

LA CULPA COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD. (CÉNIT, OCASO Y RESURGIMIENTO DE LA CULPA)

Marcelo J. López Mesa¹

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

RESUMEN:

El estudio trata sobre el pretendido ocaso de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil y la verdadera situación en que se encuentra dicho factor en la actualidad. Contrariamente a lo que algunos agoreros de la desaparición de la culpa del firmamento de la responsabilidad preconizan, ésta se muestra en nuestros días volviendo por sus fueros, en pro de ser vista otra vez como un factor de atribución de responsabilidad de primera magnitud.

Palabras clave: Culpa; Responsabilidad civil; Atribución de responsabilidad; Reverdecer de la culpa.

ABSTRACT:

The study deals with on the tried decline of the fault like factor of attribution of civil responsibility and the true situation in which is this factor at the present time. Contrary to which some ominous ones of the disappearance of the fault of the firmament of the responsibility praise, this one appears in our days returning for his jurisdictions, in favor of being seen again as a factor of attribution of responsibility of the first magnitude.

Key words: Fault; Civil responsibility; Attribution of responsibility; To turn green again of the fault.

¹ El Dr. López Mesa es Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Es Catedrático de Derecho Civil en el Doctorado con orientación en Derecho Privado de la UCES y profesor visitante de prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas - Ha realizado estudios de postgrado en derecho civil en la Universidad de Salamanca y tiene al presente diez libros publicados sobre diversas temáticas de derecho privado - Ha presidido diversos congresos internacionales de derecho civil, realizados en Argentina y otros países de Latinoamérica - Co-dirige con el Dr. Carlos Rogel Vide la colección "Dos mundos del derecho civil" de Editorial Reus de Madrid - Ha traducido al español dos obras del maestro Philippe le Tourneau.

***La culpa como factor de atribución de responsabilidad.
(Cénit, ocaso y resurgimiento de la culpa)***

1) CULPA: CONCEPTO Y ESENCIA.

En un sentido lato, la culpa puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto la violación dolosa como la culposa propiamente dicha². Es en este sentido que han expresado LE TOURNEAU y CADIET que la culpa es una “noción proteiforme” que comprende desde la simple negligencia hasta la culpa intencional³.

La culpa es la segunda de las formas de culpabilidad⁴; frente a la culpabilidad dolosa, la culpa o negligencia es la forma de culpabilidad más leve, por lo que el reproche jurídico que recae sobre los comportamientos culposos es menor que el de los cometidos con dolo⁵.

Pero hay un concepto más estricto de culpa, al que vamos a referirnos: la culpa en el sentido de negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, es decir, de daños cometidos sin intención, actuando con descuido, desidia, etc.

Según un criterio que ha gozado de gran aceptación, la culpa se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible⁶; en el derecho romano se decía: **hay culpa porque no se previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse** (“culpa esse quoad eum quem diligente, provideri potuerit provisum non fuit”)⁷.

En palabras de DE CUPIS, la culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprochable; es un estado anímico disforme del que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos⁸.

2 GIORGI, Jorge, Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, Ed. Reus, Madrid, 1928, t. 2, pp. 52 y 53, N° 18; ESPÍN CANOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil español, 5ª edic., Madrid, 1978, vol. 3º; CAZEAUX, Néstor P. – TRIGO REPRESAS, Félix, Derecho de las obligaciones, Editora Platense, La Plata, 1994, T. I, p. 320, N° 211.

3 LE TOURNEAU, Philippe – CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Edit. Dalloz, París, 1998, p. 12, N° 30.

4 ALBALADEJO, M., Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Bosch, Barcelona, 2002, p. 932; CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho civil español, común y foral, 12ª edic., Reus, Madrid, 1985, T. IV Derecho de obligaciones, p. 956.

5 PEÑA LÓPEZ, Fernando, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Edit. Comares, Granada, 2002, p. 441; LÓPEZ MESA, Marcelo, Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y penal”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 82; LÓPEZ MESA, Marcelo J, en TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T I, p. 678.

6 En las palabras tan simples como eficaces de un voto cordobés, incurre en culpa aquel que no prevé lo que debió prever (Cám. CC Córdoba 2ª Nom., 27/5/83, “Carrara, Juan c/ Epec”, rev. La Ley Córdoba 983-151 (Voto en disidencia del doctor Martínez Gavier); en similar sentido, CNCom., Sala A, 5/7/91, “Cukan, Mónica M. y otros c/ Nuestra Señora del Rosario S. R. L.”, en rev. La Ley (Arg.) 1992-A- 87).

7 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Edit. Ediar, Bs. As., 1971, t. I, pp. 60/61, N° 22.

8 DE CUPIS, Adriano, El daño, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 185/186.

VON TUHR apunta que la culpa consiste en que el autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarda la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo⁹.

PEÑA LÓPEZ considera que “la calificación como culposa de la conducta de una persona depende esencialmente de que ésta haya realizado o no un comportamiento objetivamente menos diligente que aquél que le exige el Derecho”¹⁰.

Pero, tal vez, quien más cerca estuvo de dar en el clavo en este concepto fue el maestro DIEZ-PICAZO, quien primero aclaró que el concepto de culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil extracontractual resulta extremadamente borroso, poroso y huidizo¹¹. Luego de ello, el maestro de Madrid, dijo que culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o estándar, pero que lo interesante es saber cómo se construye el modelo y cómo se enjuicia la desviación¹².

1.a) Elementos caracterizantes de la culpa.

La culpa, como factor de atribución de responsabilidad, se caracteriza por dos elementos esenciales:

a) ausencia de intención nociva o maléfica;

b) omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prevenir o evitar un daño a otro.

El primero de los elementos, la ausencia de intención maléfica permite distinguir la culpa del dolo, que es una categoría más grave que ella. La omisión de la conducta debida, se configura tanto cuando no se hace lo que debió hacerse, como cuando se ejecutó lo que debió ser motivo de abstención, para impedir un resultado dañoso.

Pero, se halla implícito en el precepto que, además, deben darse otros dos caracteres esenciales:

c) Imputabilidad: la culpa presupone la imputabilidad del agente, esto es, la capacidad para comprender y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se encuentra y desenvuelve; a contrario sensu, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable. Por ende, la actuación de quien no tiene discernimiento no puede ser calificada de culposa, a tenor de lo dispuesto en los arts. 897 y 921 C.C.;

La culpa presupone la imputabilidad, esto es, la capacidad para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se encuentra y desenvuelve; a contrario sensu, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable¹³. La culpa requiere indispensablemente la imputabilidad del autor, al exigir la posibilidad de ponderación de las circunstancias para hacer un juicio de previsibilidad de las consecuencias de la propia actuación¹⁴.

9 VON TUHR, A., Tratado de las Obligaciones, Ed. Reus, Madrid, 1934, T. I, p. 276.

10 PEÑA LÓPEZ, La culpabilidad..., cit, p. 442.

11 DÍEZ-PICAZO, La culpa en la responsabilidad civil extracontractual, en “Estudios de responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 111.

12 DÍEZ-PICAZO, La culpa en la responsabilidad civil extracontractual, en “Estudios de responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana, cit, p. 111.

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – PARELLADA, Carlos, Los factores subjetivos de atribución, en “Responsabilidad civil”, dir. J. MOSSET ITURRASPE, Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 142; en similar sentido, ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 359.

14 KEMELMAJER DE CARLUCCI – PARELLADA, Los factores subjetivos de atribución, en “Responsabilidad civil”, cit, p. 142.

d) Previsibilidad del resultado: Tampoco puede declararse culpable a quien no pudo prever los resultados de su actuación; por este motivo, culpa y previsibilidad del resultado son nociones que van juntas. Complementando la máxima del art. 512, el art. 902 de nuestro Cód. Civil sanciona una preciosa regla de conducta al imponer mayor “previsibilidad” que la ordinaria a aquellos sujetos a quienes la sociedad ha otorgado deberes de seguridad en virtud de las funciones asistenciales que cumplen; esta previsibilidad autoriza a graduar la relación de causalidad, otorgándole un mayor poder causal denominado “super-causal”; cuando se trata de hechos en que hay obligación de emplear conocimientos científicos, el no haber previsto el peligro por falta de conocimientos técnicos, responsabiliza a su autor por las consecuencias que de esto resulten.

La conclusión de lo anteriormente expuesto es que allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad; esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo a las circunstancias del dañador.

Para llenar el requisito de previsibilidad no se requiere que efectivamente se haya previsto el resultado antijurídico, pero sí que ello fuera exigible al autor del daño.

La culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta; es un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo¹⁵.

Allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad¹⁶; esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo a las circunstancias del dañador por lo que, como dice REGLERO CAMPOS, “para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc¹⁷”.

Para llenar el requisito de previsibilidad no se requiere que efectivamente se haya previsto el resultado antijurídico, pero sí que ello fuera exigible al autor del daño¹⁸, es decir, que éste debiera haberlo previsto.

La diferencia entre culpa y dolo radica en que en la imputación culposa se requiere apenas un conocimiento potencial, un conocimiento que se hubiera llegado a poseer si se hubiese actuado con la diligencia debida, mientras que el dolo presupone la actuación a sabiendas del daño que habrá de causarse¹⁹.

15 Cfr. Cám. Apel. Concep. del Uruguay, Sala CC, 15/7/94, “Núñez de González, María E. C/ Empresa Provincial de Energía de Entre Ríos”, rev. *Doctrina Judicial* (Edit. La Ley, Buenos Aires), 1995-1-598.

16 DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 361. En un fallo se indicó que la previsibilidad del hecho constituye un elemento esencial para distinguir el caso fortuito de la culpa: en la culpa pudo ser previsto y evitado -y si no lo es se debe a la negligencia en que incurre el responsable-; en cambio, en el caso fortuito la previsibilidad se halla ausente, o bien el sujeto, aun sospechando la vecindad o producción del acontecimiento, es impotente para detenerlo (cfr. Cám. Nac. Fed CC, Sala III, 11/7/96, “Aseguradores de Cauciones Cia. de Seguros c/ Companhia Transportadora e Comercial Traslor”, en rev. *La Ley* (Arg.) 1997-B- 214).

17 REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 191, N° 61.

18 PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit, p. 499.

19 LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 135.

En la culpa no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto. Para la generalidad de la doctrina la culpa puede presentarse en tres formas distintas; como “negligencia”, por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido, que es el supuesto concretamente contemplado en el artículo 512 del Código Civil: “omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; como “imprudencia”, por haberse hecho lo que no correspondía, en un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias que de ello podían derivarse; o como “impericia”, si se desconoce o conocen mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio, que impongan obrar con previsión y diligencia con ajuste a las reglas y métodos pertinentes²⁰.

En otro plano, cabe consignar que la actuación de quien no tiene discernimiento no puede ser calificada de culposa, a tenor de lo dispuesto en los arts. 897 y 921 C.C.²¹.

La culpa se ubica a mitad del camino entre el dolo y el caso fortuito.

Habiendo visto qué es la culpa, seguidamente analizaremos cómo se ha desarrollado, para luego enfocar su vigencia actual.

2) LA CULPA A LA LUZ DE LA HISTORIA.

Existe consenso hoy día en que la culpabilidad en cuanto elemento y fundamento de la responsabilidad civil es producto de una lenta evolución de los conceptos jurídicos²².

Los pueblos primitivos practicaban una imputación objetiva rigurosa²³, no conociendo el concepto de culpabilidad, sino utilizando un sistema imputativo elemental, fundado sobre la causalidad material.

Existen algunos antecedentes de responsabilidad por culpa en el Código de Hammurabi (arts. 72 y 75 del libro XI), algún antecedente egipcio, griego y en el Código de Manú²⁴.

Pueden también rastrearse antecedentes importantes de la idea de culpa en obras teatrales griegas de Esquilo y Sófocles²⁵.

20 LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 135; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, cit, v. I, pp. 69 y ss., N° 28; LLAMBIAS, Tratado de las obligaciones, cit., v. III, pp. 696 y ss. N° 2275; ALTERINI, Atilio A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, Edit. Abeledo-Perrot, 2ª edic., Bs. As., 1974, pp. 94 y ss., N° 103.

21 Reiteradamente se ha resuelto que no se puede imputar culpa a un menor de diez años porque no tiene discernimiento y no es computable su voluntad jurídica (CNCiv., Sala D, 27/5/97, “Villegas, Luis y otro c/ Elserer, Oscar A.”, en rev. La Ley (Arg.) 1997-E-64; Suprema Corte de Buenos Aires, 27/5/86, “López, María Cristina y otro c/ Doblóres, José Luis y otros”, AyS 1986-I-669; idem, 16/12/86, “Isola, Ruben Horacio y otro c/ Vagnoni, Ricardo Pablo”, AyS 1986-IV-426; idem, 9/4/96, “Barrios, Carlos Ramón c/ Brum, Alberto y otros”, en sist. Informático Juba7 sum. B7790; Cám. 1ª CC La Plata, Sala 2ª, 26/10/89, “Arias, Ricardo Aníbal y otro c/ Salgado, Liliana y otro”, Juba7 sum. B150079; Cám. 1ª CC La Plata, Sala 1ª, 16/11/95, “Girod, Oscar Eduardo y otra c/ Porcel de Peralta, César Luján”, Juba7 sum. B100798).

22 LÓPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 19.

23 ANDORNO, Luis O., El factor subjetivo de imputación, en “Responsabilidad civil. Presupuestos”, dirigido por Carlos G. VALLESPINOS, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, p. 153.

24 BOFFI BOGGERO, Luis María, Tratado de las obligaciones, Bs. As., Ed. Astrea, 1981, T. 2º, p. 101, § 461.

25 SALERNO, Marcelo U., Culpa y sanción, en “Derecho de Daños. Segunda parte, Homenaje a Félix Trigo Represas”, Ed. La Rocca, Bs. As., 1996, p. 281.

Sin embargo, como bien dice PEÑA LÓPEZ, el origen de la culpabilidad, como criterio moral de valoración de un comportamiento, parece estar íntimamente conectado con una nueva visión de la realidad que aparece por primera vez en la Grecia clásica²⁶.

La explicación de este hecho es sencilla: la consideración del hombre como un individuo libre y capaz de decidir su propio destino (principio del libre albedrío) hizo posible por primera vez pensar en un sistema moral en el que cada hombre responda personalmente por no haberse comportado de acuerdo con los principios aceptados. La responsabilidad por culpa constituye, en dicho sistema, el correlato necesario de la exaltación de la libertad personal.

Pero, pese a estos antecedentes, es necesario coincidir con DE CUPIS sobre que a la culpa no se le prestó mayor importancia en las primeras fases del derecho. Se consideraba suficiente para que el daño tuviere reconocida una reacción jurídica, que fuese el resultado de un hecho humano que lesionase el orden jurídico, sin llegar a investigar el estado psicológico del autor del hecho. Era suficiente, valga decir, que el daño pudiera reconducirse materialmente a una persona²⁷.

Andando el tiempo, la Lex Aquilia tuvo una importancia fundamental en la historia de la responsabilidad civil. Recién en la época clásica de Roma, y por vía de una interpretación cada vez más amplia de las disposiciones de la Ley Aquilia, los jurisconsultos habrían ido introduciendo el concepto de la culpa, que luego recibiría el derecho justiniano como parte integrante de la idea más general de la imputabilidad moral²⁸.

En los textos romanos, la injuria²⁹ a que se refería la Lex Aquilia, equivalía al daño causado por la culpa de quien no quería causarlo –igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit-; el ilícito exigía la vulneración de una norma jurídica imperativa protectora de intereses ajenos, así como la culpa del sujeto agente, pensada por los clásicos como la inobservancia de la prudencia exigible³⁰.

Los autores reconocen unánimemente la importancia de esta ley, pero no están de acuerdo sobre si la Ley Aquilia introdujo o no la “culpa” como requisito esencial del derecho a la reparación, ni sobre si edificó un principio general de la punibilidad del acto culposo.

Sandro SCHIPANI afirma que de la interpretación de la Lex Aquilia se extrae el principio según el cual “la culpa es punible” por los daños provocados injustamente al margen de una relación preexistente obligatoria, lo que constituye el principio general de la denominada responsabilidad extracontractual, llamada también, en consideración a su origen aquiliana³¹.

Otros autores, entre los que nos contamos, piensan diferente. Numerosos han sido los doctrinarios que, junto a los hermanos MAZEAUD, consideran que en el dere-

26 PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Comares, Granada, 2002, p. 11.

27 DE CUPIS, Adriano, *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil.*, trad., Angel Martínez Sarrion, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 188.

28 CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Editora Platense, La Plata, 1994, T. IV, p. 487/488, N° 2410; LÓPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 683.

29 La voz injuria o iniuria deriva de non jure factum (FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, prólogo a *Derecho de daños* de José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, p. 11)..

30 FERRANDIZ GABRIEL, prólogo a *Derecho de daños*, cit, p. 11.

31 SCHIPANI, Sandro, *El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, en “La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 22.

cho romano nunca se llegó a formular una teoría general de la responsabilidad civil, y que la “culpa” constituyó siempre un concepto huidizo, cuya necesidad nunca se planteó en forma global, existiendo siempre casos de responsabilidad sin culpa³².

En esta línea MAZEAUD y CHABAS sostienen que “...el derecho romano no pudo llegar a imaginar un principio general de responsabilidad civil. Los textos hacen obligatoria la composición y le fijan el monto para tal o cual daño. Sólo los daños contemplados acarrear la responsabilidad de su autor. Sin duda, los juriconsultos romanos se esforzaron por evitar los inconvenientes de este sistema por una interpretación amplia, del texto más general: la *lex Aquilia*, pero nunca lo lograron completamente”³³.

Completando esta idea, NIEL PUIG afirma que “la *Ley Aquilia* no desarrolló el concepto de culpa, ni sentó los principios para que ésta resultara un factor para establecer la responsabilidad de su autor o graduar la extensión del deber de reparar”³⁴.

Al parecer sostienen también esta idea ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, quienes afirman que el concepto de culpa fue especialmente desarrollado en el tardío Derecho romano³⁵.

Adherimos a esta corriente, pues consideramos que ni antes ni después de la sanción de la *Lex Aquilia*, los romanos contaron con un principio general, equivalente a nuestro art. 1109 C.C. Puede decirse entonces con asidero que para los romanos no existió nunca “la culpa”, sino “las culpas”, esto es, no un principio general de raigambre teórica, sino una multitud de casos concretos y puntuales, donde se evidenciaba que una persona había obrado con negligencia crasa o ignorancia supina y, por ende, debía ser condenado a resarcir el daño que provocara³⁶.

Es más, sobre este punto no puede soslayarse lo apuntado por PEÑA LÓPEZ respecto de la verdadera incidencia de la culpa en la *Lex Aquilia*; dicho autor afirma que el elemento objetivo originario que encerraba el concepto de iniuria no llegó nunca a ser completamente eliminado por la culpa, sino que sobrevivió manteniéndose incluso en la compilación justiniana³⁷.

Desde la *Lex Aquilia* en Roma, cada vez con más fuerza, y hasta inicios del siglo XX la responsabilidad se basó en la culpa. Pero el concepto de culpa nunca llegó a desarrollarse plenamente en los romanos, sino que se trata de una elaboración de la Escuela Clásica del Derecho Natural³⁸.

32 MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, trad. de la 5ª edic. francesa, de Luis Alcalá-Zamora y Casillo, Bs. As., Ejea, 1961, t. I, v. I, p. 44, N° 28; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit. T. I, p. 684; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, 4ª edic., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, pp. 32 y ss., N°s. 20 y ss. y pp. 38 y s., N°s. 41 a 43; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Edit. Depalma, Bs. As., 2001, T. III, p. 73.

33 MAZEAUD, Henri, Jean & Léon - CHABAS, François, Derecho Civil. Obligaciones, trad. por Luis Andorno, Ed. Zavalía, Bs. As., 1997, T. I, p. 472/473.

34 NIEL PUIG, Luis, Culpa- culpa grave, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”, Edic. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, T. II, p. 542.

35 ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J. A., Derecho romano, 17ª edic., Edit. Revista de Derecho Privado. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984, t. II, p. 558, §190.

36 LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de Derecho de las Obligaciones, cit. T. III, p. 73; VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, Curso de Direito Civil. Teoria geral das obrigações, 6ª edic., San Pablo, ed. Revista dos tribunais, p. 276; MOREIRA ALVES, Carlos, Direito romano, Edit. Forense, 3ª edic., Río de Janeiro, 1980, t. 2, p. 281.

37 PEÑA LÓPEZ, F., La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit. p. 15.

38 La escuela clásica del derecho natural fundaba sus desarrollos en la autonomía de la voluntad, el principio de la libre determinación del hombre. Una escuela que rendía culto a la autonomía de la voluntad,

Al terminar la Edad Media había comenzado un proceso creciente de subjetivización de la obligación de reparar el daño, que culminó con la sacralización decimonónica del principio de que “no hay responsabilidad sin culpa”, consagrado en la mayoría de los Códigos civiles de la época³⁹.

La sanción del Código Civil francés de 1804 provocó un cimbronazo en materia de responsabilidad civil, al consagrar legislativamente una serie de fórmulas que en la práctica producían profundas innovaciones a los principios aceptados hasta entonces⁴⁰.

Una de las mayores innovaciones del Code fue la de imponer una obligación de reparación al autor de todo daño: “la ley vela por los ciudadanos; quien sufre un perjuicio encontrará siempre un “reparador” (la palabra pertenece al Tribunal Tarride)⁴¹.

Esta regla de indemnización de todo daño consagró legislativamente un párrafo de DOMAT: Todas las pérdidas y todos los daños, que sobrevengan por el hecho de una persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de algo que debía saber, u otras culpas parecidas, deben ser reparadas por quien ha actuado con culpa⁴².

El Code instauró un sistema de *numero apertus* de los actos y omisiones que eran fuentes de la obligación indemnizatoria, cuando en ellos interviniera cualquier género de negligencia⁴³. No existió en el Code, ni en los códigos clásicos que lo siguieron, un listado o número clauso de supuestos de responsabilidad por culpa, como existía en el derecho antiguo⁴⁴, sino un principio que se moldeaba sobre casos concretos no identificados previamente.

Sin duda la segunda gran innovación de la magna codificación napoleónica la constituyó el fundar –inspirado el legislador francés por DOMAT y los canonistas– la

evidentemente no podía aceptar la imposición de una condena indemnizatoria por un hecho distinto de la actuación voluntaria y deliberada del individuo. Por lo tanto si los racionalistas no podían aceptar que existiera responsabilidad civil cuando no había voluntad o interés de dañar, o por lo menos imprevisión al ocasionar un daño, no podían aceptar que se sancione a alguien si de su parte no había habido culpa. La idea de culpa, como factor de atribución de responsabilidad, termina de desarrollarse orgánicamente entonces con las elaboraciones de la escuela clásica del derecho natural, es decir el derecho natural racionalista. Este proceso culmina con la aparición del libro de Hugo GROCCIO titulado “Derecho de la Guerra y de la Paz, que establece expresamente el principio de que cada uno debe “reparar el daño cometido por su culpa” (Prolegómenos, § 8); la razón de ese criterio radica en la necesidad de moralizar las costumbres: la responsabilidad constituye una sanción a una conducta culpable (Cfr. NICOLAU, Noemí Lidia, Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias, en “La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg”, cit, p. 48)..

39 COLIN, Ambroise & CAPITANT, H., Cours élémentaire de Droit Civil français, Dalloz, Paris, 1915, T. II, p. 355.

40 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 689.

41 LE TOURNEAU - CADIET, Droit de la responsabilité, cit, p. 16, N° 15.

42 Vid. la cita de DOMAT, Loix civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, efectuada por COLIN, Ambroise & CAPITANT, H., Cours élémentaire de Droit Civil français, Dalloz, Paris, 1915, T. II, p. 355.

43 FERRANDIZ GABRIEL, prólogo a Derecho de daños, cit, p. 12.

44 Para advertir la magnitud de la variación sistemática introducida por el Code, cabe recordar con Amelia CASTRESANA que la realización de determinada conducta por parte de un sujeto capaz –“*damnum facere*”–, que coloca a otro en una situación de gasto o pérdida patrimonial –“*damnum dare*”–, pasaba en la Lex Aquilia por la tipificación de ciertos eventos dañosos como acciones materiales de *damnum*... otros eventos dañosos que no sean exactamente éstos, no entran dentro del tipo normativo sancionado por la Lex Aquilia (CASTRESANA HERRERO, Amelia, Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 21). Y si bien es cierto que ese listado clauso se fue extendiendo por vía interpretativa de los pretores, también lo es que las ampliaciones eran concedidas siempre con referencia o como derivación de supuestos listados, lo que implicaba en el fondo mantener el esquema de número clauso o cerrado. Tal esquema se mantuvo en el derecho posterior hasta la sanción del Code, que innovó radicalmente en la materia, al sentar el principio que analizamos aquí.

responsabilidad sobre la culpa⁴⁵; y una tercera, convertir a la culpa en eje de todo el sistema, estableciendo por primera vez en forma expresa y rotunda el principio “no hay responsabilidad sin culpa” (“pás de responsabilité sans faute”). El art. 1382 del Code consagró con caracteres indelebles que “Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa se ha producido, a repararlo”⁴⁶.

Este principio general en materia de responsabilidad civil, aparece como la sanción de la regla moral que prohíbe causar daño a un tercero (*neminem laedere*); es una regla de conducta. RIPERT & BOULANGER afirman que “el legislador se esfuerza en atacar a todos los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden y la moral en la sociedad. Esto nos parece tan natural que no se nos ocurre pensar que se han precisado muchos siglos para llegar a tal concepción”⁴⁷.

La culpabilidad (*faute*) actúa como el elemento nuclear de la responsabilidad, siendo el criterio que permite deslindar los daños que deben ser indemnizados, de aquellos de que debe soportar la víctima. La explicación de esta primacía de la culpa, además de razones históricas, obedeció al hecho de que la ideología revolucionaria encontrará en ella un instrumento inigualable para realizar los fines de la moral individualista y laica que llevaba ínsita la revolución⁴⁸.

Un dato interesante de remarcar es que los redactores del Código Napoleón no consagraron en el articulado ni en una nota o mensaje el concepto de culpa. COLIN & CAPITANT afirman que “ellos creyeron inútil hacerlo, pensando sin duda que la significación de ese vocablo era bien clara. Cuando decimos que un hombre ha actuado con culpa, cada uno comprende lo que se ha dicho. Ello significa que ese hombre no se ha conducido como él habría debido, que él no ha hecho lo que hubiera debido hacer... se reprocha la conducta de aquél que no ha ocupado el lugar de un hombre prudente y diligente”⁴⁹.

En el marco del Código Napoleón la culpa asume así una función bilateral, cual una moneda: de un lado, constituye el eje de todo el sistema de responsabilidad civil: toda culpa genera responsabilidad; de otro, constituye un vallado a pretensiones resarcitorias respecto de hechos inculpables, puesto que sin culpa no hay responsabilidad⁵⁰.

Se ha dicho con acierto que los redactores del Code quisieron atribuir a la culpa el rol de criterio de imputación de la responsabilidad civil de alcance general y que hasta la responsabilidad por el daño producido por las cosas custodiadas y por el hecho de otro encontraba fundamento en un defecto de vigilancia, en una negligencia o en una imprudencia del sujeto responsable⁵¹.

Creemos útil, no obstante referir algunos antecedentes de esta máxima general, de modo de comprender mejor su alcance en la mente del legislador francés. Giovanna

45 LE TOURNEAU - CADIET, *Droit de la responsabilité*, cit, p. 16, N° 15.

46 BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de droit civil*, París, Larose edit, 1895, T. II, p. 950, N° 1349.

47 RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de PLANIOL*, Edit. La Ley, Bs. As., 1965, T. V, pp. 15/16.

48 PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, cit, p. 33.

49 COLIN & CAPITANT, *Cours élémentaires de Droit Civil français*, cit, T. II, p. 366.

50 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T I, p. 691; en similar sentido, RIPERT & BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de PLANIOL*, cit, T. V, p. 14, N° 884. Recuerda VISINTINI que “la responsabilidad, según se lee en los trabajos preparatorios del Code, no puede afectar a quien no se le pueda imputar reproche alguno” (VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. de Aída Kemelmajer de Carlucci y colaboradores, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, T. 1, p. 4, § 1).

51 VISINTINI, G., *Tratado*, cit, T. 1, p. 9, § 2.

VISINTINI, recoge párrafos de DE GREUILLE, quien transcribe los trabajos preparatorios del Code en esta materia, receptando algunas ideas que han influido en los redactores del Código Napoleón:

- 1) Tout individu est garant de son fait: **cada individuo debe responder por sus acciones**⁵²;
- 2) La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui que souffré: **aunque al autor del hecho dañoso sólo se le pueda imputar una ligereza mínima o una simple falta de atención sin la cual el daño no hubiese sido causado, éste debe repararlo**⁵³.

Estos dos principios recorren el articulado del Code, evidenciándose en el espíritu del mismo y en normas concretas.

Pero, sentado ello, cabe preguntarse si el Code abolió o, por el contrario, receptó la elaboración románica de las gradaciones de culpa.

MARCADÉ, MOURLON, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, LAROMBIERE, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, PLANIOL y RIPERT, COLIN y CAPITANT, JOSSERAND, MAZEAUD, MARTY y VISINTINI, consideran que en el Code han sido abolidas todas las graduaciones de la culpa ⁵⁴.

La ley toma como tipo de diligencia la de un buen padre de familia, pero para casos excepcionales da al juez la facultad de adoptar un tipo de padre de familia más o menos diligente, según las situaciones especiales contempladas en reglas establecidas por el código para cierta clase de contratos⁵⁵.

Por nuestra parte pensamos que el Código Civil francés intentó apartarse del sistema romano y buena prueba de ello son las críticas que al mismo dirigió BIGOT DE PRÉAMENEU -uno de sus redactores-, que VÉLEZ reproduce en la nota al artículo 512 del Código Civil argentino; pero también es verdad que no se consiguió independizarlo total y definitivamente de dicho sistema, como lo evidencian los resabios de la clasificación de culpa in abstracto e in concreto, típicamente romanas, que se encuentran en aquel código⁵⁶.

3) EVOLUCIÓN DE LA CULPA: DE LA LEX AQUILIA AL CODE Y HASTA EL PRESENTE.

La culpa romana consistía no en un concepto sino en un catálogo cerrado –clauso- de supuestos de actuación culposa receptados por la Lex Aquilia. Posteriormente, merced a la intervención de juristas de trascendencia como Domat y Pothier, la culpa se

52 VISINTINI, G., Tratado, cit, T. 1, p. 3, § 1.

53 VISINTINI, G., Tratado, cit, T. 1, p. 4, § 1.

54 MOURLON, Répétitions écrites sur le code civil, Edit. Maresq, v. 11, p. 493; DEMOLOMBE, C, Cours, cit., v. XXIV, N° 411, pp. 391, y ss.; PLANIOL y RIPERT, Traité élémentaire, v. II. p. 94, N° 237, y p. 195, N° 216; LAROMBIERE, ob. cit., v. I, pp. 417 y ss.; VISINTINI, G., Tratado, cit, T. 1, p. 10, § 2; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit, Des obligations, v. XI-I, p. 350. n. 2, in fine, y p. 354; PLANIOL y RIPERT, Traité élémentaire, v. 11, p. 94, N° 237 y p. 95, N° 238; COLIN y CAPITANT, Curso, cit., v. III, p. 23; JOSSERAND, Derecho Civil, cit., t. 2, v. I, p. 487, N° 612; MARTY, ob. cit., v. I, p. 199; MAZEAUD - TUNC, Responsabilidad civil, t. 1, v. 11, p. 387 y sigtes., N° 681 y ss.

55 CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, cit. T. I, p. 325, N° 213.

56 CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, cit. T. I, p. 325, N° 213.

constituyó en un concepto general, abstracto e indeterminado en sus alcances, aplicable a todos los supuestos que ontológicamente cupieran en la figura⁵⁷.

Esta abstracción de la culpa que deja atrás un listado de supuestos, para pasar a la indeterminación de un concepto abierto, hace que desde un punto de vista histórico, la noción de culpa se haya afianzado recién en los Códigos del siglo XIX, arquetípicamente el Código francés de 1804⁵⁸.

En el Código Napoleón, la culpa se constituyó por primera vez en eje del sistema de responsabilidad y en fundamento casi excluyente de la obligación resarcitoria⁵⁹.

En los ordenamientos jurídico-civiles de raigambre francesa, durante todo el siglo XIX y comienzos del XX, la culpa se mantuvo en el lugar que el Code la había colocado, siendo el fundamento único y el requisito paradigmático de la responsabilidad civil extracontractual⁶⁰.

LE TOURNEAU y CADIET analizan los méritos de la culpa y las razones que justificaron antes y justifican todavía su vigencia efectiva; entre esos relevantes méritos descolla la razón ética, consistente en que “la responsabilidad subjetiva se funda sobre una visión humanista de la sociedad, hija de una evolución milenaria, donde cada agente, animado por la razón, juez de su libre arbitrio (y de su conciencia), es amo de su destino... Todo miembro de la humanidad entiende actuar libremente, en conciencia, pero acepta responder de las consecuencias de sus actos, para restablecer el equilibrio que ellos han destruido: la verdadera responsabilidad es siempre del orden de la justicia conmutativa. Libertad y responsabilidad son dos conceptos complementarios e indisociables, lo mismo que conciencia y responsabilidad... La responsabilidad supone conciencia y libertad...”⁶¹.

Otro es el fundamento economicista, según el cual la responsabilidad subjetiva, “ligada como ella está a la libertad, facilita el espíritu de iniciativa y empuja a la acción, Al contrario, la teoría del riesgo incita al inmovilismo ¿Por qué? Porque el hombre de acción está siempre amenazado por los riesgos. Quien quiere evitarlos no actúa jamás. Privilegiar la seguridad arruina la libertad de acción. Las consecuencias disvaliosas son evidentes. El inmovilismo y la inercia son económica y socialmente ruinosas. El exceso de prudencia es peor que la imprudencia. Una sociedad sana, desde el punto de vista económico, deja a los individuos actuar libremente, con el mínimo de reglas y de controles (nada más que los indispensables para garantizar el respeto del bien común)...”⁶².

Pero el uso cada vez más intensivo de la máquina de vapor y de medios de locomoción autopropulsados –el tren primero, el automóvil después– que se produjo entre las dos últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, habrían de poner en crisis el reinado del principio, antes absoluto, de que no existe responsabilidad sin culpa⁶³.

Una estupenda jurista francesa escribió sobre el punto que “en el siglo XIX, el eje de la responsabilidad civil era su “sujeto”, el responsable: la institución estaba encerra-

57 LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 128.

58 LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 128.

59 LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 128.

60 PEÑA LÓPEZ, F., La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit., p. 39.

61 LE TOURNEAU, Philippe- CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 1998, p. 7, N° 16.

62 LE TOURNEAU-CADIET, Droit de la responsabilité, cit., p. 8, N° 18.

63 LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 129; LETE DEL RÍO, José M., Derecho de obligaciones, vol. II, Ed. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1998, p. 185.

da dentro de los estrechos límites de una “responsabilidad subjetiva” por la exigencia de una culpa (faute) debidamente probada, impregnada de imputabilidad. A fines de siglo, el fallo Teffaine de 1896, inició una evolución considerable: el sujeto responsable es desplazado por el objeto de la responsabilidad: la reparación de los daños causados a la víctima; esta responsabilidad objetiva no ha dejado de extender su imperio y la objetivación de la responsabilidad civil es hoy una constante en todos los países industrializados⁶⁴.

Los defectos del sistema tradicional, fundado exclusivamente sobre la culpa, quedaron a la luz ante la agravación y multiplicación de los daños producidos por la moderna sociedad industrial y de masas, lo que provocó la consiguiente necesidad de proteger a las víctimas de peligros socialmente aceptados y susceptibles de causar daños a cualquiera en cualquier momento⁶⁵.

No casualmente el primer texto legal que introdujo la objetivación de la responsabilidad civil fue una ley alemana de ferrocarriles, dictada en 1838⁶⁶, lo que demuestra que la evolución técnica iba de la mano de la mayor dañosidad y de la superación del modelo excluyente de responsabilidad por culpa.

Desde la última década del siglo XIX, JOSSERAND y SALEILLES escribieron páginas memorables sobre la inviabilidad de un sistema de responsabilidad anclado excluyentemente en la culpa, logrando captar voluntades e inteligencias en pro del surgimiento y consolidación de un factor de atribución nuevo, que durante el siglo XX iría desplazando a la culpa de algunos de sus territorios: el riesgo creado.

Brillantemente Geneviève VINEY sintetiza esta evolución diciendo que “si bien los redactores del Código Civil (francés) tuvieron ciertamente la voluntad de construir todo el edificio de la responsabilidad civil alrededor de la culpa, los términos que ellos emplearon, especialmente los que figuraban en el art. 1384, permitieron a los tribunales, ayudados por la doctrina, disociar, desde fines del siglo XIX, el “hecho personal” propiamente dicho, que ellos identificaron con el concepto de culpa, del “hecho de la cosa” y el “hecho de otro” a los que ellos confirieron una autonomía de más en más marcada⁶⁷.

La objetivación de la responsabilidad civil ha sido un fenómeno que ha recorrido con diversa intensidad y a diferentes tiempos la generalidad de los países del orbe⁶⁸.

Conforme el desarrollo industrial y tecnológico iba dando paso a la aparición de diversos sectores de la actividad humana caracterizados tanto por la generación de indudables beneficios para la sociedad como por su ínsita peligrosidad, el legislador se vio confrontado con la opción de prohibir tales actividades o rebalancear el peso de su consustancial dañosidad⁶⁹.

La historia de esa adaptación de las reglas tradicionales del derecho de la responsabilidad civil a las nuevas necesidades y circunstancias bien podría decirse que ha coloreado -como ninguna otra temática del derecho privado- la historia del siglo XX y

64 LAMBERT-FAIVRE, Ivonne, La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. de Eliana Núñez, en “Derecho de daños”, de ALTERINI Y LÓPEZ CABANA, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1992, p. XIII.

65 FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, prólogo a Derecho de daños de José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, p. 12.

66 Dato que nos suministrara el querido amigo e insigne jurista Fernando REGLERO CAMPOS en un congreso internacional realizado en Medellín (Colombia) el 8 y 9 de octubre de 2005.

67 VINEY, Geneviève, en *Traité de Droit civil* dirigido por Jacques GHESTIN, T. IV, Les obligations. La responsabilité: conditions, Paris, 1982, p. 526, N° 438.

68 TRIGO REPESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 694.

69 CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J. L., Derecho de daños, cit., p. 22.

no parece que el advenimiento del nuevo siglo vaya a clausurar ese tiempo de cambios, sino todo lo contrario⁷⁰.

Como dice LE TOURNEAU, “la teoría del riesgo ha conquistado un vasto espacio, quedándose con segmentos enteros de la actividad humana que ha detraído del imperio de la responsabilidad subjetiva”⁷¹. Pero también es cierto que “la responsabilidad subjetiva conserva una plaza en el escenario de la responsabilidad civil”⁷².

Para sintetizar la evolución de estos dos factores de atribución: culpa y riesgo, cabe afirmar sin hesitaciones que el siglo XIX fue el siglo de la culpa. Nunca antes -ni después- un factor de atribución de responsabilidad monopolizó como ella el escenario de la responsabilidad civil⁷³.

Es más, el riesgo creado no tuvo un apogeo similar durante el siglo XX. Si bien es cierto que en dicho siglo el riesgo creado fue el factor más destacado, no lo es menos que compartió cartel con la culpa, la cual tiene todavía un doble rol asegurado:

- 1) su rol propio en la atribución de responsabilidad en casos de hechos dañosos personales –arquetípicamente en materia de responsabilidad profesional-, donde no ha sido ni será reemplazada por el riesgo;
- 2) dentro de los sistemas de base objetiva, la culpa –en su expresión como culpa de la víctima- constituye un factor de liberación de responsabilidad del demandado⁷⁴.

Es así que aún, a comienzos del tercer milenio, la culpa sigue siendo el factor de atribución por antonomasia en materia de responsabilidad de los profesionales.

Y, según se aprecia, continuará siéndolo por mucho tiempo, dado que el riesgo no puede incidir decisivamente en ese ámbito, puesto que la aplicación de dicho factor a la responsabilidad de los profesionales solo puede admitirse en supuestos muy acotados, especialmente en materia de responsabilidad médica por el uso de ciertas cosas.

Y, ello, siempre que no se generalice su aplicación, pues de otro modo, todos los actos médicos en que se utilicen cosas riesgosas serían encuadrables en el riesgo, lo que introduciría una inseguridad mayúscula en el ejercicio de esa profesión, desnaturalizaría el sistema de responsabilidad civil y sería profundamente inconveniente y distorsivo.

Además, concretamente yendo a lo que ocurre en el Código Civil español y otros códigos como el argentino, el chileno y el colombiano –Códigos todos del siglo XIX- cabría sintetizar que en ellos continúa siendo la culpa el eje de su sistema de responsabilidad, aún cuando interpretativamente sus tribunales hayan objetivizado la responsabilidad, cambiando de clave la partitura escrita por el legislador.

Se ha dicho en España que el art. 1902 consagra un principio general de responsabilidad por culpa o negligencia; pero la insuficiencia de la culpa como criterio de responsabilidad para hacer frente a las múltiples posibilidades de daño que derivan del actual desarrollo tecnológico, explican la evolución de la jurisprudencia hacia una mayor pro-

70 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 694.

71 LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, París, 2004, p. 14, N° 32.

72 LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, cit., p. 14, N° 33.

73 LÓPEZ MESA, Marcelo J., en LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, cit., p. 131.

74 LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, cit., p. 14, N° 32.

tección de la víctima mediante una interpretación del requisito de la culpa que, en ocasiones, ha llegado a suponer la afirmación de una responsabilidad objetiva⁷⁵.

En esta línea ha enseñado LETE DEL RÍO que “como en nuestro sistema codificado continúa intacta la idea o principio de responsabilidad subjetiva o por culpa (cfr. art. 1.902), existe una segunda manifestación de la responsabilidad objetiva a través de la interpretación y aplicación de las normas; basta observar cómo la jurisprudencia camina hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a que acredite que obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, en cuyo caso la víctima únicamente habrá de demostrar la realidad del daño, o bien se recurre a las presunciones (se presume la existencia de culpa), e incluso se llega a identificar la diligencia con el más exquisito cuidado y previsión de todas y cada una de las circunstancias que concurren o se pueden derivar de nuestra actividad (cfr. sentencias de 16 de febrero y 8 de octubre de 1988, y de 2 de octubre de 1.997), entendiendo que la simple observancia de los reglamentos no basta para exonerar de responsabilidad (cfr. sentencia de 26 de noviembre de 1990)”⁷⁶.

En similar sentido otros autores han indicado que “la responsabilidad ha ido evolucionando, a partir de la exigencia ineludible de culpa; y esta evolución ha pasado por invertir la carga de la prueba, con objeto de dificultar la de la diligencia a efectos de exoneración de responsabilidad; y ha llegado al rechazo de la posibilidad de esta exoneración en base, por un lado, al principio de que si se ha producido el daño es porque se actuó culpablemente, y por otro, al de que debe responder de las consecuencias dañosas de una actividad quien al beneficiarse de ella ha creado el riesgo de que aquéllas se produzcan”⁷⁷.

Se ha agregado que “...la evolución ha desembocado en lo que se denomina responsabilidad objetiva: partiendo de la doctrina del riesgo, y ante la convicción social de que todo el que sufre un perjuicio debe ser resarcido del mismo, se ha llegado a la imposición de responsabilidad independientemente de que concurra, o no, culpa del causante del daño. De todas formas, este tipo de responsabilidad, en nuestro Ordenamiento, es excepcional, y consecuentemente sólo se aplica en los supuestos en que una disposición legal expresamente la haya establecido”⁷⁸.

Con mayor precisión se ha dicho que esta transformación puede ser descripta como de cuasiobjetivización de una responsabilidad que, teóricamente, continúa siendo subjetiva⁷⁹.

Un proceso similar de objetivación interpretativa ha sucedido en Argentina, aunque es dable remarcar que la falta de precisión de algunos jueces que lo aplican ha derivado en ocasiones en situaciones de difícil justificación.

Seguidamente analizaremos con algún detalle, la funcionalidad y actualidad de la culpa en el escenario de la responsabilidad civil.

75 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Edit. Colex, Madrid, 2000, pp. 827/828, § 388.

76 LETE DEL RÍO, José M., Derecho de obligaciones, vol. II, cit, p. 185.

77 MORENO QUESADA, Bernardo - BUSTOS VALDIVIA, Ceferino - TRUJILLO CALZADO, Ma. Inés, Derecho Civil patrimonial. Conceptos y normativa básica, 5ª. edic., Edit. Comares, Granada, 2002, pp. 482/483.

78 MORENO QUESADA, Bernardo - BUSTOS VALDIVIA, Ceferino - TRUJILLO CALZADO, Ma. Inés, Derecho Civil patrimonial. Conceptos y normativa básica, cit, p. 483.

79 Clara ASÚA GONZÁLEZ, en PUIG I FERRIOL, Lluís - GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen – GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Marcial Pons edit., Madrid, 1996, p. 460.

4) FUNCIÓN DE LA CULPA.

La culpa tiene diversas funciones:

- a) **actúa como factor de atribución de responsabilidad**, tanto en el ámbito contractual, como extracontractual -arts. 511, 1109 y 1107 del C. Civ.
- b) **opera como un fuerte componente igualitario en la sociedad civil**, ya que implica un factor de parificación, dado que cuando ella se aplica lo hombres sólo responden por sus actos reprochables, con prescindencia de otros aspectos de sus situaciones personales.

Ha dicho LETE DEL RÍO que el sistema de que no hay responsabilidad sin culpa responde a la ideología liberal-conservadora de la época codificadora, ya que el individuo sólo debe responder de sus actos reprochables⁸⁰.

Y GULLON Y DÍEZ PICAZO han afirmado que “nuestro sistema legal en materia de responsabilidad extracontractual aparece dominado por la idea de culpa del agente productor del daño...nuestro Código Civil sigue fiel a las directrices imperantes en la época de la codificación, que hacían descansar en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad, lo que deriva de la exaltación del principio de la autonomía de la voluntad. Es el obrar de la persona fuente de su responsabilidad, si merece reproche”⁸¹.

En una sociedad que ha hecho de la búsqueda de la igualdad una línea directriz clara, no puede admitirse que aquellos que luchan por la paridad de derechos pretendan evadir la igualdad de obligaciones, echando mano a subterfugios como la apreciación liviana de la culpa de la víctima o convertir al conductor de un automóvil en quien cargue con una obligación de resultado.

- c) **opera como eximente de responsabilidad**, en algunos casos de responsabilidad objetiva. Este segundo rol puede asumir diversas variantes:

- 1) en la responsabilidad objetiva consagrada por el segundo párrafo, segunda parte del art. 1113 C. C., donde el factor de atribución es el riesgo de la cosa. La doctrina del riesgo creado, consagrado, por el art. 1113 del Cód. Civil, determina por la aceptación de la culpa objetiva, la inversión de la carga procesal que pasa a recaer en el autor del hecho; éste para eximirse de responsabilidad deberá demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder⁸².

En los supuestos de responsabilidades objetivas, la culpa de la víctima funciona como una cuña subjetiva dentro del esquema objetivo general. Por caso en el supuesto previsto por el art. 184 del Cód. de Com. argentino, referido a la responsabilidad del porteador por los daños sufridos por el pasajero durante el transporte oneroso, la culpa de la víctima o de un tercero ajeno exonera al transportador de responsabilidad. Pero es dable recordar que la culpa contractual del transportista se presume, pues deriva del mero incumplimiento de la obligación. Si el presunto responsable del hecho pretende exculparse, tendrá que probar que el accidente productor del daño provino de fuerza mayor,

80 LETE DEL RÍO, José M., Derecho de obligaciones, vol. II, cit, p. 184.

81 DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, 9ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2002, vol. II, p. 540.

82 CNCiv., Sala L, 11/3/91, “Pietrafesa, Fernando R. c/ Vitale, José H.”, rev. La Ley (Arg.) 1993-C-452, J. Agrup., caso 9139.

o sucedió por culpa de la víctima o bien de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable⁸³.

- 2) En diversos supuestos previstos por la ley 17418 (arts. 70, 72, 105, 114, 152), la culpa grave del asegurado exime al asegurador de la obligación de cubrir el siniestro; la culpa grave a que alude la ley 17.418 puede ser descripta como aquella imprudencia o negligencia extrema, desorbitada respecto del comportamiento medio habitual del grupo social en el cual tiene lugar y que culmina siendo la causa del siniestro como consecuencia de una intensificación desmesurada de la probabilidad siniestral⁸⁴. Si esa fue la causa del siniestro, el asegurado y no el asegurador deben cargar con las consecuencias del siniestro.

5) LA CULPA EN EL DERECHO ACTUAL.

La culpa ya no es el paradigma excluyente de la responsabilidad, sino que se ha mudado hacia un esquema bipolar donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución⁸⁵.

La responsabilidad civil tenía originariamente una función moralizante y, para la imposición de una condena indemnizatoria, se requería la existencia de culpa por parte de quien cometía el hecho⁸⁶; la base del resarcimiento era un juicio de reproche contra el dañador por haberse comportado en forma negligente, concibiéndose la indemnización como una sanción o castigo a quien así se había conducido⁸⁷.

Dentro de la perspectiva clásica, la noción de responsabilidad civil constituía un corolario del principio de que los hombres, siendo libres, deben responder por sus actos. Por tanto, el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, según esta óptica, residía en la culpa, que puede producirse a partir de un hecho intencional, o por simple imprudencia o negligencia. El paso de la responsabilidad basada en la causalidad material al estadio siguiente, es decir, una responsabilidad basada en la culpa constituyó un enorme avance en la historia del derecho⁸⁸.

Esta concepción de la responsabilidad civil fundada casi exclusivamente en la culpa, que fue la receptada por los Códigos clásicos, estaba destinada a moralizar conductas individuales más que a asegurar la reparación del daño. Pero, en el mundo tecnificado e industrializado hasta el exceso del siglo XX, el desarrollo de nuevas y mejores posibilidades de actuación humana, multiplicó también los riesgos y los daños causados, poniendo fin al dominio exclusivo de la culpa⁸⁹.

83 CNCiv., Sala A, 12/10/95, "B. R. G. C/ Benini, Gastón E. y otro y S. R. M. C/ Benini, Gastón E.", rev. La Ley (Arg.) 1996-D-826.

84 CNCiv., Sala F, 6/5/96, "Ojeda, Pedro C. c/ Telecom S. R. L.", rev. La Ley (Arg.) 1996-C- 797 (38.808-S), voto de la doctora Highton de Nolasco.

85 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 24.

86 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 24; LÓPEZ MESA, Curso de derecho de las obligaciones, cit, T. III, p. 66.

87 REGLERO CAMPOS, F., Tratado de responsabilidad civil, cit, p. 50, N° 11.

88 DE CUPIS, El daño, cit, p. 190.

89 TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves, Droit civil. Les obligations, Dalloz, París, 1996, p. 542, N° 659.

En un párrafo memorable JOSSERAND había advertido este fenómeno a principios de siglo diciendo que “porque la industria se mejora y se transforma, es que los accidentes ocasionados por el hecho de las cosas inanimadas se tornan más numerosos, mucho más terribles y también más oscuros. La injusticia del sistema tradicional de responsabilidad se ve claramente. En la inmensa mayoría de los casos, las víctimas se encontrarán con la imposibilidad de reconstruir la génesis del accidente, de descubrir el por qué y de demostrar la culpa del patrón de la gran industria, del conductor, etc., quienes simplemente se limitarían a aguardar que se pruebe su responsabilidad, permaneciendo a la defensiva”⁹⁰.

Ha expuesto LETE DEL RÍO que “ya a finales del siglo XIX se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad exclusivamente basada en la culpa. Como causas de esta evolución pueden señalarse dos: por un lado, el considerable desarrollo del maquinismo, fenómeno suficientemente conocido, verdadero signo de nuestro tiempo y fuente inagotable de riesgos y siniestros; por otro, la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce. Por ello, en contraposición al sistema de responsabilidad subjetiva, aparece la teoría de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual se estructura la responsabilidad al margen de toda idea de culpabilidad, obligándose a responder al agente por el mero hecho de haber puesto en marcha un riesgo del que es consecuencia el daño (idea de causalidad y equidad)”⁹¹.

Agrega el citado profesor que “esta nueva teoría, que considera que se debe responder con independencia de toda idea de culpa, basándose simplemente en la existencia del riesgo, efectivamente se abre paso con el desarrollo del maquinismo y de la industria, para justificar la obligación que tiene el patrono de indemnizar el accidente de trabajo sufrido por el obrero; es decir, se estima que la persona que pone en marcha una industria y se aprovecha de sus beneficios también debe soportar los riesgos (accidentes de trabajo) que aquella produce, o, dicho de otro modo, se admite como premisa previa que la víctima de accidente de trabajo debe ser indemnizada siempre. Tesis que encuentra su consagración en la legislación de accidentes de trabajo, a la vez que, progresivamente, se va implantando en aquellos otros sectores en los que se emplean medios o instrumentos creadores de riesgos: navegación aérea, uso y circulación de vehículos de motor, energía nuclear, caza, etc.”⁹².

La historia reciente enseña que a veces una nueva conquista del hombre sobre las fuerzas de la naturaleza o sobre sus propias limitaciones ha implicado la causación de enormes daños no previstos originalmente⁹³.

Roberto ANDORNO ha sintetizado el problema, exponiendo que “El portentoso desarrollo tecnológico de estas últimas décadas, especialmente en los ámbitos de la energía, de la producción de alimentos, de la medicina y la genética, está dotado de una enorme ambivalencia. Por un lado, suscita enormes expectativas de mejoramiento de la calidad de vida de las personas. Pero al mismo tiempo genera situaciones de riesgo inéditas, que tienen en algunos casos una dimensión global en cuanto son susceptibles de afectar al medio ambiente planetario o a masas enteras de población. Diversos desastres ecológicos de los que el hombre es responsable (contaminación de las aguas, del aire, amenaza para la capa de ozono), así como una serie de dramas producidos en el ámbi-

90 JOSSERAND, Louis, *Les transports*, Paris, 1910, N^os. 883 a 900.

91 LETE DEL RÍO, José M., *Derecho de obligaciones*, vol. II, cit, pp. 184/185.

92 LETE DEL RÍO, José M., *Derecho de obligaciones*, vol. II, cit, p. 185.

93 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 24.

to de la salud y de la seguridad alimentaria (escapes de radioactividad de centrales nucleares, transfusiones de sangre contaminada con virus de sida, carne bovina portadora del virus de la “vaca loca”) han llamado la atención acerca de la necesidad de adoptar una actitud de mayor prudencia en el uso de las tecnologías⁹⁴. Parece ser que el riesgo que acompaña a la actividad humana, crece con su desarrollo⁹⁵.

En la actualidad, la responsabilidad por daños pretende cumplir una función de garantía resarcitoria, sin indagar la intención o actitud subjetiva del que causó el daño.

Desde comienzos del siglo XIX toda persona es garante de sus hechos lesivos para terceros y también por el hecho de otros sujetos vinculados con ella, los dependientes. Y desde mediados del siglo XX, también por actividades de las que es titular y por las cosas o bienes bajo su control, con independencia incluso de la existencia de culpa en su actuación⁹⁶.

En esta nueva etapa, los factores de atribución que predominan son los factores objetivos: riesgo creado, abuso del derecho, garantía, equidad, etc., al punto que según opina la doctrina, “en la actualidad poco queda de la estructura conceptual clásica de la responsabilidad civil”⁹⁷. Como dijo LASCURAÍN SÁNCHEZ, “somos garantes de la inocuidad de los riesgos que generan nuestras cosas y nuestros comportamientos”⁹⁸.

Pero el advenimiento y consolidación de este nuevo factor de atribución no fue sencillo ni rápido, sino que demandó gran esfuerzo a sus sostenedores y mucho tiempo para imponerse⁹⁹.

Los diversos Estados han ido sancionado leyes especiales, estableciendo algunas responsabilidades de cuño objetivo, que en forma asistemática, en la mayoría de los casos, interactúan con el principio general de la culpa, que siguen manteniendo la mayoría de los códigos de matriz clásica.

Llevando las cosas a un extremo inconveniente, se ha dicho que «toda la historia contemporánea del derecho de la responsabilidad, en el sentido técnico del término, tiende a hacerse lugar la idea de la responsabilidad sin culpa, bajo la presión de conceptos

94 ANDORNO, Roberto, El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica, rev. La Ley (Arg.) 2002-D-1326.

95 ALTERINI le ha puesto números y proyecciones a este fenómeno: “En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial, que trajo como secuelas el maquinismo y el urbanismo, y desembocó en la sociedad postindustrial (Bell) o –con otras denominaciones- superindustrial (Toffler) o neoindustrial (Valaskakis). En ese entorno, las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente: hay basura cósmica compuesta por varios miles de objetos en órbita...; a fines de 1985 existían 375 reactores nucleares en funcionamiento –aparte de 156 en construcción y 116 planificados-, que dieron lugar a varios accidentes... y se calcula que para fines de siglo estos reactores harán necesario eliminar diariamente unos 2.000.000 de litros de desechos radiactivos; circulan gigantescos buques petroleros y otros navíos con propulsión nuclear; es larga la lista de eventos que provocaron importante contaminación..., agréguese los daños provocados por productos elaborados medicinales... y alimenticios como el aceite de colza en España... Pero fuera de estos hechos notables por la magnitud de daños, efectivos o potenciales, derivados de una sola causa, hay contaminación larvada y permanente del agua, del suelo y del aire...” (ALTERINI, Atilio A., Contornos actuales de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1987, pp. 15/16).

96 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 25; LÓPEZ MESA, M., Curso de derecho de las obligaciones, cit, T. III, p. 66.

97 REGLERO CAMPOS, F., Tratado de responsabilidad civil, cit, p. 49, N° 11.

98 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Civitas, Madrid, 2003, p. 15.

99 Tan es ello así, que el Prof. Gilles MARTIN, en un artículo suyo expuso que el camino de la construcción del riesgo creado como fundamento de la responsabilidad ha sido una de las etapas más notables del progreso social (cfr. MARTIN, Gilles J., Précaution et évolution du droit, en Recueil *Dalloz*, t. 1995, sec. *Chronicles*, p. 299).

tales como solidaridad, seguridad y riesgo. Todo ocurre como si la despenalización de la responsabilidad civil debiera también implicar su entera desculpabilización¹⁰⁰.

No compartimos tal postura; en nuestro entendimiento, la culpa debe seguir –y de hecho sigue– siendo el eje del sistema de responsabilidad civil¹⁰¹, pero despojada del tizne moral que algunos le endilgan, convirtiéndose en una culpa ob causante, una culpa objetiva, por así decirlo.

El requisito de la culpa ha impregnado tanto las prácticas sociales y la conciencia jurídica, que es poco menos que imposible poder abandonarlo; la culpa, para el común de la gente, sigue siendo la expresión de un sentido jurídico depurado¹⁰².

Como dijera agudamente Juan José CASIELLO: “el principio de que debe responderse por la propia culpa tiene un valor preeminente dentro de un orden jurídico que se base en la justicia, y no es sino un corolario de la libertad del hombre desde que los individuos son responsables porque son libres para escoger entre el bien y el mal; es decir, para actuar prudentemente respetando el *neminem leadere*, o bien, por el contrario, en forma desaprensivamente dañosa para los demás. Según sea su conducta, será su obligación frente a la comunidad¹⁰³”.

El Prof. Fernando PANTALEÓN adhiere a esta línea, habiendo expuesto que “contra el primado de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual se han escrito muchas simplezas... (pero) cuando el problema de la responsabilidad extracontractual se contempla como un problema interindividual entre dañante y perjudicado, la primacía de la culpa como criterio de imputación subjetiva resulta algo evidente. Lo he escrito antes: indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo. Por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio, y considerando la cuestión como una exclusivamente entre cada dañante y cada dañado, no es razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañante sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa¹⁰⁴”.

Nos parece innegable que el tan declamado proceso de objetivación creciente de la responsabilidad –fenómeno que por nuestra parte ya no vemos avanzar tan decididamente– ha ido de la mano del dictado de una legislación especial cada vez más copiosa¹⁰⁵; pero también es innegable que se ha tratado de un proceso desprolijo, por la falta

100 RICOEUR, Paul, *Le Juste*, Edit. Esprit, París, 1995, pp. 11 y ss.

101 En este sentido se ha pronunciado importante doctrina: SALERNO, Marcelo Urbano, *Culpa y sanción*, rev. La Ley (Arg.) 1993-C-1044; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit. T. IV, p. 502, N° 2412; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso*, cit. T. III, p. 78; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit. v. I, pp. 129 y ss; N° 53 y nota 179; BREBBIA, Roberto H., *Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino*, rev. La Ley (Arg.) 1990-B-1074; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de obligaciones*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 599; CASIELLO, Juan J., *Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor*, rev. La Ley (Arg.) 1990-C-509.

102 DE CUPIS, El daño, cit. p. 190.

103 CASIELLO, Juan J., *Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor*, revista La Ley (Arg.) 1990-C-509.

104 PANTALEÓN, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en “La responsabilidad en el derecho”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 4 (2000), p. 175.

105 Sobre los alcances y consecuencias de este proceso, cfr. TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ª. ed., París, 1989, p. 100; FERRI, G. B., *Dalla responsabilità alla riparazione*, en “Saggi di diritto civile”, Rimini, 1983, p. 471; RODOTÁ, S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, en “Rivista critica di diritto privato”, Roma, 1984, p. 595; ALPA y BESSONE, *I fatti illeciti*, en “Trattato di diritto privato” dirigido por Pietro Rescigno, 2ª. ed., Turín, 1995, p. 26.

de principios rectores consolidados e incierto en sus alcances, por la difícil interacción de las normas especiales con los principios generales de los Códigos Civiles clásicos.

La objetivación ha avanzado a golpes de legislación o por interpretaciones “creativas” de la jurisprudencia, que en algunos casos más propiamente cabría llamar “deformantes”¹⁰⁶. Y decimos deformantes, porque nos parece obvio, que el establecimiento de supuestos de responsabilidad objetiva constituye competencia exclusiva del legislador, no pudiendo crearse válidamente supuestos tales por interpretaciones creativas¹⁰⁷.

Aún soslayando todo ello, es un hecho comprobado que tampoco se ha impuesto como norma general la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa.

No yerra MIR PUIGPELAT cuando afirma que “La culpa sigue siendo, en casi todos los sistemas de responsabilidad civil, el criterio de imputación básico, la regla (general, sólo exceptuada en determinados ámbitos sometidos -por Ley especial, normalmente- a responsabilidad objetiva, y es que resulta indudable que en los últimos años se asiste a un verdadero resurgimiento de la responsabilidad por culpa”¹⁰⁸.

106 En países tan distintos como Brasil y España, la jurisprudencia, en algunos casos ha pasado, de afirmar una filiación subjetiva de un determinado régimen de responsabilidad, a sostener su matriz severamente objetiva, sin que cambie una sola coma de los textos legales aplicables (cfr. VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, Curso de Direito Civil. Teoria geral das obrigações, cit, p. 281; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate, en “Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana”, Dykinson, Madrid, 2001, p. 231).

Hemos encontrado un párrafo de antología en una sentencia del Tribunal Supremo de España, donde dicho Tribunal reconoce expresamente una práctica de la jurisprudencia española, afirmando que “No puede negarse la nueva tendencia de la responsabilidad civil consistente en orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales, basados en la doctrina de la culpa, por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos. Por ahora, basta señalar que, atendidos los términos del artículo 1902 del Código Civil y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil. (Al menos, en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios). Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en las sentencias, denuncian una evidente tendencia tuitiva en favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa, pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la diligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llegamos a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado, de hecho, una vigorosa conmoción. Así lo explica y afirma como resumen la más reciente doctrina interpretativa del artículo 1902 C.C.” (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 6/6/02, sent. Nº 587/2002, ponente: Sr. Auger Liñan, en sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/22265; en similar sentido, idem, 13/2/03, sent. Nº 120/2003, ponente: Sr. O’Callaghan Muñoz, en sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2003/2047).

107 Como bien dice TRUDEL, “la Codificación significa una forma de expresión de la ley. Es la voz legislativa en directo, en oposición a la voz de los jueces, que pueden forzar la interpretación de la norma. En el mundo civilizado de hoy los principios fundamentales del derecho civil son idénticos en todos los países. Las divergencias aparecen solamente en materia de detalles, en cuestiones técnicas secundarias o en regulaciones judiciales, sin mayor importancia en sí mismas” (TRUDEL, Gérard, The usefulness of codification: a comparative study of quasi-contract, en “Tulane Law Review”, vol. XXIX, Nº 2, p. 311).

La interpretación deformante, rompe este esquema simétrico y hace prevalecer el detalle, el casuismo, por sobre la regla, el principio. La interpretación “creativa”, torna insegura la solución de los casos, que debe ser previsible. Y es dable aclarar que una cosa es interpretar creativamente para conceder derechos, lo que puede ser aceptable, a mérito del principio de libertad, y otra muy distinta es crear extensivamente obligaciones, lo que es inaceptable, al regir en la materia el principio de restricción.

108 En este sentido, MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 164; PENA LÓPEZ, José M., prólogo a la obra de Fernando PEÑA LÓPEZ, titulada La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Edit. Comares, Granada, 2002, p. XXVII.

Este resurgimiento de la culpa que comenzó a hacerse sentir fuertemente en los primeros años de la década de 1990 en Europa y Estados Unidos y continúa evidenciándose, fue fomentado y potenciado por autores de nota que dedicaron años de esfuerzos a modernizar la teoría de la culpa y a desvincularla del aura moralizante y regresiva que la había caracterizado con anterioridad¹⁰⁹.

Para comprender el fenómeno de mejor manera, nada como leer entero un párrafo del maestro PENA LÓPEZ: “Remedando las imágenes parabólicas, utilizadas por Busnelli; en orden a la responsabilidad civil; también podríamos hablar, con relación a la culpa, de una trayectoria parabólica; que, sin embargo, coincide con la trazada por la responsabilidad civil, nada más que hasta el momento de la primera revolución industrial; a partir de la cual se separa, de la que sigue ésta, porque mientras la de la responsabilidad civil prosigue ascendiendo, pero, ahora, impulsada por la responsabilidad objetiva, la culpa inicia, en este mismo momento, su descenso, que la llega a situar, en el panorama doctrinal y jurisprudencial, en una posición marginal. Aunque, hoy, parece comenzar a remontar el vuelo hacia un puesto, si no correspondiente al cenital que tenía durante el siglo XIX, cuando imperaba el principio «ninguna responsabilidad sin culpa», sí al preeminente que derivaría de constituir, dentro de los diversos criterios de imputación, el que operase como cierre del sistema, en el ámbito de la responsabilidad civil, constituyendo, por ello, lo que Busnelli ha denominado la «regolina finale» de ésta”¹¹⁰.

Suscribimos cada palabra de esa agudísima sentencia del maestro PENA LÓPEZ y creemos que culpa, riesgo creado y garantía comparten el escenario actual de la responsabilidad civil y así seguirá siendo en el futuro inmediato, dado que la vaticinada desaparición de la culpa, ni se ha producido ni se producirá en los próximos lustros.

En cuanto a argentino, debe quedar perfectamente claro, que como dijera DE LORENZO, “...una interpretación adecuada de las reglas de nuestro Código Civil conducen a aceptar que nuestro sistema resarcitorio, en el terreno aquiliano, está caracterizado por una cláusula general de responsabilidad cuyo eje es el artículo 1109 Código Civil”¹¹¹.

A tenor de la legislación vigente, en Argentina, no existe margen normativo para desplazar a la culpa como eje del sistema de responsabilidad civil, por más que interpretativamente algunos tribunales hayan ampliado desmesuradamente el ámbito de la responsabilidad objetiva, especialmente, extendiendo el ámbito de aplicación del art. 1113 C.C.

Nos parece útil recurrir, a modo de cierre de este repaso histórico, a una parábola de BUSNELLI sobre la evolución de la responsabilidad civil; el genial autor italiano dijo que esta evolución, puede graficarse como un curso de agua, que alimentado por un antiguo manantial, atraviesa un amplio territorio, condicionando su rendimiento económico. Con el paso de una economía agrícola de subsistencia a un desarrollo industrial, cada vez más intenso, aquélla corriente de agua se muestra tan insuficiente que los expertos ingenian obras, de todo tipo, para utilizar y distribuir mejor la escasa agua disponible. Pero de improviso aquel curso de agua se agranda, por efecto de la confluencia de una serie

109 Puede citarse en ese rol, arquetípicamente, a autores como PENA LÓPEZ y BUSNELLI (cfr. PENA LÓPEZ, prólogo cit, pp. XIX/XL; BUSNELLI, Francesco D., Nuove frontiere della responsabilità civile, en revista “Jus”, Año 1, N° 1, Roma, 1976; ídem, La parabola della responsabilità civile, en Riv. Trim. Dir. Civ., 1988, pp. 243 y ss).

110 PENA LÓPEZ, José M., prólogo cit, p. XXVII.

111 DE LORENZO, Miguel F., Responsabilidad civil de las firmas de auditoría frente a terceros inversores (En torno al economic loss), en revista “Enfoques”, t. 2000, p. 877.

de arroyos de aguas enlodadas, provenientes de nuevas fuentes y, ahora, los expertos deben realizar obras de contención de éstas, para evitar aluviones y riadas¹¹².

Creemos que, luego de décadas en que jueces y juristas construyeran artificios para ampliar la responsabilidad civil, ha llegado el momento de construir defensas para evitar su desborde; de otro modo nos quedaría solo el triste consuelo de contribuir a la elaboración y engrandecimiento de un derecho de daños, de apariencia majestuosa, pero carente de real solvencia y posibilidad para afrontar la mayoría de los daños cuya reparación sería declamativa y no verdadera.

6) LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS FONDOS COMPENSATORIOS EN LA ACTUALIDAD.

La aparición de ese fenómeno novedoso que fueron los fondos compensatorios, hizo que algunos autores vaticinaran el definitivo ocaso de la responsabilidad civil o su cuasi desaparición, a manos de estas nuevas herramientas.

La evolución posterior demostró el error de cálculo –y hasta de concepto– de los agoreros del fin de la responsabilidad civil¹¹³; es más, a la vista de la evolución de los fondos a partir de la década del 80, algunos autores que presagiaron el ocaso de la responsabilidad civil se vieron obligados a rectificar tales predicciones tremendistas¹¹⁴.

Es más, tan desacertadas han sido sus profecías, que inclusive en nuestros días se evidencia un relanzamiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad en terrenos que antes eran cubiertos paradigmáticamente por la responsabilidad objetiva¹¹⁵; es más, el proyecto de unificación de 1998, también asigna a la culpa el rol de regla final de la responsabilidad, al establecer en su art. 1602, segundo párrafo que “a falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa”¹¹⁶.

112 BUSNELLI, F. D., La parabola della responsabilità civile, en Riv. Trim. Dir. Civ, 1988, pp 243; en igual sentido, PENA LÓPEZ, prólogo cit, p. XIX y DIEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Civitas, Madrid, 2000, p. 242.

113 Nos parece obvio que esta crisis de la responsabilidad no significa su muerte o su desaparición como han postulado algunos agregos. Coincidimos con SICA sobre que “Los profetas de la desgracia han sido dementidos: la responsabilidad civil está viva, pero atraviesa un periodo conflictivo” (SICA, Salvatore, La responsabilidad - Las responsabilidades: sobre el tema del sistema y las funciones de la Regla Aquiliana, LL 15/11/2002, p. 17).

114 En este sentido, ALPA - BESSONE, La responsabilità civile. Rischio d'impresa. Assicurazione. Analisi economica del diritto, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1980, T. II, pp. 312-313, donde rectifican expresamente lo sostenido en la primera edición de dicha obra.

115 La regla de la responsabilidad objetiva por defectos de producto surgió en los Estados Unidos de América en 1944 [en la conocida sentencia del caso “Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno”, se generalizó allí en la década de los años sesenta -a través del Restatement of Torts de 1965 (Second), sección 402 A; esta orientación fue receptada en Europa una generación más tarde, a partir de los trabajos preparatorios de la Directiva Comunitaria de 1985 y las regulaciones de los Estados miembros que la han ido implementando. En los últimos tiempos, este ámbito que se afirmaba como definitivamente incorporado al dominio de la responsabilidad objetiva ha dejado de pertenecerle, porque el nuevo Restatement of Torts (Third) estadounidense, dedicado al “Products Liability” y dictado en 1997, dejó de lado la regla de la responsabilidad objetiva, reservando a ésta para los casos de defectos de fabricación, pero estableciendo que la responsabilidad por culpa vuelve a ser el régimen propio de los defectos de diseño y la falta de instrucciones o advertencias suficientes (SALVADOR CODERCH, Pablo – SOLÉ FELIÚ, Santiago, Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 81 y ss y en el prólogo de SALVADOR CODERCH a esa obra, pp. 8/10).

116 Coincidimos con el maestro PENA LÓPEZ en que el principio de la culpa debe estar dotado de un ámbito operativo indefinido o universal, con vocación de aplicarse a cualquier supuesto, salvo disposición

Bien puede afirmarse que, aun en un marco estructurado sobre la base de la seguridad social, al margen de la transformación conceptual que ello pueda significar, de todas maneras, “la responsabilidad civil y otras vías del derecho privado fundantes de la función resarcitoria, seguirán operando como regla general aplicable en el ámbito de la reacción jurídica frente a la dañosidad”¹¹⁷, por cuanto en los hechos, como lo recuerda TUNC, “lo más corriente es que ambas coexistan tanto en los países socialistas como en los otros. Ello es necesario. El principal problema del derecho de la responsabilidad civil en la hora actual es precisamente de delimitación de los campos respectivos y relaciones legítimas de responsabilidad por culpa y de los medios colectivos de indemnización”¹¹⁸, ya que todavía un vasto sector de la realidad no sólo requiere que sobreviva la concepción clásica de la responsabilidad por culpa, sino que incluso le impone vivificarse, aunque en otros ámbitos deba prevalecer la seguridad social o la aseguración¹¹⁹.

Lo que sucede en definitiva es que es impensable, en términos absolutos, un sistema de responsabilidad sin culpa. El derecho tiene por fin regular la vida del hombre en su coexistencia con la sociedad, y es obvio que se refiere única y exclusivamente al ser humano.

Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva ocupan parcelas distintas del firmamento de la responsabilidad y deben necesariamente complementarse, dada la inviabilidad e inidoneidad de cada una de ellas para afrontar por separado el fenómeno de la dañosidad creciente de nuestro tiempo.

Y siendo ello así, va de suyo que la conducta humana no puede ser juzgada desatendiendo o subestimando a lo más valioso del individuo en sí, que es su conciencia. De ahí la importancia fundamental de la culpa, que como factor de atribución de la responsabilidad tiene un indiscutible sentido moral, pues como muy bien lo decía LLAMBÍAS, “hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento, lo que justifica la imposición de una sanción al responsable”¹²⁰.

O sea, en suma, que la conducta humana ha de ser juzgada según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético, todo lo cual contribuye a organizar y a mantener un orden social impregnado de justicia. De lo contrario, como lo señalara LLAMBÍAS, el derecho se convertiría precisamente en lo que no debe ser, y afortunadamente no es: una mera física de las acciones humanas¹²¹.

Ello implica un reverdecer de la responsabilidad civil y de la culpa, como punta de lanza de ella, que lejos de sucumbir se muestra todavía idónea para cumplir su papel, no ya en soledad, pero si en un lugar destacado¹²².

contraria, agregando PENA LÓPEZ en un párrafo de antología: “Expansividad del principio, que no es incompatible con la posible naturaleza de Derecho normal de los supuestos que estén animados por otros principios, como tales susceptibles de interpretación extensiva y analógica, aunque carezcan de la fuerza expansiva del principio de la culpa, que por esta expansividad opera como supletorio y complementario en todo el campo de la responsabilidad civil, como norma de cierre de todo el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, que por eso es denominada, por Busnelli, como “regla finale”, y por eso Le Tourneau la juzga como “d’application universelle” (PENA LÓPEZ, José M., prólogo, cit, p. XXXIX)..

117 STIGLITZ, Gabriel, Daños y perjuicios, op.cit., pp. 75 y 77, N° 3, letras c y e.

118 TUNC, André, La responsabilité civile, 2ª ed., París, 1989, p. 108, N° 138.

119 TUNC, André, Les problèmes contemporaines de la responsabilité civile delictuelle, en « Revue internationale de droit comparé », París, 1967, p. 757.

120 LLAMBÍAS, Jorge, Tratado...Obligaciones, cit., t. III, p. 523, N° 2147.

121 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, El derecho no es una física de las acciones humanas, en rev. La Ley (Arg.) t. 107, pp. 1015/1022; TRIGO REPRESAS, Félix, Lineamientos actuales de la responsabilidad civil, cit, pp. 69/70.

122 PENA LÓPEZ, José M., prólogo, cit, p. XXXIX.

Contrariamente a lo vaticinado por los futurólogos jurídicos, la responsabilidad civil da en nuestros días muestras de gran vitalidad –aún cuando alguna de estas muestras son frutos amargos -como la enorme litigiosidad que la dañosidad creciente suscita en todos los países-; la gran dedicación que sigue otorgando a ella la doctrina especializada es otra de las evidencias de su vigencia.

Es decir que el cataclismo de la responsabilidad civil que se profetizó nunca se produjo; sin embargo, el cimbronazo se ha sentido y en nuestros días la responsabilidad civil no ocupa ya en soledad el escenario de la reparación del daño, sino que lo comparte con otros y tiene que justificar su existencia, acreditando que constituye un mecanismo adecuado de reparación en relación con esos sistemas¹²³.

7) LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LOS DIVERSOS SISTEMAS DE REPARACIÓN.

En la actualidad se constata la convivencia de la responsabilidad civil con dichos sistemas alternativos públicos de compensación de daños y la consolidación y confirmación del seguro de responsabilidad civil como instrumento en cierta forma ecléctico que protege, al mismo tiempo, los intereses de las víctimas y de quienes irrogan daños¹²⁴.

La práctica ha demostrado que la responsabilidad civil y los sistemas públicos de asistencia no son incompatibles, sino necesariamente complementarios.

Pero, para que esa complementariedad sea efectiva y del conjunto de mecanismos de reparación se obtenga un sistema global que pueda acercarse al estado ideal, representado por una justa reparación a través de una razonable utilización de recursos, es necesario un examen profundo y global que permita determinar en cada caso qué debe entenderse por «reparación justa» y cómo se distribuye su costo, entre los diferentes patrimonios implicados (dañado, dañante, asegurador, Seguridad Social, Estado, etc).

La coordinación entre los diferentes mecanismos reparatorios desempeña, en este punto, un papel de primer orden.

Un ejemplo convence de la importancia del problema de la coordinación de sistemas reparatorios, justamente al demostrar los caóticos resultados de la falta de coordinación o anarquía actual; analicemos un caso de todos los días: un pasajero sufre lesiones de gravedad y muere luego, como consecuencia de un accidente del ómnibus que lo transportaba a su lugar de trabajo. El fallecido deja viuda e hijos; la viuda percibe al cabo de un par de años de tramitaciones una pensión que representa aproximadamente el 40% de los ingresos de la víctima; ésta además había contratado un seguro de vida por el que los beneficiarios (su cónyuge e hijos) reciben un capital en efectivo que representa los ingresos brutos del asegurado durante varios años de salario. Además de ello y sin siquiera manifestar en juicio el seguro percibido, cónyuge e hijos inician juicio contra la empresa de ómnibus y su seguro, reclamando una jugosa indemnización que obtienen en buena parte, la que les es pagada en efectivo, al contado y de una sola vez. Para complicar un poco más el ejemplo, puede afirmarse además, que el muerto tenía obra social, la que pagó prácticamente todos sus gastos de internación y hasta su sepelio, lo que nadie se molestó ni en declarar en juicio, ni en constatar, no teniéndose directamente en cuenta ese extremo al fijarse el resarcimiento¹²⁵. En un caso como el del

123 REGLERO CAMPOS, F., Tratado de responsabilidad civil, cit, p. 47, N° 5.

124 MIR PUIGPELAT, O., La responsabilidad patrimonial de la Administración, cit, p. 161.

125 El resultado hubiera sido el mismo, dada la tendencia de nuestra jurisprudencia de no tomar en cuenta la cobertura de una obra social del damnificado, criterio que no compartimos y ni siquiera entendemos.

ejemplo uno una parte del pago del demandado no debe ser denominada indemnización sino enriquecimiento sin causa.

Es así que en este sistema nuestro de abordar el daño, que con buena disposición pudiera llamarse de “indemnización espontánea”, porque unos cobran en exceso y otros no cobran nada, de lo que depende de factores aleatorios, como la habilidad de los abogados de cada parte, el momento en que se inicia la demanda, si la aseguradora se ha concursado o no, y hasta el desempeño de los abogados de la aseguradora o cuestiones simplemente fortuitas, como un recurso que no fue presentado en tiempo, etc.

8) APRECIACIÓN Y BALANCE DE LA INCIDENCIA DE LOS DIVERSOS FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDAD.

La violenta irrupción del factor *riesgo creado* en el escenario de la responsabilidad, tuvo como importante consecuencia, que hace más de un siglo que la doctrina se interroga -y se divide- acerca del rol del fundamento culpabilístico en el actual derecho de la responsabilidad civil¹²⁶.

La aparición y abrupto desenvolvimiento del riesgo creado como factor de atribución, dejó descolocada a la doctrina francesa que tardó algún tiempo en recomponerse. Pero prestigiosos autores, encabezados por PLANIOL, reaccionaron frente a él, haciendo un gran esfuerzo para rehabilitar a nivel doctrinal la culpa como criterio de imputación de responsabilidad¹²⁷.

Una de las críticas más serias que se hizo al riesgo creado como factor de atribución se basó en que el sistema de responsabilidad sin culpa condena al hombre a la más absoluta inercia, pues si cada persona sabe que las consecuencias dañosas de sus acciones van a repercutir sobre su patrimonio cualquiera que sea la actitud subjetiva con que la realice, esa persona se mantendrá en la inmovilidad, con las graves consecuencias que ello tiene para la economía del país¹²⁸.

PLANIOL expuso asimismo que las soluciones que se buscaba obtener con la teoría del riesgo creado podían perfectamente lograrse con un alargamiento del concepto de culpa; por ello, según su opinión, una concepción suficientemente amplia de la culpa permitiría solucionar las injusticias que habían enunciado los partidarios de la teoría del riesgo sin necesidad de sustituir ninguno de los presupuestos del sistema clásico de responsabilidad civil¹²⁹.

En esta línea, según nuestro modo de ver, equivocada en un caso de ribetes diferentes al de nuestro ejemplo, pero de gran claridad, se juzgó en un caso argentino que la circunstancia de contar con una obra social no es razón suficiente para no fijar indemnización por el gasto de tratamiento psiquiátrico, considerando que el interesado no está obligado al uso de tales servicios, que brindan una limitada gama de posibilidades de elección y que la cobertura no suele ser total para este caso de prestaciones (CNCiv., Sala B, 9/9/97, “A., C. S. c/ Cardozo, Ramón D. y M. de M., D. I. c. Cardozo, Ramón D.”, rev. La Ley (Arg.) 1997-F- 675; en similar sentido, CNCCom., Sala E, 29/9/99, “P. de N., B. N. c/ O.S.D.I.C. y otro”, rev. La Ley (Arg.) 2000-B-471).

126 Sobre ese tema, entre otros numerosos trabajos pueden leerse con provecho las siguientes obras: STARCK, Boris, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, en *Revue Trimm. de Droit Civ.*, t. 1958, p. 475; BACH, L., *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, *Rev. Trimm. de Droit Civil*, t. 1976, p. 17; DE NAUROIS, L., *L'obligation de réparer le dommage causé injustement (responsabilité délictuelle du fait personnel)*. *Essai de confrontation des théories juridique et morale*, en «*Mélanges offerts a Jean Brette de la Gressaye*», Bordeaux, 1967, Bières Edit., p. 546.

127 PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, cit, p. 50.

128 COLIN & CAPITANT, *Cours de Droit civil français*, cit, T. II, pp. 356/361.

129 PLANIOL, Marcel, *Fondement de la responsabilité*, *Revue critique*, París, mayo de 1905, p. 277 y ss.

Es más, hubo autores que primero adoptaron tibiamente al riesgo y años después mudaron de posición, volviendo a criterios clásicos. El más lúcido de ellos fue RIPERT. Este genial autor sostuvo que el objetivo de la teoría del riesgo fue la creación de una serie de medios técnicos para favorecer a las partes afectadas por la inadaptación del régimen clásico de responsabilidad civil fundado sobre la idea de culpa. Pero afirma este autor que “a fuerza de proponer y de establecer tales construcciones técnicas, se ha terminado por olvidar su verdadero carácter. Se trataba de medios, se han tomado como principios y se ha comenzado a decir que podía existir una responsabilidad sin culpa”¹³⁰.

Pero ¿qué ha quedado de todo este debate en nuestros días?

Luego de lo visto acerca de la culpa y el riesgo creado, la pregunta del millón, en esta materia, es ¿subsiste la culpa en nuestros días como fundamento de la indemnización por acto ilícito? En su caso ¿cuál es el valor actual de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil? ¿se trata de la excepción o de la regla?

Los adeptos de un declamado modernismo presentan a la culpa como el símbolo de una sociedad arcaica, resaltando sus pretendidos defectos y especulando sobre su fin, un fin anunciado¹³¹, pero todavía remiso¹³².

Como bien dice BIANCA, “en los últimos decenios, el principio de la culpa ha sido objeto de una continua y sistemática controversia en la doctrina italiana, y también en las doctrinas europea y americana. Esta controversia se expresa en un amplio movimiento de objetivación de la responsabilidad contractual y extracontractual, que ha proclamado el ocaso del principio de la culpa o, cuando menos, su reducción a un rol de marginal importancia”¹³³.

Por el contrario, algunos cultores de una tradición liberal, heredera de la Revolución Francesa, se recuestan todavía sobre la culpa, preguntándose si es cierta su declinación, a la luz de sus reminiscencias¹³⁴.

Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ demuestra acabadamente, desarrollando un inicial aporte de RODOTÁ, cómo la desaparición de la culpa constituye una aspiración y un prejuicio, más que una realidad; el argumento de este autor es impecable y se basa en que, aún la más crítica de las posiciones hacia la culpa, no puede soslayar que dicho factor atributivo conserva genuina importancia en diversos ámbitos: 1) la culpa de la víctima normalmente hace que ésta no pueda reclamar indemnización por el daño y 2) la culpa es el principio rector de atribución de responsabilidad a los profesionales¹³⁵.

130 RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed. París, Lib. Générale de Droit et de jurisprudence, 1935, p. 207.

131 Vid. los muy interesantes artículos de autores varios publicados en un número especial de la revista “Droits” titulado “La fin de la faute ?” (revista número 5 del año 1987); vid asimismo el artículo de M. DERNIÈREMENT y T. CALAIS-AULOY, titulado *La libération du droit de la responsabilité par l’abandon de la notion de faute*, en *Recueil Dalloz*, tomo 1998, pp. 14 y ss.

132 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 49.

133 BIANCA, Cesare Massimo, *Supervivencia de la teoría de la culpa*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Alberto BUERES – Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, directores, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 137.

134 LE TOURNEAU, Philippe, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, en *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, t. 1988, p. 505; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 50.

135 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp 30/44.

También la doctrina alemana que cita SANTOS BRIZ, el propio maestro español, y alguna doctrina italiana de nota consideran que los supuestos de responsabilidad objetiva son excepcionales, frente al principio de la responsabilidad por culpa¹³⁶.

Más aún, algunos autores como nosotros, PENA LÓPEZ, BUSNELLI y ALTERINI asignan a la culpa el rol de norma de clausura del sistema¹³⁷; el razonamiento es agudo y convincente: si el ordenamiento aplicable al caso no prevé qué factor de atribución se aplica, resulta aplicable la culpa; si el sistema prevé algún factor de aplicación, ese será el aplicable, pero cuando no prevé ninguno, el piso de la responsabilidad es el factor culpa¹³⁸.

Por nuestra parte creemos que la culpa sigue siendo el principio general y la doctrina del riesgo constituye sólo una excepción; muy importante, numérica y cualitativamente, pero una excepción al fin¹³⁹.

En esta línea, es dable recordar dos agudas frases de Atilio ALTERINI: “no debe pensarse que en la Argentina, la culpabilidad se ha convertido en pieza de museo”¹⁴⁰ y “ocuparse de ella (*la culpa*) no puede ser considerada tarea de historiador porque, por ahora, en amplios sectores de la responsabilidad contractual, y en otros de la extra-contractual, conserva actualidad como una regla del sistema *Asimismo*, ... las ideas nutrientes de la teoría general de la culpa siguen teniendo relevancia...”¹⁴¹. Compartimos plenamente ambos párrafos.

Por ello, nos parece de interés repasar un agudo concepto del Tribunal Supremo de España: “en cualquier clase de responsabilidad, llámese subjetiva u objetiva, en su caso extremo (la del riesgo que comparte signos de ambas y no ha de descolgarse, en todo caso, de la existencia de un adarme culpabilístico al menos en cuanto que la conducta del luego responsable, haya sido la productora de la actividad en cuyo seno o por su acaecimiento se produjo luego el ilícito del daño) es indispensable el elemento de causalidad o sea, la acción u omisión -con culpa o atenuada- como se expresa debe ser siempre la causa del daño producido”¹⁴². Es decir que aún dentro de la órbita del riesgo creado, la culpa introduce una cuña, que no puede desconocerse.

Digna de recuerdo es una aguda aseveración del maestro BUSTAMANTE ALSINA: “La culpa es el factor imputativo que ha dominado de modo casi exclusivo el sis-

136 SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1993, T. I, pp. 327, nota 316; BIANCA, Cesare Massimo, *Supervivencia de la teoría de la culpa*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pp. 137/142.

137 PENA LÓPEZ, José M., prólogo a la obra de Fernando PEÑA LÓPEZ; titulada *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Comares, Granada, 2002, p. XXVII; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 50; BUSNELLI, F. D., *La parábola della responsabilità civile*, cit, p. 248 y ss; ALTERINI, Atilio A., *Los factores objetivos de la responsabilidad civil*, en “Responsabilidad civil. Presupuestos”, cit, p. 122.

138 ALTERINI, Atilio A., *Los factores objetivos de la responsabilidad civil*, en “Responsabilidad civil. Presupuestos”, cit, p. 122.

139 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 51; CAZE-AUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit, T. IV, p. 502, N° 2412; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso*, cit, T. III, p. 78; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La responsabilidad por riesgo*, JA 1970 Doct., p. 724, N° IV y nota 38; ídem, *Responsabilidad por daños*, cit, v. I, pp. 129 y ss; N° 53 y nota 179.

140 ALTERINI, Atilio A., *Temas de Responsabilidad Civil*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, p. 16, N° 6; con adhesión a la idea de LOUSTAUNAU, Roberto, *Particularidades de la culpa a fin de siglo*, LL 1998-B- 1253.

141 ALTERINI, A. A., *Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino*, en “Derecho de daños”, de Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, Ed. La Ley, Bs. As., 1992, pp. 133/134, N° 12.

142 Trib. Supremo de España, 22/4/02, sent. 355/2002, ponente: Sr. Luis Martínez Calcerrada y Gómez, Aranzadi, t. 2002-II, p. 5676, caso 3312.

tema de responsabilidad vigente hasta la reforma de 1968. Aún hoy constituye el fundamento general de la responsabilidad, aunque su campo de aplicación se vea de más en más limitado por la existencia de otros factores de carácter objetivo. La aplicación de los demás factores de tipo objetivo es de carácter excepcional y en virtud de ello es necesario que la ley expresamente los imponga en cada caso”¹⁴³.

Todas estas agudas ideas militan en pro del sostenimiento y vigencia de la culpa como factor de atribución; por nuestra parte, para expedirnos en favor de su supervivencia como importante factor de atribución y, fundamentalmente, como eje del sistema de responsabilidad, tenemos en cuenta razones genéricas y razones específicas, acotadas al derecho argentino.

En cuanto a las primeras, cómo no acordar con LE TOURNEAU y CADIET en que la culpa es a tal punto consustancial con nuestra civilización que resulta difícil de evacuar; es innegable que existen resabios o reminiscencias culposas, aun en sistemas férreamente objetivistas¹⁴⁴.

Además, coincidimos con Cesare BIANCA en que “la corriente objetiva de la responsabilidad extracontractual comienza a mostrar sus límites, dejando entrever un cuadro más equilibrado y ajustado a la realidad jurídica. En efecto, es evidente que ninguna teoría está en condiciones de ofrecer un fundamento general idóneo para sustituir el principio de la culpa. El principio del riesgo, invocado a menudo, no es apto para sustituir el principio de la culpa, porque aquél no ofrece un criterio idóneo para identificar al sujeto sobre el cual debe recaer el riesgo”¹⁴⁵.

Postulaban hace décadas RIPERT & BOULANGER, que la teoría del riesgo creado nunca puede tener acogida en su estado puro como dando una regla general de responsabilidad que pueda sustituir a la que está fundada sobre la culpa¹⁴⁶. Dicha idea nos parece feliz aún a comienzos del nuevo milenio.

Y bien ha apuntado COMPAGNUCCI de CASO, que si bien el debate continúa, tanto la culpa como el riesgo se encuentran ubicados y ocupando terreno propio, “Nadie niega el fundamento de la culpa en la responsabilidad por el hecho propio, como tampoco jurista alguna se atrevería a rechazar la tesis del riesgo para determinadas soluciones ya previstas en la ley o receptadas por la jurisprudencia”¹⁴⁷.

Por ello nos manifestamos en contra de aquellas posiciones que de tan objetivas se vuelven injustas; creemos un deber reaccionar ante aquellas posturas encolumnadas en lo que brillantemente el Prof. Denis MAZEAUD denominara “ideología de la indemnización”¹⁴⁸, es decir la concesión de indemnizaciones a cualquier precio, y sin siquiera un “polvo de culpa” que descubrir sobre el condenado.

Nos parece que el derecho civil, si pretende seguir llamándose derecho, debe buscar un responsable y no escoger un mártir al azar; debe conceder una indemnización y

143 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini”, cit, p. 26.

144 LE TOURNEAU-CADIET, Droit de la responsabilité, cit, p. 10, N° 23.

145 BIANCA, Cesare M., Supervivencia de la teoría de la culpa, cit, p. 138.

146 RIPERT, Georges- BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, Edit. La Ley, Bs. As., 1965, Tomo V, p. 33 N° 910.

147 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo, en “Derecho de daños, primera parte. Homenaje a Jorge MOSSET ITURRASPE”, cit, p. 70.

148 MAZEAUD, Denis, Réflexions sur un malentendu, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 332.

no consumir un despojo, pues en tal caso, no sería muy distinto del derecho de las sociedades bárbaras, con sus rudimentarias formas de imponer orden y castigo, no justicia¹⁴⁹.

La objetivación extremista del derecho, la búsqueda irreflexiva de un pagador en vez de un responsable, implica no menos que la vuelta al derecho anterior a la invención de la rueda¹⁵⁰. Y contra ello reaccionamos, como ha reaccionado en Europa, buena parte de la mejor doctrina contemporánea.

Yendo a la situación específica del derecho argentino, es dable advertir que la recepción de la teoría del riesgo no elimina dentro de su universo la idea de culpa aunque ésta no grave como factor de imputación o de atribución de responsabilidad, sino como causal de eximición. La culpa funciona así como cuña dentro del riesgo, por lo que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con probar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa, cuya titularidad o guarda atribuye a quien demanda, quien a su vez, puede eximirse de responder si acredita la culpa de aquella o la de un tercero por quien deba responder¹⁵¹.

Además, existe un principio general de la responsabilidad en el art. 1109 C.C., fundado inequívocamente sobre la culpa, pero no existe paralelamente un principio igual que gire sobre el eje del riesgo¹⁵².

La formulación que han hecho los reformadores del Código, en el art. 1113 modificado por la llamada Ley 17711, lejos está de constituir un principio general, que pueda parangonarse al eminente principio moral y jurídico que sintetizara DOMAT en su célebre expresión “pas de responsabilité sans faute” (no hay responsabilidad sin culpa).

La comparación de ambas normas arroja sin dudas el convencimiento de que una (art. 1113) es la excepción al principio general sentado por la otra (art. 1109). En palabras llanas, que la culpa es el factor de atribución corriente, normal, ordinario y el riesgo, el factor excepcional, extraordinario, menos corriente.

Lo propio ha ocurrido en Francia, donde desde hace décadas han dicho prestigiosos profesores que “el principio de una responsabilidad personal por culpa domina todavía nuestro sistema jurídico por entero”¹⁵³.

Y lo mismo ocurre en Italia, donde BIANCA afirma que “el principio general de la responsabilidad civil es, pues, el principio de la culpa, por cuanto es el principio idóneo para imponer como criterio fundamental de orden en la vida de relación”¹⁵⁴.

Por ello se hace cierta aquella frase de DÍAZ PAIRÓ: “...en el derecho moderno el sistema continúa siendo el tradicional de la responsabilidad subjetiva, aunque a títu-

149 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 53.

150 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 798.

151 Cám. CC San Isidro, Sala 1ª, 28/11/88, “Salmoiraghi, Enrique y otra c/ Deriu, Ruben Oscar”, en sist. Informático Juba7 sum. B1700407.

152 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 53; CAZE-AUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones, cit, T. IV, p. 502, N° 2412; LÓPEZ MESA, Curso de derecho de las obligaciones, cit, T. III, p. 78; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, cit, v. I, pp. 129 y ss; N° 53 y nota 179.

153 RADÉ, Christophe, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301. Según afirman los MAZEAUD, este principio ha sido absorbido por el sistema jurídico francés (H. et L. MAZEAUD, L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, Dalloz Hebdomadaire, t. 1935, sec. Chroniques, pp. 5/8).

154 BIANCA, Supervivencia de la teoría de la culpa, cit, pp. 139/140.

lo excepcional se hayan consagrado, cuando así lo han aconsejado razones de justicia, equidad o conveniencia, casos de responsabilidad objetiva¹⁵⁵.

Es cierto que la culpa domina el derecho de la responsabilidad civil¹⁵⁶, pero no puede sostenerse que ella reine sin partenaire alguno, sino que comparte el territorio y se halla en una relación de coordinación con el riesgo¹⁵⁷.

Aún en el mismo Código Civil Francés de 1804 existían, bien que de manera limitada, algunas hipótesis de responsabilidad que no implicaban necesariamente la demostración de una culpa personal del responsable. Así, la obligación del deudor de pagar sus deudas y los daños causados e intereses no reposaban en el carácter culpable de su comportamiento, sino en la constatación de que no había cumplido su obligación¹⁵⁸; lo propio ocurría con la obligación de garantía en caso de ruina de una obra, debida tanto por el propietario¹⁵⁹, el constructor¹⁶⁰ y el vendedor¹⁶¹, obligación que no presuponía en absoluto la existencia de culpa. En este caso, la culpa o el dolo jugaban como una circunstancia agravante¹⁶².

La responsabilidad por culpa tuvo siempre, y aún conserva, sobre dichas responsabilidades objetivas una ventaja cierta: el art. 1109 del Código Civil argentino¹⁶³, al igual que el art. 1902 del Código Civil español y los arts. 1382 y 1383 del Código Napoleón, constituye la expresión de un principio general: la culpa se aplica a todos los sectores del derecho privado; en cambio, no existe una disposición comparable consagrando un principio general de responsabilidad sin culpa o por riesgo creado¹⁶⁴.

Ello así, la culpa fue y sigue siendo entonces el principio general, y la responsabilidad por riesgo una mera excepción, si bien estadísticamente importante¹⁶⁵.

Las creaciones jurisprudenciales francesas que interpretando el art. 1384 del Code, similar a nuestro artículo 1113, consagraron supuestos de responsabilidad civil por el hecho de otro, prefirieron acotar tales interpretaciones a casos puntuales. De tal modo, tanto en Francia como en Argentina, el la regla general sigue siendo la responsabilidad por culpa, por lo que en el seno del derecho de la responsabilidad civil, los casos de responsabilidades objetivas aparecen como simples excepciones.

Aunque dominada hoy numéricamente por las hipótesis de responsabilidad sin culpa, la responsabilidad civil continúa todavía reconociendo la primacía de la culpa¹⁶⁶. Importantes doctrinarios europeos, como DE CUPIS¹⁶⁷, DÍEZ-PICAZO y PEÑA

155 DÍAZ PAIRÓ, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª edic., La Habana, 1945/47, vol. II, p. 42.

156 Cfr. RADÉ, Christophe, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, en *Recueil Dalloz*, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301.

157 PENA LÓPEZ, prólogo, cit, p. XXXVIII.

158 Código Napoleón, art. 1147.

159 Código Napoleón, art. 1386.

160 Code, art. 1721.

161 Code, art. 1641 y ss.

162 RADÉ, C., *Réflexions...*, *Dalloz*, t. 1999, sec. Chroniques, p. 315.

163 Es dable recordar que la CSJN en el caso "Gunther c/ Gobierno Nacional", 5/8/86, en ED 120-524, declaró que el principio genérico de no dañar contenido en el art. 1109 CC tiene raíz constitucional en el art. 19 CN.

164 RADÉ, C., *Réflexions...*, cit., p. 315.

165 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 55.

166 LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso*, cit, T. III, p. 79.

167 DE CUPIS, *El daño*, cit, pp. 190/193.

LÓPEZ¹⁶⁸, también consideran que la culpa asume el carácter de principio general de responsabilidad civil excepcionado en ocasiones por el establecimiento de un específico régimen de responsabilidad por riesgo.

Es una conclusión razonable de lo expuesto, que la culpa no ha podido ni podrá ser remplazada como eje de todo un sistema jurídico, y continúa siendo un valor insustituible para juzgar la conducta humana¹⁶⁹.

Aún dejando de lado la concepción monocéntrica de la responsabilidad civil, que considera excepcional al riesgo, también en las concepciones policéntricas, donde no existe una relación de principio versus excepción, sino que imperan en ellas distintos principios en una relación de coordinación, tanto la culpa como el riesgo tienen su campo de aplicación de similar entidad¹⁷⁰, con lo que tampoco está cerca la declamada desaparición de la culpa.

Es, además, cierto que el libre juego de las fuerzas sociales -el *laissez faire*- encuentra su expresión más genuina no sólo en la libertad de dominio y en la libertad contractual, sino también, dentro del plano de la responsabilidad, en el principio de la culpa¹⁷¹.

Sin embargo, pese a la corrección técnica de estos desarrollos es una verdad a puños que el derecho judicial ha hecho de la tesis del riesgo un cuasi panquimagogo, que ha transformado en objeto riesgoso desde el poste de un arco de fútbol¹⁷², hasta una pelota de fútbol¹⁷³ o el sillón de un odontólogo¹⁷⁴.

La solución al problema de la dañosidad creciente de nuestra civilización actual no radica en buscar y hallar un responsable a todo trance, sino en atribuir la responsabilidad por la producción de un cierto daño a quien lo ha causado, estimación

168 Cfr. PEÑA LÓPEZ, op cit, pp. 73/76; DÍEZ PICAZO, Derecho de daños, cit, p. 237, N° III.

169 SALERNO, Marcelo U., Culpa y sanción, en "Derecho de Daños", Segunda parte, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1996, p. 285; en similar sentido, RIPERT & BOULANGER, Tratado de Derecho Civil., cit, T. V, p. 33, N° 910; RADÉ, Christophe, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso, cit, T. III, p. 80; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 55.

170 Util es recordar que en una línea policéntrica polivalente se sitúan las tesis de BUSNELLI en Italia y LE TOURNEAU en Francia, quienes sin establecer la supremacía del principio de la culpa, dotan a ésta de un ámbito operativo indefinido o universal, con vocación de aplicarse a cualquier supuesto salvo disposición contraria (BUSNELLI, F., La parabola della responsabilità civile, en Riv. Crit. Dir. Priv., año 1988, p. 660; ídem, Nuove frontiere della responsabilità civile, revista "Jus", fasc. enero-junio 1976, pp. 48/61, cit. por PEÑA LÓPEZ, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit, p. 98; ver a mayor abundamiento un excelente comentario de las posiciones monocéntricas y policéntricas en el prólogo de PENA LÓPEZ, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit, p. XXXIX).

171 En este sentido, PONZANELLI, G., La responsabilità civile. Profili di diritto comparato, Edit. Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 50 y ss; PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo cit, p. XXIX; DE ANGEL YAGÜEZ, Tratado de responsabilidad civil, Cívitas, Madrid, 1993, p. 323.

172 CNTrab., Sala IV, 26/11/96, "M., C. G. c/ Club Atlético Vélez Sarsfield", citada por Jorge GALDOS en un artículo suyo publicado en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield", cit, T. 2, p. 453/475.

173 En un fallo de la SCBA se dijo que la calificación de cosa riesgosa que corresponde atribuir al balón por el modo de su utilización en un encuentro futbolístico de primera división es indiscutible (SCBA, 9/4/91, "Roselli, Luis Alberto c/ Gimnasia y Esgrima de La Plata", DT 1992-A 576 y AyS 1991-I-476, voto de la mayoría). En contra de esta opinión se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España diciendo que "el juego con una pelota no es de por sí susceptible de generar un especial riesgo de ilícitos extracontractuales, pero tampoco es tan inocuo como para que éstos no puedan surgir cuando ... se dan determinadas circunstancias que justifiquen la apreciación de culpa extracontractual" (Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 8/3/02, sent. N° 205/02, ponente: Sr. Corbal Fernández, en Aranzadi, t. 2002-I, p. 3179, caso N° 1912).

174 Cám. CC Mar del Plata, Sala 1ª, 5/2/97, "Di Terlizzi, Marcela c/ Ubierta, Raúl", DJBA 154-121.

que debe hacerse de conformidad con los cánones jurídicos, pero también éticos imperantes en la sociedad¹⁷⁵.

Nada más alejado de la justicia que imponer una condena a resarcir a quien no ha tenido, con su conducta, vínculo adecuado de causalidad con el daño. Frente a diversas especies judiciales que aguzan al extremo la responsabilidad, imponiéndola sobre quien en verdad no era responsable, creemos que debe volverse a los cauces clásicos, que giraban sobre el eje de la culpa, si se quiere afinando un poco la apreciación de la relación de causalidad, de modo de juzgar más duramente la negligencia o la imprudencia.

Creemos que “una visión mecanicista del responder podrá llegar a reparar el perjuicio sufrido por el damnificado, pero su posible eficacia se verá menguada si prescindiese de considerar la culpabilidad”¹⁷⁶.

De estos desarrollos, resulta claro, siguiendo el galano decir de RADÉ que “la culpa irradia como un sol el derecho de la responsabilidad civil. Ello es así, naturalmente porque la culpa es un presupuesto de la responsabilidad, sea que ella esté probada, sea que el ordenamiento simplemente la presuma en algunos casos. Pero la culpa forma un mismo cuerpo con la responsabilidad civil, en la que ella constituye el fundamento, por no decir su alma, en la mayoría de las hipótesis. Y puede sacarse una lección principal de un siglo de esfuerzos constantes de la jurisprudencia para aminorar la vigencia de la culpa: no parece posible que la culpa y la responsabilidad civil vivan separadas de hecho y el divorcio entre ellas, que algunos agoreros han dictaminado debe juzgarse carente de todo apoyo real y normativo”¹⁷⁷.

175 SALERNO, Marcelo U., *Culpa y sanción*, en “Derecho de Daños”, cit, p. 285; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso*, cit, T. III, pp. 79/80.

176 SALERNO, Marcelo U., *Culpa y sanción*, en “Derecho de Daños”, cit, p. 285; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso*, cit, T. III, pp. 79/80.

177 RADÉ, Christophe *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, en *Recueil Dalloz*, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301.