

APOSTILLAS IUSFILOSÓFICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Autor: [Vigo, Rodolfo Luis](#)

Cita: RC D 50/2012

Tomo: 2009 2 La culpa - II.

Revista de Derecho de Daños

Sumario:

1. La responsabilidad en el Derecho Romano y premoderno. 2. La responsabilidad en el Derecho moderno. 3. "El daño injusto debe ser reparado". 3.1. Razones estrictamente de justicia (o bien común). 3.2. Los derechos humanos. 3.3. Balance. 4. Presupuestos de las alternativas justificatorias axiológicas de la responsabilidad objetiva. 4.1. La razón práctica. 4.2. Superar el juridicismo o la "insularidad" del Derecho (Nino). 4.3. Desbordamiento de las fuentes del Derecho. 4.4. La flexibilización de la "enciclopedia jurídica". 4.5. Los principios en su "edad de oro". 4.6. La relevancia de la jurisprudencia. 4.7. La crisis de la soberanía nacional. 4.8. La relevancia de los hechos. 4.9. La preocupación por la equidad. 4.10. La relevancia de la Filosofía del Derecho. 4.11. La persona humana o el humanismo. 5. Conclusión.

APOSTILLAS IUSFILOSÓFICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Nuestro propósito es concretar una lectura iusfilosófica sobre la responsabilidad civil, pero dado que somos académicamente iusfilósofos y no civilistas es probable que el trabajo resulte para estos últimos algo obvio, impreciso y hasta erróneo, por eso insistimos en el lugar desde donde escribimos y la modestia del propósito. Yendo al objeto del mismo, aclaremos que luego de un rápido rastreo histórico en los modos en que se consagró la responsabilidad civil como los presupuestos teóricos que lo posibilitaron, haremos una opción a favor de aquellos que tienen una noción amplia de la misma con expresa y creciente inclusión de la responsabilidad objetiva, y culminaremos señalando la teoría y noción de Derecho que respalda la alternativa escogida [1]. Por supuesto que estará en este último punto lo que nos parece que podemos decir a los civilistas desde la filosofía jurídica, o sea indicarles desde qué teoría jurídica pueden estar habilitados para argumentar a favor de una responsabilidad civil objetiva por ser más justa, solidaria, humanista, etcétera.

1. La responsabilidad en el Derecho Romano y premoderno

En opinión de un romanista e iusfilósofo francés reconocido como Michel Villey, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa no existió en el Derecho Romano y recién aparece con "el Derecho Civil de los modernos [que] ha sido refundado como una prolongación de la moral", incluso "la palabra responsabilidad que ha tenido tanto éxito en la doctrina jurídica contemporánea, falta en el Derecho Romano. Ella no aparece en las lenguas europeas más que a fin del siglo XVIII y su verdadera carrera no comienza sino en el siglo siguiente", concluyendo: "el leitmotiv del régimen romano de reparación de los daños no es la culpa, sino la defensa de la justa repartición respecto de los bienes adjudicados entre las familias; de un justo equilibrio (suum cuique tribuere-æqualitas) [...] Cuando acaece una ruptura de este equilibrio, un perjuicio contrario al derecho y a la justicia (dammun injuria datum), entra en juego, entonces la justicia llamada correctiva cuya función será reducir el desequilibrio [...] poco importa que el desorden a corregir esté o no precedido de una falta" [2]. En el Derecho Civil argentino, ha sido Mosset Iturraspe una voz señera y autorizada que avala aquella interpretación villeyana, distinguiendo entre las siguientes perspectivas en materia de responsabilidad:

a) La clásica, adoptada por los juristas romanos, que ve en el daño la ruptura del equilibrio

entre las personas, y, en su reparación, la vuelta a la justicia; b) la moderna, desarrollada a través de los siglos XVII, XVIII y XIX, receptada por el Code Civil, que incorpora elementos morales apelando a la idea de culpa, y c) la actual, elaborada en la segunda mitad del siglo XX, que es la responsabilidad del daño fundada en la imputabilidad objetiva con base en el riesgo creado o en el deber de garantía [3] [4] .

2. La responsabilidad en el Derecho moderno

Vélez, siguiendo el modelo adoptado por el Código francés, consagra el principio medular de que sólo habrá acto ilícito punible si al agente se le puede imputar dolo, culpa o negligencia (art. 1067), así la obligación de reparar un perjuicio aparece cuando se ejecuta un acto que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro (art. 1109), de ese modo, frente al acto inculpable, no hay obligación de responder por el daño producido. En la doctrina civil argentina uno de los defensores destacados de esa tesis ha sido Jorge Llambías: "El principio señero del orden jurídico, según el cual no hay responsabilidad sin culpa ha sido elaborado por la Ciencia del Derecho luego de largo proceso [...] la necesidad de la culpa como requisito genérico de responsabilidad, es una exigencia de justicia con respecto al responsable [...] no basta la simple voluntariedad del obrar para que ya, por ello surja la obligación de reparar el daño que se pueda haber causado y la consiguiente responsabilidad del agente [...] si bien el agente puede aparecer como autor material de un daño, no es el autor moral de ese daño, y falla, entonces, la razón suficiente para hacerlo pasible de una sanción [...] Una concepción de la responsabilidad que se caracteriza por ese vaciamiento del aspecto espiritual de la actividad humana, es francamente regresiva, puesto que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral, del orden jurídico. Ella estimula, insensiblemente, una comprensión del orden jurídico que lo convierte en una física de las acciones humanas y favorece sin que se lo haya advertido, una organización social desentendida de preocupaciones morales" [5].

3. "El daño injusto debe ser reparado"

Simplificando las alternativas precedentes y reduciéndolas a posiciones extremas, no tenemos dudas en compartir el punto de vista planteado por Mosset en el sentido de favorecer la incorporación y potenciación de la responsabilidad objetiva, pero nuestro propósito -como se anticipó- es delinear un enclave axiológico de la misma y la necesidad consiguiente de contar con una teoría que la posibilite y sustente. La tesis central que se defenderá es suficientemente conocida: si alguien sufre un daño injusto y que carece de justificación racional, tiene, consiguientemente, el derecho a ser reparado o compensado. Esa exigencia o principio es de antigua prosapia en el Derecho, que se remonta a antecedentes muy remotos como el Código de Hammurabi, pero bastaría en ese terreno simplemente con recordar una vez más la opinión de Ulpiano: *Iuris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (Digesto,1,1,10,1). Hay una íntima conexión entre el *ius suum* y el *næminem lædere*, en tanto el reconocimiento de lo que le corresponde a cada uno conlleva que el o los otros tengan que respetarlo y no dañarlo. La evidente validez jurídica intrínseca del principio de no dañar a otro es corroborada en el Derecho argentino por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y esta exigencia, como lo ha reconocido la misma Corte nacional, es transversal o se proyecta sobre todo el Derecho vigente, y no sólo sobre el Derecho Civil. Si quisiéramos ser algo más precisos, diríamos que aquél es un principio intrínseco -un principio universal o sistemático- al Derecho en tanto procura preservar lo justo, o sea lo que le corresponde a cada uno, y cumple la tarea de principio ("arje" en Aristóteles) en tanto el Derecho comienza en el mismo; ahí está uno de los orígenes de donde deriva la existencia o la creación del Derecho en la sociedad, y a donde corresponde ir a fin de conocer lo que llamamos Derecho. Ello se pone aún más de manifiesto cuando suponemos un Derecho que ignore totalmente aquel principio, o sea, donde resulte autorizado o irrelevante jurídicamente dañar al otro, pues las reglas de ese pretendido sistema jurídico no habrían logrado configurarse como tales [6] En consonancia con esta perspectiva, Karl Larenz no duda en identificar dentro de su Derecho justo (cuando está justificada su pretensión de ser obedecido) a los "principios de responsabilidad por daños" basados en la "idea de una justa compensación del daño o de un justo reparto de determinados riesgos de daños" [7]. Un modo de acreditar que el principio de prohibición de dañar a otro es intrínseco al Derecho puede ser apelar a la autoridad de un autor como John Rawls, quien, no obstante su enclave filosófico "constructivista", no duda en llamar "deberes naturales" a los de ayuda mutua y al de no dañar o perjudicar a otro. Y lo justo o lo que le corresponde a cada uno

puede ser asimilado raigal y en última instancia a los derechos humanos, constituyendo éstos el núcleo de juridicidad primero y universal, que luego es necesario proyectar en tiempo y espacio según la prudencia del constituyente, legislador, juez, etcétera. El Derecho es un esfuerzo humano sobre la vida social, cuyo sentido es posibilitar históricamente que aquella juridicidad no sea violentada sino respetada y potenciada, y por ese camino lograr la mejor convivencia. Hay un amplio margen para esa concreción o determinación en tiempo y espacio, pero de todas maneras esa discrecionalidad tiene límites razonables insuperables si se pretende crear un Derecho plenamente válido. Siguiendo a Aristóteles, puede advertirse que el Derecho no es una realidad para ser contemplada como en el orden teórico; tampoco está en el plano productivo o técnico, en donde importa fabricar objetos para que las cosas ganen en utilidad; menos aún es el Derecho un orden lógico que la razón pone en actos para el logro de su operación específica; más bien, el Derecho pertenece al campo del obrar humano en tanto consiste en un orden que la razón determina para ese obrar a fin de promover la justicia en la sociedad o su bien común. Así el Derecho tiene por objeto lo justo, o sea lo debido al otro, de manera que reclama ajustar nuestra conducta a los títulos o a lo que le corresponde al otro, más allá de que eso que le corresponde le haya sido atribuido por su mera condición humana o por acuerdo o decisiones autoritativas. En esa perspectiva, el concepto del Derecho no es ni equívoco ni unívoco sino analógico, en tanto es posible reconocerlo en distintas realidades y con distintas intensidades desde aquello que constituye o expresa claramente lo que él significa hasta ejemplares inmaduros, incompletos o hasta frustrados y abortados. Para explicar esa analogía en el Derecho vigente Giuseppe Graneris apela a la metáfora de una esfera en donde es posible reconocer en su núcleo una juridicidad sólida y firme, mientras que hacia la superficie la juridicidad va perdiendo solidez y gana el Derecho en formalidad; de ese modo, lo que se quiere subrayar es que la juridicidad se ofrece con mayor o menor claridad y que se constata una juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras o procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente a algo estrictamente jurídico). Dado que hemos optado por una teoría de la responsabilidad civil en función de argumentos axiológicos, quisiéramos ahora avanzar en estos últimos.

3.1. Razones estrictamente de justicia (o bien común)

Hay que recordar que la filosofía jurídica clásica (Aristóteles y Tomás de Aquino) difundió la clásica división entre justicia general y justicia particular que ha sido interpretada de distintas maneras. Precisamente, el filósofo del Derecho oxoniense John Finnis [8] se encarga de criticar una lectura muy extendida de los textos tomistas que atribuye a Cayetano, y según la misma cabe distinguir tres especies de justicia: la legal que orienta a las partes o ciudadanos respecto del todo o Estado; la distributiva, orienta al "todo" respecto a las partes o ciudadanos, y la conmutativa que orienta a las partes o ciudadanos entre sí. Es que el profesor de Oxford descarta la "confusa" denominación de justicia legal y prefiere hablar -con resonancia aristotélica- de justicia general, especificando que todas sus exigencias "son específicamente exigencias o de la justicia distributiva o de la justicia conmutativa o de las dos" [9]. En definitiva, para Finnis "la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común"; dicho de otra manera y más específicamente: "los problemas para hacer realidad el bien común mediante un conjunto coordinado de condiciones para el bienestar individual en una comunidad" [10] se pueden agrupar en dos tipos: a) Problemas de justicia distributiva, consistentes en la distribución de recursos, oportunidades, beneficios, cargos, responsabilidades, impuestos y cargas; o sea, aquí el objeto es que hay que asignar a individuos particulares "el acervo común y los inconvenientes de la empresa común" para que de ese modo sirvan al bien común, y b) problemas de justicia conmutativa, también relacionados con lo que se requiere para el bienestar individual en la comunidad pero que surgen en un sentido amplio en las relaciones y los tratos entre individuos y/o entre grupos (no limitada a la corrección o a las transacciones voluntarias o de negocios). En materia de justicia distributiva se detiene Finnis a modo de ejemplo en el tema de la propiedad privada, destacando que "el dueño tiene, en justicia, deberes no del todo diferentes de los de un propietario fiduciario en el Derecho continental (un 'trustee' en el Derecho inglés). Puede cumplirlos de varias formas [...] Cuando los propietarios no cumplan estos deberes, o no puedan coordinar efectivamente sus respectivos esfuerzos para cumplirlos, entonces la autoridad pública puede con razón ayudarles a cumplirlos diseñando y aplicando sistemas de distribución, e.g. mediante tributación redistributiva con propósitos de bienestar social, o mediante alguna medida de expropiación" [11]. Insiste Finnis en que la distinción entre justicia

distributiva y conmutativa es para facilitar el análisis, pero muchas acciones son reguladas por ambas, e incluso puede haber dudas acerca de a cuál remitirla como ocurre en "el Derecho moderno sobre responsabilidad civil por lesiones personales no intencionadas", y "el Derecho moderno sobre la imposibilidad de cumplir los contratos (frustration of contract)". Al hilo del análisis de la justicia y para probar la superposición entre la justicia conmutativa y distributiva, Finnis analiza el Derecho común de Daños en el sistema anglosajón (common law of torts) que en su perspectiva actual intenta responder puntualmente a "¿cómo debieran repartirse los riesgos de la vida común, especialmente los riesgos de esas empresas tan esencialmente colaborativas como los viajes y el tráfico por las calles?", a lo que contesta: "El daño a uno de los participantes se considera entonces como una pérdida incidental que ha de ser contrastada con los beneficios que resultan para todos los que participan en esta esfera de vida común", y terminantemente concluye que "la cuestión de si el daño fue causado por alguna culpa llega a ser sustancialmente irrelevante" [12]. Un extenso análisis concreta Finnis en materia de "quiebras" para comprobar el entremezclado de pretensiones de justicia conmutativa de los acreedores sujetas a principios de justicia distributiva. También el profesor de Oxford se detiene en mostrar la justicia conmutativa en ámbitos tales como el "deber de cuidado" identificado en el moderno Derecho de Daños entre un individuo y muchos individuos más o menos determinados, o en las relaciones entre individuos y las autoridades gubernamentales. La apelación insistente al "bien común" desde la autoridad de Finnis (que llega a reconocer su posible identificación con el "bienestar general" o el "interés público") me parece que cubre ciertos prejuicios que a veces aparecen respecto a ese concepto (es que algunos autores lo han criticado por asimilarse en exceso a planteos liberales) [13], pues recordemos que una de las nueve exigencias de la razonabilidad práctica finnisiana es precisamente "favorecer y promover el bien común" (common good), pero ello no implica que los miembros de una comunidad tengan todos los mismos valores u objetivos, sino sólo supone que hay "algún conjunto (o conjunto de conjuntos) de condiciones que es necesario conseguir si cada uno de los miembros ha de alcanzar sus propios objetivos". En perspectiva finnisiana no hay un plan de vida razonable que el Estado debiera procurar para que sus ciudadanos se comprometieran; sin embargo, el bien común es incompatible con ciertos tipos de ordenaciones políticas, legislativas o institucionales. No obstante que el bien común se constituye en una razón para colaborar entre los miembros de una comunidad, sería "desastroso" que en aras de aquél se absorba por completo al individuo. En una comunidad política, orientada a ayudar a sus miembros a ayudarse a sí mismos, rige el principio de subsidiariedad, porque, no obstante que cualquier asunto humano cae dentro del ámbito del bien común, resulta decisivo tener en cuenta que el bien común tiene por objeto central "asegurar todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tienda a favorecer la realización por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal" [14]. En relación con la Filosofía del Derecho realista clásica que inspira a Finnis, hay que tener presente que la razonabilidad práctica no sólo permite identificar los siete bienes humanos básicos (vida, amistad, juego, razonabilidad práctica, conocimiento, experiencia estética y religiosidad) por medio de una elemental "experiencia humana", sino que ella queda habilitada para proyectar en tiempo y espacio las exigencias más concretas que permiten el acceso a aquéllos. Esos bienes (basic values) son "las formas básicas del bien humano" comprometidas en una realización humana plena" (human flourishing) y constituyen "el sustrato valorativo de todos los juicios morales" [15]. Una pieza clave de la misma filosofía que inspira al profesor de Oxford es precisamente la prudencia, en tanto es un saber que al modo de un puente une exigencias universales con las circunstancias contingentes por donde transita la vida de todo humano, y de ese modo se evita un discurso universalista o "principalista" sin historia, y también un "casuismo" sin criterios generales para conducirse en la contingencia. El Derecho es fruto de un saber prudencial pero no tiene por objeto hacer directa y simplemente buenos a los hombres, sino su propósito prioritario es hacer buenos ciudadanos, y en esa sintonía el Derecho debe prohibir las conductas más relevantes para afectar la vida social o de los otros, atendiendo al tono moral de esa sociedad y haciendo un balance de perjuicios y beneficios sociales. Una vieja enseñanza de la filosofía moral clásica es precisamente que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Por supuesto que es posible proponer lecturas del bien común en claves individualistas y en claves colectivistas o totalitarias. Para las primeras, desde la comprensión de la sociedad como sólo suma o agrupamiento de individuos y una mirada desconfiada de cualquier autoridad política, se concluye que en el mejor de los casos el bien común no es más que la mera suma de bienes individuales. Las concepciones colectivistas incurren en el error opuesto a las individualistas, la sociedad llega a constituirse en un "todo sustancial" que termina fagocitando

a sus miembros y a sus respectivos bienes. El bien común en clave personalista [16] reconoce que no hay otro bien en sentido estricto que el de los individuos de carne y hueso, pero éstos necesitan de los otros en orden a lograr bienes que solos no podrían lograr o lograrían de manera menos completa, y además pueden posibilitar que los otros alcancen sus respectivos bienes. La sociedad carece de una subsistencia propia e independiente fuera de la de sus miembros, su realidad es una "unidad de orden" que se realiza en el plano del obrar. Análogamente puede pensarse en el "bien común" alcanzado en una clase, pues él está posibilitado por el aporte de alumnos y profesores, unos y otros deben obrar en un cierto sentido coordinado para alcanzarlo, y cuanto más calidad aporten individualmente mayor riqueza y beneficio habrá para todos, pero finalmente son ellos los que pueden disfrutar los beneficios comunes que resultan de esa cooperación y aporte individual. De ese modo, el bien común es posibilitado y usufructuado por los que forman esa comunidad, y al respecto podemos distinguir (Casaubón) [17]: a) Bienes comunes participables, que pueden ser disfrutados por cualquier número de personas sin que los mismos se dividan o aminoren (p. ej., la belleza de un paisaje natural); b) bienes colectivos, que por ser materiales, al ser disfrutados por todos sin recibirlo en propiedad, puede que el disfrute de algunos afecte al de otros (p. ej., un río), y c) bienes distribuibles, que se dividen y distribuyen conforme a justicia entre sujetos y grupos supliendo insuficiencias de los mismos (p. ej., fondos públicos).

3.2. Los derechos humanos

Hemos intentado desarrollar en el punto anterior una línea de justificación de la responsabilidad objetiva desde el bien común, o sea, la circunstancia de ser miembro de una determinada sociedad impone deberes de justicia hacia los otros -que resultan independientes de las faltas o culpas- y entre ellos está el de abstenerse de generarles daños. Pero pensamos que es posible construir otra línea de justificación a partir de los derechos humanos en tanto se los entienda como un ámbito específico y particular de exigencias ético-jurídicas indisponibles que todos -autoridades y ciudadanos- deben respetar. Es cierto que para algunos no hay diferencias relevantes entre esas realidades, así piensa precisamente John Finnis en tanto los derechos humanos expresan "las exigencias de la justicia" o representan "una forma de esbozar los contornos del bien común [...] una expresión enfática de lo que está implícito en el término de bien común", y recordemos que para el profesor oxoniense el bien común "es el objeto de toda justicia" y el "sendero común" que persigue el Derecho [18]. Sin embargo, los autores llamados "neoconstitucionalistas" [19] han apelado a los derechos humanos para reconocer límites al Derecho positivo y para posibilitar desde ellos las mejores respuestas jurídicas desde el punto de vista moral, de la corrección o la justicia. Un ejemplo de las posibilidades de ese camino puede ser la teoría discursiva dialógica del profesor Robert Alexy [20], de la Universidad de Kiel, quien con base en Kant y la pragmática formal (trascendental o universal, en consonancia con Apel y Habermas, respectivamente) configura una de las propuestas iusfilosóficas más interesantes de la actualidad. El punto de partida del profesor de Kiel reside en que la forma de vida humana más elemental y universal supone recurrir a "aserciones" (Behauptungen), o sea "actos de habla con los cuales se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección", y la consiguiente disposición de quien ha hecho una afirmación a sostenerla discursivamente en orden a su "corrección" en caso de que alguien lo impugne o lo ponga en duda. El Derecho es una respuesta a ciertas debilidades que acompañan al diálogo discursivo, en primer lugar por medio del mismo se garantiza alcanzar una respuesta a la pregunta en debate racional; en segundo lugar, el Derecho procura asegurar por la coacción el respeto de la respuesta alcanzada, y, en tercer lugar, el Derecho afronta el problema de la organización que resulta de que numerosas exigencias morales y fines extremadamente valiosos no pueden llenarse suficientemente o alcanzarse sólo a través de acciones individuales o de cooperación espontánea (un ejemplo alexyano al respecto es el subsidio a desempleados o la ayuda a un pueblo indigente). Alexy sintéticamente expresa ese desarrollo: "el discurso necesita del Derecho para alcanzar la realidad, y el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad" [21]. En ese marco la libertad y la igualdad son constitutivas de la teoría del discurso, y ésta pone de manifiesto su carácter universalista al reclamar el derecho de cada uno de participar en el discurso con libertad e igualdad. La autonomía -que en Alexy es el uso de la libertad- obra en dos direcciones, pues refiere tanto a la autonomía privada como a la pública, y mientras aquélla trata de la elección individual acertada y la realización de una concepción personal del bien, el objeto de la autonomía pública es la elección en común con otros y la realización de una concepción política de lo justo y lo bueno. Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver los problemas

prácticos (políticos, morales o jurídicos) debe aceptar los derechos de libertad e igualdad, o quienquiera que guíe el discurso sin esa motivación, pero que pretenda legitimidad a través de argumentos, tendrá que simular tales intereses y aceptar esos derechos humanos. Precisa el profesor alemán que hay derechos humanos absolutos y relativos: los primeros son derechos que tienen todos frente a todos (el derecho a la vida es un ejemplo) y los segundos son derechos que todos los miembros de toda comunidad jurídica tienen en su comunidad (el derecho de elegir puede ser un ejemplo de esos derechos humanos relativos). "Tanto los derechos humanos absolutos como los relativos son -afirma Alexy- derechos suprapositivos o morales. Una Constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados" [22]. En perspectiva alexyana, los derechos humanos se definen por cinco notas: 1) universales; 2) fundamentales; 3) abstractos; 4) morales, y 5) prioritarios ("no podrían ser derogados por normas de Derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado") [23], y a la hora de la fundamentación de los derechos humanos no duda en recurrir a una "metafísica constructiva, racional y universal". Alexy auspicia una Constitución que incorpore el "Derecho racional de la modernidad" o los "principios fundamentales del Derecho natural y racional de la moral moderna del Derecho y del Estado", es decir: dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social [24]. Por otro lado, el profesor de Kiel ha llegado a ser más detallista respecto de esos derechos humanos que resultan "discursivamente necesarios" supuesto el interés en la corrección y la teoría discursiva: así indica que entre ellos "se cuentan, por lo menos, el derecho a la vida y a la integridad física y, además, los derechos a la personalidad, a la libertad básica de la acción, a la libertad de religión, de opinión y de reunión, de ejercicio de la profesión y de propiedad, al tratamiento básicamente igual y a la participación en el proceso de formación de la voluntad política. Además probablemente entre esos derechos se cuentan derechos sociales fundamentales mínimos tales como el derecho a un mínimo vital" [25]. Al margen de esa enunciación detallada o ejemplificativa, cabe señalar que "el núcleo de los derechos fundamentales se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad; todos los demás derechos fundamentales son, o bien casos especiales de estos dos derechos, o bien medios necesarios para producir y asegurar un grado suficiente de libertad e igualdad reales, esto último vale, por ejemplo, para el caso del derecho al mínimo vital" [26]. Frente al problema de hasta dónde puede avanzar el Derecho sobre los ciudadanos, la conclusión alexyana es que está protegido el ámbito de la "moral personal" (¿cómo quiero vivir? o ¿qué es lo bueno para mí?) y reconoce como límite de la misma a la moral pública, o sea: "aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello" [27]. Como vemos, una matriz de derechos humanos tan pretenciosa como la de Alexy, que llega a constituirse en un límite moral para el surgimiento del Derecho (recordemos el límite que supone: "frente a la injusticia extrema no hay derecho"), abre la puerta para reivindicar en su nombre muy variados reclamos, que en definitiva rompen con una visión individualista, no solidaria o no igualitaria. Advertimos por nuestra parte que hablar de derechos humanos implica la posibilidad de reclamar a alguien -determinado o indeterminado- para que concrete en última instancia -con mayor o menor eficacia operativa- una cierta acción (derechos-reclamo) o una cierta abstención (derechos-libertad). No ignoramos posiciones teóricas que rechazan ese paralelismo entre derechos y deberes, pero nos parece que basta en esta oportunidad con argumentar desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su status constitucional cuando en su Preámbulo se consagra: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad", y cuando en su artículo 28 se establece que "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático". Por otro lado, recordemos que la lógica que acompaña a los derechos humanos es de una creciente "especificación" (Bobbio) [28] dado que se fueron determinando con mayor concreción respecto a formulaciones abstractas o universales como la del "hombre" (p. ej., al focalizarse en la protección de las mujeres o los niños) o la de la "libertad" (proyectada en libertad de conciencia, de opinión, de reunión, etc.). Asimismo, entre las pautas interpretativas [29] consolidadas en la jurisprudencia y doctrina respectiva están al menos las siguientes: a) En caso de duda debe optarse (en base al art. 29 del Pacto de San José) no sólo por la existencia del derecho humano sino también por su mayor extensión; b) la

consolidación y progresividad, en el sentido de que una vez reconocido un derecho queda incorporado de manera definitiva al Derecho vigente y ya no es posible su eliminación, y c) el alcance extensivo y omnicompreensivo que cabe brindar a los deberes que asume el Estado respecto a los derechos humanos, que incluyen: la obligación de todas las autoridades públicas de respetarlos; adoptar las medidas para hacerlos efectivos y el acceso de todos al ejercicio de los derechos humanos. Por supuesto que hay otros autores neoconstitucionalistas que formulan una teoría de los derechos humanos suficientemente amplia como para permitir proyecciones justificatorias en el terreno de una "responsabilidad civil" que no requiera de "culpa". Entre las teorías que ofrecen esa posibilidad está la post-positivista de Luigi Ferrajoli, en particular, su filosofía política o de la justicia como "doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales" [30], proponiendo al respecto cuatro criterios axiológicos ("todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio"): igualdad, democracia, paz y ley del más débil (frente a quien es más fuerte físicamente, políticamente, económica y socialmente). Para el profesor italiano, el futuro del paradigma garantista o constitucional deberá transitar por un triple andarivel: "hacia un constitucionalismo social, sumado al liberal, hacia un constitucionalismo de Derecho Privado, sumado al de Derecho Público y hacia un constitucionalismo internacional, sumado al estatal" [31]. También correspondería recordar la teoría de Carlos Nino, y con respecto al "liberalismo igualitario" de este último limitémonos a recordar que propone una "expansión de la autonomía de los individuos" mediante la provisión de recursos que alienten una igualdad en su posesión, "compensándose con recursos sociales" [32].

3.3. Balance

Compartimos el punto de vista que en última instancia argumenta desde la justicia (bien común) o los derechos humanos para respaldar raigalmente la superación de una responsabilidad civil circunscripta a la culpa. Ambos caminos -sin perjuicio de que algunos lo identifican- confluyen en reivindicar una mirada sobre el hombre no librada a su suerte, habilidad o capacidad sino comprometida con su dimensión social y respecto a su indisponible dignidad por parte de autoridades y conciudadanos. La sociedad no puede ser ajena a lo que le pasa a sus integrantes, más bien, tiene que asumir un compromiso activo en que hay cuestiones que están decididas (Ferrajoli) y que constituyen una especie de "coto vedado" (Garzón Valdés) para las autoridades y los otros. Individuo y sociedad se reclaman y necesitan; por eso, que alguien dañe lo que le corresponde a otro supone una injusticia y una afectación finalmente al bienestar común. En cuanto a clasificaciones y elementos integrativos de un Derecho hay muchas teorías, pero en esta oportunidad nos basta con la propuesta de Alan Gewirth quien identifica un derecho con la siguiente fórmula: "A tiene derecho a X frente a B en virtud de Y" [33], de esa manera se comprueban cuatro elementos: a) Un sujeto titular del derecho; b) aquello que constituye el objeto del derecho y que en última instancia es una acción, omisión o dación; c) el sujeto deudor que es sobre el que pesa satisfacer el derecho, y d) la razón justificatoria o el fundamento del derecho, y aquí en el título del derecho se podrá encontrar directa o indirectamente la presencia del bienestar o interés social. Los derechos humanos reflejan un nivel de la conciencia ético-jurídica y su relevancia está en la inalienabilidad de los mismos; ellos son reflejo de lo justo o lo que le corresponde a cada uno radicalmente y, por ende, un "daño civil" puede ser reconstruido como una afectación -directa o indirecta- a algunos de aquéllos. Pero por otro lado, el "bien común" resulta incompatible con la injusticia que supone que algunos de sus integrantes se vean perjudicados sin justificación racional en aquello que les corresponde. Cualquier daño no reparado y sin justificación racional es una injusticia que afecta a alguien en particular y a la sociedad en general. En el reclamo por el respeto de un derecho humano no sólo está presente su directo beneficiario sino también el bien de la comunidad a la que pertenece. Dicho lo mismo en negativo: cuando se le niega a alguien un derecho humano o se permite que no se lo respete en lo que le corresponde, el perjuicio también lo padece en mayor o menor medida la sociedad y su bienestar. La calidad ético-jurídica de una sociedad y sus autoridades también puede medirse por el nivel de respuesta frente a los daños injustos, en tanto esa preocupación implica interesarse por los que los padecen y por la sociedad.

4. Presupuestos de las alternativas justificatorias axiológicas de la responsabilidad objetiva

Hemos analizado en el punto inmediato anterior que es posible delinear una fundamentación de dicha responsabilidad civil apelando a la justicia del bien común o a los derechos humanos, pero lo que corresponde advertir ahora es que transitar con coherencia por algunas de esas alternativas supone ciertos compromisos teórico-jurídicos ineludibles. Precisamente nos proponemos indicar a continuación algunos de ellos.

4.1. La razón práctica

Recordemos que ésta supone que el hombre puede "conocer" cuál es la conducta correcta, buena o justa por la que corresponde optar. De ese modo, hay no sólo una razón idónea para describir y alcanzar juicios con certeza absoluta o apodíctica que son propios del saber teórico, sino que esa misma razón está capacitada para proyectarse al campo de la praxis humana y discernir aquellas que son las mejores en tanto son las buenas, justas o correctas, aun cuando la certeza de estos juicios implique estar dispuesto a reconocer excepciones al conocimiento alcanzado en general. En el campo de la teoría jurídica se comprueba que la exégesis francesa alentó el "iuspositivismo ideológico" (Bobbio) en tanto no había más justicia o equidad que lo establecido en la ley dado que la voluntad general no podía equivocarse y, consiguientemente, no correspondía ni criticarla ni cuestionarla sino aplicarla mecánica y dogmáticamente. Luego el "iuspositivismo metodológico" se construyó en base a la distinción entre Derecho y Moral; por ende, el jurista debía limitarse a describir el Derecho que "era" y no confundir esa tarea con la valoración o la definición de cómo pretendía que fuera el Derecho. La autoridad del círculo de Viena ya en el siglo XX identificó dos caminos para el conocimiento: el de los juicios a posteriori o verificables (p. ej., los de la física) y el de los juicios apriorísticos o tautológicos (lógica y matemática), por ende, el mundo de la ética, los valores o la justicia quedaban confinados al ámbito de lo irracional, subjetivo o emocional. No olvidemos que autores como Kelsen o Ross adscribieron a ese escepticismo ético o emotivismo axiológico, desde donde se explica la afirmación de la teoría pura de que "la justicia era un ideal irracional". Por supuesto que postular una responsabilidad civil objetiva en base a la justicia o los derechos humanos sólo cabe si al mismo tiempo hay confianza en que la razón pueda escoger entre esas alternativas conforme a criterios axiológicos. Es cierto que se habla de que a partir de la década de los 70 la Filosofía asiste a una "rehabilitación de la razón práctica", sea con base aristotélica o apelando a Kant, pero lo que corresponde tomar conciencia es que si se remiten los juicios axiológicos al campo de lo irracional o lo meramente subjetivo, ya no es posible hilvanar un discurso racional en ningún terreno de las conductas aduciendo que son las más correctas o mejores. Desde el irracionalismo, subjetivismo o emotivismo ético o axiológico, uno sólo puede pronunciarse en relación con lo que le gusta o cree, pero no es posible un diálogo racional en donde se intercambien posiciones avaladas por argumentos y contraargumentos. En síntesis, si pretendemos hacer apelaciones racionales invocando la solidaridad, la justicia, el humanismo o los derechos humanos, hay que dejar atrás aquellas convicciones escépticas que hizo suyas Kelsen y el iuspositivismo más estricto. Precisamente un iuspositivista coherente no cede a la tentación ni siquiera de los derechos humanos cuando se los enarbola con pretensiones racionales, y buen ejemplo de ello lo constituye Eugenio Bulygin [34], quien inequívocamente afirma la incognoscibilidad de los mismos desde su perspectiva epistemológica neopositivista lógica o analítica.

4.2. Superar el juridicismo o la "insularidad" del Derecho (Nino)

Una de las tesis innegociables del iuspositivismo jurídico que nutrió la enseñanza del Derecho según los moldes del Estado de Derecho Legal decimonónico fue la tajante separación entre el Derecho y la Moral, la economía, la política, etcétera. El paradigma de saber jurídico auspiciado era que su objeto lo constituían las normas jurídicas y, consiguientemente, no le era exigido ningún saber proveniente de las otras dimensiones de la vida social. Una lectura originada en Kant defendía tajantemente la separación entre Derecho y Moral en base a los criterios de heteronomía-autonomía, coercibilidad-incoercibilidad y bilateralidad-unilateralidad. En esa misma sintonía, la teoría pura del Derecho constituye un ejemplo extremo de ese juridicismo, en tanto la ciencia jurídica busca depurar el Derecho no sólo del orden del ser o la naturaleza, sino también del mundo de los valores. La experiencia en la enseñanza del Derecho en nuestras facultades confirma que al alumno lo que se le pide es que memorice ortodoxamente el texto de las normas legales, y se evitan las conexiones con saberes no jurídicos a los que se ve fuertemente devaluados o distantes como la economía, la sociología, la política, la moral, etcétera. Carlos Nino [35] ha denunciado de manera muy persuasiva la irrelevancia de esa ciencia iuspositivista al estilo de la propuesta por Kelsen, Ross, Bulygin o

Alchourrón, en tanto implicaba un esfuerzo que finalmente concluía sin proyecciones prácticas dado que le estaba vedado introducirse en valoraciones o propuestas de lege ferenda. Es interesante comprobar aquella crítica a la luz del análisis kelseniano de la responsabilidad reducido a lo que eventualmente disponga como sancionable la norma jurídica pertinente [36]. Una buena expresión de dónde está hoy y cuánto ha quedado superado ese decimonónico juridicismo es el artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en donde se consigna que los jueces al resolver deben tener "presente el trasfondo humano de dichos conflictos" y "procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables". Por supuesto que el campo de la responsabilidad civil ha sido propicio para que abordajes como el de la escuela del análisis económico del Derecho llegaran al extremo de absorber lo jurídico en función de lo económico. Más allá de esas perspectivas extremas, lo cierto es que la temática que estamos analizando resulta inviable con fidelidad juricista atento a que su problemática y propuestas jurídicas necesariamente deben computar dimensiones "impuras" del Derecho.

4.3. Desbordamiento de las fuentes del Derecho

Éste es el título de una obra de Perez Luño [37] que describe el impacto de confusión y desorientación que le produciría a un jurista formado en el siglo XIX el panorama actual de los lugares adonde van a buscar las respuestas jurídicas los juristas. Tengamos presente que los Libros Primeros de los Códigos Civiles fueron los encargados de definir aquellas fuentes en base a una nómina exhaustiva y jerárquica en tanto ellas eran básicamente dos: la ley y la costumbre, y ésta sólo se admitía en la medida que se tratara de la costumbre "interpretativa" y "supletoria" de la ley. Es evidente que hoy las "normas" y "principios" que fundan jurídicamente las decisiones judiciales revelan una riqueza de fuentes realmente notable, incluso ha sido objeto de críticas muy variadas no sólo el esquema hidrológico imaginado por Savigny sino la enseñada distinción entre fuentes formales y fuentes materiales. Es que frente al recurso que hizo la Corte nacional en "Priebke", proponiéndonos su mayoría abrir los tipos penales con el *ius cogens*, puede advertirse que ésta fuente es muy "desbordante" en tanto ella no sólo no ha sido escrita ni publicada en el Boletín Oficial sino que no tiene un contenido canónico. También es desconcertante para una matriz decimonónica cuando uno piensa, además de en nuestro artículo 33 de la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos, confirmando en ambos casos la ausencia de una nómina exhaustiva de los mismos y, consiguientemente, conceden implícitamente la facultad de derivarlos de la moral, el orden público, la dignidad humana, etcétera. Las propuestas doctrinarias que intentan reconstruir ese concepto y nómina de fuentes del Derecho son variadas, e incluso se han suscitado en el mismo seno del iuspositivismo en autores como Kelsen o Ross. Por supuesto que las teorías iusnaturalistas invocando la realidad o la naturaleza de las cosas también se han sumado a esas críticas. Pero quizás un modo útil, aunque algo exagerado, de mostrar nuevas propuestas en ese terreno de las fuentes del Derecho, resulte apelar al autor escandinavo Aulis Aarnio [38], quien termina asimilándolas con los argumentos (elaborados y respaldados por la razón) que usan los jueces para dictar sentencias válidas. De ese modo, más allá de que puede haber teorías generales en el tema, lo cierto es que cada sistema jurídico define a través de sus tribunales y sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada su respectiva nómina, y así hay países donde los textos sagrados pueden llegar a ser fuentes del Derecho en sentido estricto. En sintonía con esta propuesta, a la pregunta de si en la Argentina son fuentes del Derecho las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe responder afirmativamente después del fallo de la Corte nacional en "Ekmekdjian contra Sofovich". Pasando a la responsabilidad civil, no caben dudas del provechoso uso que hicieron la doctrina y la jurisprudencia de otras fuentes del Derecho -además de la ley- a fin de configurar el rico y actual Derecho de Daños.

4.4. La flexibilización de la "enciclopedia jurídica"

Los planes de estudios de las facultades de Derecho tomaron como base a los Códigos y sus respectivos Libros, y además se utilizó con confianza el modelo que agrupaba las materias en Derecho Público y Derecho Privado. Por supuesto que en la matriz decimonónica europea, hija de la Revolución Francesa, eran las ramas del Derecho Privado a las que se les reconocía más relevancia e importancia. A los juristas y estudiantes de Derecho se los alentaba para que finalmente optaran por algunas de las materias estudiadas y se convirtieran en especialistas, así los verdaderos juristas lo eran en tanto fueran civilistas, comercialistas, penalistas, administrativistas, etcétera. Una de las obsesiones típicas de los profesores, forjadas según la

epistemología de base kantiana, era lograr mostrar que su materia fuera una verdadera ciencia, con un objeto material totalmente diferenciado y un enfoque especial. En ese esfuerzo por la especialización recordemos que también se proponía que se escogiera entre el ámbito del Derecho sustantivo o el del Derecho adjetivo. Por supuesto que en aquel autismo de ramas cada una elaboraba su propio aparato conceptual, y así nos encontramos con términos iguales que según las ramas eran definidos de manera totalmente autónoma y hasta contradictoria. Sin embargo, hoy lo que se observa es una extendida y profunda crisis de aquella enciclopedia fundada en los Códigos, y un buen terreno para comprobarla es -entre otros- precisamente el de la responsabilidad civil donde son muchos los que cuestionan las clasificaciones, hasta hace poco inmovibles, como la responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidad civil y comercial, culpa de abstención y culpa de comisión, daño patrimonial y daño moral, etcétera. Es que la constitucionalización impregna a todo el ordenamiento jurídico y en consecuencia unifica análisis y terminología. Pero más allá de ese saludable proceso, estimamos que resulta imprescindible e insoslayable para cualquier jurista comenzar por el sustantivo "Derecho" apropiándose de una determinada teoría a fin de que luego haga con coherencia, solidez e integralidad su incursión de especialista tras las adjetivaciones posibles del Derecho. Obvio es que resulta muy comprometedor pero necesario para cualquier "especialista" definir el Derecho por ejemplo en clave kelseniana, crítica o iusnaturalista. Incluso marginando ese camino no es sorprendente comprobar profesores que se definen orgullosamente "iusnaturalistas" o no positivistas, pero luego enseñan su asignatura como uno de los más estrictos iuspositivistas o sin ninguna diferencia con las lecturas de éstos.

4.5. Los principios en su "edad de oro"

Los Códigos decimonónicos -aunque no el Code de Napoleón- se atrevieron a contemplar el recurso a los "principios generales del Derecho" en la hipótesis remota de alguna laguna, pero lo particular fue que esa posibilidad quedaba habilitada en tanto estaban aquellos implícitamente receptados por la ley. De ese modo, el tema careció de relevancia e interés doctrinario, e incluso en general se observa un tratamiento de aquellos principios muy elemental o impreciso. Una buena prueba de ello puede ser el Código Civil español reformado en su Libro Primero en 1974 y en donde luego de reconocer el carácter "informador" que tienen los principios, sólo se reconoce la alternativa de recurrir a los mismos de manera supletoria, lo cual sin duda resulta paradójico o contradictorio dado que se supone que lo informante debe prevalecer sobre lo informado. No está de más recordar que en la teoría pura del Derecho nunca hubo espacio para los principios en tanto éstos importaban la introducción de la "impura" moral en el Derecho e implicaba abortar el proyecto kelseniano de construir una verdadera Ciencia del Derecho "objetiva y exacta". Los "principios" de los que hoy habla la teoría jurídica como una especie junto a las reglas dentro del género de las normas -como por ejemplo en Alexy o Dworkin- poco tienen que ver con aquellas explicaciones decimonónicas que terminaban confinando a los mismos a un papel irrelevante y condicionado a la voluntad del legislador. Recordemos que, según esas teorías, a los principios: a) No se los puede someter al test de origen o pedigrí en tanto están en el Derecho sin poder identificar el momento y quién los introdujo; b) su contenido es moral ("exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral" en Dworkin) o coincide con los derechos individuales (moral rights), estando a cargo de los jueces la responsabilidad de que "triunfen" frente a los riesgos de los objetivos comunitarios pregonados por el Poder Legislativo; c) son "mandatos de optimización" (Alexy) en tanto reclaman o mandan lo mejor según las posibilidades fácticas o jurídicas implicadas en el caso; d) la tensión entre principios no se resuelve por la muerte o la derogación del principio no escogido, sino en dejarlo en el Derecho vigente disponible para casos futuros; etcétera. Advirtamos que en la visión de Zagrebelsky la relación entre norma y principio equivale a la relación entre ley y Constitución, y que concluye en la imposibilidad de un "iuspositivismo principialista". Esta "nueva edad de oro de los principios" (Prieto Sanchís) implica también construir una doctrina que identifique principios en donde se encuentra el Derecho concentrado, incluso una mejor técnica legislativa aconsejable es consagrar principios y no tanto normas para que de ese modo luego la jurisprudencia no tenga una sola respuesta sino márgenes para ir respondiendo frente a la variedad de casos. Una visión meramente "normativista" del Derecho empobrece e inmoviliza al Derecho de Daños, mientras que una perspectiva "principialista" ha sido y es un excelente cauce por el cual circulan las mejores leyes, jurisprudencia y doctrina.

4.6. La relevancia de la jurisprudencia

El modelo decimonónico del Estado de Derecho legal ("Derecho débil" en Ferrajoli) se sustentaba en la confianza de que el Derecho era lo contenido en la ley y que los jueces eran la boca de la ley para el caso, por ende nada creaban para el Derecho los jueces. Desde esa lógica lucía razonable estudiar Derecho sin necesidad de conocer la jurisprudencia, atento a que ella nada aportaba de nuevo u original. Más aún, recordemos que según la teoría rousseauiana la voluntad general era infalible y, por ende, resultaba inconcebible la posibilidad de una corrección por parte de jueces que ni siquiera fueron escogidos por la voluntad popular. También apelemos en ese recuerdo del paradigma decimonónico a la figura del prevaricato para cuando el juez se apartaba del sentido de la ley, y al référé legislativo en caso de dudas jurisprudenciales, pues siempre era el legislador al que le correspondía el papel de intérprete auténtico, por lo que los demás intérpretes eran inauténticos o "falsos". El campo de la responsabilidad civil es un excelente ejemplo no sólo de la distancia que existe entre la ley respectiva y su jurisprudencia, sino también de cuánto enriquece, corrige, ajusta u ordena esta última respecto a las previsiones generales de aquélla. En clara sintonía con esa visión actual y realista del Derecho ya hay planes de estudio de Abogacía donde no se estudia directamente la ley, sino a ésta ya aplicada por los jueces, y así se ve el sistema legal que efectivamente se halla vigente. Es cierto que ya Kelsen innovó respecto al modelo del siglo XIX en tanto admitió que la diferencia entre la creación legislativa y la jurisprudencial era meramente cuantitativa y no tanto cualitativa, y así los jueces aportaban normas individuales al sistema jurídico en la base de su reconocida "pirámide". Hoy, de la jurisprudencia, se destaca que es el momento final y definitivo para discernir derechos y deberes, pues el destino de las normas generales anteriores es culminar con aquella última determinación de lo que dice en concreto el Derecho para los ciudadanos. Además, el valor de la jurisprudencia no reside tanto en su carácter de norma individual para las partes del proceso, sino en su carácter de enunciado normativo general o precedente conforme al cual se deberán resolver los casos análogos, no sólo aquellos que vuelvan a tramitar ante el mismo tribunal sino ante los tribunales de baja instancia.

4.7. La crisis de la soberanía nacional

Una de las claves de bóveda del sistema jurídico decimonónico era la soberanía de los Estados nacionales que implicaba el poder de definir el Derecho sin someterse a ningún otro poder ni Derecho. La relevancia del tema también está en Kelsen, para quien el Estado era sinónimo de ordenamiento jurídico total, y, consiguientemente, la población, el ámbito de validez personal del mismo, y el territorio, su ámbito de validez espacial. En aquella matriz las cortes supremas, ejerciendo el control de constitucionalidad, tenían efectivamente la última palabra dentro del respectivo Derecho nacional. Sin embargo, hoy sabemos que después de que las cabezas de los respectivos poderes judiciales nacionales dictan su veredicto, es posible impugnarlo y lograr que sea revisado por cortes supranacionales, como ocurre en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos respecto del cual nuestra Corte nacional en diferentes votos, no siempre concordantes, ha reconocido el carácter de fuente del Derecho a las sentencias, a las Opiniones Consultivas y hasta los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También recordemos que hoy cabe la alternativa jurídica de juzgar por parte de jueces de un país a ciudadanos de otros países en la medida que no actúen sus propios tribunales. No hay mucho que argumentar a efectos de mostrar el proceso de debilitamiento o globalización del Derecho. En Europa se ha calculado que el 80% del Derecho nacional es generado directa o indirectamente en los órganos comunitarios [39] y bueno es recordar que la mayoría del mismo es aplicable fronteras adentro sin ningún control específico previo. Peter Haberle incluye en su teoría constitucional un nuevo método interpretativo que consiste en recurrir al Derecho Comparado, y Mauro Cappelletti llega a proponer al Derecho Comparado como fuente del Derecho. Yendo específicamente al campo de la responsabilidad civil, no caben dudas de que hay algunos de los campos de la misma en donde es muy rica y requerida la normativa supranacional o comunitaria, por ejemplo, en materia de consumidores, medio ambiente, tránsito, etcétera. Además, la doctrina civil especializada con mayor frecuencia apela a doctrina y jurisprudencia extranjera para nutrirse y progresar.

4.8. La relevancia de los hechos

Se le reconoce a Savigny como uno de los fundadores de la ciencia jurídica moderna, especialmente con su obra Sistema de Derecho Romano actual, y ello en base a que adoptó para el Derecho el paradigma epistemológico de su tiempo, procurando formular con el mismo un verdadero sistema. Ese esfuerzo alcanzará un alto nivel de perfección con la pirámide

kelseniana donde es posible confirmar las exigencias de un sistema "fuerte" que satisfaga todos sus requerimientos: unidad (brindada por la primera Constitución en tanto formaban parte del sistema todas las normas derivadas de ella), jerarquía (según la generalidad de las normas, de modo que las individuales estaban en la base), completitud (no había lagunas en función de la norma de clausura: todo lo que no estaba prohibido estaba permitido) y coherencia (aunque no lo encontramos en Kelsen, la teoría jurídica iuspositivista pretendía esta característica del sistema jurídico apelando a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad). En la década de los 50, a instancias, principalmente en Alemania, de la tónica de Viehweg, se genera una significativa crítica a las visiones sistemáticas del Derecho y se reivindica en su lugar la perspectiva aporética centrada en los casos o problemas. Es que la cultura jurídica decimonónica ponía empeño en las normas generales, pero poca atención a las particularidades de los casos, y prueba de ello es la escasa atención que se le presta a todos esos saberes no jurídicos idóneos para conocer la verdad de los hechos comprometidos en los procesos. En este punto, la voz del procesalista italiano Michele Taruffo reclamando "la verdad como condición de la justicia" implica un severo llamado de atención para que los juristas no sólo duden de la consolidada teoría de las dos verdades (la procesal y la verdad a secas) sino que procuren ejercer sus facultades en el campo de las "medidas para mejor proveer" y busquen en la genética, la informática, la ingeniería de accidentes, etcétera, el conocimiento verdadero de los hechos sobre los cuales tendrán que pronunciar el veredicto jurídico. El campo dinámico y creativo de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil es muy propicio para subrayar la permanente e inacabada contingencia que asumen los casos y la necesidad de que los juristas no se queden con las normas generales. La hermenéutica jurídica ha insistido en uno de sus círculos hermenéuticos: el contenido completo de una norma es su texto más los casos que son regulados por el mismo; de esa manera, cuantos más casos conozco más conozco de la norma. Sin duda que el reconocimiento de la relevancia jurídica de los casos impacta y pone en crisis -junto a otros factores- a los sistemas jurídicos fuertes, de manera que en su lugar se proponen sistemas débiles, porosos, abiertos, dinámicos, casuísticos o tópicos.

4.9. La preocupación por la equidad

El valor jurídico enarbolado por la burguesía triunfante en la Revolución Francesa no podía ser otro que la seguridad jurídica, y la teoría reforzó esa exigencia hasta reconocerla como el aporte axiológico exclusivo y excluyente característico del Derecho (el primer Radbruch). La sentencia incluida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es categórica: sólo se está obligado a lo que manda la ley, y fuera de ello rige la libertad; consiguientemente, los ciudadanos saben a qué atenerse en tanto conocen anticipadamente todas y cada una de las consecuencias jurídicas que le traerán lo que hagan o dejen de hacer. La seguridad absorbe o neutraliza cualquier otra exigencia axiológica, aunque sea la justicia o la equidad más patente o indiscutible. Más allá de que ya Kelsen denunció la seguridad jurídica como una ficción, hoy parece claro que no es fácil suponer que la ciudadanía se resigne al dura lex, sed lex, y consiguientemente, su sensibilidad jurídica reclamará que los jueces procuren "la justicia por medio del Derecho" vigente (según definición adoptada para la función judicial por el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica en su art. 35). No es que haya desaparecido del reclamo axiológico la seguridad jurídica, pero se la ve como un valor adjetivo del Derecho [40] que aparece cuando se ha cubierto un mínimo de equidad o justicia. El Derecho vigente no es sinónimo de las normas positivas o autoritativamente dispuestas, sino que está constituido también por aquellas respuestas jurídicas autoritativas que los juristas pueden derivar de principios o normas de inequívoca y universal vigencia. Recordemos que algunas propuestas iusnaturalistas actuales se resisten al paralelismo del Derecho natural con el positivo, y llegan a definir al Derecho natural como el Derecho positivo plenamente válido, o sea aquel que lo ha dictado la autoridad que tiene competencia para ello con la intención correspondiente de justicia, respetando el procedimiento previsto, en consistencia o coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, y sin incurrir en una injusticia grave y evidente; pues desde aquellas perspectivas no pareciera razonable aducir que una vez satisfechas todas esas exigencias hay todavía un remanente jurídico natural, dado que si lo hubiera corresponde que se lo consagre sin más. Pensando en la responsabilidad civil fácilmente se advierte que todo el dinamismo que acompaña a la jurisprudencia y doctrina generada en ese campo traduce un permanente esfuerzo por alcanzar respuestas jurídicas que sean plenamente justas y/o válidas, al margen de una decimonónica y dogmática seguridad jurídica.

4.10. La relevancia de la Filosofía del Derecho

La gnoseología jurídica iuspositivista tanto decimonónica como kelseniana fue reductiva a la ciencia, y, consiguientemente, se rechazó tanto el saber estrictamente iusfilosófico - preocupado por cuestiones esenciales o universales radicadas fuera del conocimiento exclusivamente empírico- como el saber ligado a la resolución circunstanciada de casos o problemas jurídicos en tanto éste era terreno dominado por lo irracional, lo emocional o lo exclusivamente volitivo. Sin embargo, hoy las problemáticas implicadas en el Estado de Derecho Constitucional y Democrático conllevan el recurso a la Filosofía del Derecho, así puede ejemplificarse con: a) La necesidad de contar con un concepto de Derecho que permita a su vez conceptos claves como "antijuridicidad", ilicitud, etcétera; b) los principios en tanto ellos hablan de exigencias morales o de justicia; c) los derechos humanos, que necesariamente apelan a la antropología filosófica para su comprensión y explicitación; d) la exigencia de argumentación o decisiones racionales de los jueces, que supone confiar en una razón práctica, o sea de las "cosas humanas" (Aristóteles); e) la pretensión de democracias sustanciales y no meramente formales (Ferrajoli) en donde se marcan límites insuperables a las decisiones mayoritarias; f) las cuestiones de los valores, incluida la justicia o la misma seguridad, que pertenecen a la competencia gnoseológica de la iusfilosofía; g) la validez ética (Alexy) superadora de la validez meramente sistémica y "la fórmula de la injusticia extrema no es Derecho"; etcétera. Los autores neoconstitucionalistas reconocen en sus propuestas un papel relevante y decisivo a la Filosofía del Derecho. Es el caso de Dworkin [41] donde su juez Hércules, capaz de encontrar la única respuesta correcta para cada caso, es filósofo del Derecho; también el concepto de Derecho no positivista de Alexy incluye una conexión esencial y necesaria entre Derecho y Moral cuyo tratamiento está asignado explícitamente a la Filosofía del Derecho; la teoría de la justicia de Ferrajoli centrada en los cuatro valores con los que funda los derechos humanos y el saber jurídico con su responsabilidad de denunciar y resolver las antinomias y lagunas implica necesariamente un abordaje desde la Filosofía del Derecho; los tres principios a los que apela Nino para desarrollar su teoría de los derechos humanos están enclavados en una filosofía moral, entre otros. Esa nueva teoría del Derecho funcional al Estado de Derecho Constitucional se aleja claramente del iuspositivismo tradicional, y aquí resulta de interés traer a colación la queja de Atria [42] cuando llega a denunciar a Ferrajoli de alentar una vuelta al iusnaturalismo al que recurrió el Estado de Derecho premoderno. En definitiva, las inquietudes por las que transitan actualmente los civilistas en torno a la responsabilidad civil requieren no reducirse a la ciencia jurídica, sino enriquecer sus visiones con la Filosofía en tanto se apoyan en algún concepto del Derecho no normativista y fuertes elementos axiológicos, y, asimismo, confiar en la racionalidad circunstanciada de los jueces para ir consagrando las mejores soluciones para los casos concretos.

4.11. La persona humana o el humanismo

En la visión del iuspositivismo tanto legalista como kelseniano el Derecho estaba contenido en las normas y se prescindía de la valoración y los fines de la misma, más aún, la persona humana vista desde el Derecho en nada se diferenciaba de cualquier otro ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones. El Derecho era una técnica para dirigir conductas bajo la amenaza de la coerción, y a la ciencia jurídica no le interesaba el para qué de la misma. La formación típica de los juristas se desinteresa de la antropología o podía operar con cualquier definición de hombre en tanto se preocupaba por describir ascépticamente a las normas. Precisamente las insuficiencias de ese modelo kelseniano se reflejan en las confesiones de Bobbio, cuando en la década de los 70 declara la necesidad de una teoría funcional [43] interesada en los fines o funciones del Derecho y así superar las insuficientes explicaciones reducidas a la estructura o al cómo era el Derecho. Hoy se ha recuperado que el hombre y su sociedad son el fin y el medio del Derecho, y que aquél constituye la medida de toda medida (Marcic). Desde distintas visiones de la Filosofía se ha coincidido en la correspondencia que existe entre la idea del Derecho y el concepto de hombre. Es decisivo para un Derecho que se proponga estar al servicio del hombre identificar a éste como un ser digno en sentido absoluto, dueño de sí, y en consecuencia, portador de unos bienes que le son suyos y que por otros le son debidos. "La persona, por tanto, se presenta ante los demás como un ser deudor y exigente" (Hoyos) [44] y en consonancia con la filosofía de Levinas digamos que sólo si al "otro" lo reconozco como algo indisponible para ser medio o al servicio de "otros" podemos encontrar un presupuesto sólido e innegociable para fundar los derechos humanos. Por supuesto que el hombre del que se habla no está aislado y facultado para dar rienda suelta

a su egoísmo mientras el Estado "deja hacer y deja pasar", sino la pretensión subyacente es la de compromiso, necesidad, complementariedad y usufructo con su sociedad y los otros. Se apela a su responsabilidad que no se reduce a la regulada por el Derecho, sino también a aquella que define la ética, pues está claro que si al Derecho no se lo ayuda con conciencia, resulta insuficiente para regular con eficacia a las conductas humanas, los semáforos son iguales en todo el mundo, pero su respeto no depende sólo de la sanción jurídica. Es obvio que sólo comprendiendo al hombre en su integralidad es posible proponer una teoría jurídica a su servicio porque finalmente "hay un derecho general, en el cual se resumen los diversos derechos de toda persona humana: el de ser tratados cabalmente como personas humanas, no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial del hombre" [45]. En forma categórica, Kaufmann concluye que el legado para la Filosofía del Derecho -ampliemos nosotros, a toda la teoría jurídica- es volver a la preguntas originarias, o sea a "la preocupación por el hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas" [46].

5. Conclusión

Adherimos a aquellos que han destacado la importancia y centralidad que tiene hoy para el Derecho en general la responsabilidad civil, pero también destacamos que ella es un excelente banco de pruebas de lo que se piensa y pretende del Derecho, y consecuentemente, resulta necesario contar con presupuestos teóricos que habiliten a la preocupación por una obligación de reparar todo daño injusto. Es preocupación evidente y necesaria de toda doctrina contar con la mayor coherencia y solidez posible, por eso no bastan los mejores propósitos y conclusiones si ellas no están respaldadas apropiadamente en argumentos que las respalden. En consonancia con la realidad actual del Derecho, cada vez queda menos espacio para las visiones reductivistas, ineficaces, contradictorias, abstractas o deshumanizadoras, por eso la procedencia de generar espacios y problemas de encuentro de distintas especialidades como para enriquecer miradas y posibilitar las respuestas esperadas. Una de las demandas, proveniente de la humanidad más acuciante, extendida, impostergable, legítima e impaciente, es la de la justicia, y, consecuentemente, el Derecho y los juristas tienen una enorme responsabilidad -aunque no exclusiva- en satisfacerla de la mejor manera. En sintonía con esa realidad cabe alentar el traspaso de una responsabilidad civil de cuño patrimonialista, individualista, formal, juridicista, meramente reparadora y centrada en el autor, a otra de matriz personalista, solidaria, realista, justa, atenta a la prevención y preocupada en la víctima.

- [1] Sobre la necesidad de los juristas de acudir a la filosofía resulta provocativo y de enorme interés el artículo de DWORKIN, Ronald, Must our judges be philosophers? Can they be philosophers?, New York Council for the Humanities, Scholar of the Year Lecture, 2000, donde se afirma: "A course in tort law, for example, should make students aware of rival philosophical theories about moral responsibility or damage as they are about rival economic theories about the consequences of tort law for the overall costs of accidents".
- [2] VILLEY, Michel, En torno al contrato, la propiedad y la obligación, trad. de Carlos Sanz, Ghersi, Buenos Aires, 1980, ps. 71 y ss.
- [3] MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, ps. 13 y ss.
- [4] En torno al rastreo histórico de la noción clásica y moderna de la responsabilidad, resulta muy aconsejable el artículo de SANZ, Carlos Raúl, Apostillas en torno al tema de la responsabilidad, en Prudentia Iuris, diciembre de 1983, ps. 15 a 45.
- [5] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Buenos Aires, t. III, p. 522.
- [6] Cfr. mi libro Los principios jurídicos, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- [7] LARENZ, Karl, Derecho justo, Civitas, Madrid, 1985, ps. 21 y 125.
- [8] Para un panorama de la teoría de John Finnis puede consultarse mi libro El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis), Fontamara, México, 2003.
- [9] FINNIS, John, Ley natural y derechos naturales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 199.
- [10] Ídem, p. 196.
- [11] Ídem, p. 202.
- [12] FINNIS, John, The question whether the injury was caused by any fault becomes substantially irrelevant, en Natural law and natural rights, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 180.
- [13] COVELL, Ch., These are all powerful reasons for concluding that Finnis provided a more satisfactory vindication of the moral and political ideas of liberalismo, en The defence of natural law, Macmillan, London, 1999, p. 225. Una crítica similar la formula SOAJE RAMOS, Guido en Ethos, Buenos Aires, 1982-1983, vol. 11-12, p. 369.
- [14] FINNIS, Ley natural y derechos naturales cit., p. 183.
- [15] Ídem, p. 91.
- [16] Cfr. mi libro Las causas del Derecho, prólogo de Georges Kalinowski, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- [17] CASAUBÓN, Juan A., Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica, en Ethos 2-3,

- Buenos Aires, 1974, p. 54.
- [18] Cfr. mi libro *El iusnaturalismo actual* cit., p. 138.
- [19] Cfr. mi artículo *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, en DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos (coord.), *Supremacía constitucional*, Porrúa, México, 2009, ps. 215-260.
- [20] Para un panorama de la teoría de Robert Alexy puede consultarse el libro que coordiné *La injusticia extrema no es Derecho* (de Radbruch a Alexy), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires-La Ley, Buenos Aires, 2004.
- [21] ALEXY, Robert, *La institucionalización de la razón*, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 2000, vol. 43, p. 237.
- [22] ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 65.
- [23] ALEXY, Robert, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, en *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho "Ideas y Derecho"*, Buenos Aires, 2008, p. 13.
- [24] ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 76
- [25] ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho* cit., p. 154.
- [26] ALEXY, *La institucionalización de la razón* cit., p. 239.
- [27] ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático*, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 40.
- [28] Cfr. BOBBIO, Norberto, *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Universidad Complutense, Madrid, 1988/89, ps. 23 yss.
- [29] Cfr. mi libro *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, ps. 159 y ss.
- [30] DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 290.
- [31] Ídem, p. 374. Respecto a las proyecciones de los derechos sociales ferrajolianos puede consultarse de CARBONELL, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2005, en donde se afirma: "La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como podrían ser procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho", p. 194.
- [32] NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, 1984, p. 214 y su artículo *Sobre los derechos sociales*, en CARBONELL, M.; PARCERO, J. Cruz y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, ps. 137-143.
- [33] GEWIRTH, A., *Are there any absolute rights*, en WALDRON, J. (comp.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 95.
- [34] Cfr. BULYGIN, Eugenio, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, en *Doxa*, N° 4, Universidad de Alicante.
- [35] Cfr. NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de Ciencia Jurídica*, Fontamara, México, 1993.
- [36] "La definición de la responsabilidad de Kelsen es normativa porque sólo tiene en cuenta condiciones exigidas y consecuencias estipuladas por normas; es formal porque sólo describe relaciones entre conceptos jurídicos -sanción, ilícito, obligación- sin hacer referencia a datos empíricos, ya sean psicológicos o causales y, por último, es interna a derecho porque sólo se refiere a criterios exigidos por normas jurídicas, sin tener en cuenta las condiciones exigidas por otros sistemas normativos", en LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2000, p. 191.
- [37] PEREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, 1993.
- [38] AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 122.
- [39] Cfr. CARTABIA, M. y WEILER, J. H. H., *L'Italia en Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 50.
- [40] Cfr. Aproximaciones a la seguridad jurídica, en mi libro *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- [41] Para un panorama de la teoría de Ronald Dworkin puede consultarse mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- [42] Cfr. ATRIA, Fernando, *La ironía del positivismo jurídico*, en *Doxa*, N° 27, 2004.
- [43] Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* cit., ps. 125 a 166.
- [44] HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *Entre la naturaleza y la dignidad*, en RABBI BALDI CABANILLAS, R. (coord.), *Las razones del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 205.
- [45] MILLÁN PUELLES, A., *Léxico filosófico*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1978, p. 466.
- [46] KAUFMANN, A., *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Temis, Colombia, 1992, p. 67.