La transferencia del riesgo y los nuevos daños sociales no reparables

Carlos A. Ghersi *

1- Introducción

Uno de los problemas centrales de la teoría general de la reparación de daños es la distribución de los riesgos en la sociedad, de tal forma que la misma condiciona la formulación de la categoría de daño reparable.[1]

La reparación de daños está fundada en la tutela jurídica de los derechos, es entonces necesario escindir de ella los daños universales[2], que si bien vulneran aquéllos, lo hacen de manera genérica hacia los seres humanos, y resultan imprescindibles como límites a la libertad, para la convivencia en paz, finalidad teleológica por excelencia.

Por lo menos, así es presentada la función del daño universal como contrapartida o costo por la vida en comunidad y el progreso.

Establecemos en potencial el concepto del párrafo antecedente, pues pensamos como Althusser respecto del contrato social fundante que da nacimiento a la Sociedad moderna del Estado Nacional, esto es, que se trata de una ficción.

El citado autor al analizar el contrato social de Rousseau, reconoce al mismo como «necesidad que surge de una fractura en el orden natural, donde su desequilibrio es preexistente», de tal forma que el supuesto acuerdo del contrato social que da nacimiento al Estado moderno es falso, pues, en realidad, es la transformación y legitimación de una nueva desigualdad.

Esto es importante en nuestra postura, pues asignamos al Estado una condición esencial en la transferencia de los intereses particulares resarcibles que tiene cada individuo aislado, al interés general, como daño universal no reparable y esto es un proceso que se acelera en la posmodernidad.

De esta forma, vemos que hay como dos grandes categorías: los *daños universales*, necesarios, no reparables, y los que escapan a aquella característica y son atrapados por el derecho para su reparación, lo que podríamos apriorísticamente denominar por oposición *los daños particulares*, o individuales, o grupales, o colectivos, resarcibles.

Se adjudica habitualmente los primeros para integrar el contenido de la disciplina sociológica, y los segundos, la jurídica.

Sostenemos que ello constituye una decisión ideológica no explicitada y encubierta, que se relaciona con la situación de poder y los daños que ciertas estructuras causan, verbigracia el desempleo, la pobreza, la confianza del consumidor o legislación de convertibilidad, etc., y que se pretenden mantener

---

* Abogado, UBA 1971. Doctor en Derecho, Universidad del Salvador, 1978. Especialista en Historia de la Economía y Políticas Económicas. Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA)

1. Ghersi, Carlos A. *Modernos conceptos de responsabilidad civil.* pág. 59. Ed Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 1995.

2. El concepto de daños universales fue elaborado en el fallo Rebesio por la Corte Suprema aludiendo a la «cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad».

en la categoría de *daño social necesario,* evitando así su discusión y su incorporación a la categoría jurídica de resarcible en el marco del derecho.

Trataremos de ser más explícitos: para que un daño se transforme de no resarcible en reparable y el dañado en damnificado, es necesario previamente establecer -directa o indirectamente- cómo se efectúa la distribución de riesgos entre la sociedad y los individuos, de tal forma que, aceptada o impuesta aquélla -como decisión fundacional y mutable- todos los daños consecuencia de esos riesgos asumidos por la comunidad serán absorbidos sin posibilidad de reclamarse en derecho, y la pequeña porción restante, se convertirán en reparables individual o grupalmente.

El dilema es sin duda crucial para el hombre como portador de derechos dependiendo de lo relacional (Estado e individuo, empresa-individuo, etc.) y tanto es un hecho social como jurídico, debiéndose analizarse -sostenemos- desde un contexto epistemológico,[3] en el que se reúnan la mayor cantidad de saberes, para, en la reflexión, mostrar las cuestiones desde sus ingredientes brutos como sostenía Heidegger.

Esta será nuestra humilde misión a través de este modesto aporte, que esperemos genere un re-pensamiento de estas cuestiones que son el problema central de la posmodernidad.

2- La distribución social e individual del riesgo

Nos parece que será necesario tratar de establecer en primer lugar, a qué aludimos cuando hablamos de riesgo y en segundo lugar cuál es la metodología y cuales son los elementos implicados en la distribución.

2-1- El hombre, la convivencia, el sistema, la estructura y el riesgo

El inicio de cualquier investigación se conecta de forma clara y terminante, con la conjunción hombre-convivencia e inmediatamente surge el problema del sistema y la estructura.

El sistema no es más que la determinación de límites, de tal forma que lo incluído pertenezca y lo excluído sea parte del entorno o el exterior tan temido.

La pertenencia entonces implica lo relacional y se conforma hacia el interior, en formas de estructuras, verbigracia: educacional, económica, política, jurídica, etc., que aparecen como discontinuas, pero que no sólo son continuas, sino además yuxtapuestas, que es algo diferente y más complejo aun.

La estructura en sí misma, no es más que los términos de la relación, por ejemplo: sujeto-norma; Estado-individuo, empresa-trabajador o consumidor, etc, y donde el centro de todas las relaciones debe ser el hombre y las mismas, como señalamos en párrafos precedentes, son continuas y yuxta-puestas.

---

3. Sazbon, José. *«Saussure y los fundamentos de la linguística»,* pág. 10 (Cuestiones epistemológicas) «La preocupación del conocimiento es superar las afirmaciones comparativas y orientar la investigación sin prescindir de una fundamentación epistemiológica -o como se dice hoy- de la construcción de conceptos con que se opera. Faltando esa fundamentación, las investigaciones sólo se apoyan en el sentido común, en nociones o críticas, en la ausencia de preguntas pertinentes. No hay un sólo término empleado en lingüística al que conceda algún sentido, el trabajo en esta disciplina choca una y otra vez con expresiones lógicamente odiosas». Ed. Centro Editor de América Latina S.A. Bs. As., 1993.

De tal forma que el riesgo[4] va cabalgando estas relaciones estructurales y simultáneamente por todo el sistema, de allí que sostenemos -coincidiendo con Foucault- que el ser y el hacer del hombre son continuos y yuxtapuestos, ya que no hay escisión entre el productor del acontecimiento y el producido.

Entonces, fundamentalmente, el problema central de la distribución de riesgos pasa, en el sistema, por las estructuras relacionales y especialmente una que es particularmente: Estado-sociedad civil, pues allí se determina la asunción o delegación de riesgos para la comunidad y los individuos.

La fijación del denominado *umbral de riesgo*[5] entre lo individual y lo social es determinante, porque va a marcar la tendencia de la reparabilidad del daño a los individuos, como situación excedente.

El problema es entonces fundacional, toda vez que allí se determina el concepto de deber de garantía social, es decir, como señalamos precedentemente, la razón determinante -aceptada o impuesta- por la cual todo ser humano está dispuesto a ceder parte de su libertad e integridad por una medida óptima de seguridad, que el poder la pretende transformar en una medida sólo posible, con el argumento de que no ser así, se vulneraría o desequilibraría el sistema como tal.

Con lo cual el rol del Estado en sus diversos aspectos está íntimamente relacionado con el control de riesgos y deber de garantía social; esto hace del deber de previsión de daños una finalidad teleológica, como función fundamental.

En esta lógica de pensamiento, la idea central de la evitación de daños a la comunidad y al individuo pasa por la práctica real del Estado, que con su acción u omisión distribuye y atribuye riesgos y sus consecuencias: los daños.[6]

En la institucionalización del poder en el Estado y su ejercicio está la potencialidad del riesgo y del daño, ello es producto de las decisiones de la más diversa índole, política, social, económicas, etc.

Esto nos obliga, aun con forma de síntesis, a establecer las diferencias centrales de modos de ser y actuar entre el Estado moderno y posmoderno.

2.2- El Estado: de la modernidad a la posmodernidad

La epistemología nos enseña que hay conceptos nominales, formales o reales, propios de una sociedad relacional con una dinámica recurrente y condicionante.

La noción de Estado es uno de aquellos que puede revestir esa triple característica -nominal, formal o real- y que la podemos expresar como: la

---

4. Consult. Luhmann, Niklas. *Sociología del riesgo.* Ed. Universidad Iberoamericana. México, 1992; Douglas, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales.* Ed. Paidós. Barcelona, 1985.

5. Consideramos que la «teoría jurídica del riesgo» y su contrapartida «la reparación del daño individual» en un problema de interrelación de macro y microeconomía jurídica, por el cual se trata de justificar por un lado: la distribución de riesgos en la sociedaddd entre el individuo en su convivencia y las garantías mínimas del Estado de esa convivencia: por otra parte desarrollar los límites de la reparación del Estado hacia los particulares, fronteras movibles en función del lineamiento ideológico de los modelos históricos, verbigracia entre el Estado de bienestar de la modernidad y el neoliberal actual en la posmodernidad.

6. Esta también en una situación de «relación» entre el macro y microeconomía, o en otras palabras de la desición de política económica de asignación de recursos. Consult. Polinsky, Michell A. *Introducción al análisis económico del derecho.* Ed. Ariel. Barcelona, 1985; Estrella Faria, Guimar T. *Interpretacao económica do direito.* Ed. Livoraria do Avogado. Puerto Alegre, 1994; Schafer, Bernard H y Ott, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil.* Ed. Tecnos. Madrid, 1991.

sociedad jurídicamente ordenada[7] y como tal puede tener -y debe tener- los límites en el derecho positivo público y privado.

De esta forma, el Estado sólo debe actuar conforme a una vía jurídica, sin embargo, desde su creación, también ha actuado en el ámbito y con poder político[8], es decir, fuera de las normas objetivas, verbigracia: lineamientos de política económica, etc.

Siguiendo ésta línea de pensamiento, la expre-sión primera, como sociedad organizada, el Estado, entonces sólo puede desarrollar actividad legítima[9] en la prosecusión de sus finalidades esenciales: justicia, salud, educación seguridad; de tal forma que cuando la actividad de sus representantes o dependientes transgreden el ordenamiento jurídico (derechos públicos subjetivos), nos encontramos con actos ilícitos de los funcionarios[10] -en sentido genérico- que atribuyen al Estado la responsabilidad de los mismos.[11]

En el segundo sentido, como actividad política, el Estado debe proporcionar a los particulares o agentes económicos la posibilidad de actuar en los mercados, de tal forma que los negocios se desarrollen en una perfecta puja de intereses, para asegurar la existencia y continuidad del sistema económico capitalista instaurado por la Constitución Nacional en l853.[12]

De esta forma, el desarrollo de los lineamientos de política económica coinciden con el rol de arbitraje del Estado.[13]

En la modernidad, más específicamente después de la crisis de los años l930, este rol se expandió en pos de la generación de normaciones y prácticas reales para estimular la economía -Keynes- e incluso generar determinados bienes sociales: la medicina y educación pública, etc., lo que se denominó el Estado Benefactor.[14]

---

7. Heller, Hermann. *Teoría del Estado*,pág. 223. «El Poder del Estado se diferencia de todas las otras formas de poder político porque tiene a su disposición el orden jurídico establecido y asegurado por órganos estatales». Ed. F.C.E. México, 1992.

8. Gramsci, Antonio. *La política y el Estado Moderno,* pág. 172. «El Estado es soberano en la medida en que es la misma sociedad ordenada. No puede tener límites jurídicos, no puede tener límites en los derecho públicos subjetivos, ni puede decirse que se autolímite. El derecho positivo no puede ser un límite para el Estado porque este puede modificarlo en cualquier momento en nombre de nuevas exigencias sociales, etc.» Ed. Planeta. Madrid, 1993.

9. Offe, Claus. *Contradicciones del Estado de Bienestar,* pág. 123. «La preferencia por los gobiernos democráticos no se basa sobre las propias reglas, sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común e individual y a otros fines deseables. La capacidad de los gobiernos para producir tales fines, se considera como un elemento destacado en lo que hemos llamado aceptación de las reglas legitimadas que, como reglas formales, deben en sí legitimarse. El problema de la legitimidad resulta atrapado entonces en la dialéctica de la forma y contenido». Ed. Alianza. México, 1990.

10. Consult. Ghersi, Carlos A. y otros. *Responsabilidad de los funcionarios públicos*. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1987.

11. «Según las normas constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad (art. 14 y 17 de la Norma Fundamental) cuando un derecho patrimonial cede por razón de un interés público frente al Estado o sufre daños por su actividad, ese daño debe ser indemnizado tanto sí la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima, cuando sí no lo es.» ("Tejedurías Magallanes S.A. c/Administración Nacional de Aduanas" C.S.J.N. 19-09-89)

12. Ghersi, Carlos A. *Contratos* Nº1 pág. 17 (Contrato y Mercado). Ed. Cuyo. Mendoza, 1996.

13. Hirsch, J. y otros. *Los estudios sobre el Estado y la reestructuración capitalista*, pág. 69. «La centralidad del Estado implica que el capital por sí mismo es incapaz de ninguna forma relativamente coherente de auto-reproducción». Ed. Tierra del Fuego, 1992.

14. Consult. Kamerman, S. y Kahn A. *La privatización del Estado de Bienestar.* Ed. F.C.E. México, 1993; Offe, Claus. *Contradicciones del Estado de Bienestar.* Ed. Alianza. México, 1990; O´Connor, James. Crisis de acumulación. Ed. Península. Barcelona, 1987; Polonyi, Karl. *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo.* Ed. F.C.E. México, 1992.

En esta posmodernidad[15], la actitud del Estado ha variado notablemente, convirtiéndose en lo que se denomina Estado -empresa o la privatización del Estado, que implica no sólo romper con el rol de benefactor, sino también con el de árbitro y colocarse al servicios de los grupos económicos internacionales -la denominada globalización de la economía-, y su actitud de abstención- ni siquiera regulador- ha implicado serios y graves problemas a la sociedad, verbigracia empobrecimiento y desocupación[16], como daños estructurales universales, cuando eran sólo focales y circunstanciales.

Entonces, el Estado posmoderno ha limitado su rol en el marco social -en el sentido hegeliano de la sociedad civil-, reservándose en el área de política-económica una discrecionalidad absoluta, con la excusa de sostener la gobernabilidad del sistema económico.[17]

El mercado, ha impuesto nuevas formulaciones relacionales, ampliando las zonas de intereses privados.

Las relaciones con los particulares -empresas o individuos- o con entes de derecho público nacionales -Iglesia- o internacionales -F.M.I. o Banco Mundial- aluden a una heterogeneidad que necesita de regulación y prácticas, en la que los mecanismos del poder, deben garantizar la legitimidad y supervivencia del Estado y que en todo caso, si en el desempeño de su rol y el desarrollo de sus funciones puede excepcionalmente vulnerar un derecho de particulares, debe resarcirlo.[18]

2-3- La decisión judicial de reparación de daños como legitimación de inclusión social

Este es un principio general que se postula en las sentencias de nuestra Corte Suprema nacional al reconocer la reparación del daño a particulares.

Las decisiones son, entonces, mecanismos ejecutivos incluyentes a través de los cuales la sociedad civil plantea y resuelve sus conflictos con el Estado.[19]

La contraposición de intereses,es una esquematización del marco en el que se inscriben las formulaciones de los conflictos sociales -económicos y

---

15. Consult. Ghersi, Carlos. A. *La posmodernidad jurídica.* Ed. Gowa. Bs. As., 1995; Giddens, Anthony. *Consecuencias de la modernidad.* Ed. Alianza. Madrid, 1990; Sebreli, Juan. *El asedio a la modernidad.* Ed. Sudamericana. Bs. As., 1994; Benedetti, Mario *Perplejidades de fin de siglo.* Ed. Seix Barral. Bs. As., 1993.

16. Consult. Salama, Pierre y Valier, Jacques. *Neoliberalismo, pobreza y desigualdades en el Tercer Mundo.* Ed. Ciepp. Bs. As., 1996; Minuyin, A. y otros. *Cuesta abajo. Los nuevos pobres: efectos de la crisis en la sociedad Argentina.* Ed. Unicef. Bs. As. 1965; Minuyin, A. y Kessler, G. *La nueva pobreza en la Argentina.* Ed. Planeta. Bs. As., 1995; consult. López, N. *Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad Argentina.* Ed. Unicef. Bs. As., 1998.

17. Consult. Conffignal, Georges y otros. *Demócratas posibles. El desfío latinoamericano.* Ed. F.C.E. Bs. As., 1994; Milberg, W. *Orden Natural y posmodernismo en el pensamiento económico,* en "Revista Bs. As. pensamiento económico" Tomo Nº 1. 1996. Ed. Asociación Argentina de pensamiento económico. Bs. As., 1996; Jacquard. *Yo acuso a la economía triunfante.* Ed. Andrés Bello. Santiago de Chile, 1996.

18. La legitimidad del proceder del Estado no lo releva de la obligación de resarcir los daños que se hubiesen derivado por sus actos. ("Cadesa S.A. c/Estado Nacional (ANA) s/daños y perjuicios" C.S.J.N. 21-03-89)

19. Es principio recibido el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares. ("Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas. C.S.J.N." 19-09-89)

extra-económicos -que tratan de dirimirse racionalmente- por la conformación histórico/cultural-, posibilitando de esta manera una convivencia de la dialéctica de los contradictorios y la superviviencia de la dinámica social.

Las decisiones judiciales, entonces, funcionan como condicionamientos básicos de las acciones compensatorias de los integrantes de la sociedad, que legitiman así su participación limitada en el quehacer estatal.[20]

El rol del Estado[21], en este sentido y como venimos señalando, es establecer los límites de los derechos de los particulares entre sí y de éstos respecto del Estado mismo.

En este último aspecto, la legislación es una actitud dinámica y mutante,pues los cambios endógenos y exógenos a que está sometido cada Estado hace que en su adaptación pueda lesionar derechos de los particulares en beneficio de toda la sociedad, los cuales, por supuesto, deberán ser reparados[22], pero ello debe acaecer con prudencia social y jurídica.

Las funciones del Estado -aun considerando el esquema liberal- son la educación, tratando de cualificar a la población, especialmente niños y jóvenes, para prepararlos para su participación económico-social y elevar su cultura, como bien inmaterial; la justicia, como consolidación de los valores sociales e individuales, e inspirando indirectamente en los habitantes un respeto por el derecho como camino hacia la convivencia en paz; la salud, de tal forma que la vida se transforme en calidad de vida psicofísica, para un desarrollo humano pleno; y por último la seguridad, debiendo el Estado fundamentalmente desarrollar la prevención y como excepción, la represión educativa y reintegradora como herramienta de reinserción social.

Estas funciones el Estado las asume en representación del consenso de legitimidad de los ciudadanos y habitantes, dejando determinados sectores -especialmente en el ámbito de la economía- a los actores privados -la iniciativa-, en la cual su función será la de establecer, como veremos, lineamientos de política económica.

La actividad gubernamental -gobierno del Estado- debe en este sentido autorregular sus funciones -ejecutivas, legislativas y de control de legalidad y legitimidad- a aquellas funciones esenciales como explicitación del consenso fundacional.[23]

---

20. «Para reconocer legítimamente un perjuicio sufrido no es necesario indagar en la existencia de actos subjetivos de atribución de responsabilidad sino que debe estarse a aquél, de naturaleza objetiva, que encuentra fundamento en la garantía irrenunciable para el Estado de amparar elementales derechos de sus integrantes.» (“Robesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina. Estado Nacional. Ministerio del Interior s/daños y perjuicios”. C.S.J.N. 21-03-95)

21. Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, pág. 219. «El Estado no es posible sin la actividad, conscientemente dirigida a un fin, de ciertos hombres dentro de él. Los fines establecidos por estos hombres actúan causalmente sobre otros hombres como elementos motivadores de sus voluntades. La realidad del Estado, el cual ha de ser supuesto aquí como unidad, consiste en la acción o función, lo cual, como toda ella es, no precisa que sea querida como fin, ni por todos los miembros, ni siquiera por uno solo. La acción objetiva del Estado sobre hombres y cosas es aceptable». Ed. F.C.E. México, 1992.

22. La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17). (“Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario”. C.S.J.N. 15-08-95).

23. Heller, Hermann. *Teoría del Estado,* pág. 222 «Sin embargo no toda la actividad del Estado es política, así la actividad de los órganos estatales subordinados que se realiza según las normas precisas y amplias zonas de la política social y de actividad cultural del Estado». Ed. F.C.E. México, 1992.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el ámbito económico, elementos de superestructura, según Gramsci, tienden en la posmodernidad a ser sumamente de escasa participación en apariencia; sólo grandes líneas que pueden por lo expuesto ser cambiadas, acorde con las prácticas internacionales.

Las situaciones que se presentan son sumamente conflictivas y de arduo debate en la doctrina y la jurisprudencia, ya que si bien la tendencia es la reparación en abstracto, ello es sumamente restrictivo en la conformación del elemento básico: la categoría del daño reparable.

En este sentido, queremos hacer algunas acotaciones que nos parecen útiles para entender la problemática.

Una de las bases fundantes para el Estado es establecer determinado sistema económico y actuar conforme a él y, en este sentido, los Congresales de l853 han incorporado la Argentina al sistema de economía capitalista de acumulación privada, y dado el carácter globalizado de éste, se tornan más dificultosas las relaciones hacia el interior de las sociedades, por lo cual el Estado debe actuar sin vulnerar derechos fundamentales del ser humano.

Siguiendo a Max Weber, la ley fundamental del capitalismo es: «posibilidad de una actuación exclusiva, en la satisfacción de necesidades, en un sentido mercantil y de rentabilidad», de esta forma el Estado debe propender a desarrollar las empresas rentables para el autosostenimiento del sistema y que se dediquen a satisfacer necesidades, o como diría J. Bentham «maximización de utilidades con objetivos sociales». Entonces el Estado frente a la economía debe respetar y organizar esa *lógica capitalista*,[24] pero al servicio del hombre.

En la posmodernidad parece ser la creencia extendida que el valor de la economía -o economicismo- se presenta como dominante y sincretiza toda la vida del hombre y el rol del Estado.

Esta decisión ideológica transforma el resto de las funciones del Estado posmoderno en meras cuestiones administrativas y el efecto principal es la pérdida de esencialidad del Estado y la subordinación del derecho a la economía.

Esta inadmisible conclusión nos lleva a señalar con el mayor de los énfasis que precisamente ante la desigualdad de los agentes económicos -especialmente los que trabajan y consumen- se produce un intercambio dominante en función de la rentabilidad o la maximización utilitarista, que ya ha causado estragos en la sociedad, especialmente con el crecimiento de la pobreza y el desempleo,[25] que con efecto cascada producirían un daño generacional no resarcible, particularmente en el desarrollo infantil sin adecuada alimentación, salud y educación que les condiciona el futuro.

El hecho de que el Estado adopte posiciones internacionales no quita que como principio general prevea o repare los daños sociales que ello puede implicar, tratando de establecer mecanismos de contención social y no aumentando el daño universal no reparable.

---

24. Consult. Aglietta, Michel. *Regulación y Crisis del Capitalismo.* Ed. Siglo XXI. México, 1986; Snavely, William, P. *Teoría de los sistemas económicos capitalismo. Socialismo y corporativismo.* Ed. F.C.E. Madrid. 1976; Dobb, Maurice. *Economía. Política y Capitalismo.* Ed. F.C.E. México, 1983.

25. Consult. Villarreal, Juan. *La exclusión social.* Ed. Norma. Bs. As., 1996; Kiksberg, B. *Pobreza, el drama cotidiano*. Ed. Norma. Bs. As. 1992. Bustelo, y otros. *Cuesta abajo.* Ed. UNICEF-LOSADA. 1992; Rosanvallon, Pierre. *La nueva cuestión social.* Ed. Manantial. Bs. As., 1995.

En este contexto los conflictos con los particulares -empresas o individuos- se multiplican y la cambiante relación Estado-habitantes, hace necesario establecer hilos conductores, que entendemos deben provenir de los fallos de la Corte; sin embargo, ello no sólo no acaece sino que muestra hilos difusos, produciendo fragmentaciones y desarticulación social.

La acción judicial por reclamo de daños configura la canalización de las situaciones de exclusión del régimen jurídico anterior al cambio o mutación -v.gr. ajuste estructural desde l990-, buscando los particulares refugio jurídico en la Constitución para recuperar sus legítimos derechos.

La sentencia es, entonces, una herramienta de control directo[26] por parte del Poder Judicial que tiende a restablecer la legitimidad en la sociedad relacional y el orden normativo-consensual -base de las normativas constitucionales-, para evitar que en el conjunto social se expanda la disconformidad y aquella se torne ingobernable, como esta acaeciendo, pues el daño social no reparable por canales jurídicos estalla como hecho social.

3- La ampliación de los nuevos daños sociales-universales y no reparables

Como venimos demarcando, el Estado, a partir de su concepción como «sociedad ordenada», tutela,[27] precisamente con el desarrollo de sus funciones, la vida y los derechos económicos de los habitantes, es decir, los derechos constitucionales fundamentales y, para ello, debe desplegar toda la actividad, acorde con esos valores fundacionales; así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia: «Cuando el Estado toma a su cargo una función, asume la obligación de prestar el servicio respectivo en forma regular, de modo que responda a las garantías que quiso asegurar, por lo que debe realizarlo en condiciones adecuadas al fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución; principios éstos que, si bien hallan su inicial fundamento en normas de derecho privado, resultan plenamente aplicables a las relaciones que se rigen por el derecho público.»[28]

Sin embargo ello no acontece en las prácticas reales del Estado y para ello abordaremos algunos ejemplos para mostrar la contradicción entre el discurso formal y las prácticas reales.

---

26. Así lo ha expresado el Dr. Gustavo Bossert en uno de sus votos: «La actividad desplegada en el proceso judicial representa el ineludible cumplimiento del deber, a cargo del Poder Judicial, de desentrañar la verdad para aplicar al caso la legislación vigente y cumplir el mandato constitucional de afianzar la justicia, lo que determina la existencia de una carga general de contribución al logro de este objetivo». ("Román SAC c/Estado Nacional. Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro de pesos". C.S.J.N. 13-10-94.)

27. La tutela de los derechos constitucionales fundamentales en los consagrados expresamente y aquellos que resultan implícitamente, especialmente a aquellos que son inherentes a la persona en calidad de tal. Consult. Ghersi, Carlos A. y otros. *Los derechos del hombre. Daño y protección a la persona.* Ed. Cuyo. Bs. As., 1997. Bittar, Alberto. *Os direitos da personalidade.* Ed. Forenze Universitaria. Sao Paulo, 1989; Fernández Sessarego, Carlos. *Protección jurídica de la persona.* Ed. Universidad de Lima, 1992. González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona humana.* Ed. Civitas. Madrid, 1986.

28. "Sanchís Ferrero, Julia Aurora y otros c/ Corte Suprema de Justicia de la Nación". C.S.J.N. (conjueces) 20-05-92.

Es claro, entonces, que dentro de las obligaciones trascendentes del Estado, está la de organizar los servicios adecuadamente y, correlacionado con ello, surge la elección eficiente de las personas que asumirán la responsabilidad de la función pública.

Un problema recurrente radica en determinar el fundamento de la responsabilidad por omisión de servicio que, sin embargo, la tendencia en las sentencias de la Corte Suprema es coincidente y constante en señalarla como responsabilidad objetiva: «Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o su ejecución irregular; esta idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil».[29]

Admitida la responsabilidad, en cuanto a los actos por vía de omisión en relación causal con la violación de los derechos a particulares, la Corte también ha expresado la necesidad de prudencia y razonabilidad en la reparación de daños en sí misma: «Los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la administración en el cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables.»[30]

Un aspecto muy importante que se coliga con el fundamento de la responsabilidad, es lo atinente a la prueba de aquélla y, en especial, a su situación estructural, que es la prueba de la ligazón de la causa del daño con la omisión[31] del cumplimiento de la función; sería una especie de relación de causalidad dentro del primer término de la relación de causalidad propia de la responsabilidad, es decir, aquella que liga el hecho humano -conducta u omisión del funcionario del Estado- con el daño.

De esta forma se limita la posibilidad de reparación de daños a su mínima expresión, pues seguidamente veremos que el incumplimiento de las funciones trascendentales del Estado irroga, daños, v.gr. imposibilidad de educarse, que conlleva la de no conseguir trabajo y no poder solventar los gastos de salud, etc.[32], y no son reparables, precisamente porque sólo poseen una relación causal genérica y no directa y particular.

Es decir, por un lado se declama la responsabilidad del Estado por la simple omisión al no organizar los servicios fundamentales a su cargo, y por otro se colocan límites tan absolutos que imposibilitan canalizar todo reclamo judicial para obligar al Estado a cumplir la función en especie o por la reparación

---

29. "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios". C.S.J.N. 93-09-28.

30. "Godoy, Miguel Angel c/Banco Central de la República Argentina s/sumario - daños y perjuicios". C.S.J.N. 13-10-94.

31. Karl Larenz. *Derecho de las obligaciones*,vol. 2 pág. 564, confirma lo expuesto y brinda el siguiente ejemplo «una persona durante una conversación y por un movimiento completamente inconsciente rompe un jarrón».

32. «Para dar lugar a la indemnización por falta del servicio no basta con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificar singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad.» ('"Roman S.A.C." c/Estado Nacional. Ministerio de Educación y Justicia s/cobro de pesos'. C.S.J.N. 13-10-94)

de daño; se coloca al sujeto dañado fuera del sistema; de la pertenencia; en lo excluído, pasa a ser parte del borde social.[33]

A lo expuesto sobre la omisión en la función, debe adicionarse la prueba de legitimidad y se establece así una segunda limitación v.gr. el art. 1078 del C.C.

Puede deducirse de este análisis, que existen claras limitaciones al accionar de los particulares,[34] que lo excluyen masivamente del sistema de reparación de daños, en aquellos que operan en la sociedad con más profundidad y vulnerabilidad hacia los seres humanos.

El problema central es la relación Estado-sociedad civil que, como lo hemos señalado, opera la *distribución del riesgo* entre la comunidad y la asunción individual, máxime en la posmodernidad en que se trata de desmontar el asistencialismo[35] del Estado, proveniente del denominado Estado de Bienestar o de Providencia.

Queremos relacionar con esta distribución arbitraria social otro problema que es básico: la relación del Estado - Nacional, Provincial o Municipal, con las empresas que actúan en zonas abiertas a los habitantes, que pueden también causar daños[36] universales y que no son reparados, verbigracia la confiabilidad en la banca privada, etc.

Entendemos que la Corte Suprema en esto ha sido muy clara y terminante: compete al Estado ejercer su poder de policía para obligar a esas empresas que actúan en el mercado[37] y evitar daños.[38]

Lo que nos preguntamos es, si su omisión, es decir el incumplimiento de la obligación de control -hacer- implica para el Estado una responsabilidad concurrente y en este sentido, entendemos que ello es así, por un doble fundamento.

El primero, es que el Estado delega la actividad pero nunca pierde la tarea o función de control[39], y su falta de ejercicio implica responsabilidad de

---

33. «La pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa -para el actor- la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función». ('Alfredo Marietta. "Marmetal S.A.I.C." c/Banco Central de la República Argentina'. C.S.J.N. 14-02-95).

34. Consult, Pompeu Casanovas y José J. Moresco. *El ámbito de lo jurídico. Lectura de pensamiento jurídico contemporáneo.* Ed. Critica. Barcelona 1994; Bookchin, Murray y otros. *La sociedad contra la política.* Ed. Altamira. Uruguay, 1993.

35. Kamerman, Sheila B y Kahn Alfred, J. *La privatización y el Estado de bienestar,* pág. 11 «La contribución pública a la beneficiencia consiste en los bienes y servicios aportados por las agencias públicas- sean federales, estatales o locales- o que hayan recibido fondos por ingresos fiscales. Los programas de beneficiencia social no son los únicos objetos del gasto público. Tampoco fueron los primeros. La primera preocupación del Estado fue la seguridad nacional en Francia y Pública». Ed. F.C.E. México, 1993.

36. Ghersi, Carlos A. y colaboradores. *Accidentes de tránsito.Derechos y reparaciones de daños.* Parte Segunda, pág. 99 (Responsabilidad del Estado y de las concesionarias de peaje por deficiencias en las rutas). Ed. Universidad SRL. Bs. As. 1996. Ariño, Gaspar. *Economía y Estado Crisis y reforma del sector público.* Ed. Marcial Pons. Madrid. 1994; Ariño Ortiz, Gaspar. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia.* Ed. Abaco. Bs. As., 1996.

37. Consult. Coase, R.H. *La empresa, el mercado y la ley.* Ed. Alianza. Madrid, 1988; de Angel Yaguez, Ricardo. *La doctrina del levantamiento del velo.* Ed. Civitas S.A. Madrid, 1990.

38. «El ejercicio del poder de policía impone a la comuna el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que el dueño o guardián de la tapa de desague pluvial colocada en la vía pública -en el caso Obras Sanitarias de la Nación- adopte las medidas de seguridad apropiadas para evitar que la deficiente instalación o conservación de la cosa, se transforme en fuente de daños a terceros». ("Olmedo, Ricardo Luis c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", C.S.J.N. 28-07-94)

39. Sayaguez Lazo, Enrique. *Tratado Derecho Administrativo.* 5º Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1987.

los funcionarios en el cumplimiento de sus obligaciones propias públicas y si ello incide causalmente en el acaecer del daño a los particulares, habrá responsabilidad.

En segundo lugar, porque ello, puede inferirse a contrario sensú, precisamente, acaece por la omisión causal.

Analizaremos, entonces, algunas de las funciones básicas prestadas por el Estado y las empresas para los habitantes de una sociedad, verbigracia la prestación de los servicios de salud.[40] Hemos señalado precedentemente que todas las funciones del Estado deben ser organizadas adecuadamente y con eficiencia[41]; siguiendo ésta línea rectora que ha marcado la Corte Suprema, la problemática santaria implica fundamentalmente la cobertura en hospital público y medicinas privadas.

En este sentido; la cobertura del derecho a la salud debe ser integral. En primer lugar, exige un diagnóstico correcto;[42] ello significa colocar todos los medios tecnológicos y científicos para ese logro, pues es la base de la fase siguiente y concausada: la terapéutica, pues se condiciona.

Aquí hay una primera situación que considerar y que se produce cuando los medios son insuficientes. Sostenemos que todo hospital público debe estar dotado de aquellos elementos -técnicos y científicos- adecuados para que un paciente pueda obtener un resultado de diagnóstico que sea eficiente, de no ser así comienza el incumplimiento de la obligación de salud.

Otra hipótesis corriente es llevar a cabo una intervención quirúrgica que permitiera la curación del paciente.

Entendemos que, se puede consolidar para los ciudadanos un derecho de tratamiento eficiente -no sólo quirúrgico- que tendrá que atender adecuadamente a la curación del paciente, y en este sentido, el Estado debe tener una red hospitalaria[43] preparada para ello, pues su omisión implica reponsabilidad.

La carencia de hospitales necesarios en determinadas zonas o regiones y la escaces de elementos en otros, hace muchas veces que los profesionales de la medicina pública no posean ese lapso necesario de observación tanto pre-diagnostico, como post-terapia o quirúrgico, y el paciente sufre daños o empeora su situación, la cual se está expandiendo en las provincias, causando verdaderos daños sociales.

En el ámbito privado, las empresas de medicina privada o prepaga, no possen una legislación, ni un control adecuado, por lo cual los beneficiarios se ven constantemente sometidos a imposiciones económicas extras o a medicinas de bajo nivel de calidad.

El Estado no regula la publicidad de estas empresas que inducen a un nivel óptimo de confianza, que luego en la ejecución de prestaciones se ve

---

40. Alvarez Nebrada, Carlos. *Administración Sanitaria y Sistemas de salud.* Ed. Síntesis SA. Madrid, 1994.

41. Katz, Jorge y Muñoz, Alberto. *Organización de la salud: Puja distributiva y equidad.* Ed. CEPAL. Bs. As., 1988.

42. Trigo Represas, Felix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. pág. 121. y sgtes. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1995; Bueres Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos.* Vol. 1. pág. 123 y sgtes. Ed. Hammurabi. Bs. As., 1994.

43. Pantaleón, Fernando. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración.* Ed. Civitas. SA. Madrid, 1995.

defraudado; en suma, pensamos que existe responsabilidad del Estado por su omisión de legislar y controlar, ya que dichas obligaciones les son impuestas en su condición de supervisor del sector de la economía privada al servicio de la satisfacción de necesidades básicas del hombre, sin embargo, la fragmentación de responsbilidad elaborada por la misma Corte elimina la acción hacia aquél, por falta de causalidad directa.

Esta forma de vulneración de los derechos a la salud es un nuevo daño que se expande por la sociedad.

No menos importante y trascendente que la anterior es lo atinente a la consolidación del estado de derecho[44] mediante una administración de justicia independiente y que propenda a consolidar los valores constitucionales y fundantes del Estado: la justicia con equidad[45], pues se ha perdido el control de la ética y la eficiencia.

Sin duda, un tema trascendental es la idoneidad en la elección de los jueces y su desempeño ético[46], pues la función del servicio de justicia hace a la salud de la democracia, y esto no tiene su respuesta adecuada en la realización de juicio político[47], por el que sólo pasan una mínima cantidad de jueces.

Los procedimientos, actos y decisiones judiciales se materializan entonces dentro de un proceso judicial, de allí que sea necesario en el mismo agotar todas las instancias para evitar daños derivados del mal desempeño o errores judiciales, pues de lo contrario no se accederá a la reparación de aquellos y esto ha generado en la actualidad un daño social: el descreimiento en la Justicia como institución, lo cual es sumamente grave para la República.

Hoy el habitante argentino siente resignación de la herramienta derecho para alcanzar la justicia, pues ve azorado la impunidad, la lentitud de procedimientos y las coincidencias judiciales con el poder político y económico, que lo han hecho claudicar en el ejercicio judicial y esto es un daño social inestimable y difícil de recuperar.

No debemos olvidar que un pueblo que no ejerce sus derechos es un pueblo que tarde o temprano se transforma en esclavo y cuando ello acaece, se pierde la dignidad y se cosifica al hombre.

No queremos pasar por alto otro problema central: el concepto de seguridad, que implica la organización de las fuerzas policiales en lo interno, y ello requiere mínimamente de hombres y medios; aquéllos y éstos por sí o por su uso generan en la sociedad una situación de riesgo potencial[48] necesaria para la obtención del fin y que pueden transformarse o materializarse en daños

---

44. Heller, Herman. *Teoría del Estado.* pág. 233. «El poder del Estado se diferencia de todas las otras formas de poder político porque tiene a su disposición el orden jurídico establecido y asegurado por órganos estatales. En este sentido puede definirse la política como el arte de transformar las tendencias sociales en formas jurídicas y en esto es el Estado de derecho». Ed. F.C.E. México, 1992.

45. Barry, Brian. *La teoría liberal de la justicia. Exámen crítico de las principales doctrinas de la Teoría de la Justicia de John Rawls.* Ed. F.C.E. México, 1993; Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio.* Ed. Planeta. Madrid, 1993; Larenz Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.* Ed. Civitas. S.A. Madrid, 1990.

46. Hampshire, Stuart y otros. Moral pública y privada.pág. 112. Ed. F.C.E. México. 1983.

47. Sayaguez Lazo, Enrique. Tratado de derecho administrativo Vol. 2º pág. 130 y sgtes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1987.

48. Consult. Luhmann, Niklas. *Sociología del riesgo.* Ed. Universidad Iberoamericana. México, 1992; Douglas, Mary. *La aceptación del riesgo según las ciencias sociales.* Ed. Paidos. Barcelona, 1985.

concretos a determinados habitantes, empresas o bienes privados, lo que debe ser reparado, pues obliga a la comunidad a soportar los efectos de tal función esencial[49], en la idea del daño menor y focalizado en el daño mayor y expandido.

Un tema central hoy es lo relativo a ejecución irregular de la función, ya que, como señalamos, esta es llevada a cabo por hombres que tienen que cumplir con disposiciones legales, es decir poseen -como no podría ser de otra manera- límites y determinantes en su actuación frente a delincuentes; sin embargo, aquéllos se han transformado en transgresores.

Tampoco escapa a este acápite lo que se vincula con una deficiente organización o con en el proceder del personal a nivel de ejecución - y que a su concecuencia se produzcan daños a particulares masificados y no reparables.

La realidad nos muestra que la posmodernidad ha desarrollado la inseguridad para los individuos, pues por un lado ha restado recursos para la organización y por otro ha permitido la privatización, dejando a su suerte a quienes no pueden pagar esos servicios.

Por último hay una cuestión más que nos interesa explicitar: la alimentación de los niños y la mortalidad infantil.

El Estado posmoderno deja un espacio para la actuación de empresas privadas en la idea de comercialización de bienes y servicios.[50] Sin embargo debe garantizar que dicha actividad se realice conforme a determinadas regulaciones, especialmente en determinados ámbitos importantes como la salud de la niñez.

La alimentación es uno de ellos, en este sentido se ha dictado un Código alimentario y diversas regulaciones de alimento vigilancia, precisamente una de ellas, está relacionada con el control sanitario previo y que se cumple deficientemente o no se cumple.

Esta función de seguridad es trascendente porque produce en la población una situación de confianza[51] en la red alimentaria, de allí que su incumplimiento pueda generar daños a la comunidad como de hecho ya ha sucedido (recordar los casos de frigorificos clandestinos o muzarella en mal estado[52], etc).

La Corte se ha desentendido del tema y ha fijado claramente su posición: sólo habrá responsabilidad del Estado en la medida de que podamos establecer la relación de causaldidad directa con el daño y el control, lo cual torna el reclamo en ilusorio.

Podemos esbozar, una idea central: no endilgar la responsabilidad al Estado por los negocios realizados con negligencia empresarial encubre el daño social de desprotección a la confianza, pues el individuo supone que el Estado controla.

---

49. «Ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y la seguridad de los gobernados, si para llenar estas funciones se ha valido de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad manifiesta, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado.» ("Scarmacia, Mabel, y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios" C.S.J.N. 12-09-95).

50. Consult. Ghersi Carlos A. y colaboradores. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y especial. Modernas formas de contratación.* Ed. Astrea. 3º edición. Bs. As. 1995; Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresaria.* Ed. Astrea. Bs. As. 1995.

51. Fukuyama, Francis. *Confianza* (Trust) pág. 45. «La confianza es la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, y cooperativo, basado en normas comunes, compartida por todos los miembros de dicha comunidad». Ed. Atlántida Bs. As., 1995.

52. Diario "Clarín". Sección "Ciencia". 10-6-95. "El problema de los alimentos contaminados".

4- Conclusión

No pretendemos con estas breves páginas agotar el tema, sólo abrir la posiblidad de un repensamiento y discusión como herramienta del conocimiento de determinadas verdades formales aparentes que son lanzadas en la posmodernidad y aceptadas o impuestas.[53]

Lo central que hoy hemos tratado de exponer es el rol del Estado en la distribución y transferencia de riesgos entre la comunidad que debe soportar el daño universal, que aparece como necesario e imprescindible para la convivencia, el progreso, viendo que día a día ensancha sus límites y reduce el excedente de la categoría del daño reparable al mínimo.

La pretendida neutralidad del Estado no es mas que una aberrante contradicción, pues con su omisión ensancha las desigualdades, la pobreza social y agrede la dignidad humana, daños de esta posmodernidad.[54]

Queremos por último llamar la atención de este daño social universal que se apodera de cada estructura relacional y del sistema todo.

En primer lugar la situación nueva y grave de la posmodernidad, es que se masifica y se transmite generacionalmente, lo cual funciona como «efecto embudo» pues las personas comienzan a perder sus derechos más elementales y se las margina por entero, con lo cual su reacción, y ésta es la segunda cuestión que irrumpe en la escena violentamente, pues no reconoce límites ya que desde afuera no los hay.

De manera que hacer del daño universal -falta de alimentación, salud, educación, justicia, seguridad- una *carga social* implica colocar grandes masas de individuos y sus generaciones futuras, en la exclusión del derecho; es volver a la desigualdad natural y con ello a la destrucción de la sociedad organizada democráticamente. De esta forma, es estar a un paso de la disgregación social o del absolutismo[55] como mecanismo de disciplinamiento.

---

53. Abraham, Tomás. *Los senderos de Foucault.* pág. 88 «Lo aparentemente externo al funcionamiento de las teorías, bien puede ser incluído en sus programas de investigación. Por ejemplo, una teoría rival que funcione como catalizador externo en la falsación popperiana de una teoría, se convierte aquí en un factor interno». Ed. Ediciones Nueva Visión. Bs. As. 1989.

54. Fitoussi, Jean P. y Rosanvallon, Pierre. *La nueva era de las desigualdades.* pág. 90 «La desigualdad nace de la conjunción entre la divorcialidad, el acceso al empleo y el acceso a las estructuras de incorporación y participación social. La diversidad fundamental de los seres humanos con respecto a su pasado produce considerables desigualdades en el espacio de las libertades de realización de los proyectos, de las que las desigualdades de ingreso no contienen ninguna huella». Ed. Manantial. Bs. As., 1997.

55. Habermas, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional.* Pág. 31 «El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan un total desarrollo y el reconocimiento de su derecho (en el sistema de la familia y la sociedad civil, es decir, en las esferas de la vida privada) y que en parte se transforma en interés por el todo». Ed. Trotta. Valladolid, 1997.