

NUEVOS HORIZONTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dr. Víctor Pérez Vargas

Introducción

Hace algunos años escribí sobre la tendencia expansiva del Derecho de Daños. Hoy, éste ha sufrido una ampliación de fronteras en diversos sentidos, como lo ha revelado la mejor doctrina nacional ¹. Entre ellos, especial mención merecen las acciones preventivas y no únicamente reparatorias, los daños en tema de consumo (y la responsabilidad objetiva del productor, proveedor y comerciante), la pérdida de chance, el daño social, los daños a los intereses colectivos y difusos (como el daño ambiental), la lesión a los intereses legítimos y otros daños relacionados con la nueva tecnología, como el daño a la intimidad mediante bancos de datos y los fraudes informáticos.

No hace mucho, la materia de la responsabilidad civil se limitaba a la lesión de derechos absolutos; se hablaba de daños a los derechos fundamentales de la personalidad o a la propiedad, pero nunca de daños a los derechos relativos ², los cuales, como lo ha demostrado la

jurisprudencia y doctrina italiana, también son “erga omnes” (frente a todos), pues al igual que los derechos absolutos, deben ser respetados por todos. Lo que interesa es que en ellos el sujeto, cuya conducta satisface el interés tutelado, no es el mismo sujeto que el titular de ese interés (a diferencia de lo que ocurre con los derechos absolutos); esta es la esencia real objetiva de la doctrina de la lesión al derecho de crédito. La lesión a un derecho relativo también puede generar responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios debían ser ciertos. A nadie se le ocurría pensar que una pérdida de una oportunidad (o chance, como lo ha denominado la jurisprudencia francesa y argentina) pudiera ser indemnizable. La verdad es que el chance, en cuanto chance, es también cierto.

En aquel tiempo, en Costa Rica, solamente don Eduardo Ortiz afirmaba la posibilidad de indemnización para la lesión a intereses legítimos ³ (incluso se llegó a derogar el artículo 193 de la Ley General de Administración Pública que la autorizaba). Hoy, sin

1 TORREALBA, Federico, Responsabilidad Civil, Editorial Juricentro, San José, 2011, sin duda, la obra más completa sobre el tema.

2 “ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales”. “N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos

3 ORTÍZ, Eduardo, Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, Revista Judicial, N° 39, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1986 p. 20

embargo, como veremos, la indemnizabilidad de intereses legítimos ha sido admitida en la vía arbitral, en un laudo no anulado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a la cual fue sometido mediante el recurso (más bien acción) respectivo.

No se hablaba de una responsabilidad objetiva del Estado, como hoy lo hace la Ley General de Administración Pública, en su artículo 190 ⁴: “1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”.

El daño moral apenas se comenzaba a admitir en algunos delitos contra el honor ⁵. No existía una disposición genérica, como la del actual del artículo 59 del Código Civil, según la cual: “Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad”.

A ningún político se le reclamó jamás indemnización en casos de corrupción (ni siquiera a don Tomás Guardia, cuando recibió del contratista del ferrocarril, Henry Meiggs, cien mil libras esterlinas, como gratificación⁶); tal posibilidad ni siquiera

existía en el Ordenamiento (pues fue la figura del daño social fue introducida por el Código Procesal Civil, más recientemente).

A nadie se le ocurría pensar que un menor de edad pudiera tener legitimación directa para el acceso a la justicia constitucional.

Tampoco recuerdo casos de asociaciones ejerciendo la defensa de intereses difusos (como los ambientales o los relativos al consumo).

No existían los problemas generados por las nuevas tecnologías, frente a las actuales modalidades de lesiones a intereses jurídicos, como la piratería informática, los fraudes bancarios informáticos⁷ o la violación a la intimidad mediante bancos de datos.

La visión del tema era excesivamente patrimonialista. Los aspectos relacionados con la tutela de la persona eran apenas mencionados y no se pensaba en acciones inhibitorias o preventivas, para evitar la producción del daño, más que en pocos temas de orden pecuniario, como los interdictos para la defensa de la posesión, o los embargos preventivos para la tutela del derecho de crédito, pero nunca para la tutela de la salud o del ambiente.

4 Artículo 190 de la LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978

5 AGUILAR, John; El Daño Moral Resarcible, Tesis, 1976

6 El General se sintió obligado a dar explicaciones, lo cual hizo en un memorable documento que dirigió a los miembros del Congreso. Citamos de él: “El contratista del ferrocarril, Mr. Henry Meiggs, sin previa convención y por un acto de pura generosidad, siguiendo los usos establecidos en estas negociaciones, puso a mi disposición por medio del Ministro don Manuel Alvarado, la suma de L.100.000 para que le diese la inversión que tuviese a bien...En todas partes se hacen siempre estas gratificaciones después de una negociación; en todas partes estas sumas se las reparten entre sí y sus íntimos amigos, las personas a quienes se las obsequian...” ¿No se hubiera beneficiado más la patria si el precio del contrato para construir el ferrocarril se hubiera reducido en L.100.000?” (STEWART, Watt, Keith y Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1967, p. 12).

7 TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN CUARTA ANEXO A, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. SENTENCIA 802-2008, entre otras.

En la evolución de la materia debe reconocerse un papel muy activo de la jurisprudencia, sin duda, el principal factor vivo en la creación de nuevas respuestas jurídicas, ante las nuevas realidades ⁸.

Estos nuevos desarrollos no son solamente nuestros. Análoga evolución podemos observar en los diversos ordenamientos que constituyen el subsistema Latinoamericano de Derecho Romano. En ellos se han propuesto soluciones y estas tienden a ser concordantes. De ahí que el Derecho Comparado se constituye en importante elemento para la búsqueda de soluciones a las nuevas realidades.

1- La ampliación de fronteras del daño resarcible

El concepto de daño resarcible ha experimentado una marcada extensión de fronteras. Así como, hace un siglo (con el advenimiento del maquinismo), surgieron los criterios del riesgo creado (para la responsabilidad objetiva), en el amanecer del tercer milenio, hemos sido espectadores (y de algún modo también protagonistas) de un desarrollo jamás vislumbrado por nuestros legisladores, en el campo de la responsabilidad por daños.

Las causas eficientes de esta transformación son de diverso orden:

a- una perspectiva más amplia de la doctrina y de la jurisprudencia sobre

los intereses merecedores de tutela (que no se refieren solamente derechos subjetivos absolutos);

- b- una ampliación de la esfera de legitimación para reclamar el daño causado;
- c- nuevas situaciones de la vida, en particular derivadas de la nueva tecnología que presentan nuevos interrogantes jurídicos;
- d- una nueva conciencia personalista del Derecho (superando la estrecha visión patrimonialista de nuestros legisladores).

1- La ampliación en cuanto a los intereses tutelables

Una primera superación de límites se refiere a la lista de las situaciones jurídicas que, al ser lesionadas, generan responsabilidad. De la original perspectiva que ligaba inconscientemente la atribución de responsabilidad a la violación de los derechos absolutos (y, en especial, de los derechos reales), en el sistema romano viviente de nuestro tiempo se ha pasado a generalizar su referibilidad a toda situación jurídica subjetiva ⁹.

Particular función normativa de la jurisprudencia ¹⁰/ hemos presenciado en la rama del Derecho del Consumo y la responsabilidad objetiva de las empresas en aplicación de la disposición según la cual "el productor, el proveedor y el

⁸ TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit., p.17

⁹ PUGLIATTI así lo afirmaba desde hace muchos años.. PUGLIATTI, Salvatore, Responsabilità Civile, II, Giuffrè, ed., Milano, 1968, p. 49. En este aspecto la perspectiva de la doctrina anglosajona es más limitada, pues exige la violación de un derecho. DONALDSON, op. cit., p 21.

¹⁰ TORREALBA, op.cit., p. 17.

comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño^{11/}.

Hoy, se considera “daño” toda lesión a un interés jurídicamente relevante, no solamente a un derecho absoluto, pues también son daños las lesiones a derechos relativos (como lo ha demostrado, desde hace ya bastante tiempo, la doctrina de la lesión del

crédito por parte de terceros)¹², lo mismo que las lesiones a intereses legítimos (como lo admite en buena medida la jurisprudencia europea y lo propugna la doctrina y ya se ha manifestado en la jurisprudencia arbitral costarricense¹³. En un arbitraje, se aplicó la resarcibilidad de daños a los intereses legítimos. El laudo fue ratificado por la Sala Primera de la Corte.

También son indemnizables los daños a expectativas, potestades e, incluso (también desde hace décadas, particularmente en Italia, Francia y Argentina) al denominado

-
- 11 Botella de Coca Cola que estalló y lesionó un ojo: SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del año dos mil uno. Daños a un vehículo en el estacionamiento del Hotel San José Palacio. RES: 000460-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres. Robo de vehículo en Price Smart de Zapote, RES: 000655-F-2007 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas cinco minutos del diecinueve de setiembre de dos mil siete. Robo de vehículo en Hipermás de San Sebastián. RES: 000295-F-2007 SALA PRIMERA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil siete. Caso del resbalón en Mc Donald’s de Guadalupe RES: 000575-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas del diecisiete de octubre del año dos mil tres. Caso del trapo en una hamburguesa en el Mac Donald del Parque de Laa Paz. Caso del restaurante Mc Donald’s del Parque La Paz. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas quince minutos del veintitrés de enero del año dos mil ocho. Caso de la cucaracha en KENTUCKY FRIED CHIKEN en el Mall Real Cariari. N°486-N- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas quince minutos del dos de junio de dos mil diez. Y diversas sentencias sobre responsabilidad de los bancos por fraudes informáticos. 2008 Fraudes informáticos: Sentencia c. Banco de Costa Rica. Transcripción de sentencia oral. 15:00 del día 19 de septiembre del año 2008. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Sentencia 743-08 de las 14 horas 10 minutos del 26 de setiembre de 2008. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN CUARTA ANEXO A, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. SENTENCIA 802-2008. Quince horas del día 9 de octubre del 2008. También en el campo de llamado “turismo aventura” (V. Tesis así denominada de Esteban Carranza, U.C.R.).
- 12 V. BUSNELLI, Francesco Donato, La Lesione del credito da parte di terzi, Giuffrè-ed. , Milano, 1963, p.7, BUSNELLI, F.D. Un caso dubbio di lesione del credito da parte di terzi, Estratto da Il Foro Padano, N. 7,8. Julio, agosto, 1965 y recientemente: STIGLITZ, Gabriel, ECHEVESTI, Carlos, El daño resarcible en casos particulares, en el volumen: Responsabilidad Civil, op. cit., p 286 RINESSI, Antonio Juan, Lesión al crédito, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p 251. El propio Código de Bello, en el artículo 2315 admite la legitimación de terceros específicos (arrendatario, usufructuario, heredero, habitador, usuario, etc.); la perspectiva, como puede verse es, sin embargo, patrimonial, no personalista.
- 13 V. PUGLIATTI, Salvatore, Sulla risarcibilità del danno da lesioni di interessi legittimi, Responsabilità Civile, II, p. 118 y en Costa Rica: ORTIZ, Eduardo, Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, Revista Judicial, N.39, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1986 p. 20. Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA E JUSTICIA, RES: 000766-F-01).

“chance”, donde se busca la reparación de una posibilidad de éxito frustrada¹⁴. En la jurisprudencia arbitral internacional se considera que la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización ^{15/}.

En nuestro país, en un arbitraje, cuyo laudo fue ratificado por la Sala Primera de la Corte se aplicó por vez primera la doctrina de la pérdida de chance¹⁶, con base en las

siguientes consideraciones: “Aplicando la sana crítica, el Tribunal considera que el perjuicio resarcible no es el monto total de la pérdida sufrida o ganancias dejadas de percibir tal y como las actoras lo reclaman, no el valor global de la ganancia o pérdida, sino la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la “chance” que es atribuible al agente según las circunstancias del caso. En caso de pérdida de “chance”, la reparación de un daño no

14 V. BUSNELLI, Francesco D. Perdita di un chance e risarcimento del danno. Il Foro Italiano, Roma, Vol. LXXXVIII, fasc. III-IV. 1965. ORGAZ, Alfredo, El Daño Resarcible, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 95. STIGLITZ, Gabriel, ECHEVESTI, Carlos, El daño Resarcible, en el volumen Responsabilidad Civil, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y la Coordinación de Aída Kemelmajer de Carlucci, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 224. ALTERINI, LOPEZ CABANA AMEAL, Derecho de Obligaciones, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 259. Sobre el tema véase el excelente desarrollo realizado por TORREALBA, Federico, Responsabilidad Civil, Juricentro, 2011. . ORGAZ, Alfredo, El Daño Resarcible, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 95. BUSNELLI, Francesco D. Perdita di un chance e risarcimento del danno. Il Foro Italiano, Roma, Vol. LXXXVIII, fasc. III-IV. 1965.

15 “Dado que el actor incumplió sus obligaciones de ejercitar sus mejores esfuerzos... dado que el daño sufrido por el demandada, a este respecto, no puede ser precisamente determinado debido al hecho de que se basa en presunciones sobre lo que “hubiera sido” el beneficio...el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta los artículos 7.4.3. y 7.4.9. de los Principios de UNIDROIT, decide que el actor debe compensar al demandado por la pérdida de oportunidades (chance) de disfrutar el probable beneficio de los proyectos abortados” (ICC p 68, caso C.C.I. 8331, diciembre de 1996). “...en razón de la actitud de la parte actora, la demandada ha perdido un chance de rentabilizar convenientemente las instalaciones... la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. Así lo expresan los principios de UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional (artículo 7.4.3. al 2), que consagra como se sabe reglas ampliamente admitidas a través del mundo en los sistemas jurídicos y en la práctica de los contratos internacionales”(Caso C.C.I. 8264 de 1997, Bulletin p 64). El actor se había obligado a diseñar, producir y poner en marcha unas instalaciones industriales. Se había pactado, además, la transmisión del actor al demandado de la propiedad industrial requerida. El demandado había aceptado pagar sumas fijas y proporcionales. El actor reclamó al demandado haber dejado de pagar las sumas proporcionales sin justificación y haber dejado de enviar informes. El demandado justificó su falta de pago debido al incumplimiento del actor de proporcionar las mejoras necesarias, por lo cual pidió compensación. El tribunal consideró que el demandado había cumplido sus obligaciones de informar Determinó luego el monto de las sumas proporcionales debidas y luego consideró la contrademanda basada en el alegado incumplimiento del actor en cuanto a proporcionar los cambios relativos al diseño, manufactura uso y mantenimiento del equipo cubierto por el contrato. El tribunal consideró que no había incumplimiento total del actor, en consecuencia rechazó la contrademanda, pero admitió que el actor faltó en el cumplimiento al deber de proporcionar información, lo que condujo a una pérdida de oportunidad para el demandado, de acuerdo con el artículo 7.4.3. de UNIDROIT. Se estimó el daño en un décimo de la suma reclamada. Decidió no ordenar el pago de intereses de las sumas debidas en vista de que las omisiones del actor justificaban esta falta de pago entonces (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

16 Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. RES: 000766-F-01 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- V. TORREALBA, Federico, La pérdida de oportunidad o chance. Revista Judicial, N. 98, Corte Suprema de Justicia, quien aclara: Cuando parecía que la figura de la pérdida de oportunidad había adquirido carta de ciudadanía en nuestro Derecho positivo, la misma Sala Primera de la Corte, en el caso Hampton y Hampton vs. I.C.E, insinúa sutilmente –sin llegar a un rechazo explícito– tener dudas sobre la adecuación de dicha figura al ordenamiento costarricense.

puede ser sino parcial. Así, la jurisprudencia francesa ^{17/}, puesto que en la pérdida de “chance” u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible. El resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que se aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia” ^{18/}.

Agréguese a lo anterior el surgimiento de nuevas categorías de daños como el daño social, junto a los daños individuales y de grupo ¹⁹, “Esta figura, a pesar de estar prevista en nuestro ordenamiento, tuvo muy poco desarrollo doctrinario hasta el año 2010 ^{20/} y un escaso análisis jurisprudencial ^{21/}. Sin embargo, en los últimos años, la Procuraduría ha decidido utilizar la figura al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con la afectación al ambiente, por asuntos tributarios; y recientemente por

temas relacionados con la corrupción en la función pública”.²² Del daño social, en nuestra legislación, solamente se encuentran referencias directas en el Código Procesal Penal, pero ya la doctrina se ha referido a la posibilidad de una más amplia legitimación. Esta ampliación de la esfera de tutela frente al daño social, tiene fundamento constitucional y pueden referirse a la lesión de intereses difusos o colectivos (ellas nos hablan de “afectaciones a los intereses difusos y colectivos como lesiones indemnizables”). De lo anterior surge la necesidad de ensanchar la esfera de los sujetos legitimados para reclamarlo por “otros medios en los cuales podría aplicarse también la figura, como por ejemplo, por medio de un recurso de amparo, o su utilización y cobro en otras vías jurisdiccionales” ^{23/}.

En síntesis: El concepto de daño resarcible ha venido paulatinamente ampliando sus fronteras, para referirse en general a toda lesión de intereses jurídicamente relevantes.

“En cuanto al perfil subjetivo —pregonaba PUGLIATTI—, será suficiente que se

17 Civ. 1re, 27 mars 1973: JCP 1974. II. 17643, note R. Savatier; Gaz. Pal. 1973. 2. 630, note Doll 9 mai 1973: eod. loc.) por ejemplo, el daño resultante para la víctima de la pérdida de un “chance” de obtener un mejoramiento está en función directa con la gravedad de su estado (Civ. 1re, 7 juin 1989: D. 1991. 158, note J.-P. Couturier; Defrénois 1990. 746, obs. Aubert 8 juill. 1997: Bull. civ. I, n° 239; JCP 1997. II. 22921, rapp. Sargos 2e esp.

18 v. TRAZEGNIES, Fernando de, La responsabilidad extracontractual, U. Católica del Perú, 1988 .

19 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit., p. 85

20 Año en que se publicó: LINEAMIENTOS PARA LA COMPRESIÓN DEL DAÑO SOCIAL Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO COTARRICENSE, ANA LUCIA AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, U.C.R., 2010

21 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006. Pág. 161- 163.

22 LINEAMIENTOS PARA LA COMPRESIÓN DEL DAÑO SOCIAL Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO COTARRICENSE, ANA LUCIA AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, U.C.R., 2010

23 AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, op.cit.

pueda individualizar cualquier interés digno de tutela²⁴. Nuestra Sala Primera lo ha expresado así: “Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo²⁵”.

Es de interés mencionar que se ha admitido que los jueces puedan rectificar o modificar las peticiones de las partes a la hora de identificar el interés tutelable, siempre y cuando no se modifique realmente la *causa petendi*, que resulta del cuadro fáctico de la demanda. En un laudo nacional se expresó: “Ya se ha afirmado, particularmente en la jurisprudencia española, que la congruencia no puede implicar una conformidad rígida y literal a las peticiones de las partes, sino que esta debe ser racional y flexible, en acatamiento a la sustancia (no a la forma) de lo solicitado; el vicio de incongruencia no se comete cuando en el fallo no se emplean

las mismas palabras de la demanda y contestación, puesto que el juzgador no ha de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que debe atenerse a la realidad de su contenido. La concordancia, sanamente entendida, permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias del tema planteado y que se encuentran implícitas en la controversia y le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada²⁶”.

2. La ampliación de las barreras tradicionales de la legitimación

Al mismo tiempo, las fronteras del daño resarcible se han ampliado en otros sentidos, como lo revela, en materia de daño moral, el paso de las tendencias originalmente restrictivas hasta las posiciones actuales²⁷,

24 PUGLIATTI, Salvatore, op. ult. cit., p. 120 o, lo que es lo mismo, a cualquier bien jurídico: “El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos. Llama la atención que en algunos artículos, el Proyecto de Código Civil Argentino establece limitaciones a la responsabilidad, propuesta de cuya constitucionalidad tenemos dudas. Así: En el artículo 1634 se dice: “En los casos previsto en los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666”. “Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple”.

25 N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

26 Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, RES: 000766-F 2001

27 Nuestro ordenamiento jurídico admite el resarcimiento del daño moral, así el artículo 1045 del Código Civil habla de “daño” en un sentido general, sin distinguir entre daño patrimonial y daño moral, ante lo cual debe entenderse que ese artículo prescribe el deber de reparación también del daño moral, interpretación que resulta consecuente con la máxima o aforismo latino que reza “ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus”, y con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico costarricense. Así, de la lectura del artículo 1048, párrafo 5, *Ibidem*, puede extraerse la indemnización del daño moral en el supuesto de la responsabilidad objetiva ahí previsto, y el numeral 59 *Ibidem* estatuye con claridad meridiana “... el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad”. Debe, igualmente, tomarse en consideración en cuanto a la reparación civil derivada de un hecho punible, que la “Ley para Regular la Aplicación del Nuevo Código Penal”, N° 4891 de 8 de noviembre de 1971, artículo 13, mantuvo en vigencia los artículos 122 a 138 del Código Penal anterior (del año 1941), y precisamente el artículo 125 de ese cuerpo normativo dispone que cabe la reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad “o en otros casos de daño a intereses de orden moral”, norma ésta que utiliza una
(Continúa en la siguiente página)

en cuanto al daño moral sufrido por los que tengan un vínculo afectivo cercano con la víctima de un homicidio, que no necesitan ser herederos^{28/}.

También en materia de legitimación activa, hemos presenciado en diversos ordenamientos una apertura, por cuanto se otorga la posibilidad de hacer prosperar una pretensión a entidades representantes de intereses colectivos²⁹, intereses de los cuales no son titulares los individuos como tales, sino en cuanto integrantes de una colectividad;

enejemplo se encuentra en la legitimación de las Cámaras³⁰; se trata de la tutela de grandes categorías de seres humanos.

Es significativa la reforma constitucional costarricense de conformidad con la cual “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos...”³¹.

fórmula amplia dándole cabida de esa forma a la reparación del cualquier daño moral; por su parte el canon 127, inciso 4, del mismo texto legal está referido a la reparación del daño moral derivado de los hechos punibles contra la salud o integridad corporal. También la Ley General de la Administración Pública se ocupa del daño moral al preceptuar en su artículo 197 “... la responsabilidad de la Administración por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente”. Finalmente la norma de linaje constitucional (artículo 41 Constitución Política), estatuye con claridad meridiana que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales ... N° 57 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas treinta minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete. La jurisprudencia costarricense se ha manifestado proclive a la indemnización del daño moral, partiendo de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, al respecto pueden consultarse las sentencias: Sala de Casación de las 24 horas 55 minutos del 19 de febrero de 1925; voto salvado del Magistrado Evelio Ramírez en la sentencia de la Sala de Casación de las 10 horas del 18 de octubre de 1949; Sala de Casación, número 7 de las 15 horas y 30 minutos del 15 de enero de 1970; Sala de Casación, número 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 49 de las 15 horas 30 minutos del 22 de mayo de 1987; Sala Primera de la Corte número 22 de las 15:40 del 3 de mayo de 1989)”. N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

28 Así N° 10 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. TORREALBA, op.cit, p. 82

29 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales del Cincuentenario, Córdoba, Argentina, 1991, p. 177 V. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No 1631-91 de las quince horas con quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno, N° 2243-97 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas dieciocho minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia de 14 y 32 horas del 19 de setiembre de 1998.

30 Sala Constitucional. N. 770 de 15 y 51 hs. De 16 de febrero de 1993. -... se trata de la defensa de intereses corporativos. El interés que tiene la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras y que la legitima para interponer esta acción, lo es su carácter de entidad corporativa, caracterizada por la representación y defensa del núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de determinada colectividad o actividad común. De tal manera que estamos frente a un interés de esa Cámara y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, pero individualizable, lo que constituye un interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada, razón por la que esta acción es admisible en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Sala Constitucional, N°De 14 y 32 hs. de 19 de setiembre de 1998 -... es indiscutible que la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras defiende a la colectividad de empresarios que representan firmas extranjeras y que frente a este interés colectivo de la entidad, se encuentra el de cada uno de los miembros que la forman”.

31 Ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996.

Igualmente, en materia de intereses difusos, las propias constituciones se han venido modificando. Se trata de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas.

En muchos casos la salud, la calidad de vida y el ambiente han sido declarados como verdaderos principios y derechos humanos³², mediante reformas constitucionales, tal como ha ocurrido en Argentina con la reforma de 1994 al artículo 41³³ y en Costa Rica, con la reforma al artículo 50, también de 1994³⁴ que, en lo que aquí interesa, ahora establece: "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan este derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará este derecho. La Ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes". Muchos recursos de

amparo ya han sido declarados con lugar sobre la base de estas disposiciones³⁵; en algunos casos, se ha aceptado la legitimación de asociaciones³⁶.

Destacamos también, como ya lo hemos hecho anteriormente, en materia de situaciones jurídicas, que se ha admitido la legitimación de menores de edad en materia de amparo³⁷, por ejemplo, en la sentencia N° 3705-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres:

"La contaminación, que se refiere específicamente a la impugnación que hace el menor recurrente, puede considerarse como la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes, o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud o el bienestar del hombre, la flora o fauna, o produzcan en el hábitat de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante... Tratándose de

32 PERLINGIERI, Pietro, Il diritto alla salute quale diritto della personalità, Rassegna di diritto civile, N. 4/82, p. 1022. V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Introducción al daño ambiental. Voces Jurídicas, Mendoza, Vol. 2, p. 17.

33 V. BUSTAMANTE ALSINA, op. cit., p. 21

34 Ley 7412 de 3 de junio de 1994. -Hoy día el accionar del Estado encuentra un fundamento de mayor jerarquía jurídica en cuanto el artículo 50 de la Constitución Política contempla el derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. -. N° 38 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas del diecinueve de abril de mil novecientos noventa y seis.

35 3231-98 .SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con veinticuatro minutos del quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

36 00132-99 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas dieciocho minutos del ocho de enero de mil novecientos noventa y nueve

37 Sentencia N° 3705-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres

la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero “derecho reaccional”, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para “reaccionar” frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos... POR TANTO: Se declara con lugar el recurso y se restituye al recurrente en el pleno goce de sus derechos fundamentales. Se ordena el cierre inmediato del botadero municipal adyacente a la quebrada...”

II. Los factores condicionantes de la ampliación de fronteras del derecho de daños

1- Las nuevas situaciones y la conciencia creciente “del reclamo”

Las nuevas situaciones de la vida (y, entre ellas, especialmente la nueva tecnología) han llevado al pensamiento jurídico a responder ante nuevas formas de daños; la lista sería interminable, basta recordar los daños por actividades espaciales (como los ya causados por satélites)³⁸, los daños ambientales en sus mil formas,³⁹ incluso modalidades “transfronterizas” (como el ejemplo de la lluvia ácida)⁴⁰ y nucleares , los daños al consumidor por deficiente información, por productos peligrosos⁴¹ y por publicidad engañosa⁴², los daños producto de la biotecnología y, en particular de los productos genéticamente modificados⁴³, los daños resultado de la informática, por ejemplo el que se produce a la intimidad, mediante el abuso de bancos de datos, donde se cumple claramente la doble función de la doctrina del abuso del derecho: indemnizatoria y preventiva de la persistencia el abuso ⁴⁴, particularmente en tema de

38 V. ROJAS, Jorge Responsabilidad internacional por actividades espaciales, Revista Judicial, N. 40, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, p. 39

39 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, op. cit., p. 176. En Costa Rica V.: SALAZAR, Roxana, El derecho a un ambiente sano, Editorial Libro Libre, San José, 1993, p. 14.

40 V. en especial GOMEZ ROBLEDO, Responsabilidad internacional por daños transfronterizos, UNAM, México, 1983, p. 13 (tendencia a la objetivación; -strict liability-)

41 No puede dejar de recordarse la obra pionera de CARNEVALLI, Ugo, La responsabilità del produttore, Giuffrè, ed., Milano, 1979, p. 351 V. tamb. GORASSINI, Responsabilidad del productor... Roma e America, Diritto Comune, Rivista di Diritto di Integrazione e Unificazione... N. 1997, p. 233, Sobre el tema del tabaco V. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, N. 3, año 1. Junio 1999, p. 257.

42 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, Publicidad y consumidores. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.5, Rubinzal-Culzoni, p. 63 y ss

43 V. ANTOS; Valeria, Responsabilidad civil por daño genético, Revista Judicial, N. 73, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, p. 21.

44 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit.,p. 12.

información sobre salud, ADN o genoma, pero igualmente en cualquier campo, como el financiero (seguros, cuentas, tarjetas de crédito, etc.)^{45/}.

Los hechos de la vida han planteado nuevos retos, pero el factor determinante de las transformaciones jurídicas ha sido **la toma de conciencia**; por ejemplo: la toma de conciencia ambientalista de los años sesenta (los años “hippies”) da inicio a todo un movimiento que ha llevado a la búsqueda de nuevas formas jurídicas para la protección del medio⁴⁶ como derecho humano.

La llamada de atención de Kennedy al decir que “consumidores somos todos”, fue uno de los factores importantes que contribuyeron a favor de una **toma de conciencia** que ha llevado en diversos Ordenamientos a la promulgación de disposiciones sobre el tema, pero es el propio consumidor, cuando toma conciencia de sus derechos, quien mejor puede accionar el sistema jurídico para que le sean protegidos⁴⁷. El incremento de denuncias (por ejemplo, en la Comisión Costarricense para la Defensa Efectiva del Consumidor, adscrita al Ministerio de Economía de Costa Rica) es un índice evidente del aumento de conciencia de lo que

la doctrina alemana ha llamado “situaciones objetivas de desigualdad o injusticia” (con todas las limitaciones prácticas de esta perspectiva⁴⁸).

La materia de seguros es ejemplo claro del incremento en lo que se denomina “conciencia del reclamo” en el campo de responsabilidad médica por malpraxis, con el consiguiente incremento en las indemnizaciones y en los costos de las primas de seguros respectivas⁴⁹, al punto que en Estados Unidos, muchas compañías aseguradoras promovieron reformas legales para limitar los derechos de las víctimas de los médicos (por ejemplo en cuanto a ausencia de vía penal, caducidad corta para el ejercicio de la acción de responsabilidad profesional, limitaciones máximas de responsabilidad y no indemnizabilidad del daño moral), las cuales han venido, poco a poco, siendo declaradas inconstitucionales, como era de esperarse. La impericia profesional es una. ¿Acaso los médicos negligentes, imprudentes o imperitos, deben ser tratados en forma diferente al ingeniero que con su impericia causa muertes en un edificio? En Costa Rica el tema llegó a lo anecdótico, cuando en un debate en la sede de la Caja del Seguro Social, en relación con un dictamen de la

45 V. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, El Derecho a la intimidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, LORENZETTI, Exclusión. Op. Cit., p. 71 y en Costa Rica: CAJIAO JIMENEZ, María Virginia, Protección al derecho a la intimidad frente al uso de bancos de datos de carácter personal, Facultad de Derecho, UCR. 1995, CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Informática y Derecho a la Intimidad. Revista Judicial, N° 53, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica 1991, p. 133.

46 -A partir de la toma de conciencia universal se ha producido un movimiento generalizado en los países más desarrollados para institucionalizar la protección del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales- 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 Dr. Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 21.

47 v. las ideas de IHERING en su Lucha por el Derecho. TOR, Buenos Aires, sin fecha, PASSINI, Dino, saggio Sul Jhering, Giuffré. Milano, 1959 y PARESCHE, Enrico, Jhering, Novissimo Digesto Italiano, VII, UTET, Torino, 1957, p. 151

48 RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, ¿Quo Vadis. Derecho del Consumidor? Dike, Medellín, 1997 p. 144

49 V. PEREZ VARGAS, Víctor, El Seguro de Responsabilidad Civil Profesional. Revista Judicial N. 33, Corte Suprema de Justicia, san José, Costa Rica.

Corte sobre la inconstitucionalidad de una normativa especial para la responsabilidad civil de los médicos (por atentar contra la igualdad), un prominente médico propuso que se reformara el principio de igualdad en la Constitución Política, así: “Todos son iguales ante la Ley, excepto los médicos en el ejercicio de su profesión, en materia de responsabilidad civil y penal

2- La conciencia creciente de la dignidad humana

Tal vez el factor de mayor peso en la ampliación de fronteras del daño resarcible ha sido la creciente **toma de conciencia** de la dignidad de la persona humana. Frente a las atrocidades de la segunda guerra mundial se levantan voces humanistas de autores como Mounier y Maritain. La humanidad proclama entonces diversas declaraciones y convenciones sobre derechos humanos (muchas veces, ciertamente, disfrazando el “humanismo de pacotilla” de muchos, a que se refiere Alterini⁵⁰), las que han tenido, en muchos casos, reflejos concretos (legislativos o jurisprudenciales) en el tratamiento de las lesiones a los valores fundamentales de la personalidad (como son por ejemplo, la libertad, la imagen, el nombre y el valor jurídico del concebido no nacido desde el momento de la fecundación)⁵¹.

Algunos Ordenamientos, como el costarricense⁵² establecen la posibilidad general

de obtener indemnización por la violación a los mal llamados “derechos de la persona”, derechos personalísimos” o de la personalidad, pues no se trata solamente de derechos, como lo plantea la doctrina individualista, sino de valores reales que son socialmente objetivos, que son fundamentales (vida, libertad, honor, etc.) y que se instrumentan mediante diversos tipos de situaciones jurídicas subjetivas, las que constituyen su instrumento de realización, tales como prohibiciones, potestades, obligaciones, etc. y no solamente mediante derechos subjetivos, lo que no parece haber sido bien comprendido por alguna doctrina⁵³. En palabras de Carlos A. Gherzi: “...el derecho de tutela se amplió porque el hombre ganó espacio como ser humano, con independencia de lo que hace o del patrimonio que posee. Hemos dejado de priorizar lo que el hombre tiene o hace para apuntar a lo que el hombre es”⁵⁴. Es de gran interés que un concepto fundamental de las perspectivas personalistas como el de dignidad del ser humano haya sido incorporado en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, cuyo artículo 1640 habla de lesiones a la dignidad personal.

Esta transformación axiológica personalista claramente ha superado la perspectiva tradicional meramente patrimonial e individualista. Esto es cierto, especialmente en el Código Civil Peruano, con la introducción de la categoría del daño a la persona⁵⁵.

50 V. LORENZETTI, Ricardo, Gordos, Flacos y Fumadores: Modelos culturales, exclusión social y responsabilidad, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 68)

51 V. Sobre el tema STIGLITZ, Gabriel, La Responsabilidad Civil, Nuevas formas, La Ley, Buenos Aires, 1984, p.

52 Código Civil, Artículo 59: -Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad -.

53 Como la expuesta por CIFUENTES, Santos, Derechos Personalísimos, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 166.

54 GHERSI, Carlos A. Los presupuestos del deber de reparar, en el volumen Responsabilidad Civil, op. cit., p. 42.

55 Sobre el tema, en Costa Rica, El daño a la persona. Inés Fernández y Melania Cubero, U.C.R. y TORREALBA, op.cit., p 657

III. Las respuestas jurídicas

1- La Legislación

No hace muchos años, el tema de la responsabilidad civil por daños en Costa Rica, como en muchos países de América Latina, se encontraba regulada en unos pocos artículos, dentro de un título del Código Civil, mal llamado “Delitos y Cuasidelitos” y a algunas pocas leyes, como la Ley de Ferrocarriles.

Hoy tenemos muchas nuevas disposiciones legislativas en varias materias como el transporte terrestre y en campos tan específicos como la contaminación sónica generada por bares y por ciertos cultos⁽⁵⁶⁾. Contamos con novedosas normas sobre los derechos del consumidor⁽⁵⁷⁾. La Ley de Jurisdicción Constitucional ha extendido la esfera de la legitimación en materia de recursos de amparo para la prevención de daños. La Ley General de la Administración Pública ha desarrollado la responsabilidad objetiva del Estado.

Asistimos a lo que se ha llamado el envejecimiento de la disciplina de los Códigos. En muchos casos la misma ley ha sido más bien un freno para esta ampliación. Así ocurre con la disposición del Código Civil

costarricense que limita la responsabilidad objetiva a daños a las personas y solamente en ciertos casos (máquinas motivas, establecimientos industriales, etc.). Cabe destacar aquí el mérito del artículo 1970 del nuevo Código Civil Peruano, según el cual: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Se establece así un principio general, pero residual⁵⁸ en relación con el principio general de la culpa⁵⁹, respecto de muchos casos donde no es posible identificar, demostrar o atribuir culpa a un sujeto. Algunas leyes especiales, por ejemplo en materia de Derecho del Consumo son una muestra más del envejecimiento de los Códigos.

2- La influencia de la doctrina

Como es propio de la tradición romana, ha sido la voz de los juristas la que ha despertado conciencia sobre la necesidad de reparación de todo interés jurídicamente relevante (no sacrificable por un interés de rango superior).

Ha sido, por ejemplo, la doctrina peruana la que se adelantó a la ley propugnando la reparación del daño a la persona, siguiendo los esquemas teóricos de la doctrina y jurisprudencia italianas en materia de daño

56 En la Ley de Licores y sus reglamentaciones, en el Reglamento para el control de la contaminación por ruido –Decreto Ejecutivo #28718-S de 15 de junio del 2000–, consolidado por la jurisprudencia constitucional: Res. N° 2008-05692, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y ocho minutos del once de abril del dos mil ocho, Res. N° 2008-018856 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y seis minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho y en muchas otras resoluciones

57 En la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472.

58 SCHIPANI, Una posible, p. 364

59 Sobre este carácter residual V. BUSNELLI, Francesco Donato, La parabola della responsabilità civile, Separata. ISBN 85-13-16775-X, La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. p. 33

a la salud⁶⁰. Ha sido la doctrina argentina, la que en muchos congresos ha proyectado transformaciones legislativas.

“La doctrina reivindica para sí la tarea de establecer los caminos más apropiados para mantenerse en contacto con los problemas, proyectando además, sobre el plano de la reforma legislativa un método basado sobre la interacción entre tónica y dogmática, entre pensamiento problemático y pensamiento sistemático...”⁶¹.

También la doctrina ha tenido una incidencia directa sobre la jurisprudencia. Son centenares los fallos de tribunales latinoamericanos donde la resolución, a falta de ley, se fundamenta en citas doctrinarias y razonamientos de juristas⁶².

3- El papel creador de la jurisprudencia

Gran parte de estas innovaciones que amplían el radio de acción del tema son producto de

la elaboración jurisprudencial ^{63/} y pocas veces resultado de reformas legales ^{64/}. Un elevado número de demandas judiciales está dirigido a la obtención de una indemnización por daños; frente a esta proliferación de situaciones dañosas encontramos, por lo general, una escasa regulación legislativa.

La jurisprudencia ha debido afrontar la ardua tarea de resolver la inmensa casuística con unos pocos textos en la ley, buscando en muchos casos reglas generales, como las diversas articulaciones del principio de la culpa (directa, indirecta, concurrente, solidaria, etc.), como la determinación de los factores que eliminan la antijuridicidad (causas de justificación, tales como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, el estado de necesidad, todas ellas dentro de sus límites), como la determinación de los hechos que rompen la causalidad, cuando no es la conducta del supuesto autor la causante del daño (sino un factor ajeno a él, como la conducta de la víctima⁶⁵, la de un

60 V. BUSNELLI, Francesco Donato, Problemi di inquadramento sistemática del danno alla persona, Rivista critica del Diritto Privado, Anno V, 1, p.29. De conformidad con el artículo 1600 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 el Daño extrapatrimonial comprende el daño al proyecto de vida (equiparable al Daño a la persona de la doctrina peruana y al daño a la salud de la jurisprudencia italiana). Este texto debe entenderse en relación con el artículo 1642-c: -La responsabilidad por daño al proyecto de vida no puede ser excluida no limitada, salvo en los casos en que lo autoriza la ley -. V. tamb. ALTERINI, Atilio y LOPEZ CABANA, Roberto, en Temas de Derecho privado, IV, 93, Buenos Aires, p. 31 y ss.

61 BUSNELLI, Francesco Donato, Responsabilità per danni. Rivista critica del Diritto Privato, a.II, N° 3, setiembre 1984, p. 623.

62 Por ejemplo, en materia de responsabilidad objetiva, la sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis cita al Profesor Atilio Aníbal ALTERINI.

63 En Costa Rica, por ejemplo, a falta de claridad legal, muchas sentencias se basan en doctrina, comprendida la argentina; por ejemplo, el fallo de Casación de la Sala primera de la Corte, N. 61 de 14 horas cincuenta minutos del diecinueve de junio de 1996, cita al maestro Atilio Aníbal ALTERINI. Sería interminable la lista de ejemplos.

64 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit.,p. 17.

65 -Cuando la causa inmediata o determinante de un accidente radica en la imprudencia grave de la víctima o en su negligencia inexcusable, la parte demandada queda exenta de responsabilidad, ya que en uno y otro supuesto es el perjudicado quien ha determinado su propio daño. - Ver Sentencia de Casación N° 38 de las 14:30 horas del 27 de marzo de 1991, Costa Rica -.

N° 15 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas treinta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

tercero o la fuerza mayor) o la ausencia de culpa por caso fortuito⁶⁶.

Las diversas reglas sobre estos temas son resultado de la elaboración jurisprudencial, pues la ley es muy parca al respecto ⁶⁷; en palabras de Atilio Alterini y de Roberto López Cabana: "...el Derecho vivo, el que efectivamente aplican los jueces, ya ha incorporado los criterios actuales, aunque las leyes viejas no los hayan contemplado" ⁶⁸.

4- Algunas respuestas institucionales

Dentro del cuadro de la defensa de los valores fundamentales de la personalidad dentro de un contexto de solidaridad social, hemos visto el surgimiento de diversos instrumentos institucionales como lo son la socialización de los daños mediante algunos seguros obligatorios ⁶⁹/ las Defensorías

de los Habitantes, las Comisiones de Defensa del Consumidor, el desarrollo de la jurisdicción constitucional y su gran aporte en la tutela de los valores fundamentales de la personalidad, en particular imagen, nombre, honor, intimidad y salud ⁷⁰. Mención especial merece, igualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica ⁷¹.

IV. LAS ACCIONES PREVENTIVAS

La toma de conciencia de la irreversibilidad de muchos daños, como el daño a la salud y el daño ambiental ha llevado a la afirmación cada vez más generalizada de la insuficiencia del mero sistema de responsabilidad civil resarcitoria⁷² y a la conciencia de la necesidad de impedir la producción de los daños (y no sólo repararlos una vez producidos),

66 PUIG PEÑA señala que el caso fortuito -es la ausencia absoluta de la culpabilidad - en materia de responsabilidad civil (Voz -Caso Fortuito -, Nueva Enciclopedia Jurídica [...]) y en términos generales la doctrina coincide en que el caso fortuito exime de responsabilidad. Así, Henri CAPITANT apunta que el caso fortuito es un -acontecimiento debido al azar y que excluye toda culpa por parte del deudor o del autor aparente del daño - (Vocabulario Jurídico [...]). Para Andreas VON THUR el caso fortuito es en la terminología jurídica -todo suceso no culposo - y señala que como el deber de resarcimiento de daños presume fundamentalmente la existencia de una culpa, -los casos fortuitos no dan, en general, base a responsabilidad -, señalando como excepciones aquellas hipótesis en que el deudor puede asumir contractualmente la responsabilidad por los casos fortuitos y otros casos de responsabilidad objetiva que contempla la legislación suiza (Parte General del Derecho Civil, San José Editorial Juricentro, 1977, pág. 115). 1991. Sala Tercera de la Corte núm. 675 de las 16,15 h del 05 de diciembre.

67 ORDOQUI, Gustavo, Derecho Extracontractual, I, Ediciones Amalio Fernández, Montevideo, 1974, p. 57 nos muestra, por ejemplo, como (en Uruguay) ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado las diversas formas de exclusión de la responsabilidad.

68 ALTERINI, Atilio, LOPEZ CABANA, Roberto, En Prólogo al libro Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. VIII.

69 Dirigidos a la socialización de ciertos daños. V. TORREALBA, op.cit., p. 53.

70 V. FERNANDEZ, Aymar, Los valores de la personalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, UCR, San José, 1998

71 V. VENTURA, Manuel, Informes de la Secretaría General. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

72 ZELEDÓN LEPIZ, Ana Karina, Persona y Comunidad en el Derecho Privado de nuestros días: De la prevención a la reparación de daños, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994, BRENES, Tatiana, Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil, Facultad de Derecho, UCR, 1998. AGUILAR VIQUEZ, Irene, CASAFONT VILLALOBOS, Paola, La tutela preventiva de los valores de la personalidad, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994. V. Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros, La Ley, Buenos Aires, Año 1, N.3, junio 1999, p. 210 y KRAUT, Alfredo Jorge, La desprotección de la salud... y la insuficiencia del sistema de responsabilidad civil, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 747.

mediante las llamadas acciones inhibitorias. PUGLIATTI, desde hace mucho, había hecho notar que la lesión a los intereses se produce no solamente con el daño actual, sino también con el potencial o peligro⁷³. Todo ser humano potencialmente perjudicado debe tener el poder de reaccionar jurídicamente, con una acción sumaria, contra todo el que lesione su ambiente o lo ponga en riesgo. Cabe destacar el desarrollo de este tema en el Derecho Anglosajón, con la llamada “*injunction*”⁷⁴.

Debe reconocerse el mérito del Código Chileno que establece: “... se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas (art. 2333). “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas será el actor indemnizado de todas las costas de la acción y se le pagará lo que valgan el tiempo perdido y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados” (art. 2334).

Dentro de nuestro sistema romano ya algunos Ordenamientos han dado el paso.

La doctrina peruana es conteste en sostener que en caso de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la personalidad, el Juez puede ordenar la cesación de los hechos potencialmente susceptibles de causar un daño a la persona, o puede ordenar la paralización de la actividad generadora del daño,

siempre que este resulte verosímilmente acreditado, como lo ha propuesto Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO.

En Italia, ya desde 1974 (Génova), 1979 (Pisa) y 1981 (Casación) se introdujo en la jurisprudencia y doctrina la idea de que los daños a la salud deben ser indemnizados adecuadamente, pero, sobre todo, como lo exige Francesco D. BUSNELLI, han de ser prevenidos mediante una estrategia de defensa a ultranza contra toda iniciativa hostil. Estas ideas fueron corroboradas en 1983, por la Sección Segunda de la Suprema Corte italiana, la que afirmó dos proyecciones del derecho al ambiente sano: una indemnizatoria, la otra preventiva. De acuerdo con esta última, el Juez puede inhibir absolutamente la actividad contaminante, o bien, puede ordenar la adopción de las medidas más adecuadas, según las peculiaridades del caso concreto, para reducir las consecuencias del fenómeno a los límites de la tolerabilidad o de la “normal tolerancia”⁷⁵.

La doctrina ha criticado severamente una sentencia napolitana (de febrero de 1983) que consideró prioritaria la producción y permitió la actividad contaminante a cambio de una indemnización. Para BUSNELLI este es un ejemplo de como las argumentaciones jurídicas pueden enmascarar una impotencia de algunos jueces frente a los nuevos problemas.

Otro tema a considerar es la unidad sistemática del fenómeno resarcitorio,

73 PUGLIATTI, Responsabilidad Civil, op. cit., p. 52.

74 V. DONALDSON, James, Casualty Claim practice. Irwin, Illinois, 1984, p. 16. STIGLITZ, La Responsabilidad civil, op. cit., p. 86.

75 Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, op. cit., p. 181.

particularmente evidenciada en el Derecho del Consumo (donde no interesa si el damnificado tenía un vínculo contractual)⁷⁶ y la consecuente superación de algunas distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual (salvando algunas diferencias esenciales), en la búsqueda de un régimen unificado⁷⁷.

En relación con los elementos constitutivos de la responsabilidad, en particular la antijuridicidad, cabe plantearse si siempre deberá ser pleno el resarcimiento en algunos casos de las llamadas “causas de justificación”⁷⁸, como lo es el estado de necesidad. En este campo deberá sin duda recordarse la ya mencionada “*Lex Rodia*” (incorporada en el Digesto) y los modernos principios de las Reglas York Amberes en materia de avería gruesa, cuya base es la equidad de la *Lex Mercatoria*, hoy en su reventar universalizante, al punto que se habla de una Nueva *Lex Mercatoria*. También en relación con la an-

tijuridicidad habrá de pasarse del concepto tradicional de lo ilícito como “lo prohibido” a una visión donde lo importante sea la lesión de intereses, el daño de la víctima, en sí mismo contrario a los valores del Ordenamiento⁷⁹. En este punto cabe reconocer otro acierto del proyecto argentino de 1998.

Algunos otros ejemplos de figuras interesantes del Common Law que conviene repensar además de la citada acción inhibitoria (“injunction”), son los daños ejemplarizantes (“punitive damages”) del Derecho Anglosajón⁸⁰, siendo conscientes de que la función punitiva de la responsabilidad civil no es del todo ajena a nuestro sistema civilista (como lo demuestra la cláusula penal, aunque no haya daño, o como se observa en el campo de la propiedad intelectual, así como con la connotación punitiva de ciertas condenas por daño moral⁸¹). Sería importante tomar en consideración las propuestas lanzadas sobre la indemnización

76 BANCHIO, Enrique Carlos, Principales reformas introducidas en materia de responsabilidad civil. En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 95 YZQUIERDO Tolsada, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea) En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 105. y TORREALBA, op.cit., p. 119

77 V. GOLDENBERG, Isidoro en temas de Derecho Privado, XII, Buenos Aires, 1999, p. 37 y 38.

78 Sobre el resarcimiento equitativo en estos casos v. PUGLIATTI, Responsabilitá Civile, op. cit., p 78. GESUALDI, MARIANA, De la antijuridicidad a las causas de justificación, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 151.

79 LOPEZ CABANA, Roberto M. Illicitud, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 156.

80 Injunction: “A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or injury. A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of an action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter from doing some act which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law. - BLACK’S Law Dictionary. V. HINES CÉSPEDES, César. Virtudes y desafíos de la jurisprudencia de la Sala Primera. Revista Judicial, 101, septiembre 2011.

81 TORREALBA, Responsabilidad Civil, op.cit.,p.41

punitiva⁸² por su función preventiva y ejemplarizante. En ninguna de nuestras leyes aparece tal concepto, por lo que el juez no puede imponer actualmente este tipo de indemnización.

Podríamos, a lo expuesto, agregar una lista interminable de daños de nuestro tiempo, como lo serían los que son resultado de actividades turísticas peligrosas ⁸³, o de actividades deportivas, o los que generan responsabilidad profesional y muchos más.

El proceso de transformación constante de la realidad pronto nos mostrará otros. Por esta razón una nueva normativa no puede ser casuística, sino de principios.

De lo contrario quedaría rezagada al día siguiente de su promulgación. Es en la búsqueda orientadora de estos principios que se encuentran nuestra responsabilidad como juristas, si es que queremos seguir siendo protagonistas (y no meros espectadores) de las transformaciones.

82 ZAVALA-GONZALEZ, Indemnización punitiva, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 188 y ss. PIZARRO, Temas de Derecho Privado, Buenos Aires, 1999, p. 49 PUNITIVE DAMAGES: "Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct of the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong; or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called "punitive" or "punitory" damages or "vindictive" damages." BLACKS' LAW DICTIONARY.

83 Sobre el tema: CARRANZA KOPPER, Esteban., Responsabilidad Civil y Penal en Turismo Aventura. Tesis, U.C.R., San José, 2007.