más detallado puede encontrarse en nuestro *Comentario al Código Civil*, Edit. La Ley, Asunción, 2010 (en particular, el comentario al art. 1846 *et passim*).

³² Es clásica la opinión de TRIMARCHI en este sentido, en su *Rischio e responsabilità oggettiva* de 1960, para quien resultaba irrelevante el hecho subjetivo de que quien ejerce la actividad peligrosa y sus colaboradores hayan hecho todo cuanto se esperaba que hicieran. En una primera instancia, la interpretación de la doctrina italiana era más clásica, y señalaban que se trataba de una responsabilidad basada en la culpa, si bien *levissima*, por ej.: CUPIS, *Il danno*; o FORCHIELLI, *La colpa levissima*, un trabajo de 1963 publicada en la *Rivista di Diritto Civile*.

³³ G. VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, Tomo I, pág. 143 (con luminoso prólogo de la Prof. KEMELMAJER DE CARLUCCI).

³⁴ Si bien el deber de diligencia es más riguroso que de costumbre en estos casos, como aclara la *Relazione del Guardasigilli*, una suerte de “Exposición de Motivos”; y, además, el endurecimiento de la prueba mencionado más arriba también la ha tornado en cuasi-objetiva.

lo ha terminado aceptando la mayoría doctrinaria argentina.³⁵ De ahí que hubiera adelantado que en nuestro derecho tenemos dos disposiciones rigiendo una misma fuente de responsabilidad – una *duplicatio* legislativa injustificable.

Ahora bien, al haber cercenado lo referido a la presunción de culpa, el Código no ha cometido un pecado grave: un método aceptado en el derecho comparado es justamente establecer que la responsabilidad por “actividades peligrosas” sea *stricta*.³⁶ De ahí que ello no sea grave. Lo único que hace es tornar en esencialmente redundante al artículo –salvo que, para resguardar la racionalidad del sistema, se intente defender que el presente artículo se ocupa de la actividad riesgosa, en tanto que el siguiente de la cosa riesgosa³⁷; el resultado práctico de todas maneras es el mismo—.

Lo realmente grave de este artículo es la “infidelidad” cometida al precepto originador, al habérsele agregado en forma totalmente innecesaria la noción de la “profesión peligrosa”. Este despropósito me obliga a un par de reflexiones.

b. La absurda introducción de la “profesión peligrosa”

En efecto: si bien tanto desde el punto de vista tanto económico como moral³⁸ la responsabilidad objetiva por una actividad sumamente peligrosa puede ser justificada, nuestro Código ha realizado una *injustificada –e injustificable—* expansión de la misma para abarcar a las “profesiones” peligrosas.

Si tomamos al vocablo “profesión” en su acepción tradicional, entonces sin dudas nos estamos refiriendo a las llamadas “profesiones liberales”, tales como la abogacía, la medicina, la arquitectura, *inter alia*. Si estas son profesiones “peligrosas”, pues quedaría claro que prácticamente no existe profesión o actividad alguna que no pudiera ser calificada como peligrosa, por lo que toda persona que ejerza una profesión estaría en nuestro país sujeta a una responsabilidad “objetiva” – una sanchez jurídica que no amerita mayor comentario.³⁹

³⁵ La cuestión ha sido motivado de controversia en la Argentina; para un sector doctrinario, el concepto de cosa riesgosa es más circunscrito que el de actividad riesgosa, por lo que el art. 1113 del Código de ese país no incorporaría a las actividades riesgosas en su órbita de aplicación. Sin embargo, como informa el Prof. PIZARRO, la mayoría de la doctrina (por ej. PIZARRO, BUERES, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, GOLDENBERG, STIGLITZ, *inter alia*) se ha expedido a favor de una interpretación del art. 1113 como incluyendo a las “actividades riesgosas”. R. PIZARRO, *Responsabilidad Civil de medios masivos de comunicación* (elaborado sobre su anterior obra *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*), Edit. Hammurabi, Bs. As., 2da. Edición, págs. 393-395. Resulta difícil, en efecto y dada la porosa redacción de la norma, no incluir a las actividades riesgosas en la misma.

³⁶ Además del ejemplo italiano, el *common law* ha aceptado plenamente la responsabilidad estricta por “*ultrahazardous activities*”, “actividades especialmente peligrosas” (ver por todos KEETON (ed.), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th. Edition, 1984). El mismo camino había adoptado, como se verá más adelante, DE GÁSPERI en el *Anteproyecto*.

³⁷ En efecto: la única forma de conciliar los dos artículos para conservar su independencia es, conforme lo relatado en la nota anterior, optar por la posición según la cual el art. 1847 se aplica sólo a las *cosas riesgosas*, mientras que el art. 1846 sólo se ocupa de las *actividades riesgosas* pasibles de causar daños. Pero, además de ser cuestionada esta interpretación del art. 1847 en su país de origen, no quedan dudas de que la distinción es demasiado escolástica: una cosa riesgosa lo será sólo si está en algún tipo de actividad peligrosa; la cosa no puede existir en el vacío o en el *topos uranos*. En cualquier caso, ambos artículos acogidos son lo suficientemente plásticos para cubrir cualquier supuesto imaginable bajo el infinito paraguas de la “teoría del riesgo”. Y, además, no se soluciona el problema de fondo del Código, que es el art. 1847, no este art. 1846.

³⁸ Ver, desde el punto de vista moral, los trabajos del gran Tony HONORÉ y el Prof. PANTALEÓN citados *supra* n. 8. Desde el punto de vista económico, y resumidamente, véase SHAVELL, *Economic Analysis of law...*, *op. cit.* pág. 37 y ss. o POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.* pág. 175 y ss.

³⁹ No es necesario efectuar un análisis económico demasiado profundo para observar que con este incentivo negativo dejaríamos de tener médicos, abogados, arquitectos, y a todas aquellas profesiones que basan su quehacer en obligaciones

Quizás, para entender el agregado del legislador, sea pertinente recordar el debate que se dio en la Argentina en la década del ochenta del siglo XX, ante el intento –que luego fracasó– de un grupo de juristas de objetivar a la responsabilidad profesional.⁴⁰ En particular, se intentó incluir a la actividad médica como una profesión “riesgosa” para objetivar la responsabilidad de los médicos en ese país.

Primó, al final, el sentido común; de hecho, la razón principal del rechazo al *Proyecto* de 1987 parece haber sido precisamente este intento de objetivar la responsabilidad profesional. Enhorabuena: es, a todas luces, un despropósito objetivar una profesión liberal (y peor aún la médica, con lo delicado de su misión). No cabe aceptar bajo ningún punto de vista la aplicación de este artículo a la actividad médica, ni a actividad profesional liberal de ningún tipo.⁴¹

Por otra parte, no queda duda alguna, como veremos seguidamente, que en el país origen de la norma –Italia– este tipo de actividades profesionales no son consideradas por la jurisprudencia italiana como “peligrosas” y, por tanto, susceptibles de una interpretación en clave objetiva.⁴²

De ahí que lo mejor que puede hacer el intérprete paraguayo es reencauzar la palabra “profesión” hacia el término “actividad”, evitando que una profesión liberal (como la medicina, abogacía, arquitectura, etc.) vea ensanchada indebidamente su órbita de responsabilidad, e interpretando en todo caso a la actividad “peligrosa” de la forma que se sugiere a continuación.

c. Análisis de la idea de “peligrosidad”. Tipificación de los fattispecie

El hecho que la responsabilidad sea estricta no implica que la mera causación del daño sea suficiente para hacer nacer la obligación de indemnizar. Debe existir además el factor de atribución en sí, que sería en este caso el vocablo “peligrosa” utilizada por el texto normativo.

El problema que surge inmediatamente es la posibilidad de elastizar indebidamente el término “peligroso”, de forma tal a que cualquier actividad pueda ser considerada “peligrosa”. Por tanto, se presenta crucialmente la necesidad de dilucidar qué debe entenderse por “actividad riesgosa”.

La jurisprudencia italiana puede servir, a no dudar, como una excelente guía para nuestros tribunales en este sentido.

En primer lugar, corresponde aprender de la experiencia de la *Cassazione* italiana en el sentido de que si bien el artículo está concebido en término bien generales, el trabajo de la jurisprudencia debería ser el de “tipificar” supuestos específicos de casos que se puedan aplicar bajo este artículo. La idea sería que esta cláusula general contenida en la norma vaya siendo traída a la tierra, esto es, concretizada, para que las empresas, los ciudadanos y la comunidad toda puedan saber

mayormente de diligencia. También, que el precio de los seguros médicos se dispararía por las nubes con lo cual no serían actividades asegurables, lo que nos llevaría nuevamente al hecho que nadie se embarcaría en una profesión que sabe que en cualquier momento puede llevarle a una quiebra por indemnización. Y así sucesivamente.

⁴⁰ Esto fue traído a nuestra mente por el Prof. Alejandro BORDA en una excelente Conferencia dictada en nuestro país en setiembre de 2009, en la cual advirtió precisamente de los peligros de extender este artículo a la sede de la responsabilidad profesional. Sobre el *Proyecto* en esta materia, es útil la obra de la Prof. Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, especialmente las páginas 213 y ss.

⁴¹ Que la responsabilidad profesional no puede objetivarse sin más, o acogerse a una porosa idea del “riesgo”, nos parece una verdad incontrovertible; al efecto y por todos remitimos a la obra de los profesores LÓPEZ MESA y TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, y la abundante bibliografía ahí citada.

⁴² Al respecto, basta la autoridad de la Prof. VISINTINI, *Tratado...*, *op. cit.* tomo 2, *passim*.

cuáles son las “actividades” que implicarán una responsabilidad objetiva. Esto ha llevado a que la jurisprudencia italiana tipifique con precedentes los tipos concretos de aplicación de la regla de la “peligrosidad”.⁴³

En segundo lugar, y lo que es más importante, a la par de tipificar supuestos específicos de aplicación, debe darse un entendimiento preciso de lo que ha de entenderse por una “actividad peligrosa”. No cualquier actividad, ha dicho la jurisprudencia italiana, puede ser enmarcada bajo el *fattispecie* de esta norma. Lo contrario sería desvirtuar el sistema, claro está. De ahí que, en líneas generales, la Corte de Casación italiana hubiera señalado que:

*La noción de actividad peligrosa postula que la actividad represente por sí misma una notable potencialidad de daño a terceros, mientras una actividad inocua, que se torne peligrosa por la conducta de quien la ejerce, comporta sólo la responsabilidad según la regla general del art. 2043 del Código Civil (el artículo que establece la cláusula general de responsabilidad por culpa en ese país).*⁴⁴

Se trata de una excelente *massime* o *holding* de la Casación itálica, ya que pone énfasis en la verdadera función de la teoría: “*notable potencialidad del daño*”. Esta idea se ve parejada por lo demás con la que se maneja en el *common law*: gráficamente, la actividad debe ser “ultra-peligrosa” (*ultrahazardous activities*).⁴⁵ Vale decir, no se debe sucumbir a la tentación de señalar que todo lo que cause un daño es “riesgoso” *per se* –algo que es sencillamente irracional–. Además, la segunda rama del *holding* también es de extraordinaria relevancia, desde que establece que una actividad que de suyo no es peligrosa pero que se vuelve en determinados casos volátil, se rige no por este artículo sino por el principio general de culpa.

En suma, pueden extraerse dos criterios bien claros:

(i) En primer lugar, no cualquier actividad puede ser considerada, sino debe tratarse de una que tenga, por sí misma, una “notable potencialidad de daño a terceros”, ser “ultra-peligrosa”.

(ii) En segundo lugar, una actividad que es de por sí no peligrosa (inocua), pero que por las condiciones particulares o por la conducta de quien la ejerce, se vuelve peligrosa, no se subsume bajo esta regla de responsabilidad estricta, sino bajo la regla de responsabilidad por culpa (art. 1834, acto ilícito).

En aplicación de estos dos criterios, la profesora VISINTINI ha hecho un útil recuento de los años de aplicación de esta figura en el derecho italiano, al tiempo de mencionar que se ha adoptado la noción para las siguientes actividades:

- *producción y distribución de garrafas de gas;*
- *actividad farmacéutica (si bien hoy día se regula por la legislación especial por productos);*⁴⁶
- *daños causados por líneas de alta tensión de electricidad;*
- *el ferrocarril;*
- *la actividad hotelera en cuanto al uso de ascensores;*
- *la caza, entre otras.*

⁴³ VISINTINI, *Tratado...*, *op. cit.* pág. 419.

⁴⁴ Sentencia del 21/12/92, N° 13.530, “Mass. Giur. It”, 1992.

⁴⁵ Ver, por ej., POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.* pág. 178.

⁴⁶ Se trata de un supuesto de responsabilidad por productos, en cuyo caso la ulterior evolución legislativa ha extraído este tema del *Codice* y la trasladó a la legislación especial, sin dudas una decisión sensata. Ver lo que se dice en el *in fine* al comentario del art. 1847, del *Código Comentado...*, *op. et loc. cit.*

Esto en cuanto a actividades que caerían bajo la órbita de la norma. Pero la jurisprudencia italiana también se ha expedido en cuanto a los casos *negativos*, esto es, los casos en los cuales no debe entenderse que existe una actividad peligrosa. Algunos casos que han sido declarados como no comprendidos en el *fattispecie* legal son los siguientes:

- *las actividades deportivas;*
- *las actividades agrícolas en sentido amplio;*
- *la gestión de un supermercado;*
- *la distribución de neumáticos;*
- *reventa de agua mineral en botella, entre otros.*⁴⁷

También debe considerarse absolutamente fuera del ámbito de este artículo a las profesiones liberales, muy particularmente, a la médica, por las razones ya expresadas.

7. SEGUNDO SUPUESTO: EL MODELO IMPORTADO DE LA REFORMA ARGENTINA DE 1968 (EL DESAFORTUNADO ART. 1847 DEL CÓDIGO)

a. Una adición legislativa innecesaria y malvenida

Este artículo 1846 hubiese sido –y más allá de su deficiencia al haber incorporado la insensata idea de la “profesión peligrosa”– más que suficiente para receptar la doctrina del riesgo en nuestro Código. Además, las guías interpretativas de la jurisprudencia y doctrina de Italia hubiesen permitido dar un marco sensible de aplicación al intérprete. En fin: que las cosas no hubiesen sido demasiado graves si el legislador optaba por parar su pluma en este punto.

Sin embargo, e inexplicablemente, el codificador paraguayo fue más allá, e incorporó en su art. 1847 otra norma que recoge la idea del riesgo creado –ahora, tomada de la Reforma argentina de 1968–:

El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño cuando por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

La oscurísima redacción de este artículo ha merecido la censura de casi todo jurista argentino que se ha ocupado del mismo. Prácticamente toda palabra utilizada por la norma, todo concepto que introduce –desde si permanece o no la distinción entre daño causado con la cosa o por la cosa; si cuál es el fundamento de la responsabilidad; si qué ha de entenderse por riesgo o por vicio; si quiénes son los sujetos a los que se aplica la norma; si la fuerza mayor es eximente; si cuál es el fundamento económico e incluso moral del mismo; y así sucesivamente– ha motivado interminables debates dogmáticos en ese país durante décadas, que se han espejado en una jurisprudencia no siempre coherente, y en muchos casos impredecible. Todo apunta, por otra parte, a que esta situación continuará con el devenir de los años.

No debe sorprender por ello el siguiente (áspero, pero acertado) comentario del maestro Acdeel SALAS sobre esta oscura norma: “*este artículo es uno de los más cuestionables de esta Reforma, lo que no es poco decir*”.⁴⁸

⁴⁷ Excelentes e informativas las páginas de su *Tratado...*, *op. cit.*, tomo 2, pág. 420 y ss.

Esto, para empezar.

b. La razón de ser de esta norma: el “fantasma del automóvil”

Pero hay más. El error de nuestro Código no se limita al hecho de haber adoptado esta norma –a pesar de contar ya con otra que regulaba la cuestión y desde una superior perspectiva; a pesar de contar con la opción del *Anteproyecto* que luego diremos es superior; o a pesar de que al tiempo de sancionarse el Código la experiencia de la *Reforma* argentina tenía ya casi veinte años (por lo que no podía alegarse desconocimiento de lo nebuloso de este artículo)—sino que perpetuó innecesariamente uno de los puntos más problemáticos que tiene la rama del *civil law* en esta materia: la “invención” de la responsabilidad por el “riesgo” de las cosas como una forma de responder al así llamado “fantasma del automóvil”⁴⁹ en tanto el legislador no dictaba una ley especial en la materia.⁵⁰

Un poco de historia⁵¹ echará un poco de luz sobre esto último. En una primera instancia, bajo la redacción originaria del *Code* francés, se había aceptado casi dogmáticamente que todo supuesto de responsabilidad debía basarse en la culpa. Como se decía: *pas de responsabilité sans faute*; tal el dogma. Sin embargo, el advenimiento del maquinismo masivo y de los vehículos automotores en particular, aumentó exponencialmente el número de daños y obligó a buscar factores de atribución más flexibles. De ahí que un artículo que siempre se había interpretado formaba parte del sistema de la culpa –el art. 1384, referido a los daños causados por las cosas que una persona tenga bajo su guardia—fue “descubierto”⁵² a fines del siglo XIX como incluyendo una presunción de culpa, de forma tal a que cuando una cosa causaba un daño (en el primer precedente, una caldera, pero rápidamente ello se volcó a los automóviles), se ponía a la víctima en una situación más ventajosa.

Esta interpretación, claramente *contra legem*⁵³, fue no obstante aplaudida por la doctrina francesa, y durante mucho tiempo se pensó que la misma podía dar una respuesta adecuada a los problemas modernos de la responsabilidad civil. La regla se amplió a supuestos impensados, pero su mayor aplicación fue siempre en el campo de los accidentes de automotores. El decantamiento de ideas, sin embargo, dejó en claro que ello era imposible, y que lo mejor era que en lugar de una interpretación genérica y dinámica de un artículo claramente no concebido para un mundo industrializado, contar con la intervención del legislador para supuestos especiales y bien regulados de responsabilidad objetiva por ciertas actividades o ramas. Incluso, como dice el Prof. BÉNABENT, con la intervención en 1985 del legislador francés y la aprobación de una ley específica para los

⁴⁸ Citado con beneplácito por TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, *op. cit.*, Tomo III, pág. 336. Hay que aclarar que la doctrina argentina no estaba en contra del acogimiento de la teoría del riesgo –que encuentra ya un precursor lejano en el docto COLMO, si bien para casos específicos– sino meramente en la formulación que le dio la *Reforma* del 68. Como decía a continuación SALAS, “aunque la reforma estuvo bien inspirada, no se tuvo una idea clara del alcance del principio que se quería adoptar, lo que trajo como resultado una redacción confusa, y que a más de diez años de su vigencia subsisten incertidumbres y contradicciones, que no ha sido posible superar ni en doctrina ni en jurisprudencia”.

⁴⁹ GONZÁLEZ DE ZAVALA, *Responsabilidad por riesgo...*, *op. cit.* pág. 60.

⁵⁰ Para un paciente y erudito recuento de este “descubrimiento” de la responsabilidad objetiva en el art. 1384 del *Code* francés, como un mecanismo jurisprudencial para dar respuesta al problema de los accidentes de tránsito, ver VON MEHREN y GORDLEY, *The Civil Law System*, 2da. Edición, Little & Brown, 1977; un breve análisis es el del Prof. BÉNABENT, *Droit Civil. Les obligations*, Edit. Montchrétien, Paris, pág. 386 y ss.

⁵¹ Ver en general las obras citadas en la nota anterior.

⁵² BÉNABENT, *Les obligations...*, *op. cit.*, 602. El originador de esta distinción fue el gran jurista belga, LAURENT, en el tomo XX de su obra sobre el *Code*.

⁵³ Así la calificaron los MAZEAUD, en su *Traité...*, *op. cit.* no. 1142.

automotores, se ha “desinflado fuertemente” al art. 1384 del *Code* y se lo ha reencauzado hacia dimensiones “más razonables”.⁵⁴

Pues bien, no pueden caber dudas de que al tiempo de redactar BORDA su reforma al Código argentino, como en ese país todavía no se había dado una respuesta al problema automotor, lo que motivó, justificadamente, su preocupación fue justamente este tema. La posterior lectura de su *Tratado* no deja lugar a duda alguna: en la exposición del tema de responsabilidad por las cosas, en todos lados aparece el “coche”, el “conductor”, el “freno”, etc.⁵⁵ Como la *Reforma* de BORDA no fue *tabula rasa*, es decir, se basó en una modificación de algunos preceptos del Código de VÉLEZ, y no el dictado de un nuevo Código, debió trabajar con los textos originales, fuertemente influenciados por el *Code* francés y la distinción entre el hecho del hombre y el hecho de la cosa. Inadvertidamente, sin embargo, el jurista argentino pretendió dar solución al problema del automóvil, pero generalizando en forma injustificada —e injustificable— la regla a toda “cosa riesgosa” — un *lapsus calami* legislativo evidente.

c. Una norma que es una falacia de composición y un “flatus vocis”

En efecto, y como ha dicho la Prof. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “pensando en los automotores se dictó el art. 1113, sin advertir que la no distinción indiscriminada no puede generalizarse... esta regla—correcta para los automotores—no puede llevarse sin más a normativa general”.⁵⁶ Ese fue, en síntesis, el error de la *Reforma*.

Todavía más clara y contundente resulta la imputación de BREBBIA. El jurista argentino deja entrever que en el fondo estaríamos ante una simple “falacia de composición”: se partió de un supuesto particular (accidente automotor) y se generalizó a una norma general, deformándose en el camino el sistema de responsabilidad civil.⁵⁷

Más que nunca se aplica la frase de los juristas anglosajones, “*hard cases make bad law*”, “los casos difíciles hacen mal derecho”.

Un análisis detallado de este artículo releva las faltas del mismo, pero basta en una primera instancia mencionar los más esenciales⁵⁸: (i) la aparente o confusa perpetuación, innecesaria y en peores términos, de la mezcla entre daño causado “por” la cosa y “con” la cosa; (ii) la yuxtaposición de los “vicios” y “riesgos” inherentes a la cosa en un mismo artículo, dos conceptos que nada tienen que ver uno con el otro; (iii) la no mención del caso fortuito como causal de exoneración de la responsabilidad⁵⁹; (iv) el extremado rigorismo hacia el dueño de la cosa, que ha llevado a algún autor

⁵⁴ Idem. no. 602.

⁵⁵ Ver su *Derecho Civil. Obligaciones*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II, no. 1474 y ss.

⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código...*, *op. cit.* pág. 456.

⁵⁷ BREBBIA, *Instituciones...*, *op. cit.*, t. II, págs. 130-131.

⁵⁸ Completísima revisión de la norma y los casos jurisprudenciales argentinos en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, *op. et loc. cit.*; asimismo, las críticas de LLAMBÍAS son tan certeras que duelen hasta hoy; *vide su Tratado...*, *op. cit.*, t. IV-A, N° 2624 y ss. Un tratamiento más favorable es el de BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9na. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 1019 y ss. (aunque acepta que se puede criticar al precepto en su redacción, al tiempo de reiterar que la misma resulta “excepcional”).

⁵⁹ Lo que ha motivado un extenso debate en la Argentina, desde autores que señalan que ello implica efectivamente que no existe la posibilidad de eximirse de la responsabilidad por caso fortuito en ningún supuesto, hasta los que sí lo hacen. La postura más sensata parece ser la que señala que puede invocarse “fuerza mayor” cuando la causal es “exterior” a la cosa. TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, *op. cit.*, tomo III, pág. 364 y ss.; también BUSTAMANTE ALSINA recoge esta postura, *Teoría general de la responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 421: “el caso fortuito para exonerar de responsabilidad debe ser extraño o externo al riesgo propio de la cosa”. Y ver *infra* en este comentario.

de hablar de una suerte de “odiosidad” hacia el propietario⁶⁰; (v) la omisión de la acción de regreso del dueño o guardián de la cosa al que pudiera ser identificado como culpable del daño; y (vi) *last but not least*, la excesiva amplitud con la que está concebido el artículo, que ya he criticado más arriba y que resulta indemostrable por lo evidente.

Para peor, debe sumarse aquí el hecho de que no se habla ya de una “actividad riesgosa”, que en algo limita el supuesto de hecho, sino de una mera “cosa riesgosa”, con todo lo que ello supone a la hora de estirar la figura para cubrir cualquier hecho imaginable.

En suma, puede decirse con LLAMBÍAS que la utilización tan ligera del concepto de “daño causado por el riesgo de la cosa” implica que estamos muy cerca –demasiado– de caer en un verdadero caso de “*flatus vocis*”.⁶¹

d. Una “cláusula general” insensata. Tratando de capturar al esquivo concepto de “cosa riesgosa”

Por otra parte, al haber incorporado una suerte de “cláusula general” de “riesgo”, el Código ha preferido no seguir una de las lecciones más relevantes que había dejado DE GÁSPERI en esta cuestión en su *Anteproyecto*: como afirmó nuestro ilustre civilista, antes que optarse por una cláusula general, la teoría “*debe ser encerrada en una fórmula concreta que permita reducir el campo de su aplicación*” a supuestos particulares.⁶² Con esto, se evitaba en el *Anteproyecto* la excesiva ambigüedad y se establecía (nótese: en la misma línea que la jurisprudencia italiana citada) que por cosas riesgosas debían entenderse las cosas *verdaderamente* riesgosas. Todo ello para lograr que el factor riesgo no termine siendo el equivalente a un elefante jurídico en la cristalería del derecho.

De hecho, el único caso en el derecho comparado de un sistema que haya acogido una suerte de cláusula general en materia del riesgo creado es el ejemplo argentino (y ahora paraguayo); en este campo, se aplica plenamente la frase del maestro inglés Philip WOOD: la originalidad puede ser un gran valor en el arte, o la tecnología, pero no en el derecho.⁶³

De ahí que sea imposible no suscribir las palabras de LLAMBÍAS,

*se trata de una absoluta novedad, no conocida por la legislación comparada, en la latitud de los términos en que esa genérica responsabilidad ha sido establecida, y que es lo que convierte a este tópico en una de las más desafortunadas de las reformas al Código de Vélez... en efecto, tal responsabilidad no está circunscripta a un ámbito de contorno más o menos definido, dentro del cual la idea de riesgo pueda jugar razonablemente, sino que cubre todo daño causado por el riesgo de una cosa. Es una fórmula elástica que autoriza a pensar que tal daño se presenta siempre que ha derivado del contacto con una cosa, en una relación de pura causalidad material.*⁶⁴

Nunca más precisas y exactas las críticas del maestro argentino.

⁶⁰ LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, pág. 291.

⁶¹ LLAMBÍAS, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 643, n. 357. Al gran Helio VERA le gustaba recordar esta expresión medieval en su posible entendimiento escatológico, con lo cual queda preguntarse (con alguna malicia, es cierto) si este artículo no es sino una mera flatulencia jurídica.

⁶² *Anteproyecto de Código Civil*, Edit. El Gráfico, Asunción, 1964, pág. 785.

⁶³ Philip WOOD, “Comparative Financial Law” en R. Cranston, (ed), *Making Commercial Law*, OUP, Oxford, 1997, págs. 31 y 32.

⁶⁴ LLAMBÍAS, *Obligaciones...*, *op. cit.*, no. 2648.

Y estos son solo algunos de los problemas de este artículo. Mejor ni empecemos a hurgar en cómo ha de hacerse para que la noción de “cosa riesgosa” no se aplique a cualquier supuesto imaginable.⁶⁵ Es mejor parar aquí, para no cansar al lector.

8. COROLARIO: EL RIESGO DE UNA “ADHOCRACIA” EN NUESTRO DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Como corolario del (necesariamente) breve análisis efectuado respecto de los dos artículos del Código que regulan a este tipo de responsabilidad, puede entenderse ahora porque hablamos de que existe *un riesgo en la responsabilidad por riesgo en nuestro derecho*.

Consideremos primero sólo al art. 1846. El mismo, entendido sensatamente, puede ser aceptado como una regulación mayormente razonable de la responsabilidad objetiva. Pero: *sólo entendido sensatamente*. Por ejemplo, si nuestros tribunales no efectúan la tarea de *tipificación* realizada por sus pares italianos y permiten su aplicación indiscriminada; o si la palabra “peligro” no se entiende como “especialmente o ultra-peligrosa”; o si se aplica la norma al absurdo supuesto de las profesiones liberales; etcétera, la norma rápidamente se descarrila, y, en todos estos casos, una norma *prima facie* razonable corre el riesgo de convertirse en un elefante en la cristalería jurídica.

¿Y qué decir del art. 1847? Basta con afirmar que el concepto de “cosa riesgosa” es extraordinariamente esquivo, gelatinoso, maleable, y por tanto, susceptible de ser utilizado para abarcar cualquier caso imaginable, y que prácticamente todo daño se causa con la intervención, en algún momento, de una cosa. Todavía más: ¿tiene sentido seguir atado a la vetusta idea de la “cosa riesgosa”, en lugar de regular a la “actividad riesgosa”, como la sensatez manda?⁶⁶ O todavía peor: no faltará (ni ha faltado) quién afirme que debe interpretarse a la palabra “riesgo” desde una perspectiva “*ex post facto*”. Si “riesgo” es la “contingencia o proximidad de un daño”⁶⁷, entonces puede decirse que siempre que exista un daño, estará próximo el riesgo del mismo. De ahí que se haya dicho, con justicia, que la reforma de BORDA lleva a resultados absurdos: si riesgo es todo aquello que está próximo a causar daño, acaecido éste, hay que inferir necesariamente que el riesgo existía.⁶⁸

Obviamente, esto implicaría la irracionalidad del sistema: si el juez puede determinar *ex post facto* que la cosa en sí es riesgosa, entonces en realidad no se está guiando por una regla preestablecida, cognoscible, general, sino por un mero decreto *a posteriori*, de acuerdo a su sentido de lo que podría o no ser justo en un caso concreto.

Todo esto —puede decirse más— lleva a que nuestro régimen de responsabilidad civil corra el grave riesgo de convertirse, en el expresivo término del gran profesor norteamericano Harold BERMAN⁶⁹, en un verdadero régimen de “*adhocracia*”: un sistema en el cual los jueces (*rectius*, los malos jueces) pueden ir haciendo jurisprudencia sin fidelidad a la ley, sino con un “intuitivo” sentido

⁶⁵ Un poco más detallado el análisis crítico que he efectuado en el *Comentario al Código Civil...*, *op. cit.* comentario al art. 1847.

⁶⁶ Clarísima en este sentido, la Prof. VINEY en *Introduction to French law*, George BERMAN y E. PICARD (eds.), Kluwer Law, 2008, pág. 251 (señalando que esto “no está verdaderamente justificado”).

⁶⁷ Definición del *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ra. Edición.

⁶⁸ Es la crítica de RAFFO BENEGAS y SASSOT, en “*Responsabilidad objetiva*”, JA, doctrina 1973-777.

⁶⁹ El término está incluido en una valiosísima nota al pie al final de un maravilloso ensayo, y considerando en particular las posiciones autoproclamadas “críticas” de la *Critical Legal Studies* (en particular, de Roberto MANGABEIRA UNGER y Duncan KENNEDY): Harold BERMAN, “The origins of western legal science” 90 Harv. L. Rev. 894 (1976-1977), n. 84.

de lo que es justicia en ese caso concreto. La solución “*ad-hoc*”, según la cara del cliente, la vuelta a la justicia “paradisíaca”.

Estos graves inconvenientes –y otros que deben ser profundizados en estudios futuros– son creados por el concepto de riesgo incorporado a nuestro Código. Notar esto no implica, reitero, estar a favor de un sistema puro culpabilístico. Lo que se pide es sensatez, una interpretación razonable, y no caer en el absurdo e irracional “toda cosa dañadora es una cosa riesgosa”.

Como se ha dicho con justas palabras:

*la jurisprudencia y alguna doctrina, extralimitaron el ámbito de aplicación de la norma (art. 1113), llevándola a aplicaciones que ni por asomo estaban en la intención del legislador. El objetivo de esta expansión es la protección de las víctimas, pero el precio pagado ha sido alto: nada menos que la desvirtuación del sistema legislativo de responsabilidad civil.*⁷⁰

En suma, es de urgencia preservar el concepto de riesgo para aquello que es *realmente riesgoso o peligroso* y evitar la *adhocracia*, esto es, “la desvirtuación del sistema de responsabilidad civil”.

9. COMPARACIÓN BREVE CON DOS MODELOS ALTERNATIVOS: EL NONATO DEL ANTEPROYECTO Y EL ESQUEMA ESPAÑOL DESCODIFICADO

¿Cómo evitar este riesgo de la *adhocracia* en nuestro derecho de responsabilidad civil?

Tal cual adelanté al principio de este ensayo, mi tarea aquí se limita a la de una suerte de vigía: dar aviso de los peligros a la vista en el horizonte dogmático-práctico. Una recomendación *de lege ferenda* o normativa debe quedar necesariamente para otra oportunidad.⁷¹ Lo que me interesa dejar sentado aquí es que existen otros modelos, más sensatos, para regular a la responsabilidad objetiva.

De ahí que, antes de terminar este trabajo, y para sustentar quizás más sólidamente lo que se ha venido diciendo en estas páginas, es útil una breve ojeada a otros dos esquemas –uno que nunca vio la luz, el otro vigente a la fecha—de responsabilidad objetiva. En este apartado muy superficialmente atenderé cómo DE GÁSPERI había regulado el instituto en su *Anteproyecto*, y luego me referiré a la regulación por el derecho español, que si bien no fue diseñado en forma explícita *ex nihilo*, al menos es suficientemente indicativa de cómo se ha regulado el tema en el derecho comparado.

Este ejercicio comparativo permitirá extraer mejor las deficiencias de nuestro actual sistema, y abre el camino para propuestas de superación del mismo o al menos una hermenéutica más razonable.

(a) El esquema del Anteproyecto⁷²

⁷⁰ Estas sensatas expresiones corresponden al Prof. LÓPEZ MESA, *Tratado...*, n. 12, t. I, pág. 791.

⁷¹ He empezado a avizorar la misma en el *Comentario...*, *op. cit.* especialmente el comentario al art. 1847 (y también 1848). En síntesis: la solución vendría por resolver finalmente el “fantasma del automóvil”, haciendo realidad la promesa (hasta hoy incumplida) del art. 1848 mediante el establecimiento de una ley especial para accidentes de tránsito; luego, la derogación del art. 1847, y asimismo, la eliminación del vocablo “profesión” en el art. 1846; y, finalmente, la interpretación sensata del sistema sobre la base del art. 1846.

⁷² Estudiado mucho más a profundidad en *Arqueología...*, *op. cit.* pág. 237 y ss.

El *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI incluyó, a pesar de su usual ortodoxia civilista, a la “teoría del riesgo creado”. Si bien el texto normativo en sí no incluye en ningún lugar la palabra “riesgo”, en la apostilla al artículo DE GÁSPERI hace la aclaración pertinente:

Acaso no sea éste el sitio para exponer la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva que, desde su admisión jurisprudencial en la segunda mitad del siglo XIX en materia de accidentes ferroviarios; de incendios provocados por chispas escapadas de una locomotora; por daños causados con el humo de una usina, en todos los cuales fueron condenadas las compañías a responder del daño a pesar de la excusa de no haber incurrido en culpa y de haber observado todas las precauciones para evitar el daño; y posteriormente, desde su fundamentación doctrinal por MATAJA⁷³ en Alemania, ORLANDO en Italia, por JOSSE RAND, SALEILLES, CAPITANT, DEMOGUE, etc., en Francia, según los cuales toda actividad que implica un riesgo, expone a herir intereses que deben ser indemnizados a la víctima, eximida de la carga de la prueba de la culpa que crea el riesgo...⁷⁴

DE GÁSPERI acepta, entonces, la necesidad de incorporar la teoría del riesgo creado al (proyectado) Código Civil de nuestro país y a nuestro derecho. Pero, a mi modo de ver, lo más relevante de todo es que, al hacerlo, empuñó dos ideas fundamentales que a muchos autores (incluso legisladores) se les han escapado en esta materia, y que son cruciales para comprender el *crux* del problema de la responsabilidad objetiva. A saber:

- (i) En primer lugar, el acogimiento de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva, pero no en desmedro del principio *general* de la culpa; en otros términos, el entendimiento de que la responsabilidad objetiva guarda un carácter excepcional.
- (ii) En segundo lugar, la necesidad de realizar una tipificación legal de los supuestos de responsabilidad por riesgo, y no establecer fórmulas vagas como la mera mención del “riesgo”, sin una elucidación mínima de los supuestos englobados. Esto, para evitar que la responsabilidad objetiva se desboque y socave la racionalidad del sistema.

Con respecto a la primera proposición, resulta fundamental lo que dice DE GÁSPERI, citando en este caso con beneplácito a JOSSE RAND: “*Sin duda, la responsabilidad objetiva no destronará jamás a la responsabilidad subjetiva. No es deseable que la noción del riesgo suplante a la de la culpa*”.⁷⁵

Y, con relación al segundo punto arriba mencionado, en un párrafo clave para la responsabilidad objetiva, DE GÁSPERI afirma con sabiduría la necesidad de una mínima tipificación legal de los supuestos objetivos:

Tal es la razón por la cual, traída la noción del riesgo a un Código estructurado sobre la noción romana de la culpa, como fundamento de la responsabilidad de los actos ilícitos, debe ser encerrada en una fórmula concreta que permita reducir el campo de su aplicación a sólo aquellas actividades que por estar movidas por

⁷³ La cita a MATAJA es una demostración del impresionante manejo de doctrina y erudición que caracterizaban a DE GÁSPERI; este jurista alemán decimonónico, un tanto desconocido (absolutamente, podría decirse, en nuestras tierras), ha sido recientemente recuperado para la literatura de daños por cultores del análisis económico (v.gr., Izhak ENGLAND, “Victor Mataja’s Liability for Damages from an Economic Viewpoint”, 10 Int. Rev. Law & Economics 173 (1990), o el trabajo del Prof. SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, 1997, pág. 154), como un precursor *avant la lettre* del análisis económico de la responsabilidad civil (y de la responsabilidad objetiva, especialmente). Que DE GÁSPERI, escribiendo en Paraguay a mitad del siglo XX, pudiera referenciar a autores como MATAJA (años antes incluso de su “redescubrimiento” por el análisis económico), al tiempo que muchos autores actuales ni siquiera están conscientes de su existencia, es algo sencillamente asombroso.

⁷⁴ *Anteproyecto*, pág. 785.

⁷⁵ *Idem.* anterior.

*fuerzas naturales, como el vapor, el gas, la electricidad, el agua, etc., son, en cierta medida, incontrolables en el peligro que, en un momento dado, pueden ofrecer a las personas que la dirigen.*⁷⁶

Surgen así, con claridad, los perfiles que debe tener la regulación de la responsabilidad objetiva: debe ser excepcional y debe estar determinada expresamente por la ley.

Coherentemente con estas ideas, el *Anteproyecto* instituye a la responsabilidad por riesgo en su art. 2511 en los siguientes términos:

Los propietarios de empresas o establecimientos movidos por fuerzas naturales (vapor, gas, electricidad, agua, etc.) y de aquellos en que se fabrican o emplean materias explosivas, son responsables del perjuicio causado a la persona o a los bienes de otra a consecuencia del funcionamiento de la empresa o del establecimiento. Esta responsabilidad cesa si ellas prueban que el perjuicio ha sido ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, de cuyos hechos la empresa o el establecimiento no es responsable, o bien que el daño es debido a fuerza mayor.

Queda claro que el artículo se aplica sólo cuando existen: (a) fuerzas naturales inconmensurables (como las mencionadas en el paréntesis) o (b) materias explosivas. Si bien la enumeración del precepto no es perfecta, o cerrada –de ahí el “etcétera”–, no es menos cierto que: en primer lugar, da una guía bastante indicativa al juez, que deberá encuadrar en alguno de estos supuestos al hecho; y, en segundo lugar, la redacción sorteja los peligros de incorporar una *cláusula general* de “riesgo”, como la que receptó finamente el Código Civil actual y que permite la aplicación indiscriminada (y, en el peor de los casos, irracional) de la figura. La *adhocracia*.⁷⁷

Por ello, y aún cuando se le puedan hacer críticas a la forma en que DE GÁSPERI acogió la figura del riesgo en el *Anteproyecto*, al compararla con las normas actuales bien podría aplicarse de retruécano aquel viejo refrán “*el tuerto es rey entre los ciegos*”.

Pero –y esto es quizás más importante–, el afán por ensanchar jurisprudencialmente a la responsabilidad por riesgo (algo que justamente caracteriza a esta figura) no hubiese sido quizás demasiado intenso de haberse aprobado este texto del *Anteproyecto*. ¿Por qué? Por una sencilla razón: el *Anteproyecto* reguló expresamente a la principal causa de accidentes a la cual la jurisprudencia paraguaya ha echado mano a la teoría del riesgo a la hora de imputar responsabilidad: los accidentes de tránsito. Este fenómeno interpretativo resulta comprensible, ya que este tipo de accidentes son los más comunes en el día a día de las sociedades modernas (es difícil encontrar una persona que alguna vez no haya tenido una experiencia relacionada a un accidente de tránsito), amén del hecho ya apuntado que no contamos con una legislación especializada que se ocupe de los accidentes de tránsito, como el caso de Alemania o Francia.⁷⁸

En consecuencia, al regular expresamente en su art. 2512 a los accidentes de tránsito⁷⁹, DE GÁSPERI había despachado al “fantasma del automóvil”, sin necesidad de recurrir a la alambicada

⁷⁶ Idem. anterior. Énfasis añadido.

⁷⁷ Por otro lado, y en consonancia con el carácter objetivo de esta responsabilidad, el empresario no podía liberarse de su responsabilidad probando que ha hecho todo lo posible para evitar el accidente, sino sólo si probaba la culpa de la víctima (o un tercero) o caso fortuito. Al aceptar el caso fortuito expresamente, también se diferencia (para mejor a mi modo de ver) el *Anteproyecto* de la Ley 17.711 de Argentina – y por ende, del Código actual.

⁷⁸ En la mayoría de los casos, ellas han resultado ser mucho más satisfactorias en la práctica que el silencio legislativo al respecto. Ver en general las sumamente interesantes reflexiones de ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, OUP, Oxford (2da. Edición), pág. 678 y ss.

⁷⁹ Decía el texto: “*La responsabilidad (objetiva) prescripta por el artículo anterior incumbe igualmente a los propietarios de vehículos mecánicos de transporte movidos por fuerzas naturales. Siempre que el vehículo mecánico de transporte haya sido dado en comodato a otra persona, para usarlo por su propia cuenta y riesgo, o si el propietario ha*

idea de la “cosa riesgosa” que hoy incorpora nuestro art. 1847. Evitó, en suma, esa “falacia de composición” que es dicho artículo.

(b) **El esquema español: una evolución legislativa hacia la especialización**

Resulta un tanto impropio de hablar de un “sistema” español de responsabilidad objetiva, por la sencilla razón de que el mismo no ha sido creado *ex nihilo* o *tabula rasa*, sino que es fruto de una evolución legislativa de muchos años.⁸⁰ De todas maneras, el legislador español ha entendido en lo esencial algo que es sensato: lo ideal aquí no es dejar a la responsabilidad objetiva como una *ad hoc* desarrollada “creativamente” en sede judicial. Por el contrario, lo más sensato parecería ser que leyes especiales regulen concretamente aquellas áreas de la vida social en la cual el principio objetivo responder mejor al problema del daño.

Así, por un lado, el Código Civil español, dictado en la época de mayor influencia del sistema culpabilístico clásico, había aceptado solo el principio subjetivo: *pas de responsabilité sans faute*. Sin embargo, los daños producidos luego de la industrialización de la sociedad española, y el advenimiento del maquinismo (incluyendo los automóviles por supuesto), llevaron al legislador español a enfrentar la necesidad de incorporar supuestos de responsabilidad *sans faute*. De esta forma, se dio el conocido fenómeno de la *descodificación*: algunos sectores de la responsabilidad abandonaron su sede natural —el Código Civil— para ir a parar a leyes especiales. Si bien la “pureza sistemática” del esquema sufre, las soluciones sin embargo parecen más sensatas en la práctica.

El esquema español tiene hoy día la siguiente fisonomía: el Código regula el principio general de la culpa, aplicable siempre y cuando no exista una ley especial que se ocupe de la cuestión. Por su parte, estas leyes establecen supuestos concretos y bien tipificados de responsabilidad objetiva, y, casi por regla generalizada, establecen *topes* indemnizatorios — algo que es tan obviamente consustancial a la responsabilidad objetiva que su ausencia en nuestro derecho es, una vez más, causa de absoluta perplejidad.⁸¹

Las leyes especiales que establecen supuestos de responsabilidad objetiva en España son:

- (i) Uso y circulación de vehículos de motor: se trata de un sistema creado por un Real Decreto Legislativo de 1968 y adaptado por la Ley 30/1995 conforme a los dictados de la Comunidad Europea. La regla general del sistema se basa en el “riesgo creado” en la conducción de vehículos a motor, terminología en boga en épocas de sanción de esta norma. Este sistema distingue entre los daños corporales y los patrimoniales, siendo aplicable el régimen objetivo solamente a los primeros, esto es, a aquellos que hacen a la vida e integridad psico-física del dañado. Se prevé como causa de exoneración la culpa del perjudicado y la fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo.
- (ii) Navegación aérea: el régimen del derecho aeronáutico ha sido uno de los que primero invocaron a la responsabilidad objetiva, incluso desde sus inicios en el primer tercio del siglo XX (con los conocidos Convenios de Varsovia y Roma). La Ley de Navegación Aérea española de 1960 establece un sistema de responsabilidad objetiva, que ve su obvia contrapartida en el establecimiento de *topes* máximos indemnizatorios. El dañado puede obviar estos límites, en cuyo caso debe recurrir al sistema general basado en la culpa, una solución sensata axiológicamente.
- (iii) Daños nucleares: la utilización de la energía nuclear en países europeos es harto común, aunque obviamente el riesgo que ello implica es tan evidente que el mismo amerita un tratamiento legislativo

sido privado de la facultad de disponer de él por hecho ilícito de un tercero, el que tenga el poder de disponer del vehículo de transporte es, en lugar del propietario, responsable del perjuicio causado”.

⁸⁰ Explicada magistralmente por DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, especialmente los Capítulos IV y V.

⁸¹ Ver *Arqueología...*, *op. cit.*, pág. 319 y ss. Aunque esta perplejidad puede explicarse por la falta de “redes de seguridad” y otras formas alternativas de reparación del daño, también mencionadas en dicha obra (pág. 41 y ss.).

especial. en el caso español la regla data ya del año 1964, la cual prevé expresamente que la “responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite que se señala en la presente Ley”. Además de los topes máximos, esta legislación exhibe otros caracteres propios de una responsabilidad sin culpa, como son las causas de exoneración limitadas a la culpa del perjudicado y a la fuerza mayor extraña.

- (iv) El ejercicio de la caza: se trata de una costumbre bastante ajena a nuestro país, pero no por ello no aplicable, siendo una actividad de riesgo excepcional y que beneficia a muy pocos: “todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido a negligencia o culpa del perjudicado o alguna fuerza mayor”. El patrón es el mismo siempre.
- (v) La protección de consumidores y usuarios (especialmente, la responsabilidad por productos): la última intervención del legislador español –impulsado por el comunitario— responde a la rama del derecho del consumidor, haciendo objetivamente responsable al empresario por los daños de su actividad y sus productos. Obviamente, la responsabilidad por productos es una materia que exige un tratamiento por separado, por lo que aquí basta con señalar que en el derecho español el perjudicado solo debe probar “el defecto, el daño y la relación de causalidad”, siendo inexistente el requisito del factor de atribución subjetivo. Igualmente se aplica el criterio de limitar el tope máximo de monto compensatorio.

Muchas son las cosas que pueden decirse al respecto de este esquema. Aquí solo me concentraré en una. Parece bastante evidente que la decisión del legislador español ha respondido a un criterio simple pero poderoso: es mejor enfocar supuestos concretos de actividades verdaderamente riesgosas y peligrosas, conociendo los tipos de accidentes que pueden ocurrir, los topes indemnizatorios máximos que pueden establecerse y así sucesivamente, antes que establecer una cláusula general que pueda ser utilizada cual paraguas normativo para acoger cualquier supuesto imaginable. Resulta, al final de cuentas, un enfoque sumamente sensato.

A igual conclusión ha llegado el Prof. DÍEZ-PICAZO luego de exponer los rasgos esenciales del esquema español:

Si el legislador ha creado toda una serie de ámbitos (p. ej., vehículos de motor, navegación aérea, instalaciones que trabajen con material radiactivo, fabricantes de productos defectuosos) en que se aplican los esquemas de la que grosso modo, con las puntualizaciones antes hechas, se puede denominar responsabilidad por riesgo, hay cuando menos que cuestionarse si, fuera de los casos legales (sin perjuicio de realizar dentro de ellos una actividad de interpretación más o menos extensiva) compete a los aplicadores crear otros marcos del mismo tipo de responsabilidad que el legislador no ha querido expresamente, produciendo de este modo evidentes distorsiones.⁸²

Creo que asiste mucho de razón al maestro ibérico. Parece preferible mantener a la actividad creadora de tribunales en marcos no tan gelatinosos en esta delicada cuestión, y contemplar los distintos problemas que pueden suscitarse mediante leyes especiales, que atiendan específicamente la problemática. El caso de accidentes de automotores, si bien es el más evidente, no es el único. Pero pregunto: con una buena ley especial en esta cuestión, ¿será necesario que nuestros jueces hagan piruetas argumentativas para llegar a una solución justa en un caso concreto, como están obligados a hacerlo actualmente con la porosa y lóbrega redacción del art. 1847? Creo que en la respuesta a esta pregunta se encierra buena parte de la respuesta sobre cómo ha de regularse más sensatamente a la responsabilidad civil objetiva en nuestro país.⁸³

10. A MODO DE COLOFÓN (O, LA ESPERANZA DE EVITAR LA DESDICHA DE REX)

⁸² DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, op. cit., pág. 117.

⁸³ Ver la nota 71, *supra*.

Hasta aquí hemos llegado. Una exposición y crítica más detallada de esta cuestión amerita por supuesto un estudio mucho más profundo que este. Pero, como adelanté al inicio, este trabajo busca apenas llamar la atención de nuestros operadores jurídicos sobre esta delicada cuestión: *el riesgo de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil*. No he intentado más que ser, en esta cuestión, como aquellos insoportables *mbariguís* que tanto nos molestan en las calurosas tardes paraguayas; la intención es provocar, molestar e invitar al debate.

Y este debate, reitero, no va por el lado de negar *in totum* a la responsabilidad objetiva. Para nada. El sistema jurídico *debe* tener supuestos –bien delimitados– de responsabilidad objetiva, al lado del principio general de la culpa. La preocupación viene por otro lado. Tratándose de una cuestión de “*policy*” o “política legislativa”⁸⁴, no existe una única manera correcta de regular este tema; existen muchas soluciones, algunas más razonables que otras, pero no por ello excluyentes. A mi modo de ver, sin embargo, el Código no ha optado por el mejor camino a la hora de legislar sobre esta materia. Esto puede ser subsanado por reformas legislativas, por leyes especiales que hagan realidad la promesa nunca cumplida del art. 1849 del Código; pero mientras tanto, queda el drama de la posibilidad, siempre latente, que el sistema opere bajo el rubro de una indiscriminada “*adhocracia*”.

No está en juego algo menor, amigo lector. Y es que, como captó en forma penetrante Lon FULLER con su inmortal alegoría del desdichado monarca *Rex*, recordada en el epígrafe de este trabajo, la receta más segura para el fracaso en ese interminable emprendimiento que es regular la vida social en un marco de co-ordinación, orden y seguridad –*jurídico*, en fin—es no establecer reglas claras y generales, y preferir en su lugar un régimen desembozado de soluciones según la cara del cliente, de decisiones “*ad hoc*”. No pierdo esperanzas de que una aplicación razonable, sensata, *prudente*⁸⁵ del sistema por parte de los jueces y demás operadores jurídicos, pueda evitar que a la postre caigamos en la misma desesperación del desdichado *Rex*, y tengamos que contentarnos con un sistema de responsabilidad civil desvirtuado, impredecible – o, incluso, irracional.⁸⁶

⁸⁴ Como muy bien lo manifiesta la Prof. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código...*, *op. cit.*, pág. 463. En *Arqueología...*, *op. cit.*, pág. 357 y ss., el lector podrá encontrar consideraciones sobre las consecuencias de esta importante idea –de la *policy*—para el razonamiento jurídico y la responsabilidad civil en general.

⁸⁵ Aún con las críticas apuntadas, si el Código se aplica con la virtud de la *juris-prudencia* (como debe hacerse y lo dejo apuntado en la *Coda de Arqueología...*, *op. cit.*), el sistema puede mantenerse dentro de límites racionales.

⁸⁶ No siempre se recuerda que una de las genialidades más notables de ese libro genial que es *The Morality of Law* –cada lectura recompensa al lector con un nuevo *insight*— radica en la fina ironía de FULLER de hacer que el sucesor de *Rex*, *Rex II*, encargara el gobierno a psiquiatras. Es que un sistema jurídico que no respeta los ocho criterios mínimos para el *rule of law* –siendo uno de ellos, el primero y principal como recuerda el epígrafe, evitar la *adhocracia*—solo puede llevar a un resultado en sus súbditos: la irracionalidad, la esquizofrenia total en la vida social.