

# **El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)**

**Renzo Munita Marambio<sup>1</sup>**

Magister y Doctorando en Derecho Privado  
Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia  
Profesor Becario de Derecho Civil  
Universidad del Desarrollo  
Becario Programa Becas-Chile, CONICYT.

**Resumen:** El riesgo, uno de los fundamentos de la responsabilidad en el Derecho Civil francés, no ha cesado de motivar evoluciones en la ciencia jurídica del indicado país. Si bien el maquinismo y la industria fueron los motores de la reconocida responsabilidad objetiva por hecho de las cosas del art. 1384 inciso 1° del CODE, hoy dicha figura parece no abarcar totalmente el fenómeno riesgoso, atacado tenazmente por algunos con la bandera del principio de precaución, y cubierto por los avances científicos y las nuevas tecnologías. Es así como el hecho generador, el daño y el vínculo de causalidad han experimentado notables desarrollos. En efecto, nuevos regímenes especiales y objetivos de responsabilidad han visto la luz en diversos dominios, entre otros: productos defectuosos, responsabilidad médica (infecciones intrahospitalarias y defectos en productos de salud), daños al medio ambiente, energía nuclear. El daño, por su parte, ha reconocido nuevas especies jurisprudenciales, a saber: perjuicio ecológico por derrames, perjuicio de angustia a consecuencia de la exposición al asbesto, o por los eventuales daños derivados de la cercanía de antenas de telefonía móvil (alterándose con ello la clásica noción de problemas de vecindad), llegando incluso a reconocerse el “riesgo de daño” como una figura jurídica defendible. El confuso terreno de la causalidad no ha sido invulnerable y las evoluciones se han asimismo manifestado. Así, la siempre confusa prueba del vínculo causal ha cedido frente a presunciones legales y de hecho. Las primeras, básicamente en el terreno de la salud pública: transfusiones

<sup>1</sup> Agradezco al profesor Bruno Caprile B. por el tiempo dedicado a la revisión de este trabajo y por sus valiosas orientaciones. Agradezco, asimismo, al profesor Etienne Vergès, por sus consejos relativos a la elaboración del plan de investigación, y orientaciones generales. Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

sanguíneas y SIDA-Hepatitis C, y las segundas, bajo la premisa de presunciones graves, precisas y concordantes retenidas por el juez en el dominio de vacunas y Hepatitis B-esclerosis en placas, o daños derivados a consecuencia de la proximidad de líneas de alta tensión. En fin, el riesgo es pieza fundamental del Derecho de la Responsabilidad en Francia, y una herramienta de la cual dispone la ciencia jurídica para adecuar los cambios sociológicos a un marco legal justo.

\*\*\*

## Introducción

1. **Los derechos primitivos**<sup>2</sup> se caracterizaron, en materia de responsabilidad civil, por la indiferencia al comportamiento del agente, esto es, negligente o no, a la época del reclamo de una indemnización o de la venganza propiamente tal. Más adelante, el **Derecho Romano**<sup>3</sup>, evolucionando a su turno, consagró los llamados delitos nominados, especies de *torts* (adoptando una terminología propia del derecho anglosajón<sup>4</sup>), los que traducidos en ciertos eventos demostrativos de un actuar negligente, y previa verificación, permitían comprometer la responsabilidad del sujeto, pero no llegando a reconocer un principio general de responsabilidad fundado en la culpa. Así, no es sino en el **Derecho Antiguo**, es decir, previo al Código de Napoleón, cuando emerge dicho principio. En efecto, el CODE de 1804, texto normativo fundamental para las codificaciones decimonónicas, **fue redactado bajo una clara inspiración subjetiva**. Dicha concepción, recibida de la sistematización efectuada por Domat<sup>5</sup>, propia del influjo de la moral cristiana y de textos canonistas, **sujetaban al sistema de responsabilidad civil a la verificación de la culpa del agente, enmarcados dentro de un concepto de justicia conmutativa**. Así, el comentado sistema se definió como un régimen jurídico basado exclusivamente en las consecuencias dañosas **del actuar libre del individuo –en su voluntad– bajo las premisas de obligación y de transgresión**<sup>6</sup>. Por consiguiente, los textos del Código Civil de 1804, se cimentaron sobre el denominado **principio general de responsabilidad por culpa**, así desprendido de los artículos **1382<sup>7</sup> y 1383<sup>8</sup>** del texto en comento.

<sup>2</sup> En este sentido, R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9e éd., Dalloz, Paris, 2010, N° 219.

<sup>3</sup> En este sentido, R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897, p. 4.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de lo indicado, el origen del vocablo es propio del idioma francés. Tort: *Fait d'agir injustement contre quelqu'un* (hecho de actuar injustamente contra alguien), *Le Robert de poche*, 2010, p. 720.

<sup>5</sup> Ver J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.11, t. 8, sect. IV, art. 2.

<sup>6</sup> J. L. GAZZANIGA, "Note sur l'histoire de la faute", *Revue Droits*, 1987, p. 17.

<sup>7</sup> *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

<sup>8</sup> "Chacun est responsable du dommage qu'il a cause non seulement par son fait, mais encore par sa négligence, ou par son imprudence".

2. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando **en rigor la culpa sigue ocupando un importante lugar en el derecho de la responsabilidad civil en Francia**<sup>9</sup>, y en la literatura de los siglos XIX y XX encontramos importantes voces que la han defendido tenazmente<sup>10</sup>, su **dominio sin contrapeso no alcanzó a cumplir cien años, y en consecuencia, su campo de acción se ha visto considerablemente disminuido**. En efecto, la reducción del dominio de la culpa en el escenario de la responsabilidad extracontractual fue básicamente motivada por un radical cambio de reflexión del derecho. **Dicho cambio de reflexión no es otra cosa que el reconocimiento doctrinario y jurisprudencial del riesgo como fundamento de la responsabilidad**. Así, antes bajo el imperio exclusivo de la culpa, la prueba de la negligencia era requisito *sine qua non* para activar el sistema de responsabilidad civil, después, bajo el imperio del riesgo, la mecánica del régimen fue centrada en la víctima y las consecuencias dañosas de un actuar no necesariamente culposo, el que bien puede ser incluso lícito. Lo anterior, principalmente en razón **de las lógicas dificultades a que se enfrentaban las víctimas para probar el actuar culposo, cuando el daño provenía de una máquina o de la industria (en sentido amplio), lo que en los hechos había convertido a la reparación en un objetivo jurídico irrealizable**.

3. Pues bien, hoy el riesgo representa uno de los pilares de la responsabilidad en el Derecho Civil francés. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto exponer el desarrollo que ha experimentado el fenómeno riesgoso, el cual indudablemente ha ido de la mano con los nuevos descubrimientos de la ciencia y el progreso tecnológico. Por otro lado, dicho desarrollo no puede limitarse a un artículo. **Es por lo anterior que, en una primera parte, nos referiremos a una visión de conjunto del mencionado proceso evolutivo francés (I); para luego abordar el tratamiento que recibe el riesgo en Francia, a través de algunas ilustraciones jurisprudenciales (II)**.

## **I. La evolución del riesgo en Francia: una visión panorámica**

4. Las principales claves del desarrollo del riesgo en Francia deben sus resultados a las consecuencias de la denominada *teoría del riesgo*. La mencionada postura no tan solo presentó la fuerza para plasmar de objetividad al CODE **–en virtud de la reconocida responsabilidad general por el hecho de las cosas, del artículo 1384 inciso 1º**<sup>11</sup>– sino también para motivar

<sup>9</sup> *La noción de culpa es tan consustancial a nuestra civilización que es difícil de evacuarla: ¡atrapada la culpa ella vuelve galopando!* Ph. le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, 2010, N° 32.

<sup>10</sup> Ver, entre otros, H. MAZEAUD, "Essai de classification des obligations", RTD civ N° 40, "La faute objective et la responsabilité sans faute", Recueil Dalloz 1985, crónica, p. 13.

<sup>11</sup> «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde».

una profusa creación legislativa, especial y objetiva, que tuvo lugar a partir de finales del siglo XIX, cuya efectividad se encuentra hoy en tela de juicio **(A)**. Sin perjuicio de lo anterior, el riesgo ha sido el impulso de una **responsabilidad de naturaleza colectiva**, la que, opuesta a la tradicional responsabilidad individual, ha impactado el Derecho de la Responsabilidad, reconociéndose por la doctrina la recepción jurisprudencial de una verdadera "*ideología de la reparación*"<sup>12</sup> **(B)**. Por último, la incertidumbre científica respecto de riesgos graves e hipotéticos, que de concretarse provocarían daños graves e irreversibles, ha permitido que los defensores del **principio de la precaución** en sede de responsabilidad civil ocupen una plaza importante de la actualidad jurídica francesa **(C)**.

### A. La teoría del riesgo, su dimensión positiva bajo cuestionamientos

5. La teoría del riesgo ha motivado la reflexión jurídica desde el prisma de la objetividad. Dicha forma de razonar el Derecho fue impregnada tanto a partir de la interpretación (art. 1384 inciso 1° del CODE) como en la producción de leyes representativas de una responsabilidad civil especial y sin culpa **(a)**. De esta manera, se ha conformado un variado "*derecho de delitos especiales*"<sup>13</sup> que hoy, siendo objeto de duras críticas **(b)**, su reproducción bien podría ser impactada con una nueva presunción general de responsabilidad **(c)**.

#### a. Un impulso a la legislación y a la interpretación

6. La llegada de la explosión industrial y del maquinismo a mayor escala propio del siglo XIX no tan sólo generó avances económicos y sociales, **también acreó una multiplicación de accidentes, cuya irreparabilidad producto de la tediosa prueba de la culpa demostró un palpable vacío**, frente al cual ni la doctrina ni la jurisprudencia podían permanecer en la indolencia. Así, la sociedad materialmente desarrollada reclamaba un progreso equivalente en la ciencia jurídica, el cual no tardó en llegar. Lo expuesto motivó a destacados autores, entre otros<sup>14</sup> a **R. Saleilles**<sup>15</sup> y a **L. Josserand**<sup>16</sup>, a elaborar la denominada **teoría del riesgo**. En síntesis, conceptos como **riesgo profesional**, y los de **riesgo creado** y **riesgo beneficioso**, permitieron sustentar esta corriente doctrinaria, que fundada en criterios de justicia distributiva, sentó en esencia las bases de una colectivización del riesgo bajo un criterio de solidaridad. Es así como en virtud de la referida teoría **la responsabilidad debe recaer en**

<sup>12</sup> Ver. L. CADIET, «*Les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation*», en *Mélanges en honor de P. Drai*, Dalloz, París, 1999, pp. 495 s.

<sup>13</sup> Ph. le TOURNEAU, op. cit., N° 8054.

<sup>14</sup> Por ejemplo, M. SAUZET, "*De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*" *Revue critique* 1883, por L. MAZEAUD, *La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque*, Tesis, Toulouse, 2010, p. 109.

<sup>15</sup> R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, París, 1897.

<sup>16</sup> L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, París, 1897.

**quien está a la cabeza del riesgo, o se beneficia del mismo, liberando a la víctima de la tediosa prueba de la culpa. En definitiva, se dio origen a una responsabilidad objetiva, que a partir de la constatación material del daño identifica al responsable sancionándolo.**

7. El derecho positivo se vio inmediatamente impactado por el riesgo. **La primera gran evolución se tradujo en la consagración de la denominada responsabilidad general por el hecho de las cosas.** En un comienzo el CODE comprendió exclusivamente dos especies de responsabilidades especiales por el hecho de las cosas: animales (1385<sup>17</sup>) y la ruina de un edificio (1386<sup>18</sup>). **Por su parte, el artículo 1384 inciso 1º, era tan sólo considerado como una disposición de transición que cumplía un rol de anuncio de los dos artículos siguientes.** Luego, la víctima de una explosión de una máquina o del choque de un tren, por ejemplo, no podía perseguir una reparación sino mediante la prueba de la culpa del autor del daño. La situación antes descrita motivó a que parte de la doctrina se entregara a la idea del establecimiento de una responsabilidad general por el hecho de las cosas. **En los hechos, la Corte de Casación observó sus planteamientos, y declaró en materia de accidentes del trabajo (TEFFAINE)<sup>19</sup>, la responsabilidad del empresario, en razón a la explosión de una máquina vapor que había causado la muerte de un mecánico, producto de un vicio de construcción que no tenía manera de conocer. Finalmente, la consagración definitiva de la figura jurídica arribó en virtud de otra gran sentencia (JAND HEUR)<sup>20</sup> en la que se retuvo la responsabilidad objetiva del conductor de un automóvil, por el atropello causado a un peatón.** Hacemos presente que la importancia de estas dos sentencias es enorme, pues la primera consagra esta especie de responsabilidad sin culpa, y la segunda, incorpora una noción amplia de cosa, así como el carácter vinculatorio a la guarda de la cosa más que a la cosa misma. Su trascendencia es radical, **pues desde ese momento, el agente que se enfrenta a un tal escenario podrá liberarse totalmente de su responsabilidad, sólo mediante la prueba de la causa extraña, esto es: caso fortuito, hecho de la víctima o el hecho de un tercero, siempre que comprenda los requisitos de la fuerza mayor: imprevisibilidad e irresistibilidad.**

8. En términos simples para que opere la responsabilidad general por el hecho de las cosas, tres condiciones son necesarias: **primero, la existencia de una cosa susceptible de apropiación; segundo, que temporalmen-**

<sup>17</sup> *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.*

<sup>18</sup> *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.*

<sup>19</sup> Casación, civil, 16.06.1896, DP 1897, I, 433, nota R. SALEILLES.

<sup>20</sup> Casación, cámaras reunidas, 13.02.1930, D., 1930, 1, p. 57; S., 1930, 1, p. 121, nota P. ESMEIN.

**te se encuentre al origen del daño; y tercero, que comprometa la responsabilidad de quien la tiene bajo su guarda, es decir, quien efectivamente presenta un poder de uso, control y dirección de la cosa, sea en carácter de propietario, sea en carácter de guardián provisorio. La exoneración depende de la prueba de una causa extraña o que la cosa no ha cumplido más que un rol pasivo en la producción del daño, tanto respecto de su ubicación normal, cuanto de su comportamiento<sup>21</sup>. Su ausencia de culpa no es prueba suficiente.**

9. Por otro lado, la evolución de las sociedades, de la ciencia y de la tecnología han impulsado a que la ciencia jurídica francesa encuentre en el **riesgo el fundamento de una diversidad de leyes derogatorias del principio de la responsabilidad general por el hecho de las cosas**. Por ejemplo, entre otras<sup>22</sup> la ley de 9 de abril de 1898, relativa a los accidentes del trabajo, la cual dispone que la carga de la indemnización pesa esencialmente sobre el empleador, pues él obtiene beneficio de la actividad de los asalariados. Más recientemente, la ley de 5 de julio de 1985, la cual instauró un régimen de indemnización automática respecto de los accidentes de circulación, o la misma ley de 19 de mayo de 1998 aplicable a las víctimas de accidentes de productos defectuosos, hoy incorporada en los artículos 1386 y siguientes del CODE. Apreciamos que tal como sucedió con la culpa en su momento, el terreno de acción del referido principio se ha limitado, y prácticamente se aplicaría a los "*daños de la vida corriente y a los accidentes de transporte ferroviario*"<sup>23</sup>. **Lo anterior ha motivado al profesor J.-S. BORGHETTI<sup>24</sup> a cuestionar el interés por continuar cobijando este principio. Hacemos presente, que su planteamiento fue inmediatamente contestado por el también destacado jurista Ph. BRUN<sup>25</sup>. Además, el importante proyecto CATALA lo considera expresamente en su artículo 1354<sup>26</sup>, entendiéndolo en definitiva como un instrumento eficaz para la protección de las víctimas.**

<sup>21</sup> A modo de ilustración. Una persona que salía de su vehículo estacionado en el parking de un centro comercial se golpeó contra un muro de concreto que se encontraba en el camino hacia la entrada del establecimiento. A consecuencia del impacto, la víctima cayó y se lesionó. Recurrió en responsabilidad contra el centro comercial, bajo el fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 inciso 1°. Los jueces de fondo rechazaron su pretensión, pues la víctima no demostró que el muro había cumplido un rol activo en la producción de daño. La Corte de Casación, a su turno, confirmó el criterio, estableciendo: "*el muro de concreto, cosa inerte, no estaba ubicado en una posición anormal y no había jugado ningún rol activo en la caída de la víctima*". Casación, 2da civil, 29 marzo 2012, Nº 10/27553.

<sup>22</sup> Ver Ph. LE TOURNEAU, op. cit. Nº 8052.

<sup>23</sup> L. GRYNBAUM, Répertoire du Droit Civil Dalloz, *La Responsabilité du fait de choses inanimées*, Nº 7.

<sup>24</sup> J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, RTD Civ. 2010 pp. 1y ss.

<sup>25</sup> Ph. BRUN, *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations*. RTD civ. 2010 pp. 487 y ss.

<sup>26</sup> *On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.*

10. Así, nuevos riesgos sustentan nuevas leyes de corte objetivo, configurándose luego un verdadero catálogo de eventos o de delitos especiales, como indicamos, que una vez verificados otorgan al agraviado un inmediato derecho a la indemnización, diversificándose en consecuencia los hechos generadores de responsabilidad, bajo un estricto criterio de especialidad. Lo previo, ubica al comentado proceso legislativo bajo análisis.

## b. Críticas a la multiplicación del hecho generador de responsabilidad

**11. La natural multiplicación del hecho generador de responsabilidad ha dejado a su paso duras críticas<sup>27</sup> y, asimismo, a interesantes propuestas<sup>28</sup>.** Paradójicamente, uno de los cuestionamientos doctrinarios corresponde a la injusticia irrogada a las víctimas. En efecto, se aprecia que los **regímenes particulares o especiales de responsabilidad son más favorables que las disposiciones del Código Civil**, constituyendo ello una primera causa de arbitrariedad, en cuanto al derecho de reparación que asiste a los agraviados que no se enmarcan plenamente en alguno de los supuestos normativos de esos regímenes especiales. **Incluso el perjuicio reparable es tratado de manera disímil por las normativas especiales, lo cual significaría otro foco de desigualdad.** Destacamos, a modo de ejemplo, que el régimen de indemnización establecido para los riesgos tecnológicos<sup>29</sup> establece un tope de reparación y no considera la reparación del perjuicio corporal, mientras que el régimen de explotación de aeronaves<sup>30</sup> y de teleféricos<sup>31</sup> no considera ni tope ni limitación a la reparación del perjuicio corporal. **Es más, las víctimas pueden verse afectadas incluso por la total privación de la indemnización en el supuesto de ubicarse en un ángulo muerto<sup>32</sup> del régimen especial.** Lo expuesto es claramente manifestado por el destacado profesor Ph. LE TOURNEAU, quien manifiesta que *"el método adoptado en Francia torna al Derecho cada vez más complicado e injusto, creando querellas de fronteras y litigios innumerables sobre los términos propios que cada una de estas leyes utilizan, interpretadas con una sutilidad que confina a menudo a un bizantinismo"*.<sup>33</sup>

**12. El desorden en la legislación es otro de los cuestionamientos que considera la doctrina.** Pareciera que Francia, que *"había querido una legislación clara, completa, lo suficientemente precisa, armoniosamente organizada, no es*

<sup>27</sup> Ph. Le TOURNEAU, Répertoire du Droit Civil Dalloz, *Responsabilité (en général)*, 2012, N°221.

<sup>28</sup> L. GRYNBAUM, op.cit., N°s 24-34; Ph. Le TOURNEAU, Répertoire du Droit Civil Dalloz, op. cit, N° 233-269.

<sup>29</sup> Ley de 30 de Julio de 2003 sobre prevención de riesgos tecnológicos y naturales y prevención de estos daños. Actualmente incorporada en el Código de Seguros en los artículos L. 128-1 y ss.

<sup>30</sup> Ley de 31 de mayo de 1924.

<sup>31</sup> Ley de 08 de Julio de 1941.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el rechazo de permitir a la víctima de un accidente laboral actuar contra el Fondo de Garantía pertinente (ver infra N°28), aun cuando el accidente se produjo a consecuencia de la culpa intencional de otro trabajador, presentando el carácter material de una infracción penal. En el sentido indicado, Casación, 2ª civil, 07 febrero 2008, N° 07-10.838, por L. MAZEAU N° 359.

<sup>33</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 90.

más que un derecho fragmentario, compuesto por trozos, complicado y empañado por numerosas lagunas<sup>134</sup>. Luego, pareciera necesario regresar a la aplicación de máximas generales, las que, justificadas por J. PORTALIS a la época de la redacción del CODE, cautivan por su poder de garantía de evolución del derecho. El célebre codificador enseñó: "*El oficio de las leyes es de fijar, a grandes rasgos, las máximas generales del derecho; de establecer principios fecundos y sus consecuencias, y no descender en el detalle de las preguntas que pueden nacer en cada materia. Corresponde a los magistrados y a los jurisconsultos, imbuidos en el espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación*"<sup>135</sup>.

**13. El tiempo de reformas en el que vivimos no ha dejado de lado este punto. En efecto, la defensa de criterios generales constituye pieza importante del reconocido "Ante-Proyecto de reforma del Derecho de las obligaciones y de la prescripción", o también denominado proyecto CATALA, en honor a quien presidiera el comité de redacción, el profesor Pierre CATALA.**

*c. Por una presunción general de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas*

**14. El denominado proyecto CATALA comprende el establecimiento de un nuevo caso de responsabilidad general sin culpa u objetiva (art. 1362).** Dicha figura presenta vocación a adecuarse a los riesgos que el siglo XXI ha puesto en marcha. La responsabilidad de pleno derecho recae sobre el explotante de una actividad anormalmente peligrosa, por los daños ligados a esta actividad. El indicado artículo 1362 ordena: "*Sin perjuicio de las disposiciones especiales, el explotante de una actividad anormalmente peligrosa, aun lícita, es obligado a reparar los daños consecutivos a esta actividad. Es considerada como anormalmente peligrosa una actividad que crea un riesgo de daño grave pudiendo afectar un gran número de personas simultáneamente. El explotante no puede exonerarse sino estableciendo la existencia de culpa de la víctima en las condiciones previstas por los artículos 1349-1351-136"*.

**15. La primera institución que reaccionó frente al régimen que nos proponemos analizar fue la Corte de Casación,** la que en virtud de un

<sup>34</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 80.

<sup>35</sup> Discurso preliminar pronunciado por J. PORTALIS ante el Consejo de Estado durante la presentación del Code Civil, en *Naissance du Code civil*, prólogo de François Ewald, Flammarion, 2004, por A. LEMARRIÉ, *La force majeure en droit du contrat de transport maritime de marchandises*, Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007, p. 5.

<sup>36</sup> **La exoneración será total** si la culpa de la víctima presenta los caracteres de la fuerza mayor (imprevisibilidad e irresistibilidad) (artículo 1349), **mientras que será parcial**, cuando la culpa de la víctima haya concurrido con la producción del daño (naturalmente sin uno o ambos caracteres de la fuerza mayor), mientras que en caso de agravio a la integridad física, sólo la culpa grave de la víctima, podrá permitir una liberación parcial de responsabilidad al agente (art. 1351).

grupo de trabajo dirigido por el profesor Sargos manifestó: "El grupo estima mayoritariamente que esta responsabilidad específica por el hecho de las actividades peligrosas corresponde a una necesidad y aprobamos el principio"<sup>37</sup>. Agregamos que es digna de destacar la propuesta de desarrollo normativo expresada en el párrafo anterior. Pues obedece a un esfuerzo de la doctrina francesa por adecuarse a los lineamientos de diversos e influyentes ordenamientos jurídicos presentes en el mundo. Lo mencionado ha motivado a expresar que la responsabilidad general por actividades anormalmente peligrosas, del proyecto Catalá, significa: "que ella acerca al derecho francés a la mayor parte de los derechos de países vecinos"<sup>38</sup>. Agregamos, de hecho, que diversos estados –vecinos y no tanto– cuentan con el recurso a esta especie de responsabilidad objetiva, similar a lo menos en espíritu. En este sentido, diversas legislaciones tributarias tanto del *common law* como del *civil law*.

**16. En cuanto al *common law*, o Derecho Común de inspiración consuetudinaria,** Inglaterra ha observado reflexiones doctrinarias de esta naturaleza tanto en la *Law Commission*<sup>39</sup>, como en la *Commission Pearson*<sup>40</sup>, así como jurisprudenciales<sup>41</sup>, aun cuando, posteriormente, el mencionado país adoptó una posición similar a Francia, en virtud de la incorporación de cuerpos legislativos objetivos y particulares. Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad objetiva consagrada por la mencionada sentencia traspasó fronteras impregnando a USA, exponente de la misma inspiración jurídica, caracteres de objetividad. Luego, Estados Unidos reconoce el principio general de responsabilidad por actividades riesgosas, tanto en el *Primer*<sup>42</sup> como en el *Segundo*<sup>43</sup> *Restatement of the Law of Torts*. Estos últimos cuerpos doctrinarios que, al menos en parte, bajo iluminación de la referida sentencia inglesa, establecen a la *strict liability* como criterio a seguir en este capítulo. Mencionamos que la observación de la objetividad se ha verificado en una treintena de jurisdicciones en los Estados Unidos. **Por su parte, importantes países herederos del *civil law*** también han comprendido la presunción

<sup>37</sup> Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, sobre el ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción, 15 de junio de 2007, N° 72.

<sup>38</sup> Ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, informe dirigido al Ministro de Justicia Francés Sr. P. CLÉMENT, 22 de septiembre de 2005, Sous-titre III – *De la Responsabilité Civile* – Exposición de motivos por G. VINEY, p. 148.

<sup>39</sup> Law Commission on civil liabilities for dangerous things activities, Report N° 32, House of Commons Paper, 142, London, 1970, HMSO.

<sup>40</sup> Royal Commission on civil liability and compensation for personal injury, Report presented to parliament by command of Her Majesty, v.I, London, 1978, HMSO.

<sup>41</sup> A partir del criterio objetivo de responsabilidad reconocido por la sentencia "Rylands vs Fletcher". Ver sobre este punto: H. KOZIOL, B. C. STEININGER, *Rylands vs Fletcher and the emergence of the Enterprise Liability in the Common*, en *Law Torts and Insurance*, *Law Yearbook, European Law Tort*, 2004.

<sup>42</sup> The first Restatement of the Law Records, ALI 04.001, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA.

<sup>43</sup> Second Restatement of the Law of Torts. St. Paul MN: American Law Institute 1965-1979.

comentada en sus ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, México<sup>44</sup>, Italia<sup>45</sup>, Portugal<sup>46</sup>, cuentan con ella en sus derechos particulares. El caso de Colombia es interesante, pues la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del artículo 2356<sup>47</sup> del Código Civil colombiano (idéntico al artículo 2329 del Código Civil chileno) ha establecido un régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas<sup>48</sup>.

17. Asimismo, el Derecho Europeo, en su rol por armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros (el que propone incluso la redacción de un Código Civil Continental), ha reconocido expresamente el recurso a la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas en los denominados **Principios Europeos de Responsabilidad Civil**<sup>49</sup>. Lo anterior nos permite colegir el interés que se palpa en el viejo continente por discutir a escala comunitaria la formulación de una presunción como la señalada. **Prueba de lo anterior lo demuestran, por ejemplo, los proyectos de revisión de responsabilidad civil en Austria<sup>50</sup> y Turquía<sup>51</sup>.**

<sup>44</sup> "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

<sup>45</sup> "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un' attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

<sup>46</sup> "2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir".

<sup>47</sup> "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

<sup>48</sup> F. MANTILLA E. y F. TERNERA B., "La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano", en *Temas de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 211-249; "La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, N°. XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125-137; y F. MANTILLA E., "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", en *Reformas en el Derecho Civil Francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, *Revista Actualidad Jurídica*, 2007, pp. 35-52, por B. CAPRILE B. en "Hechos Jurídicos", *Revista Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Santiago-Concepción, N° 22, 2010, pp. 457 y ss., cita N° 75.

<sup>49</sup> www.egtl.org.

<sup>50</sup> Según la proposición austríaca, la expresión « *Quellen hoher Gefahr* "(artículo 1302 del proyecto) comprendería no solamente los peligros excepcionales y graves, sino igualmente los riesgos representativos de fuentes de daños frecuentes (« *Risiko häufiger Schäden* »), por W. van BOOM, A. PINNA, *Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe. Questions choisies*, Publié dans Bénédicte Winiger (ed.), La responsabilité civile européenne de demain – Projets de révision nationaux et principes européens (Colloque international à l'Université de Genève), Genève: Schulthess 2008, p. 268.

<sup>51</sup> La incorporación de riesgos de daños frecuentes es también prevista por la proposición turca en su artículo 70, por W. van BOOM, A. PINNA, op. cit., loc cit.

**18. Sostenemos que la retención definitiva de esta figura permitiría una correcta aprehensión global de los riesgos incorporados por esencia a los avances científicos y a las nuevas tecnologías,** sin necesidad de recurrir latamente a una técnica legislativa especial, abundante y complicada para las víctimas, configurando en ciertos casos un freno al derecho. **En este sentido, consideramos que una presunción como la señalada es necesaria en toda legislación.** Estimar lo contrario podría conducirnos a la incongruencia de intentar explicar cómo las víctimas del accidente que destruyó la empresa AZF en Toulouse el 21 de septiembre de 2001, podrían haber dependido de tres regímenes jurídicos diferentes para poder obtener una reparación justa (1382, 1384 inciso 1º, conflictos de vecindad), mientras que los accidentados que se acogen a la legislación de teleféricos<sup>52</sup> o de una aeronave<sup>53</sup> reciben un trato mucho más favorable en términos probatorios.

**19.- Ahora bien, la instauración de una presunción de responsabilidad por actividades riesgosas, objetiva y general, se impone como alternativa de reorientación del derecho de la responsabilidad en Francia.** Su carácter de responsabilidad sin culpa nos parece totalmente ajustado a derecho. Lo expresado, pues en rigor la actividad anormalmente peligrosa se caracteriza por aquella que: *"explotada por un profesional en un objetivo económico o social, es susceptible a pesar de toda diligencia razonable, de causar un daño inmediato o diferido, de fuerte intensidad a las personas, al medio ambiente, o a los bienes, en razón netamente de la complejidad de su organización, de los elementos o instrumentos utilizados, o por su naturaleza misma"*<sup>54</sup>. En este sentido, es coherente citar a Ripert, quien estimó que: *"a poderes excepcionales debe corresponder una responsabilidad especial"*<sup>55</sup>. **¿Qué más excepcional que el poder de causar un daño de magnitud como el indicado en la definición?**

**20. Estimamos que las fuentes de desigualdad y desorden normativo en gran parte se superarían con una presunción de esta envergadura.** Así, aun cuando la norma considere las expresiones *"sin perjuicio de las disposiciones especiales"* y que por ende su vocación no sea en lo inmediato abarcar regímenes particulares, bien podría sostenerse prospectivamente que sus fronteras podrían cobijar ampliamente dichas especies de responsabilidad<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Ley del 8 de julio de 1941.

<sup>53</sup> Ley del 31 de mayo de 1924.

<sup>54</sup> L. MAZEAU, op. cit., N° 444.

<sup>55</sup> G. RIPERT, *Rapport sur le projet de loi relative à l'aéronautique*, citado por M. VALIER en su informe al Senado, *Pandectas Francesas*, S. y P. Leyes anotadas de 1924, p. 1563, por L. MAZEAU, op. cit., N° 336.

<sup>56</sup> Ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, p. 159, cita 41: *"El sistema propuesto es muy próximo al que inspira los textos particulares. A plazo, podemos prever que algunos de ellos podrían desaparecer, absorbidos por la disposición general"*.

21. **En nuestro criterio, reiteramos que el reconocimiento de la especie de responsabilidad en ejercicio de análisis es un imperativo de justicia. No obstante, estamos de acuerdo con la doctrina que sostiene que es menester precisar ciertos aspectos.** Así, el concepto de "*actividad anormalmente peligrosa*" merece cierta especificidad. A esta labor se abocó el grupo de trabajo de La Corte de Casación, ya mencionado, el que consideró que dicha actividad debería comprender las instalaciones clasificadas o sujetas a exigencias particulares. Se razonó que la referencia a la presunción de anormalidad relativa "*a la posibilidad de afectar a un gran número de personas simultáneamente*", **debería ser suprimida u obedecer a criterios menos imprecisos**<sup>57</sup>. Estamos de acuerdo con el alcance efectuado por el grupo de la Corte de Casación, en lo relativo a que la presunción consignada no permite abarcar íntegramente una actividad anormalmente peligrosa. **Sin embargo, no creemos sea necesario suprimirla, pues podrían ser agregados también otros factores de identificación**, así por ejemplo: "*la obligación de asegurarse, la garantía financiera o la contribución a un Fondo de Garantía por parte del explotante, datos estadísticos y análisis de expertos concernientes a los riesgos de explotación de ciertas actividades, etc.*"<sup>58</sup>.

22. **Otro aspecto que motiva el análisis es la restricción a la exoneración del explotante, la cual no puede hacerse efectiva sino mediando la prueba de la culpa de la víctima.** La liberación puede ser total, si la especie exoneratoria presenta los caracteres de la fuerza mayor, estos es, la imprevisibilidad y la irresistibleidad; o parcial, si concurre paralelamente con la producción del daño<sup>59</sup>. Hacemos presente que la Cámara de Comercio y de la Industria de París ha manifestado sus aprensiones respecto de la especie de responsabilidad en reseña, pues considera que es someter a los explotantes de una actividad de riesgo a una severidad injustificada al no poder exonerarse por vía de fuerza mayor o del hecho de un tercero<sup>60</sup>. El grupo de trabajo de la Corte de Casación, asimismo, manifiesta que el régimen es "*severo para el explotante*"<sup>61</sup> y se interroga sobre la posibilidad de reintroducir la alternativa de exoneración por vía de la fuerza mayor, netamente para habilitar al profesional a liberar su responsabilidad en caso de catástrofe natural o de atentado criminal. Los mismos integrantes del mencionado grupo de trabajo expresan que la reflexión expresada, en cuanto a limitar la fuerza mayor, como mecanismo exoneratorio, parece ser inspirada en regímenes especiales de responsabilidad

<sup>57</sup> Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.

<sup>58</sup> L. MAZEAU, op. cit., N° 444.

<sup>59</sup> Ver supra cita N° 35

<sup>60</sup> *Por una reforma del derecho de los contratos y de la prescripción en conformidad a las necesidades de la vida de los negocios*, Reacciones de la CCIP al ante-proyecto CATALA y proposiciones de modificaciones, Informe de D. KLING en nombre de la comisión del derecho de la empresa y adoptado por la Asamblea General del 19 de octubre de 2006, pp. 117 y ss.

<sup>61</sup> Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.

(aeronaves, teleféricos, energía nuclear)<sup>62</sup>. **En nuestro criterio, nos parece en extremo inflexible para el profesional no poder exonerarse totalmente por vía de la fuerza mayor. Estamos convencidos que la protección de la víctima no puede dejar en la indefensión a quien sin ser victimario debe asumir las reparaciones de un evento del cual es jurídicamente irresponsable.**

**23. Por otro lado, recordamos que el proyecto CATALA también reconoce el reclamo vía responsabilidad general por el hecho de las cosas.** Cabe entonces preguntarse si entre ambas especies de responsabilidad sin culpa se podría producir una suerte de colusión. **Estimamos que no.** Creemos que la responsabilidad por el hecho de las cosas no logra comprender al riesgo según el tratamiento que éste debe recibir en pleno siglo XXI, época en que el avance tecnológico genera riesgos mayores, que de concretarse pueden conllevar a nuevas tipologías de daños, naturalmente de mayor envergadura. Diversas catástrofes dan prueba de ello<sup>63</sup>. **Sin perjuicio de lo anterior, no parece lógico pensar que el régimen de responsabilidad general por el hecho de las cosas deba suprimirse –así lo ha entendido el proyecto CATALA– pues tanto éste como el de responsabilidad por actividades de riesgos pueden y deben coexistir.** Así, el primero se aplicaría a los daños que en definitiva vinculan a particulares, mientras que el segundo enfrenta a un profesional o explotante de una actividad anormalmente peligrosa y a quien no posee dicha calidad. **Así, la responsabilidad por el hecho de las cosas se enmarca en casos de la vida corriente<sup>64</sup>, mientras que los segundos se identifican, por ejemplo, con la explotación de una aeronave, un teleférico, una planta de energía nuclear, etc.**

24. Naturalmente, sentimos una atracción especial por esta fórmula, que no obstante ser razonada en clave subjetiva, fuera formulada por don Carlos DUCCI y defendida magistralmente por el decano ALESSANDRI, reconociendo en el artículo 2329 de nuestro Código Civil una presunción de culpabilidad por el hecho propio<sup>65</sup>. Hacemos presente que aun cuando la tesis mencionada reviste

<sup>62</sup> Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.

<sup>63</sup> A modo de ejemplo: Italia: emisión de dioxinas en Seveso, el 10 de julio de 1976 (lesiones corporales de más de 200 personas y evacuación de más de 700); India: escape de gases tóxicos en Bhopal, el 03 de diciembre de 1984 (muerte de más de 3.000 personas); Ucrania: el incendio de un reactor nuclear en Chernóbil, 26 de abril de 1986 (contaminación de los territorios de Ucrania, Rusia, Bielorrusia).

<sup>64</sup> A modo de ejemplo: CA de Versailles, en fallo de 18.06.1999, condena a una empresa por los daños producidos a un menor en un ojo a consecuencia de su impacto con un árbol espinoso que se encontraba a la entrada del inmueble de propiedad de la sociedad. Para tener una visión general ver Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 7734.

<sup>65</sup> En concreto, siguiendo las palabras de Alessandri, la mencionada presunción se aplicaría: "cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente, por ejemplo, un choque de trenes", A. ALESSANDRI R., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, N° 195 y ss.

un seguimiento minoritario por nuestros tribunales –lo cual lamentamos– sus postulados constituyen una pieza infaltable de toda discusión doctrinaria que pueda ser trabada en este punto<sup>66</sup>.

**25. El extenso tratamiento legislativo del fenómeno riesgoso ha generado, según la doctrina, la observancia de una nueva ideología: "la de la reparación",** cuyo espíritu consiste básicamente en la obtención segura de la indemnización de todo lo que signifique un daño. Convirtiendo al señalado factor de responsabilidad en el "*alfa y el omega*"<sup>67</sup> de la responsabilidad civil. Ahora bien, la envergadura de ciertas especies de daños y la efectividad en el resarcimiento ha exigido salir de la órbita de la reparación privada para pasar a una de carácter colectivo, generando con ello una evidente declinación de la responsabilidad individual<sup>68</sup>.

## B. El riesgo a la cabeza de una responsabilidad colectiva

26. Es en este escenario en el que consideramos que el riesgo ha motivado otro foco de cambios importantes en Francia. En concreto, el progreso tanto del seguro, y por ende de la mutualización de las reparaciones **(a)**, como de la seguridad social, es decir, de la solidaridad nacional **(b)**, se ha materializado en conjunto con la propagación de normativas objetivas a las que hemos hecho referencia.

### a. La reparación vía seguro

**27. El seguro, por un lado, ha cumplido un rol determinante en la declinación de la responsabilidad individual, a cambio de un sistema de repartición colectiva de riesgos.** En efecto, "*el pasaje de una problemática estrictamente individualista a una temática colectivista, favorable a un derecho a la indemnización fundado sobre la idea del riesgo, que hasta ahí era asumido individualmente, debía ser socialmente garantizado*"<sup>69</sup>. Así, la prima deviene en el precio por la seguridad personal, lo cual permite, asimismo, dimensionar el valor económico del riesgo en toda su magnitud. En Francia, la institución del seguro ha experimentado una explosión considerable: más de 120 actividades están dotadas de la cobertura de un seguro obligatorio, mientras que en

<sup>66</sup> J. L. DIEZ S., "La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla", en *Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista Nº 16, Revista Actualidad Jurídica, 2007, pp. 35 y ss.; y E. BARROS B., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, Nºs 91 y ss.

<sup>67</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., Nº 1324.

<sup>68</sup> G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Bibl. Droit Privé, T. 53, LGDJ, Paris, 1965, préf. A. TUNC.

<sup>69</sup> A. LECA, *La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France*, *Rev. gén. Dr. Med.* 2005, Nº 16, pp. 153-154, por L. KHOURY, *Innovation biomédical et évolution du droit de la responsabilité civile : une étude comparée France-Québec*, Nº19, cita 65, en *Droit, sciences et techniques quelles responsabilités?*, LexisNexis, Nº 35, 2011, pp. 101 y ss.

otras tantas, el seguro es suscrito voluntariamente por los particulares<sup>70</sup>. De esta manera, la extensión de las condenas en responsabilidad civil es desde luego importante. Desde que los tribunales identifican que el "supuesto" autor del daño se encuentra cubierto por un seguro, generalmente no dudan en condenarlo, con el objeto de reparar los daños de la víctima, incrementando con ello la carga financiera de la colectividad<sup>71</sup>. **Ello ha generado críticas, pues es considerado como un elemento esterilizador y desnaturalizador de conceptos clásicos<sup>72</sup>, ya que la indemnización de la víctima prima y se libera de toda búsqueda jurídica del responsable del daño, a tal punto que es incluso difícil hablar de responsabilidad<sup>73</sup>.** En este mismo sentido, el profesor Ph. STOFFEL-MUNCK expone: *"Si queremos repararlo todo, sin condición, y acordar a los sujetos de derecho un crédito automático de reparación de los daños por éstos sufridos, la responsabilidad civil no es una herramienta conveniente: es una forma de seguridad social la que hay que instaurar o extender. La responsabilidad civil no se justifica sino como una institución diferente y no puede definirse sino como un medio para reparar ciertos daños, injustamente causados"*<sup>74</sup>.

#### *b. El recurso a la solidaridad*

**28. Por otro lado, si el agente es desconocido, insolvente o no se encuentra cubierto por un seguro**, en ciertas materias será el Estado el que, en virtud de otra forma de colectivización de riesgos, participará en la reparación, respondiendo por ella. **En la especie la Seguridad Social, en virtud de la creación legal de Fondos de Garantía (FG)**, indemniza a la víctima, repartiendo el costo de este resarcimiento en el conjunto de ciudadanos. Así, en caso de **accidentes de circulación o de caza<sup>75</sup>**, por ejemplo, si el responsable es desconocido o insolvente, la víctima es indemnizada con cargo a ún **FG** financiado por la comunidad. La misma figura se establece para la reparación a las **víctimas de infracciones penales<sup>76</sup>** y a las **víctimas de actos de terrorismo<sup>77</sup>**.

**29.- Los avances en esta materia en el campo de la salud pública merecen atención especial. Bajo el mismo espíritu legislativo, en virtud de la ley sobre accidentes médicos e infecciones nosocomiales (o**

<sup>70</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Répertoire du Droit Civil*, op. cit. N° 181.

<sup>71</sup> R. CABRILLAC, op. cit., N° 227.

<sup>72</sup> B. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, p. 301.

<sup>73</sup> R. CABRILLAC, op. cit., loc. cit.

<sup>74</sup> J.-S. BORGHETTI, art. cit., N° 5.

<sup>75</sup> Ley de 31 de diciembre de 1951.

<sup>76</sup> Ley de 3 de enero de 1977.

<sup>77</sup> Ley de 9 de septiembre de 1986.

**intrahospitalarias)**<sup>78</sup>, **se instituyó la ONIAM**<sup>79</sup> (*Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos y de infecciones nosocomiales*), organismo administrativo sujeto a la tutela del Ministerio de Salud, **el cual ha centralizado la reparación de una nómina de perjuicios ubicables en la esfera de la salud pública. Así el artículo L. 1142-1 del Código de la Salud Pública, consagra un recurso subsidiario a favor de la víctima**, siempre que en el accidente médico no haya sido comprometida la responsabilidad de un profesional, establecimiento, servicio u organismo indicado en la ley, o la de un fabricante de productos, en definitiva, de algunos de los actores del sistema de salud. Por otro lado, dicho recurso subsidiario no interviene sino cuando el accidente médico se ha verificado en razón de un acto de prevención, diagnóstico o cuidado y que sus consecuencias son anormales según el estado de la salud del paciente y de la evolución previsible de éste. Además, deben presentar un carácter de gravedad, fijado por decreto, apreciado respecto de la pérdida de las capacidades funcionales y de las consecuencias sobre la vida privada y profesional, medida según la tasa de agravio permanente a la integridad física o síquica, de la duración de la detención temporal de las funciones profesionales o del déficit de la funcionalidad temporal. En fin, las consecuencias deben corresponder a un baremo de incapacidad permanente no menor al 25%<sup>80</sup>.

**30. El referido recurso subsidiario es aplicado de la misma manera y bajo las mismas condiciones en caso de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias**<sup>81</sup>. Siendo directo el recurso a la ONIAM en caso de una incapacidad superior o igual al 25% o de deceso. Asimismo, a partir del año 2006, es directo el recurso a la ONIAM, en el evento de contagio con VIH a consecuencia de una transfusión sanguínea<sup>82</sup> (aun cuando ya en virtud de la ley de 31 de diciembre de 1991 se había creado un FG con el mismo fin<sup>83</sup>). **Lo mismo respecto de víctimas del virus hepatitis C**<sup>84</sup>, provocado a consecuencia de transfusiones de sangre o de inyecciones de productos sanguíneos. **Idéntico tratamiento reciben los afectados por la enfermedad de Creutzfeld-Jacob a partir del año 2002**<sup>85</sup>, y los perjudicados directamente a consecuencias de vacunas obligatorias, a partir del año 2006<sup>86</sup>.

**31. Como vemos, el riesgo es una herramienta de la que se ha valido el Derecho de la Responsabilidad en Francia a lo largo de los años. Estamos**

<sup>78</sup> Ley de 4 de marzo de 2002.

<sup>79</sup> www.oniam.fr.

<sup>80</sup> Artículo L. 1142-1 Código de la Salud Pública.

<sup>81</sup> Artículo L. 1142-1-1 Código de la Salud Pública.

<sup>82</sup> Ley de 9 de agosto de 2004, artículos L. 1142-21 y L. 3122-1.

<sup>83</sup> Ley 31 de diciembre de 1991.

<sup>84</sup> Artículo L. 1221-14 Código de La Salud Pública.

<sup>85</sup> Artículo L. 1142-22.

<sup>86</sup> Artículo L. 3111-9.

**seguros que dicha comunión está lejos de desaparecer. Lo anterior, pues parte de la ciencia jurídica actualmente está enfocada en el análisis de los denominados "riesgos de daños hipotéticos".** En efecto, una corriente en Francia, que si bien es minoritaria, pero no menos importante en cuanto a lo agudo de sus fundamentos, se ha concentrado en extender al campo de la responsabilidad civil a la nombrada especie de fenómenos, bajo el argumento de un nuevo principio, el cual ha ingresado hace algún tiempo al escenario jurídico del mencionado país. **Nos referimos al principio de precaución.**

### C. El riesgo y el principio de precaución

32. Hasta la década del 90, el denominado "*principio de precaución*", aún cuando se encontraba presente en ordenamientos jurídicos supranacionales<sup>87</sup>, no era un tema expuesto a la opinión pública, ni menos era sostenible una extensión de sus alcances bajo el dominio de la responsabilidad civil, como veremos a continuación. Sin embargo, ciertos "eventos", tales como: el drama de la sangre contaminada en Francia<sup>88</sup>, el síndrome de la vaca loca en Inglaterra<sup>89</sup>, la incertidumbre generada por los riesgos de organismos genéticamente modificados (OGM)<sup>90</sup>, provocaron rápidamente: primero su mediatización<sup>91</sup>, luego su reconocimiento legal<sup>92</sup> y constitucional<sup>93</sup> en materia de medio ambiente, y hoy su defensa como fundamento de acción de responsabilidad civil<sup>94</sup>. Esto

<sup>87</sup> Declaración ministerial de la segunda conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte, 1987: "*Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de substancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas substancias incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico*"; Artículo 174 Tratado de Amsterdam, 1997 (antiguo artículo 130 R N° 2 Tratado de Maastricht): "*La política de la Comunidad en el dominio del medio ambiente (...) es fundada sobre los principios de precaución y de acción preventiva, sobre el principio de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente y sobre el principio quien contamina paga*".

<sup>88</sup> Ver, « *La sang et le droit* » de M.-A. HERMITTE, Editorial Seuil, Paris, 1998.

<sup>89</sup> Ver, M. I. TRONCOSO, "*El principio de precaución y la responsabilidad civil*", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado Colombia, N°18, 2010, pp. 205-220.

<sup>90</sup> Ver "*La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados*", S. REBOLLEDO A., *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año 1°, N° 1, mayo 2012, pp. 191 y ss.

<sup>91</sup> F. EWALD, C. GOLLIER, N. de SADELER, *Le principe de précaution*, Que sais-je ? N°3596, Paris : puf, 2001, introducción, p. 3 ; desde un punto de vista práctico: Asamblea Nacional, Comité de evaluación y del control de las políticas públicas, Informe de etapa sobre la evaluación y la aplicación del artículo 5 de la Carta del Medio Ambiente, junio 2010.

<sup>92</sup> Ley de 02 de febrero de 1995, artículo 110-1 Código del Medio Ambiente: "*La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable*".

<sup>93</sup> Art. 5° CPE: "*Cuando la realización de un daño, aunque incierto en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución, y dentro de sus competencias, por poner en marcha los procesos de evaluación de riesgos y adoptar medidas provisionales y proporcionadas a fin de evitar la realización de un daño*".

<sup>94</sup> Para una visión global: C. THIBERGE, *Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement des fonctions de la responsabilité civile?*, RTD civ. 1999, pp. 561 y ss.; *Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir*, Recueil Dalloz 2004, pp. 577 y ss. ; M. BOUTONNET *Le risque*,

último bajo el argumento de una obligada evolución sociológica que la ciencia jurídica estaría –por algunos– encaminada a observar.

33. Enfocaremos su revisión primeramente desde la perspectiva de su íntima relación con el concepto de riesgo de daño hipotético **(a)**, luego nos pronunciaremos brevemente sobre su rol como fundamento de la responsabilidad civil **(b)**, para finalizar con una referencia a algunas de sus consecuencias jurídicas **(c)**.

*a. El riesgo de daño hipotético, hábitat del principio de precaución*

34. A medida que las sociedades avanzan, el desarrollo científico y tecnológico también lo hace. El maquinismo del siglo XIX ya no es el mismo, y los daños que potencialmente pueden ocasionarse, a consecuencia de un accidente industrial o técnico, pueden cobrar cientos de vidas humanas, daños medioambientales, y agravios a la naturaleza en general. Así, una corriente de pensamiento ha ingresado al campo jurídico francés, la cual siguiendo las reflexiones del profesor H. JONAS<sup>95</sup> analiza la responsabilidad civil no bajo un concepto de reparación de daños consecuentes al ejercicio de una imputación causal de hechos, sino poniendo hincapié en la naturaleza, las nuevas generaciones, la perpetuación de la vida humana sobre la tierra.

35. Veamos. La propuesta de los defensores de este principio consiste básicamente en salir de las fronteras de la previsibilidad, base de una probabilidad estadística exigida por el seguro, y conquistar el territorio de la posibilidad, esto es, de la potencialidad más absoluta, de la incertidumbre científica, de aquello que no se puede afirmar, pero tampoco se puede negar. **El motor del aludido principio de precaución es justamente el riesgo. Pero ya no un riesgo enmarcado bajo el paradigma de la solidaridad, propio de la mutualización y de la seguridad social (siguiendo la nomenclatura de F. EWALD<sup>96</sup>), sino un riesgo sostén de un nuevo paradigma, el de la seguridad. De esta manera, sería posible argumentar que habría riesgos que jamás deberían haberse corrido, y daños que nunca deberían haberse producido.** El referido paradigma de "seguridad", surgido hacia fines del siglo XX, se asienta en la aparición de casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica, en el que se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles. Los mencionados riesgos son entonces capaces en potencia de generar

*condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 819 y ss. ; *Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Recueil Dalloz, 2010, pp. 2662 y ss.

<sup>95</sup> H. JONAS, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, edición: du Cerf, colección: Passages, París, 1990.

<sup>96</sup> F. EWALD, *Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Revista Risques. Les cahiers de l'assurance, N° 10 avril – juin 1992, pp. 9-27.

una catástrofe, o un daño de una trascendencia mayor, los que independientes de la naturaleza o del azar, provienen de la actividad autónoma del hombre, y que define bajo el concepto transversal de "riesgo manufacturado"<sup>97</sup>.

36. Actualmente, la efectividad del principio de precaución en el dominio de la responsabilidad civil se encuentra discutida.

#### *b. El principio de precaución como fundamento de la responsabilidad civil*

**37. La corriente en comento defiende el reconocimiento de una responsabilidad civil radicalmente transformada, una verdadera metamorfosis<sup>98</sup>**, cuya característica principal sería el fortalecimiento de la función preventiva de la responsabilidad<sup>99</sup>, atribuyéndole un verdadero poder anticipativo fundado en la amenaza de daños de gran escala, traducida incluso en la sistematización de un régimen que persiga la paralización de cualquier actividad que caracterice un riesgo de daño grave e irreversible para el medio ambiente o la salud pública, en virtud de una acción preventiva y colectiva de responsabilidad civil<sup>100</sup>.

**38. Interesantes aplicaciones del principio son detectadas en la jurisprudencia francesa. Su principal dominio corresponde a litigios en que se encuentra comprometida la teoría de los conflictos anormales de vecindad.** Así, las peticiones de los demandantes, corresponden a la solicitud del cese del fenómeno perturbador, reparando los daños producidos, atribuyendo como argumento la estricta aplicación del principio precautorio. Luego, los tribunales han resuelto sea rechazando las pretensiones de los actores, sea acogiendo expresamente el principio de precaución, o reconociéndolo implícitamente como elemento de la esencia del conflicto anormal de vecindad.

**39. En cuanto al rol del principio de precaución en la teoría de los conflictos anormales de vecindad**, es posible indicar en general que las sentencias asemejan al fenómeno perturbador –aspecto sustantivo del conflicto– al riesgo de daño hipotético, provocador de la angustia de verse expuesto a un mal irreparable, alterando con ello las bases de la indicada teoría. Nos haremos cargo de esta afirmación en la segunda parte del trabajo<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> A. GIDDENS, "Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas", Madrid, Taurus, 2000.

<sup>98</sup> D. MAZEAUD, *Responsabilité civile et précaution*, en *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle, bilan prospectif*, RCA 2001, N° 33.

<sup>99</sup> Ver supra cita N° 93.

<sup>100</sup> Ver M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, prólogo C. THIBIERGE, LGDJ, París, 2005.

<sup>101</sup> Ver infra N°s 54 y ss.

40. Pues bien, nos enfocaremos en lo inmediato a lo decidido por algunas decisiones jurisprudenciales. Tanto algunos Tribunales de Gran Instancia (**1°**), como ciertas Cortes de Apelaciones (**2°**) no se han mostrado indiferentes, respecto de la retención del principio precautorio. Veremos posteriormente el criterio de la Corte de Casación (**3°**).

### **1° Referencias al principio de precaución en Tribunales de Gran Instancia (TGI)**

41. Por ejemplo, el **TGI de Grasse**<sup>102</sup> ordenó el desplazamiento de una antena de telefonía "*en nombre del principio de precaución*"; a su turno, el **TGI de Toulon**<sup>103</sup>, con base en el principio de precaución, retuvo: "*no puede ser impuesto a un vecino la exposición a un riesgo aún hipotético*"; el mismo Tribunal seis días después estableció<sup>104</sup>: "*si nada en los diferentes estudios científicos realizados al día de hoy permite establecer un riesgo para la salud vinculado a las estaciones de base de telefonía móvil, teniendo en cuenta los niveles de exposición constatados, nada permite tampoco establecer una ausencia total de riesgo*"; asimismo, el **TGI de Nanterre**<sup>105</sup>, en fallo del 18 de septiembre de 2008, sostuvo: "*la S.A. Bouygues Telecom no demuestra en el caso de especie ni la ausencia de riesgo ni el respeto por algún principio de precaución*"; en el mismo sentido, el **TGI de Carpentras**<sup>106</sup>, en aplicación tácita del principio de precaución, manifestó: "*el operador no puede garantizar en términos de seguridad una ausencia de riesgo sanitario, generado por la antena implantada (...). Existe entonces para ellos (demandantes) un miedo legítimo de un daño directo a su salud constitutivo de un conflicto, en que su carácter anormal se debe al hecho que comportaría un daño, una vez realizado*"; por su parte, el **TGI de Angers**<sup>107</sup> dispuso que el principio de precaución permite a los habitantes sustraerse de los efectos de una antena, fijando además que el operador no ha demostrado el cumplimiento de "*precauciones no erigidas como reglamentación estricta, pero si a título de recomendación*"; por otro lado, el **TGI de Créteil**<sup>108</sup>, acogiendo el comentado principio, estableció: "*... existe un riesgo de repercusiones de las ondas sobre el estado de salud de los habitantes del inmueble. Contrariamente a lo que pretende la sociedad de telefonía móvil, pertenece al juez (...) hacer respetar el principio de precaución*"; igualmente, el **TGI de Nevers**<sup>109</sup>, extendiendo el criterio referido, reconoció la existencia de un principio general de precaución en materia sanitaria: "*conviene admitir la existencia de un principio general de precaución en materia sanitaria, distinto al concerniente a las consecuencias sobre el medio ambiente, coherente con la teoría*

<sup>102</sup> TGI Grasse 17.06.2003, N° 03/836.

<sup>103</sup> TGI Toulon 20.03.2006, N°s 04/01012.

<sup>104</sup> TGI Toulon 26.03.2006, *Droit Environnemental*, 2006, p. 164, nota D. DEHARBE y E. HICTER.

<sup>105</sup> TGI Nanterre, 18.09.2008, N° 07/02173.

<sup>106</sup> TGI Carpentras, 16.02.2009, N° 08/00707.

<sup>107</sup> TGI Angers, 05.03.2009, N° 08/00765.

<sup>108</sup> TGI Créteil, 11.08.2009, N° 09/00658.

<sup>109</sup> TGI Nevers, 22.04.2010, N° 10/00180.

*general de la responsabilidad, y obligatorio para toda persona a actuar con prudencia, en las condiciones razonables y proporcionadas, para prevenir los daños que es susceptible de producir a la salud humana".*

42. En contra, el **TGI de Grenoble**<sup>110</sup> rechazó la retención del principio de precaución y la figura de un conflicto anormal de vecindad, en los siguientes términos: *"no ha sido aportada la prueba de un riesgo sanitario generador de un conflicto anormal de vecindad, las emisiones de ondas son inferiores a las fijadas por el decreto (...)"*; en este sentido, el **TGI de Avignon**<sup>111</sup> estableció categóricamente: *"en cuanto al principio de precaución, éste se trata de una noción de eco mediática, inversamente proporcional a la consistencia jurídica. Este principio conduciría a rechazar la aplicación de todo avance científico"*; finalmente, agregamos que el **TGI de Lyon**<sup>112</sup> expuso: *"el principio de precaución (...) no debe aplicarse automáticamente desde que existe una incertidumbre sobre la no peligrosidad de un producto"*.

43. No es difícil percatarse de la falta de homogeneidad del criterio jurisprudencial en los Tribunales de Gran Instancia (**TGI**), en cuanto al reconocimiento del principio de precaución. Aquel si bien en algunos fallos es rechazado, en los otros –la mayoría– es reconocido expresa o implícitamente, normalmente en litigios en que un conflicto anormal de vecindad se encuentra comprometido. Veamos qué ha sucedido en sede de Cortes de Apelaciones.

## **2°. Referencias al principio de precaución en Cortes de Apelaciones (CA).**

44. Por ejemplo, la **CA de Aix-en-Provence**<sup>113</sup> sostuvo: *"que (el demandado) no puede garantizar (...) la ausencia de riesgos sanitarios vinculados a la vecindad (sentido amplio), sufre (el demandante) un conflicto que excede los inconvenientes normales de vecindad y se encuentra fundado a obtener que se le dé fin"*. **Hacemos presente que la sentencia antes mencionada no es más que una excepción al criterio general observado por las Cortes de Apelaciones, el cual se caracterizó por un constante rechazo al reconocimiento a lo menos implícito del principio de precaución**<sup>114</sup>. Lo indicado hasta la sentencia de la **CA de Versailles**<sup>115</sup>, en que se dispuso categóricamente: *"Si la realización de un riesgo permanece hipotética, la incertidumbre sobre la inocuidad de la exposición de las ondas emitidas por las antenas de repetición puede ser calificada de seria y razonable, de tal suerte que configura una angustia legítima"*

<sup>110</sup> TGI Grenoble, 19.02.2009, N° 07/00312.

<sup>111</sup> TGI Avignon, 16.06.2009, N° 07/02026.

<sup>112</sup> TGI Lyon, 15.09.2009 N° 09/7835.

<sup>113</sup> CA Aix en Provence, 08.06.2004, Recueil Dalloz 2004, p. 2678, nota M. BOUTONNET.

<sup>114</sup> Así, CA Paris 07.05.2002, N° 2002/178443; CA Bordeaux 26.10.2004, N° 03/01207.

<sup>115</sup> CA Versailles, 04.02.2009 N° 08/08775.

*constitutiva de un fenómeno perturbador de carácter anormal". "La cesación del perjuicio moral resultante de la angustia sufrida del hecho de la instalación sobre la propiedad vecina de esta antena impone ordenar su desconexión".*

45. En contra, destacamos la sentencia de la **CA de Chambéry**<sup>116</sup>, que después de recordar que los estándares de emisión a los que se deben sujetar las empresas de telecomunicaciones en cuanto a sus antenas son fijados por la autoridad administrativa en conformidad al principio de precaución, estableció: *"el juez no tiene en consecuencia ninguna legitimidad para cuestionar una reglamentación que ha sido determinada en conformidad al estado actual de la ciencia y que ha sido fijada de acuerdo a los estándares que integran el principio de precaución"*; así como el fallo de la **CA de Bastia**<sup>117</sup>, que indicó: *"la exigencia de proporcionalidad (propia del principio de precaución), es opuesta al estado de incertidumbre actual del riesgo", "no ha lugar a considerar que la instalación de nuevas antenas sean constitutivas de un conflicto de vecindad"*.

**46. Ahora bien, manifestamos el peligro jurídico relativo al reconocimiento jurisprudencial del principio de precaución.** La verdad es que la inconsistencia jurídica de las sentencias, en sede de TGI o de CA, que acogen el mencionado criterio, altera el espíritu. En otras palabras, se reconoce una regla autónoma de responsabilidad, la que liberando absolutamente de la prueba a quien demanda la indemnización y/o la desconexión de la antena, impone en la especie al proveedor de telefonía (persona jurídica obligada a cumplir compromisos de comunicación para el Estado francés) **una prueba imposible: ir más allá de los avances de la ciencia y contrariar estándares de peligrosidad adoptados por el ente administrativo.**

47. Así las cosas, frente a tal desorden de criterios, el pronunciamiento de la Corte de Casación en la especie era del todo necesario. Sin perjuicio de lo anterior, la batalla por un tiempo pareció ser tácitamente ganada por el principio precautorio. Lo anterior, pues, de un interesante fallo de la **Corte de Casación**<sup>118</sup> se podía deducir, sin forzar el argumento, que el juez civil estaba lo suficientemente investido para aplicar directamente el principio en comento. En los hechos, en un litigio sobre contaminación de aguas minerales naturales, fue rechazada la aplicación del principio precautorio, pues los expertos habían excluido todo riesgo de daño. Luego entonces, *a contrario sensu*, sería dable desprender que el principio de precaución podría ser una herramienta del juez, en la decisión de un litigio, en un escenario de incertidumbre científica.

<sup>116</sup> CA Chambéry, 04.02.2010, N° 09/00731.

<sup>117</sup> CA Bastia, 21.07.2010, N° 09/00709.

<sup>118</sup> Casación, 3ra civil, 03.03.2010, N° 08/19.108. En este sentido, M. BARY, *"Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques"*, RCA N°9, septiembre 2011, crónica 11.

48. No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, y favorablemente para la seguridad jurídica, la Corte de Casación se pronunció. Esperamos que su lectura del problema se mantenga.

### **3°. El pronunciamiento de la Corte de Casación, el regreso a la calma.**

49. La sentencia de 18 de mayo de 2011<sup>119</sup> demuestra la hostilidad del máximo tribunal francés, respecto de retener el principio de precaución en materia de responsabilidad civil. En este sentido, la apuntada sentencia se refiere a un GAEC (grupo agrícola de explotación en común) que explotando su terreno en cercanías de una línea de alta tensión, atribuyó los problemas sanitarios detectados en sus animales a los campos magnéticos producidos por esta línea. Exige de la compañía de electricidad respectiva (EDF) la indemnización de los perjuicios materiales y económicos sufridos. **La CA de Limoges**<sup>120</sup> rechazó las peticiones. Lo indicado, en razón de la falta de prueba de causalidad entre los campos magnéticos y los problemas sanitarios de los animales. A consecuencia de lo anterior, el requerimiento del demandante insatisfecho fue elevando en Casación. Uno de los argumentos defendidos fue que el Tribunal de Alzada había omitido considerar la aplicación directa del principio de precaución, del artículo L-110-I-1° del Código del Medio Ambiente. La Corte de Casación, rechazando en definitiva el recurso, prescribió: ***"que habiendo dispuesto, ajustándose a Derecho, que la Carta del Medio Ambiente y el principio de precaución no alteraban las reglas según las cuales pertenece a quien solicita la indemnización del daño (GAEC) respecto del titular de la servidumbre (EDF), establecer que el perjuicio era una consecuencia directa y cierta de éste y que la demostración, sin exigir prueba científica, puede desprenderse de presunciones graves, precisas, fiables, y concordantes, la Corte de Apelaciones apreciando que elementos serios, divergentes y contrarios se oponen a los índices existentes en cuanto a la incidencia posible de las corrientes electromagnéticas sobre el estado de los animales de suerte que subsisten incertidumbres notables sobre esta incidencia y que analizadas las circunstancias de hecho a través de las cuales el daño se habría producido, ha podido retener, sin invertir la carga de la prueba, que teniendo en cuenta el estado de las explicaciones y antecedentes proporcionados, la existencia de un vínculo de causalidad no se encontraba suficientemente caracterizada"***.

50. **Luego, la Corte de Casación, rechazando el recurso presentado, se pronuncia en contra de una aplicación directa del principio de precaución**, permitiendo la exclusión de aquel sobre la determinación de la causalidad en un escenario de incertidumbre científica, lo cual nos parece ser una decisión acertada y conforme a derecho.

<sup>119</sup> Casación, 3ra civil, 18.05.2011, N° 10/17.645.

<sup>120</sup> CA Limoges 01.03.2010, N° 08/00011.

51. Hacemos presente, además, que hemos detectado dos sentencias recientes de CA, posteriores al pronunciamiento de la Corte de Casación, en que el principio de precaución es rechazado de plano, confiamos en que este criterio sea mantenido. No dudamos de la influencia de la antes señalada decisión de la Corte de Casación. A saber: la **CA de Lyon**<sup>121</sup> sostuvo: "*en el estado de los conocimientos científicos, no existe ninguna certeza sobre los efectos nocivos de las ondas emitidas por las antenas, y en respeto al principio de precaución que corresponde a los poderes públicos y a las autoridades administrativas (...), no permite al juez hacer derecho a la demanda*"; asimismo, la **CA de Aix-en-Provence**<sup>122</sup> expuso: "*ninguna demostración proveniente de los demandantes ni de la ciencia, al día de hoy, permite establecer la nocividad sobre la salud de las ondas electromagnéticas, provenientes de tal instalación, no pudiendo ser retenida la noción de principio de precaución*".

**52. Por otro lado, no se piense con esto que estamos en contra del principio de precaución bajo todo respecto y circunstancia, no.** Tan sólo manifestamos que la aplicación "*en concreto*" del cuestionado principio debe enmarcarse en el dominio bajo el cual tiene vocación de actuar, este es: **el ámbito público, no el de la responsabilidad civil, tal como es establecido por la recién indicada sentencia de la CA de Lyon.** En efecto, corresponde a un rol de la autoridad administrativa fijar estándares de precaución de actividades que generen riesgos plausibles, pero inciertos científicamente. Éstos sujetos a una verdadera política pública de gestión de riesgos, democrática y parlamentaria<sup>123</sup> –si se quiere– deberían reconstituir las confianzas en la colectividad, las que atemorizadas por los ejemplos de catástrofes señalados más arriba, reclaman en todas las esferas las garantías del mencionado paradigma de seguridad. **Lo contrario conduciría a cambiar de naturaleza a un sistema centrado en la reparación de un daño cierto, pudiendo perfectamente configurar situaciones de inseguridad jurídica,** lo que en términos del profesor D. MAZEAUD acarrearía importantes alteraciones: "*una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización*"<sup>124</sup>, sin dejar de lado que un excesivo desarrollo de este principio sería una clara fuente de desmotivación de las innovaciones.

53. Finalmente, si bien rechazamos categóricamente el rol del principio de precaución como regla autónoma de responsabilidad civil, reconocemos su utilidad en cuanto a un fortalecimiento de **la obligación de vigilancia.**

<sup>121</sup> CA Lyon, 11.06.2011, N° 11/00477.

<sup>122</sup> CA Aix-en-Provence, 07.09.2012, N° 11/11549.

<sup>123</sup> B. LATOUR, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie?*, La Decouverte, París, 2004.

<sup>124</sup> D. MAZEAUD, op. cit, N° 19.

### c) Principio de precaución y la obligación de vigilancia

54. **La indicada obligación debe ser entendida como la "atención en los riesgos emergentes que no están absolutamente dilucidados"**<sup>125</sup>. Además, manifestamos que es susceptible de traducirse en la emisión de alertas, seguimiento o trazabilidad de productos, retiro del mercado de los mismos.

55. Dicha obligación fue reconocida en contra de los fabricantes de productos de salud, por primera vez en Francia, en virtud de la conocida sentencia *Distilbène*, a través de un importante fallo de la **Corte de Casación del año 2006**<sup>126</sup>. En los hechos, el medicamento *Distilbène* fue recetado a las mujeres embarazadas, con el objeto de impedir todo nacimiento prematuro, a partir de los años 40. Sin embargo, varias décadas después las hijas de las mujeres que ingirieron el producto comenzaron a presentar cánceres de útero y de vagina. El foco de las miradas recayó sobre el medicamento. Frente a las dudas plausibles basadas en informes científicos expuestos en 1939, 1962 y 1963, que permitían atribuir al hecho del producto la enfermedad de las mujeres, Estados Unidos en 1971 y luego Francia en 1977, retiraron *Distilbène* del mercado.

56. En la especie. Dos mujeres ejercieron una acción en contra del productor del medicamento, una de las mujeres había nacido en 1968 y la otra en 1974. Respecto de ésta última, la **CA de Versailles**<sup>127</sup> atribuyó al laboratorio involucrado el incumplimiento de una obligación de vigilancia del producto, en razón del retiro del fármaco del mercado en Estados Unidos y de los informes científicos allegados al Tribunal. Mientras que por la segunda, **la misma CA**<sup>128</sup> condenó al productor del medicamento, no obstante que el retiro del mismo del mercado estadounidense se había producido con posterioridad al nacimiento de la demandante. La indicada Corte de Apelaciones igualmente condenó a la sociedad productora por no haber vigilado la eficacia del producto, a pesar de las advertencias de informes científicos ya referidos. **En fin, el laboratorio presentó un recurso a la Corte de Casación, la cual confirmó lo dispuesto por la Corte de Apelaciones.**

57. Apreciamos en este punto un importante rol del principio de precaución, **el cual lejos de configurar un fundamento autónomo de responsabilidad destructor de la causalidad, contribuiría como una herramienta útil a la hora de la apreciación de la culpa.**

<sup>125</sup> G. VINEY, *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées in dossier Principe de précaution*, Recueil Dalloz 2007, p. 1542 y p. 1545.

<sup>126</sup> Casación, 1ra civil, 07.03.2006, N° 04/16.179.

<sup>127</sup> CA Versailles, 30.04.2004, N° 02/05925.

<sup>128</sup> CA Versailles, 30.04.2004, N° 02/05924.

58. Dejamos hasta aquí nuestra visión de panorama sobre la evolución del riesgo en el derecho de la Responsabilidad Civil en Francia. Corresponde ahora reseñar la manera en que las condiciones de la responsabilidad han percibido el impacto del riesgo, mediante ciertas ilustraciones sobre el fenómeno.

## II. Algunas ilustraciones sobre el impacto del riesgo en las condiciones de la responsabilidad civil

### 59. El proceso evolutivo del riesgo en el Derecho de la Responsabilidad en Francia ha impactado considerablemente sus condiciones.

Luego entonces el hecho generador, el perjuicio y el vínculo de causalidad se han visto alterados por un proceso en que la ciencia y la tecnología juegan un rol fundamental. En esta segunda parte, en primer lugar, nos pronunciaremos sobre el hecho generador de responsabilidad, el cual, a consecuencia de una especie particular de riesgo, y sin perjuicio del fenómeno diversificador que lo ha alterado –cuyos efectos han sido tratados en la primera parte de este estudio– ha afectado la naturaleza de una clásica institución: la teoría de los conflictos anormales de vecindad **(A)**. Posteriormente, apreciaremos que el perjuicio, ha sido objeto de una extensión notable en cuanto a las especies de agravio reparable, las que reconocidas jurisprudencialmente han proporcionado a las víctimas nuevos argumentos de resarcimiento **(B)**. Por último, veremos como el vínculo causal también ha acusado las consecuencias del fenómeno **(C)**. En concreto, la prueba de la causalidad ha cedido frente al reconocimiento de presunciones legales y de hecho, las que en diversas especies –principalmente centradas en el dominio de la salud pública– han fortalecido aun más la posición de las víctimas.

**A. El impacto del riesgo en el hecho generador de la responsabilidad civil. Sus consecuencias sobre la teoría de los conflictos anormales de vecindad.**

60. Según el vocabulario jurídico de G. CORNU: *"constituye un conflicto anormal de vecindad el daño causado a un vecino, que excediendo los inconvenientes ordinarios de la vecindad, es juzgado como anormal, obligando al autor del conflicto a indemnizar a la víctima, aun cuando este conflicto sea inherente a una actividad lícita y que ninguna culpa pueda ser imputada a quien lo causa"*<sup>129</sup>.

61. **Pues bien, la teoría de los conflictos anormales de vecindad, constituye en Francia un régimen autónomo de reparación, en que ni la culpa ni el riesgo, sino que exclusivamente el daño, cumplen un rol de fundamento.** En efecto, la teoría en comento y la responsabilidad que acarrea corresponden exclusivamente al deber que asiste a los individuos de no causar a otro un conflicto anormal de vecindad. Lo expuesto fue reco-

<sup>129</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 7ª. ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2005, Troubles de Voisinage.

nocido expresamente por la Corte de Casación a partir del año 1986<sup>130</sup>, y ha motivado al profesor G. MEMETEAU a entender que esta teoría viene a fundarse, en definitiva, bajo el respeto al derecho subjetivo a la tranquilidad<sup>131</sup>. Desde luego, el recurso a la responsabilidad subjetiva de los artículos 1382-1383 del CODE no se excluye bajo ningún respecto, sin embargo, es naturalmente más conveniente para la víctima acogerse a un sistema autónomo de reparación, que a otro en que la prueba de la culpa opere como una exigencia de activación. Los orígenes de la teoría, varias veces señalada, se remontan al año 1844<sup>132</sup>, en que La Corte de Casación en un juicio sobre contaminación industrial por ruido la consagró. Desde ahí, y hasta nuestros días, variadas especies de conflictos anormales han sido amparados por sus fronteras<sup>133</sup>. Es más, hacemos presente que en materia de contaminación industrial o agrícola<sup>134</sup> el recurso constante a la teoría la ha convertido en una herramienta indispensable de equilibrio.

62. Por otro lado, somos claros al señalar que el riesgo ha atacado fuertemente la teoría comentada. En este sentido, detectamos que en Francia existe una tendencia clara a resolver asuntos bajo el prisma de los conflictos anormales de vecindad, lo cual nos parece, desde luego, acertado. **Sin embargo, esta tendencia se ha extendido a escenarios en que derechamente no hay conflicto, o bien el conflicto no es en absoluto anormal. Generando en consecuencia una desnaturalización de sus bases conceptuales. Lo indicado se aprecia netamente en materias en que el electromagnetismo es pieza determinante de la acción en responsabilidad, y el riesgo hipotético de daño con el cual se identifica.**

63. Ahora bien, ya nos hemos pronunciado sobre esta especie de litigio, al exponer el problema suscitado por el principio de precaución, riesgo hipotético de daño, y las antenas<sup>135</sup>. **Estimamos pertinente ahora, desde la óptica del conflicto anormal de vecindad, indicar de qué manera esta importante teoría se ha visto alterada en esencia.**

64. **La razón del cambio corresponde básicamente al carácter atribuido a la incomodidad constitutiva del conflicto anormal.** En la especie –seguimos razonando bajo el litigio relativo a las antenas– es compuesta por la incertidumbre científica en orden a no saber si vivir en la proximidad de una fuente de electromagnetismo puede generar a largo o a corto plazo un daño. Así, la incomodidad está configurada claramente por una fuente de riesgo de

<sup>130</sup> Casación, 2º civil, 19 noviembre 1986, Boletín civil II, N° 172.

<sup>131</sup> G. MEMETEAU, *Droit de Biens*, 3ra. ed., Paradigme, Orléans, 2005, pp. 83 y ss.

<sup>132</sup> Casación, 1º. civil, 27 noviembre 1844, Sirey 1844, 1, p. 211, Recueil Dalloz, 1845, 1, p. 13.

<sup>133</sup> Ver infra cita N° 135.

<sup>134</sup> En este sentido G. VINEY, *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français*, JCP G, 1996, I, 39000, N° 8.

<sup>135</sup> Ver supra N°s 39 y ss.

daño, el que además es hipotético. De esta manera, la óptica de análisis está centrada en el origen, no en los efectos de un proceso anormalmente molesto. Luego, la pregunta que cabe formularse corresponde a si dicha incertidumbre –la que se traduce en la incomodidad de que potencialmente pueda verificarse un daño, que en los hechos no es más que un riesgo hipotético del mismo– habilita para hacer efectiva una responsabilidad por conflicto anormal de vecindad. **Estimamos que no.**

**65. Creemos que el litigio referente a las antenas o a las fuentes de electromagnetismo no puede ser tratado bajo los límites de la teoría de los conflictos anormales de vecindad.** Sostenemos que el conflicto anormal obedece a un problema de estándares de molestia, que una vez tras-pasados tornan al conflicto en insoportable, no de riesgos hipotéticos. Además, las consecuencias del conflicto deben ser claramente percibidas por sus efectos, siendo éstas anormales (comprendiendo una amplia diversidad de especies<sup>136</sup>) según circunstancias de tiempo y de lugar, no en su origen, a diferencia de los problemas de electromagnetismo. Lo anterior obliga a analizar el problema desde un punto de vista objetivo, no subjetivo. En conformidad a lo expuesto, el conflicto anormal siempre ha sido razonado sin recurso a la apreciación de la susceptibilidad, o a condiciones particulares de la víctima<sup>137</sup>. En nuestro criterio, las palabras del profesor Ph. BRUN explican cabalmente la figura: "*es de principio en derecho positivo que el conflicto anormal no es el que ha sido resentido como tal por la víctima, en su subjetividad propia (...), sino más bien es aquel cuya naturaleza incómoda excesivamente a un individuo normal*"<sup>138</sup>. Estimar lo contrario como expresa el profesor Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, convierte al conflicto en: "*casi potestativo (...) abre una caja de pandora. Mañana cualquiera podrá sentirse afectado por la utilización de pesticidas en el terreno contiguo, otro por la cercanía a una línea de alta tensión, o a un transformador eléctrico*"<sup>139</sup>.

**66. Podemos afirmar que el riesgo corresponde a la contingencia relativa a que la eventual producción de un evento pueda motivar la concretización de una consecuencia dañosa.** Lo indicado obliga a realizar una distinción. El riesgo puede ser por un lado probable, y en definitiva cierto; o, por otro, hipotético (como lo hemos denominado), imaginario (como lo

<sup>136</sup> Por ejemplo: **Vibraciones**, Casación, 2da. civil, 29.06.1977, N° 76-10.853; **Olores o humos desagradables**, Casación, 3ra. civil, 22.05.1997, N° 93-20.957; Casación, 2da. civil, 27.05.1999, N° 97-20.488; **Polvo**, Casación, 2da. civil, 28.01.1971, N° 69-14.085; **Lanzamientos constantes de pelotas de golf provenientes del terreno contiguo**, Casación, 3ra. civil, 9 mayo 2001, n° 99-16.260, etc.

<sup>137</sup> N. LEBLOND. *Feue la responsabilité pour trouble anormal du voisinage en matière d'antennes relais?*, RCA, N° 1, enero 2011, Estudio 2, N° 6.

<sup>138</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 1re éd., Paris, 2005, N° 623, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Antennes-relais: distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution*, Revue Lamy Droit Civil, abril 2009, p. 20.

<sup>139</sup> Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit, loc. cit.

denomina el profesor Ph. STOFFEL-MUNCK<sup>140</sup>). Luego, el daño hipotético o imaginario, además de ser improbable, es inasegurable, definiéndose como el "producto de conjeturas, sin que la experiencia concreta o la demostración lógica pueda verificarlo"<sup>141</sup>. Es por ello que más adelante el indicado autor manifiesta que incorporar a la teoría de los conflictos anormales de vecindad la protección a la víctima de un riesgo de daño hipotético corresponde a una: "extensión no menor de la noción"<sup>142</sup>.

**67. Por otra parte, aun cuando detectamos jurisprudencia en que bajo la teoría referida es protegida la víctima de un riesgo de daño, dicho riesgo siempre ha sido cierto, probable y apreciado por el juez sin ambigüedades.** Manifestamos como ejemplos el carácter de conflicto anormal de vecindad atribuido a los fardos que pueden causar un incendio<sup>143</sup>, o a las ramas muertas de un árbol, que pueden causar un accidente tras su caída en una zona ventosa<sup>144</sup>. Afirmamos, asimismo –la seguridad jurídica lo impone– que el Derecho de la Responsabilidad no es el canal apropiado para hacer efectivos miedos infundados o poco sostenibles, pues la protección de la víctima hipotética o imaginada provoca a todas luces un atentado en contra de quien anticipada y apresuradamente es sindicado como victimario.

68. En fin, creemos no hay nada más lejano a los conflictos anormales de vecindad que la concepción de riesgos abstractos, hipotéticos o imaginados. Cerramos este punto con las palabras de la profesora M. BOUTONNET: "la teoría de los conflictos de vecindad se aplica a los conflictos anormales, es decir, a los efectos resentidos concretamente por personas, bajo el carácter de precursores del daño, y no a los simples riesgos abstractos, que se sitúan antes del conflicto anormal, sin que sea demostrado ningún efecto concreto"<sup>145</sup>.

**69. Por su parte, es necesario destacar que no basta que exista un conflicto para reclamar la protección abarcada por la teoría, es vital que el conflicto sea anormal, es decir, que exceda los inconvenientes normales de un conflicto de vecindad.** Parte de la doctrina ha detectado una tendencia jurisprudencial a retener el carácter de anormal del conflicto a todo aquello que pueda general un daño sanitario<sup>146</sup>. Justifiquemos lo anterior

<sup>140</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 2817 y ss., N° 20.

<sup>141</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, art. cit, cita N° 46.

<sup>142</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *Responsabilité civile*, JCP G N° 10, 04.03.2009, I, 123, N° 4.

<sup>143</sup> Casación, 2da. civil, 24.02.2005, N° 04-10.362.

<sup>144</sup> CA Aix-en-Provence, 10.12.2004, N° 03/06002.

<sup>145</sup> M. BOUTONNET, *La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution: une conciliation difficile*, Recueil Dalloz 2008, p. 2916.

<sup>146</sup> A. PENNEAU, *De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage*, *Revue Lamy Droit Civil* 2006/23, N° 947, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit., loc. cit.

volviendo sobre la, ya referida, sentencia de la **CA de Versailles**<sup>147</sup>. En efecto, dicha sentencia rechaza el argumento por el cual un conflicto anormal de vecindad deba ser descartado, porque la empresa responsable de la antena cumpla las normativas fijadas por el ente administrativo. Reconociendo, en seguida: "*que el carácter anormal del conflicto causado se infiere en que siendo el riesgo de carácter sanitario generado por la antena implantada en la parcela N° 133 situada (...) en la proximidad del domicilio familiar, justifica ser una angustia ilegítima, constitutiva de un conflicto anormal*". Lo mismo había sido ya resuelto por el **TGI de Nanterre**<sup>148</sup>, en que se ordenó: "*el carácter anormal del conflicto causado se infiere, pues siendo el riesgo de carácter sanitario, la concretización de este riesgo provocaría un daño a la persona de los vecinos y a la de sus hijos*", agregando además que: "*el carácter anormal del conflicto proviene de las consecuencias sobre la salud humana*", en igual sentido sentencia apuntada del **TGI de Toulon**<sup>149</sup>.

70. Así las cosas es posible considerar que el riesgo hipotético de un daño que en rigor es imaginado no puede ser atendido bajo los parámetros de la teoría de los conflictos anormales de vecindad, por el solo hecho de afectar la salud pública. Dicho criterio es demasiado amplio, y lejano a un imperativo de justicia. **¿Podemos hablar de anormalidad cuando todos los seres humanos vivimos en torno a fuentes de electromagnetismo?** En este sentido, el profesor N. LEBLOND, refiriéndose a la situación de las antenas y a la anormalidad, sostiene que aun cuando "*la molestia suscitada por la presencia de una antena constituya un conflicto, este conflicto no podría ser considerado como anormal*"<sup>150</sup>. Si condujéramos esta corriente hasta el extremo estaríamos obligados a desconectar todas las antenas, pues todas ellas podrían alterar la salud de las personas. Me parece ingenuo.

71. **Lo ya expuesto nos permite sostener que la extensión de las fronteras de la teoría comentada ha sido una consecuencia jurídica de la intromisión del principio de precaución en la escena jurisprudencial francesa.** Somos claros en establecer que la teoría de los conflictos anormales de vecindad no ha sido más que la vestimenta utilizada para retener en rigor los postulados del principio precautorio. El fenómeno comentado ha dado lugar a una hibridación interesante, pero alejada de las clásicas bases conceptuales. En que las condiciones de acción de la teoría son propias del principio de precaución, mientras que sus efectos y condiciones, tributarios de la teoría de los conflictos anormales de vecindad<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Ver supra cita N° 114.

<sup>148</sup> Ver supra cita N° 104.

<sup>149</sup> Ver supra cita N° 102.

<sup>150</sup> N. LEBLOND, art. cit., N° 9.

<sup>151</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution: observations sur le cas des antennes relais*, art. cit., N° 22.

**72. Estimamos, además, que más allá de nuestros comentarios y los de la doctrina, los efectos que puede generar el fallo de la Corte de Casación de 18 de mayo de 2011<sup>152</sup> –al que hicimos referencia– tienen poder para restablecer el orden alterado, y para reafirmar a la teoría de los conflictos anormales de vecindad, en su dominio pertinente, excluyendo a los riesgos hipotéticos de su esfera de competencia.** Creemos que ello ya comenzó a rendir frutos, de acuerdo a las sentencias de las **CA de Lyon** y de **Aix-en Provence**, que citamos más arriba<sup>153</sup>. En este concepto, la primera de estas sentencias indicó (refiriéndose a la instalación de una antena): "*Los esposos (...) no hacen ninguna demostración contraria a las informaciones técnicas (referentes a los estándares permitidos de electromagnetismo), y no presentan tampoco ningún documento sobre la existencia efectiva de algún conflicto anormal personal (no correspondiendo a una preocupación que afecte su estado de salud)*"; mientras que la segunda –rechazando una indemnización de perjuicios, demandada por causa de la angustia<sup>154</sup> provocada a causa de la instalación de una antena, y en definitiva rechazando la presencia de un conflicto anormal de vecindad–, estimó: "*el sólo sentimiento de angustia o ansiedad que alegan los apelantes, mientras que el riesgo invocado no es justificado, no puede significar que se haga derecho a su demanda de indemnización de perjuicios*".

73. Por último, creemos en la pertinencia de estos comentarios, toda vez que el anteproyecto de reforma de Derecho de Bienes, remitido a la Cancillería el 12 de noviembre de 2008<sup>155</sup>, comprende positivamente, la técnica pretoriana de los conflictos anormales de vecindad. En este sentido, el artículo 629 expresa: "*Nadie debe causar a otro un conflicto que exceda los inconvenientes anormales de la vecindad*". Cabe entonces reformularse el problema relativo a los riesgos de daños, ya que éstos no fueron excluidos en el anteproyecto.

74. Corresponde a continuación apreciar cómo el perjuicio se ha visto alcanzado por la "onda expansiva" del riesgo.

## **B. El impacto del riesgo en el daño reparable**

75. Producto del riesgo, el daño reparable ha experimentado una notable evolución. Es evidente cómo a partir de la dictación del CODE de 1804 los perjuicios no han cesado de aumentar. Consideramos como argumentos generales, por un lado, que las víctimas de hoy son menos tolerantes que las de ayer a los agravios que se les pueda provocar; y por otro, el carácter netamente

<sup>152</sup> Ver supra cita N° 118.

<sup>153</sup> Ver supra N° 51.

<sup>154</sup> Ver infra N°s 96 y ss.

<sup>155</sup> B. MALLET-BRICOUT, W. DROSS, *L'avant projet de réforme de droit du biens : premier regard critique*, Recueil Dalloz 2009, pp. 508 y ss.

económico que han adoptado los intereses convergentes en la sociedad, en que prácticamente todo es representativo de una valoración monetaria, sin escapar a dicha apreciación el cuerpo y los sentimientos. Hoy las actividades riesgosas han dado origen al reconocimiento jurisprudencial de nuevas especies de perjuicios. Figuras de un agravio complejo que lamentablemente han ido de la mano con el avance científico, no lo podemos negar. Naturalmente, su principal corolario es el agravamiento de las consecuencias, que por lo demás han sido devastadoras. Ilustra convenientemente este punto el profesor F. EWALD, quien apunta un claro ejemplo: *"cierto, el progreso técnico ha fortalecido considerablemente la seguridad de los medios de transporte y de las máquinas, pero cuando un accidente se produce, a menudo presenta proporciones mucho más importantes; por ejemplo los accidentes de carrozas, muy numerosos, pero poco graves, comparados a los accidentes de aviación, raros, pero gravísimos"*<sup>156</sup>.

76. En este sentido, lógicamente el agravio producido por la contaminación que cerca de 5000 personas hemofílicas (en su mayoría) sufrieron a consecuencia de transfusiones de sangre contaminada con Sida (**VIH**) y otras muchas con Hepatitis C (**VHC**), es de una magnitud mayor (**a**); así como la contaminación producida por el derrame de petróleo del "Erika", el cual permitió a la doctrina reconocer en esa especie de perjuicio el concepto de "daño ecológico puro" (**b**). Por otra parte, el desarrollo de las ciencias se apunta como responsable de una nueva especie de agravio reparable, éste corresponde al perjuicio de angustia o ansiedad, el que se ha manifestado en diversas especies (**c**).

#### *a. Perjuicio específico de contaminación sanguínea*

77. Un adecuado tratamiento de esta especial figura de daño resarcible impone analizar primero la contaminación sanguínea por causa de VIH (**1°**), y luego la contaminación sanguínea por causa de VHC (**2°**).

#### **1°. En cuanto a la sangre contaminada con el virus del SIDA.**

78. El drama de la sangre contaminada explota en Francia a partir de una investigación periodística publicada en el informativo *"L'événement du jeudi"*, en donde se aseguraba tener pruebas relativas a que en 1985 el centro nacional de transfusiones sanguíneas había permitido conscientemente la transfusión de sangre potencialmente contaminada con SIDA. Finalmente, los miedos generados por el reportaje eran justificados. Resultado: contagio de cerca de 5.000 personas<sup>157</sup>, la mayoría de ellas hemofílicas. Lo previo provocaría el nacimiento de una nueva especie de daño reparable: *"el perjuicio específico de contaminación"*.

<sup>156</sup> F. EWALD, *"Philosophie de la précaution, L'année sociologique"*, 1996, vol. 46, Nº 2.

<sup>157</sup> [http://www.larousse.fr/archives/journaux\\_annee/1992/94/sang\\_contamine\\_du\\_drame\\_au\\_scandale](http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1992/94/sang_contamine_du_drame_au_scandale)

**79. En un principio, el derecho común fue la herramienta a través de la cual las víctimas transfusionadas intentaban obtener reparación.**

En este sentido, el criterio de los tribunales consistía en pronunciarse sobre los caracteres inhabituales de los agravios derivados de tan particular fuente de los mismos: una transfusión de sangre. Se indica que *"el miedo a la muerte, reprobación o exclusión social, conflictos familiares y afectivos múltiples, etc."*<sup>158</sup>, eran los principales motivos en que se fundaban las acciones de reparación. Sin embargo, la presión social, las dificultades probatorias y las consecuencias naturales de una catástrofe de una envergadura sin límites obligaron a que el legislador, siguiendo una técnica reparativa al estilo francés, instaurara un nuevo Fondo de Garantía, de acuerdo a la ley de 31 de diciembre de 1991. Así, un problema tan severo no quedó al margen de una regulación especial.

80. El nacimiento de esta especial figura de perjuicio es en conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley de 31 de diciembre de 1991, ya enunciada. Dicha norma (que contó, en seguida, con el reconocimiento expreso de la CA de París primero<sup>159</sup>, y luego de la Corte de Casación<sup>160</sup>), estableció: ***"el perjuicio personal y no económico de contaminación por el VIH cubre el conjunto de problemas en las condiciones de existencia producidas por la seropositividad y el acaecimiento de la enfermedad declarada. El perjuicio específico incluye así, en la etapa de seropositividad, todos los problemas sufridos por el hecho de la contaminación por el VIH: reducción de la esperanza de vida, incertidumbre en el futuro, miedos eventuales de sufrimientos físicos y morales, aislamiento, perturbaciones de la vida familiar y social, perjuicio sexual, y en su caso, impedimento de procreación. Incluye por otro lado los diferentes perjuicios personales que aparecen en la fase de la enfermedad declarada, aumento de sufrimientos, perjuicio estético y el conjunto de perjuicios de establecimiento consecutivos"***.

**81. Desprendemos de la definición el carácter general, la naturaleza original y la uniformidad del perjuicio específico de contaminación.**

Luego, su carácter general es manifestado a través de las claves de daños desprendidas de la misma, las que no son más que ejemplos representativos de la *"especial gravedad"*<sup>161</sup> de la situación descrita. Lo indicado obliga a analizar el fenómeno dañoso en su globalidad, lo cual se opone a una apreciación exclusivamente *in concreto* del daño<sup>162</sup>. Por otro lado, su carácter específico es

<sup>158</sup> P. JOURDAIN, *"Sida: le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation"*, RTD Civ. 1995 p. 626.

<sup>159</sup> En atención al número de sentencias, nos limitamos a señalar: Gazzette du Palais, ediciones de 19.12.1992, 09.03.1993, 13.05.1993, 27.11.1993.

<sup>160</sup> Casación, 2da. civil, 01.02.1995, Boletín Civil II, N° 42.

<sup>161</sup> G. VINEY, observación a propósito de: Casación, 2da. civil, 01.02.1995, N° 94-06.006; JCP 1995, I, 3893, N°s 23-25, por Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op.cit, N° 8523.

<sup>162</sup> En este sentido, Casación, 2da. civil, 01.02.1995, Bull. civ. II, N° 42, en la que se confirma la jurisprudencia elaborada por la CA de París rechazando un recurso que defendía la exigencia de una

producto de las particulares consecuencias que representa el daño en la persona del afectado, las cuales son centradas en las angustias derivadas de una muerte casi programada<sup>163</sup>. Finalmente, la uniformidad básicamente puede ser ilustrada por la similitud de los efectos del agravio en las personas involucradas. Finalmente, dejamos en claro que el perjuicio específico de contaminación cubre por esencia el conjunto de daños extrapatrimoniales de las víctimas, mientras que los patrimoniales son sujetos a las normas del derecho común.

## **2°. En cuanto a la sangre contaminada con el virus de la hepatitis C.**

82. El reporte de la red nacional de salud de 1995 estima que entre 500.000 y 600.000 personas habrían sido infectadas por el virus de la hepatitis C, a consecuencia de transfusiones sanguíneas<sup>164</sup>.

**83. Lógicamente, fue planteado el problema respecto a si el concepto de "perjuicio específico de contaminación" podía ser extendido a otras enfermedades que presentasen características similares, y fueran capaces de generar riesgo vital.** Fue así como la sangre contaminada con hepatitis C saltó al estrado. En concreto, una persona había recibido en 1982 varias transfusiones sanguíneas a consecuencia de una operación. Posteriormente, en 1993 presentó los síntomas del virus de hepatitis C, la cual fue definitivamente establecida. La Corte de Casación, en fallo de 01 de abril de 2003<sup>165</sup>, desprendiendo que los jueces de fondo habían constatado una hepatitis C crónica en estado avanzado, y enunciando las incidencias y los riesgos de evolución de la enfermedad, consideró que las **condiciones del perjuicio específico de contaminación estaban reunidas**.

84. El criterio expuesto por esta "*remarcable sentencia*"<sup>166</sup> no es otro que una aplicación extensiva del artículo L-3122-1<sup>167</sup> del Código de la Salud Pública, que puede desprenderse que la clave del perjuicio en comento ampara a toda persona que haya sido tratada con sangre completa, o con productos derivados de la sangre.

**85. Podemos ilustrar, asimismo, por medio de otra sentencia, la extensión del concepto.** En los hechos, la víctima de un accidente de tránsito, recibe a consecuencia del mismo varias transfusiones de sangre. Confirmado

---

apreciación exclusivamente in concreto del perjuicio personal y estimando que éste se oponía a una definición global del perjuicio, por P. JOURDAIN, art.cit., loc. cit.

<sup>163</sup> P. JOURDAIN, art. cit, loc. cit.

<sup>164</sup> <http://sos-net.eu.org/medical/transfus.htm#4>

<sup>165</sup> Casación, 1ra. civil, 01.04.2003, N° 01-00.575.

<sup>166</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, 6ª edición, Dalloz, Paris, 2009, N° 146.

<sup>167</sup> "*Las víctimas de perjuicios resultantes de la contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana causada por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre realizada en el territorio de la República francesa, son indemnizados en las condiciones definidas más abajo*".

el contagio, presenta una acción de responsabilidad en contra del Centro de Transfusión Sanguínea de los Alpes-Marítimos. La CA de Aix-en-Provence rechazó las pretensiones del demandante, fundándose en que *"el estado de salud de la afectada no ha justificado al día de hoy tratamiento específico, pesado e invalidante"* agregando más adelante *"que su estado no se ha agravado y por el contrario es estacionario"*, y además que *"el riesgo de evolución y agravamiento es incierto, los progresos constantes de la investigación permiten augurar el descubrimiento de tratamientos adaptados y eficaces"*. A su turno, la Corte de Casación<sup>168</sup>, casando la sentencia estableció: *"que decidiendo de esta manera, sin investigar si la Sra (...) no acusaba angustias ni perturbaciones ligadas a esta contaminación, de naturaleza caracterizar un perjuicio específico de contaminación, mientras que este perjuicio puede ser justificado por sufrimientos morales presentados en consecuencia a tratamientos necesarios y por perturbaciones y angustias siempre latentes, la CA ha privado su decisión de base legal."*

**86. Concluimos esta sección con la afirmación sostenida por el informe Dintilhac<sup>169</sup>, relativo a la nomenclatura de los perjuicios corporales, el cual es seguido por la Corte de Casación y tribunales menores en Francia,** en donde se establece dentro del género *"perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas"*<sup>170</sup> a todas aquellas patologías susceptibles de progresar en cuanto a sus efectos dañinos, tales como las complicaciones derivadas de la exposición al asbesto, o la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, entre otras. Así, podría estimarse que el perjuicio específico de contaminación no necesariamente debe ser limitado al VIH y al VHC. Sin embargo creemos, que esta afirmación debe ser matizada, pues el mencionado informe DINTILHAC trata el *"perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas"* como una especie de perjuicio extrapatrimonial, en conjunto con el perjuicio de establecimiento, estético, sexual, etc. **Luego, estimamos que el perjuicio específico de contaminación no debiera ser reducido al perjuicio ligado a enfermedades evolutivas, pues éste no es más que una parcela de aquél.**

87. Corresponde ahora ilustrar otra especie de perjuicio, el cual ha presentado un impacto considerable en el derecho de la responsabilidad, hablamos del *"daño ecológico puro"*.

#### ***b. El perjuicio ecológico puro***

88. Con el objeto de situarnos en el contexto histórico del definitivo nacimiento de la noción, debemos hacer referencia a otro lamentable suceso<sup>171</sup>. El 12 de

<sup>168</sup> Casación, 1ra. civil, 17.01.2008, N° 07/11760.

<sup>169</sup> Informe del grupo de trabajo encargado de elaborar una nomenclatura de perjuicios corporales, dirigido por J.-P. DINTILHAC, junio 2005.

<sup>170</sup> Informe DINTILHAC, p. 41.

<sup>171</sup> L. NEYRET, *Nauffrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement*, Recueil Dalloz 2008, pp. 2682 y ss.

diciembre de 1999 el petrolero "Erika", buque de bandera maltesa, y contratado por la empresa de combustibles TOTAL, se partió en dos, derramando cerca de 31.000 toneladas de petróleo dañando 400 kilómetros de costas atlánticas en Francia. Esta catástrofe medioambiental dio lugar a 13 años de proceso, culminando el pasado 25 de septiembre de 2012, con un fallo de la Corte de Casación en que se reconoce y confirma la tesis relativa a la existencia de un perjuicio ecológico puro.

89. Ahora bien. **Es clásico y justo el imperativo que establece que todo daño para que sea indemnizable, y en rigor un perjuicio, debe ser cierto, directo y personal. No obstante, una primera particularidad de la especie de agravio resarcible que nos proponemos reseñar corresponde justamente a una excepción al trío de exigencias señaladas.**

En este sentido, el perjuicio ecológico puro está desprovisto del requisito de la personalidad de los daños reparables. Aun cuando esta dificultad fue salvada por los tribunales franceses incorporando dentro de los perjuicios materiales y morales irrogados a diversas asociaciones, las que defendiendo intereses colectivos de sus representados comprendían además gastos de restablecimiento del estado o medio en el cual se había producido la contaminación, de la fauna, u otros gastos accesorios<sup>172</sup>. Pero tal como se desprende del criterio de la profesora M. BOUTONNET, no había ningún reconocimiento jurídico que lo que se reparaba correspondía a una nueva especie de perjuicio<sup>173</sup>.

90. Lo anterior –aun cuando el examen de la jurisprudencia permite desprender que las nociones incorporadas al concepto "*perjuicio ecológico puro*" ya habían sido detectadas en fallos aislados (como el conocido fallo Montedison, pronunciado por la **CA de Bastia**<sup>174</sup>, en el que se condenó a una sociedad italiana a indemnizar a los departamentos de Córcega los daños irrogados a consecuencia de una polución marina, o la sentencia pronunciada por el **TGI de Narbonne**<sup>175</sup>, en que retuvo: "*el parque natural regional de (...) teniendo en cuenta su misión legal, en el estado de los daños causados por la SARL SOFT al patrimonio natural comprendido en su perímetro, justifica entonces un interés directo a obtener reparación del perjuicio medioambiental sufrido por el patrimonio natural del parque*", agregando además: "*conviene declarar la SARL SOFT responsable del perjuicio medioambiental sufrido por el patrimonio natural del parque regional de (...) de condenar a la SARL SOFT a pagarle a este título la suma de 10.000 euros*)– cambió de manera expresa a propósito del **litigio relativo**

<sup>172</sup> M. BOUTONNET, *Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond*. - (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juill. 2008, N° 1747 D) *Environnement* N° 10, octubre 2008, estudio 11, N° 12

<sup>173</sup> M. BOUTONNET *Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond*. - (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juill. 2008, N° 1747 D), art. cit., N° 13.

<sup>174</sup> TGI Bastia, 04 julio 1985, *La réparation du dommage au milieu écologique marin a travers de deux expériences judiciaires: Montedison et Amoco Cadiz*, *Gazette du Palais*, julio-agosto 1992, doctrina p. 582.

<sup>175</sup> TGI Narbonne, 04 octubre 2007, N° 935/07.

## **al naufragio del petrolero "Erika", el que ha marcado un antes y un después en la materia.**

91. **Básicamente, en virtud de la reparación del "perjuicio económico puro", al margen de la reparación patrimonial y extrapatrimonial, la parte civil puede obtener –como ítem autónomo– el resarcimiento de los daños generados al medio ambiente.** Destacándose además que esta especie de daño reparable se separa del carácter subjetivo del mismo, revistiéndose de una objetividad característica. La objetividad mencionada se manifiesta esencialmente en que el perjuicio no afecta a la persona, sino a la colectividad (es por eso que se habla de perjuicio colectivo) o a la humanidad entera. Por consiguiente, la parte civil no es más que un canal entre el juez y la naturaleza agraviada, que reclama por un resarcimiento

92. En este sentido, **el TGI de París<sup>176</sup>**, primero, reteniendo la figura en referencia, estableció: *"las colectividades territoriales, que reciben de la ley una competencia especial, en materia de medio ambiente, confiriéndoles una responsabilidad particular por la protección, gestión y conservación de un territorio, pueden demandar reparación, sobre un daño causado al medio ambiente sobre este territorio"*. Posteriormente, la **CA de París<sup>177</sup>** acordó a las partes civiles (Estado, colectividades, asociaciones) 200,6 millones de euros a título de indemnización de perjuicios (contra 192,5 de primera instancia), dentro de los cuales 1,3 millones de euros corresponden al perjuicio ecológico. El mencionado fallo confirmó la extensión de las personas indemnizables: así, no se trata exclusivamente de sociedades, cuya actividad ha sido afectada como consecuencia de una "mareja negra", o de un departamento, también de comunas. Confirmó además la reparación de perjuicios materiales: gastos de restablecimiento ligados a la limpieza de las playas, y a la recuperación de la fauna, pérdida de activos, y lo más importante, **retuvo la reparación a título de perjuicio ecológico.**

93. **Hasta aquí, la guerra aún no estaba ganada, la contraria elevó la causa en casación. Se sostuvo que los daños ecológicos generados no eran de competencia de Francia, pues el naufragio se había producido fuera de aguas territoriales.** Dicho argumento fue rechazado por la Corte de Casación en fallo indicado más arriba, producto de que los daños habían afectado el medio marino francés. En definitiva, la Corte de Casación consideró formalmente la noción de perjuicio ecológico, lo que habilita, desde ahora, para demandar una reparación ya no sólo centrada en los agravios materiales y morales sufridos, sino también por el perjuicio generado a los **"activos medioambientales no comerciales"**<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> TGI París, 16.01.2008, JCP G 2008, I, 126, observaciones K. LE COUVIOUR.

<sup>177</sup> CA París, 30 marzo 2010, N° 08/02278.

<sup>178</sup> Casación, cámara criminal, 25.09.2012, N° 10/82938.

94. **En fin, hacemos presente además que el criterio señalado por los diversos estamentos jurisdiccionales se encuentra enmarcado en una estricta observación legal.** En concreto, la reparación de los agravios a la naturaleza encuentra apoyo de peso en la ley de 1° de agosto de 2008, la que transcribe la directiva europea sobre responsabilidad medioambiental de 21 de abril de 2004, que se refiere exclusivamente a los daños causados al medio ambiente (art. 160-1 Código del Medio Ambiente<sup>179</sup>).

95. Finalmente, concluiremos esta sección mediante ilustraciones de una creación jurisprudencial de perjuicio, aún desprovista de reconocimiento legislativo, el perjuicio específico de angustia o ansiedad.

### *c. El perjuicio específico de angustia o ansiedad*

96. El perjuicio específico de angustia o ansiedad, creación esencialmente jurisprudencial, ha sido retenido en Francia como consecuencia de diversas situaciones dañosas. **Posee un amplio margen de maniobra, toda vez que el volumen de subjetividad, propio de la generalidad de los daños extrapatrimoniales resarcibles, es elevado considerablemente. Así las cosas, sostenemos que en ciertas ocasiones podría considerarse como justificado el retenerlo, o a lo menos es más convincente; mientras que en otras parece no ser más que una de las desastrosas consecuencias de la "ideología de la reparación", que se vive en nuestros días.** En este sentido, si bien ciertos avances jurídicos han permitido blindar a la víctima con una serie de prerrogativas que antes no tenía (como por ejemplo el reconocimiento de nuevas especies de perjuicios), dichas herramientas, cuando son utilizadas generalizándolas en extremo, provocan un escenario de arbitrariedad, el cual es justamente lo que se intenta evitar. En conformidad a lo anterior, nos referiremos al perjuicio específico de angustia o ansiedad en los dos escenarios en que particularmente han sido retenidos en Francia: por un lado, la incertidumbre (1°), y por otro, la representación (2°).

### **1°. La incertidumbre y el perjuicio de angustia o ansiedad.**

97. La incertidumbre o inseguridad en las consecuencias evolutivas de un daño efectivamente provocado, constituyen una importante fuente de esta particular especie de perjuicios. Es del caso agregar, que al haber acaecido efectivamente el hecho generador del daño, el perjuicio de angustia es susceptible de una mensurabilidad fáctica por el tribunal. Los litigios concernientes a la sangre contaminada con hepatitis C (resueltos con anterioridad al año 2003, en que

<sup>179</sup> "El presente título define las condiciones bajo las cuales son prevenidas o reparadas, en aplicación del principio quien contamina paga y a un costo razonable para la sociedad, los daños causados al medio ambiente por la actividad de un explotante".

el daño extrapatrimonial de la víctima fue cubierto por el perjuicio específico de contaminación<sup>180</sup>) y los referentes al aire contaminado, constituyen casos emblemáticos, aunque no los únicos.

98. Las ilustraciones. **La Corte de Casación**<sup>181</sup>, en un litigio referente a sangre contaminada con el VHC, expresó: *"pero la evolución de esta afección pudiendo ser dura, la víctima debe someterse a la vigilancia médica estricta y regular, la CA ha retenido que la ansiedad resultante de esta medida y la necesidad de una vigilancia médica deben ser indemnizadas"*. En otro litigio referente a lo que se conoce como "aire contaminado", la **CA de Douai**<sup>182</sup> indicó: *"perjuicio moral cierto, caracterizado por la angustia de estar afectado por una enfermedad evolutiva ligada al asbesto; los cercanos testimonian el cambio de su carácter después del diagnóstico de la enfermedad. El señor (...) devino irritable y agresivo"*. Asimismo, la **Corte de Casación**<sup>183</sup>, respecto de las consecuencias inciertas en la persona de un detenido, en circunstancias que la detención fue finalmente declarada como indebida, fijó: *"el impacto psicológico sufrido, en circunstancias que se encuentra agravado por la lejanía de la familia y por las medidas de alejamiento y de vigilancia reforzada que han sido provocadas por las encarcelaciones sucesivas, fue acentuada en el segundo período de detención por la importancia de la pena pronunciada, lo que se manifiesta por crisis de angustia"*.

## 2°. La representación y el perjuicio de angustia o ansiedad.

99. **La ausencia de verificación de hecho generador de responsabilidad, y por tanto, la ausencia de daño a consecuencia del mismo, nos ha motivado a recurrir a la representación como término de enfoque de esta parte del trabajo.** Sin embargo, no obstante sea la representación de un eventual daño la que motiva la acción indemnizatoria, el juez se ha mostrado proclive a declarar la existencia de un *"perjuicio de angustia"*. En este contexto, la citada sentencia de la **CA de Versalles**<sup>184</sup> consideró la desconexión de una antena de telefonía, con el argumento de *"hacer cesar el perjuicio moral resultante de la angustia creada y sufrida"*. Por otro lado, respecto del daño potencial ocasionable a los portadores de una sonda auricular defectuosa, la **CA de París**<sup>185</sup> manifestó: *"el anuncio de la peligrosidad potencial, presentada por este material, que tuvo por consecuencia directa en un primer tiempo, y con anterioridad a su retiro, de aumentar la vigilancia médica del paciente, ha ineluctablemente creado en él un sentimiento de angustia, aun cuando el riesgo de lesión, de muerte, en caso de ruptura del cable metálico y de*

<sup>180</sup> Ver supra N°s 82 y ss.

<sup>181</sup> Casación, 1ª civil, 09.07.1996, 94/12.868.

<sup>182</sup> CA París, 13.05.2009, N° 08/00627.

<sup>183</sup> Casación, 05.12.2005, 05-Cámara de reparación de detenciones (CRD)-017.

<sup>184</sup> Ver supra cita N° 114.

<sup>185</sup> CA París, 12.09.2008, N° 07/05802.

salida de la sonda, no se verificó. El paciente entonces ha sufrido un daño cierto, aun cuando se encuentra expuesto a un daño estadísticamente débil". **En este último caso, además de representación agregamos fatalidad. En definitiva, la utopía del riesgo cero también cuenta con argumentos jurisprudenciales.**

100. **Estimamos que más allá de las discusiones sobre el estadio en el que se enmarque el perjuicio de angustia, es del todo necesario que dicho perjuicio sea cierto.** La profesora C. CORGAS-BERNARD<sup>186</sup> propone la evaluación del perjuicio mediante *análisis siquiátricos*, y su determinación pecuniaria mediante *baremos o referenciales* que alejen el fantasma de la arbitrariedad en su determinación. La misma autora manifiesta la imperiosa necesidad de la motivación de las sentencias por los tribunales, haciendo hincapié en el carácter "*ineluctable*", sin más, que es retenido por el fallo recientemente apuntado, agregando: "*La Corte de Casación no debería dudar en censurar estas decisiones, netamente por falta de motivos o por falta de base legal*". Coincidimos en la apreciación. Creemos que los límites entre los cuales debiera enmarcarse el perjuicio de angustia, a lo menos deberían ser estrictos, y no permitir interminable el baile de muñecas rusas, relativo a la diversidad de parcelas subjetivas en que este perjuicio podría encuadrarse. **La propuesta relativa a su identificación con el perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas, del citado informe DINTILHAC, nos parece adecuado**<sup>187</sup>.

101. A nuestro juicio, el perjuicio de angustia no deber abarcar cualquier tipo de incomodidad espiritual causado por alguna situación. A lo menos dicha situación debería ser grave. Conviene traer a colación las palabras del profesor J.-S. BORGHETTI, quien observa: "*no todo agravio constituye un perjuicio, sino que además no todo perjuicio es necesariamente reparable*"<sup>188</sup>. Vivimos en un mundo en que el afán resarcitorio es tal, que pareciera que para la menor molestia debería existir un perjuicio específico. Manifestamos que, no obstante que el establecimiento de perjuicios denota avances en la reflexión del derecho, en otras materias no es más que la materialización de una búsqueda reparatoria a toda costa. No podemos dejar de citar al profesor Le Tourneau, quien refiriéndose a la problemática expone: "*las razones fundamentales de esta expansión continua obligan a la conjunción de dos lógicas diferentes. De un lado, la de los derechos del hombre de segunda generación, conducentes a prestar una atención profunda a las situaciones individuales, no solamente a las necesidades, sino también a los deseos de los*

<sup>186</sup> C. CORGAS-BERNARD, *Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir?*, RCA N° 4, abril 2010, estudio 4, N° 32.

<sup>187</sup> C. CORGAS-BERNARD, art. cit., N° 31.

<sup>188</sup> J.-S. BORGHETTI, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle in Études offertes à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, París, 2008, p. 149.

*individuos: toda frustración deviene un perjuicio que reclama un responsable. De otro lado, la lógica del mercado empuja a la multiplicación de los bienes: todo vale tanto, comprendiendo el trabajo o la salud y en definitiva la vida (...). La responsabilidad deviene una mercadería como cualquier otra, que se intercambia en el mercado del seguro (...). La ideología de la reparación se alimenta así del mercantilismo... "189.*

102. Finalmente, refirámonos al riesgo y su impacto en la causalidad.

### C. El impacto del riesgo en el vínculo de causalidad

103. El robustecimiento de la posición de la víctima ha dado lugar en Francia al apareamiento de diversas presunciones en el confuso terreno de la causalidad. El mencionado mecanismo jurídico, obrando fundamentalmente en el terreno biomédico, y adoptando caracteres judiciales o legales, ha permitido a la víctima liberarse de la prueba del nexo causal. Analizaremos este segmento, en primer lugar, refiriéndonos a las **presunciones judiciales o por el "hecho del hombre" (a)**, para posteriormente describir algunas **presunciones reconocidas expresamente por el legislador (b)**.

#### *a. En cuanto a las presunciones de hecho o judiciales*

104. Diversos focos han permitido a las víctimas prevalerse de una presunción de hecho, a saber: esclerosis en placas a consecuencia de la aplicación de la vacuna contra la hepatitis B (**1°**), el cáncer de útero o vagina como efecto de la ingesta del medicamento Distilbène (**2°**), o las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias como secuela de una intervención o tratamiento médico (**3°**).

#### **1°. La esclerosis en placas a causa de la aplicación de la vacuna contra la hepatitis B.**

105. Hacemos presente que el recurso a las presunciones en este punto es de corta data. Del análisis jurisprudencial, es perfectamente posible distinguir tres etapas de desarrollo. De la primera se desprende el rechazo del recurso a las presunciones, mediante una estricta apreciación de la causalidad jurídica reducida a términos científicos (**i**); de la segunda, la aceptación del mecanismo jurídico en términos generales, estableciéndose que la determinación de un vínculo causal no necesariamente debe obedecer a una directriz científica (**ii**); y de la tercera, la incorporación en el ejercicio judicial de la Corte de Casación del respeto por el poder soberano de los jueces de fondo, en cuanto a la apreciación de los factores que conduzcan al tribunal inferior, a retener o no la presunción en la especie (**iii**).

<sup>189</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., N° 29.

## i. Primera etapa, la omnipotencia de la prueba científica.

106. **La Corte de Casación**<sup>190</sup>, en el año 2003, estableció que la responsabilidad de un productor es sometida a la condición que el demandante pruebe, además del daño, el defecto del producto y el vínculo de causalidad entre el defecto y el daño.

107. En los hechos, una persona recibió, el 8 de noviembre y el 21 de diciembre de 1995, dos inyecciones de la vacuna antihepatitis B "Engerix B", fabricada por un laboratorio farmacéutico, y en 1996 se enteró que ella se encontraba afectada por la enfermedad denominada "esclerosis en placas". El afectado demandó al laboratorio farmacéutico la reparación de su perjuicio. La sentencia, impugnada por el laboratorio<sup>191</sup>, **dio lugar a las pretensiones del demandante**—luego de haber detectado que el origen de la enfermedad era desconocido y que ni los expertos ni los estudios científicos concluían en la existencia de una asociación entre la vacuna y esta enfermedad—, estableció además: que tal asociación no puede ser excluida de forma cierta, que el demandante estaba en perfecto estado de salud hasta la primera inyección de la vacuna, que existe concordancia entre la vacuna y la aparición de la enfermedad igualmente constatada en otros enfermos, y que no hay en el caso del demandante ninguna otra causa que haya motivado la enfermedad. Dedujo, en rigor, que la vacuna fue el factor que originó la enfermedad desarrollada por el demandante y que el daño causado establece una ausencia de seguridad a la que su utilizador podía legítimamente estarse, demostrando ello la defectuosidad del producto. La Corte de Casación declaró, en definitiva: *"que decidiendo así, sin observar las consecuencias legales de las constataciones, de las cuales resultaba que el defecto de la vacuna como el vínculo de causalidad entre la vacuna y la enfermedad no podían ser establecidas, la Corte de Apelaciones violó los artículos 1147 y 1382 del Código Civil"*.

108. Apreciamos entonces el rechazo expreso de la Corte de Casación a aceptar la tesis que mediante presunciones pudiera salvarse la prueba de causalidad entre el producto (vacuna) y la enfermedad. **No obstante, dicho criterio no presentaba una vocación de eternidad; la presión de los enfermos, que a la vez eran presos de falta de prueba científica que los amparara, felizmente para ellos, pudo más.**

## ii. Segunda etapa, el paso a las presunciones:

109. **La Corte de Casación**<sup>192</sup>, en el año 2008, **cambió el criterio, el dogmatismo científico es dejado de lado y el pragmatismo jurídico entra**

<sup>190</sup> Casación, 1ra. civil, 23.09.2003, N° 01/13.063.

<sup>191</sup> CA Versailles, 02.05.2001, P. JOURDAIN, *Causalité juridique et incertitude scientifique. Causalité juridique et incertitude scientifique. A propos du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques*, RTD civ. 2001, p. 891.

<sup>192</sup> Casación, 1ra. civ, 22.05.2008, tres especies: N° 06/10.967, 05-20.317, 05/10.593, 06-14.952, 06/18.848.

**en escena**<sup>193</sup>. Revisemos uno de los fallos<sup>194</sup>. Un trabajador presentó síntomas de una esclerosis en placas, poco después de haber sido vacunado en el cuadro del cumplimiento de una obligación para con los miembros del personal de la clínica en donde se empleaba. El trabajador demanda al laboratorio. La sentencia impugnada<sup>195</sup> rechazó las demandas del trabajador fundándose en que el vínculo de causa a efecto entre la enfermedad y la vacuna era científicamente imposible de probar y estadísticamente improbable. La sentencia es casada, bajo el fundamento de los artículos 1353 y 1382 del Código Civil, reprochándose lo siguiente: *"haber decidido en referencia a una aproximación probabilística deducida exclusivamente de la ausencia del vínculo científico y estadístico entre la vacunación y el desarrollo de la enfermedad, sin investigar si los elementos de prueba que le habían sido presentados constituían o no presunciones graves, precisas o concordantes del carácter defectuoso de la vacuna litigiosa, como del vínculo de causalidad entre un eventual defecto y el daño sufrido"*. Apreciamos como la prueba del vínculo causal puede efectuarse hoy en virtud del recurso a las presunciones graves, precisas y concordantes, a pesar de la incertidumbre científica, traducida en el peor veredicto de los enfermos. Se exige además que los jueces de fondo motiven sus sentencias bajo este criterio. Luego, en caso de la retención de la presunción, corresponderá a los laboratorios demostrar que el contagio se verificó por otra causa o la inocuidad de la vacuna. **Aplicándose en definitiva lo que podríamos entender como carga dinámica de la prueba**<sup>196</sup>, pues *"se hará pesar sobre quien tenga la mejor aptitud a la prueba el riesgo ligado a la duda científica"*<sup>197</sup>.

110. Pues bien, a continuación del fallo recientemente citado, fue aplicada por la Corte de Casación lo que denominaremos una verdadera *"técnica jurisdiccional-pedagógica"*. En efecto, de la lectura de las sentencias apreciamos que el máximo tribunal, más que casar sentencias de CA, observó un estricto poder ilustrador; respecto, primero: de los indicios que deben ser considerados como presunciones precisas, graves y concordantes; y segundo: que dichas presunciones son suficientes para configurar un vínculo causal cierto entre el hecho del producto y la enfermedad.

111. Así, por ejemplo, en otro caso, un niño de 6 años recibió tres inyecciones de vacuna, separadas por algunos días. Luego de la tercera inyección, presentó daño neurológico, caracterizado por convulsiones y una epilepsia severa, complicaciones físicas que evolucionaron, traduciendo en una degradación

<sup>193</sup> En este sentido, Ch. RADÉ, *Vaccination anti hépatite B et sclérose en plaques: le tournant?*, RCA N° 7, Juillet 2008, étude 8, N°s 5 y ss.

<sup>194</sup> N° 05-20.317.

<sup>195</sup> CA Angers, 30.05.2005, N° 04/00283.

<sup>196</sup> Expresión que ha atribuido la doctrina al artículo 294 inciso 2° del proyecto de reforma al sistema procesal civil chileno.

<sup>197</sup> En este sentido, Ch. RADÉ *Les présomptions d'imputabilité dans le droit de la responsabilité civile*, Mélanges en l'honneur de Ph. le TOURNEAU, Dalloz, París, 2008, N°s 25 y ss.

intelectual que se estabilizó tres años después. Los padres del menor dirigieron una acción de responsabilidad en contra del laboratorio fabricante de la vacuna y del médico que la prescribió. **El Tribunal de Alzada rechazó las pretensiones del menor y su familia, en razón de un defecto de prueba formal de un vínculo causal directo y cierto entre la inyección y el origen de la enfermedad.** Sin embargo, la sentencia había constatado la ausencia, en la historia y en los antecedentes familiares del menor, de elementos susceptibles de evocar a título del origen de la enfermedad neurológica, reconociendo además la existencia de una eventual **causalidad probable entre el hecho de la vacuna y el desarrollo de la patología.** Además, que dos expertos no habían excluido la posibilidad de que había sido la vacuna la que estuviera a la cabeza de la enfermedad, corroborado ello por la naturaleza del producto y por la cronología de los eventos.

112. Desprendemos la rigurosidad extrema de la sentencia de CA, en que no obstante retener una eventual "*causalidad probable*", finalmente opta por rechazar las pretensiones del menor, exigiendo una prueba formal de vínculo causal efectivo, fundado en una prueba científica. Luego, frente al rechazo en las demandas, **la Corte de Casación**<sup>198</sup> no mostró su indiferencia. Por consiguiente, casa la sentencia por motivo de violación de ley, toda vez que la CA exige la demostración de "*una prueba científica cierta, cuando el rol causal puede resultar de simples presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes*". Recordando, en definitiva, tal como cita el profesor P. JOURDAIN, que en materia de "*causalidad jurídica la certeza requerida es siempre relativa*"<sup>199</sup>.

113. **Sin perjuicio de lo expuesto, nada es menos seguro que las presunciones graves, precisas y concordantes, aun en escenarios en que es razonable retenerlas, serán acogidas sistemáticamente.** Toda vez que la Corte de Casación reconociendo el poder soberano de los jueces de fondo en la valoración de los hechos conducentes a resolver el asunto vía presunciones, ha abierto la puerta a decisiones divergentes, generándose con ello un natural clima de incertidumbre jurídica.

### **iii. Tercera etapa, el respeto por el absoluto poder apreciativo de los jueces de fondo.**

114. No obstante lo reseñado más arriba, la Corte de Casación ha manifestado últimamente una obediencia irrestricta al poder apreciativo de los jueces de fondo, dando como resultado el nacimiento de un escenario de inestabilidad. **La doctrina no ha guardado silencio respecto de esta actitud, mien-**

<sup>198</sup> Casación, 1ra. civil, 25.06.2009, N° 08/12.781.

<sup>199</sup> P. JOURDAIN, *Lien de causalité entre vaccination et maladie apparaissant ultérieurement : la jurisprudence s'affine*, RTD civ. 2009, p. 723.

**tras el profesor Ch. RADÉ califica el proceder como digno de Poncio Pilato<sup>200</sup>, el profesor Ph. BRUN, sin oponerse, exige sin embargo una mayor definición<sup>201</sup>.**

115. Ilustremos una vez más. Una mujer recibió entre enero de 1994 y junio de 1995 tres inyecciones contra la hepatitis B. Quince días después de la última inyección, diversos síntomas de alguna enfermedad aparecieron, se trataba de una esclerosis en placas. Las pretensiones de la enferma fueron rechazadas por la CA de París<sup>202</sup>. El rechazo se fundó, por un lado, en razón de ausencia de prueba formal entre el hecho de la vacuna y la enfermedad, tanto de la defectuosidad del producto como del nexo causal, no obstante la existencia de elementos que permitían retener una presunción judicial. Por otro, la Corte de Casación<sup>203</sup> ordenó: "(...) la Corte de Apelaciones **estimó soberanamente (...) la circunstancia que la señora X no presentara ningún antecedente familiar o personal y el hecho que los primeros síntomas de la enfermedad hubieran aparecido quince días después de la última vacuna no constituyen presunciones graves, precisas y concordantes, de suerte que no se establece una correlación entre la enfermedad de la Sra. X y la vacuna**".

**116. Aun cuando nuestro estudio del Derecho Civil francés está en ciernes, no dejamos de verificar una contradicción evidente.** La prueba de la causalidad mediante presunciones de hecho o judiciales y el poder de su apreciación entregado soberanamente a los jueces de fondo, puede conducir a resultados dispares, por decir lo menos. Mientras que a partir de mayo de 2008, las presunciones enseñadas por la Corte de Casación se basaban en la ausencia de antecedentes familiares o personales y en la cronología de los síntomas, para dar por establecido un vínculo de causalidad, en menos de dos años, su criterio (no sabemos si cambió) es reservado al más estricto de los silencios, pues ahora nada puede o quiere manifestar. **En definitiva, los enfermos siguen siendo presos de la prueba científica, respecto de una enfermedad que no han buscado, y la Corte de Casación es presa de los vaivenes del criterio apreciativo de los jueces de fondo, a causa de una observancia desmesurada de un principio, paradójicamente por ella misma invocado.**

117. Las consecuencias desastrosas de la ingesta del medicamento Distilbène constituye otra fuente de presunciones de hecho.

<sup>200</sup> Ch. RADÉ, *Causalité juridique et causalité scientifique: de la distinction à la dialectique*, RTD civ. 2012, pp. 112 y ss., N° 11.

<sup>201</sup> Ph. BRUN, *Raffinements ou faux-fuyants? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010)*, Recueil Dalloz 2011 pp. 316 y ss.

<sup>202</sup> CA Paris, 19.06.2009, N° 06/13741.

<sup>203</sup> Casación, 1ra. civ, 25.11.2010, N° 09/16.556.

## 2°. El cáncer de útero o vagina a causa de la ingesta de Distilbène.

118. Habiéndonos referido ya a esta situación, a propósito de las consecuencias –estimamos– positivas aparejadas a la intromisión del "principio de precaución" en el Derecho de la Responsabilidad Civil<sup>204</sup>, corresponde ahora analizarla desde el punto de la presunción de causalidad.

119. Los litigios concernientes a este segmento constituyen una especie palpable de los avances en materia de protección a las víctimas. Si bien en principio correspondía a las víctimas producir la prueba de su exposición a la molécula *in utero* (recordemos que quienes padecieron el cáncer son las hijas de las madres a quienes les recetaron el medicamento), la **Corte de Casación**<sup>205</sup>, en septiembre de 2009, reconoció las dificultades de la misma, en otras palabras, la imposibilidad de su verificación. Así el máximo tribunal, alterando la regla del *onus probandi*, atribuyó una responsabilidad solidaria a los dos laboratorios involucrados en la distribución del medicamento. Por consiguiente, corresponderá a los fabricantes rendir la prueba de no encontrarse al origen del daño, lo cual es extremadamente difícil. Hacemos presente que, a diferencia de las consecuencias de la exposición a la hepatitis B, acá no hay dudas que Distilbène produjo el daño. La Corte de Casación resuelve, particularmente considerando que los laboratorios involucrados mantuvieron en el mercado el producto hasta 1976, a sabiendas que en USA se había retirado en 1971. Incluso contra el mérito de informes científicos.

120. **En rigor estamos en presencia de una presunción de causalidad denominada alternativa**, así como el profesor Grenoblés Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ expone: *"En los dos casos, el perjuicio es imputable a una sola persona indeterminada, entre varias determinadas. Esta situación puede ser denominada causalidad alternativa. Una situación de causalidad alternativa existe entonces cuando, entre una pluralidad de actividades similares, cada una siendo suficiente para producir el daño respectivo, una sola (o algunas, pero no la totalidad) está efectivamente en el origen del daño. La víctima es, en tal caso, capaz de probar que su daño proviene de uno de los hechos generadores, sin necesidad de demostrar cuál, lo que prohíbe a priori una imputación de causalidad"*<sup>206</sup>. **Agregamos, tal como reconoce el profesor P. JOURDAIN**<sup>207</sup>, **que el vínculo de causalidad en definitiva presunto, no es el que une al producto y al daño, sino el que une al producto con su fabricante.** La relación entre producto

<sup>204</sup> Ver supra N°s 54 y ss.

<sup>205</sup> Casación, 1ra. civ., 24.09.2009, N° 08/10.081 y N° 08/16.305. (Cf. supra N° 55: la sentencia de 07.03.2006 se pronunció sobre la culpa en el cumplimiento del deber de vigilancia de los laboratorios, mientras que las sentencias de 24.09.2009, sobre el vínculo de causalidad entre la culpa del laboratorio y los daños irrogados a las víctimas.

<sup>206</sup> Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « *La fiction de la causalité alternative, fondement et perspectives de la jurisprudence "Distilbène"* », Recueil Dalloz 2010 p. 1162.

<sup>207</sup> P. JOURDAIN, *Auteur non identifié au sein d'une pluralité d'auteurs possibles: l'extension des présomptions de causalité aux infections nosocomiales*, RTD Civ. 2010 pp. 567 y ss.

y el daño ya está probada con el incumplimiento al deber de vigilancia que los eventuales fabricantes observaron respecto del producto. Por su parte, podría incluso afirmarse que más que causalidad, nos encontraríamos en el terreno del *rattachement* o vinculación. Sin embargo, afirmamos que bien hablamos de causalidad, pues la indeterminación del fabricante es evidente.

121. En fin, indudablemente lo particular de esta especie de litigios y de la consecuencial respuesta de la Corte de Casación es que es efectivo que todos los sujetos involucrados (laboratorios) en rigor habían observado el hecho generador de responsabilidad, pero con certeza sólo uno de ellos estaba a la cabeza del daño, sin que los otros hayan participado en absoluto en éste. **Lo indicado es definido por QUÉZEL-AMBRUNAZ como una ficción de responsabilidad, pues: "En materia de causalidad alternativa, rechazar las pretensiones de la víctima no es ni más ni menos ficticio que indemnizarla"**<sup>208</sup>.

122. El criterio judicial aplicado en esta parcela también ha sido apreciado en cuanto al tratamiento jurisprudencial de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

### **3° Infecciones intrahospitalarias o nosocomiales como efecto de intervenciones, tratamientos o admisiones en establecimientos médicos.**

123. La prueba de la infección nosocomial o intrahospitalaria debe ser pre-munida por la víctima. A modo de ilustración citamos el fallo de la **CA de Bordeaux**<sup>209</sup>, del cual se colige que la responsabilidad sin culpa del hecho de las infecciones nosocomiales: *"no puede ser comprometida a condición de probar que la infección fue contraída en los locales del establecimiento y a la ocasión de los cuidados, prueba que debe ser producida por la víctima"*. **La Corte de Casación**<sup>210</sup>, por su parte, fijó a su turno: *"Incumbe al paciente o a sus causahabientes demostrar el carácter nosocomial de la infección, incluso por presunciones graves, precisas y concordantes"*. En este sentido, incluso ha sido retenido que si los síntomas de la infección nosocomial aparecen dentro de 48 horas después de la admisión del paciente, se deduce que la infección no ha sido contraída en el establecimiento de salud<sup>211</sup>.

124. Presenciamos en este dominio la extensión de la órbita fáctica de las presunciones. En efecto, la **Corte de Casación**<sup>212</sup> estableció: *"cuando la prueba de una*

<sup>208</sup> Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit, loc cit.

<sup>209</sup> CA Bordeaux, 12.11.2002, N° 01/01608.

<sup>210</sup> Casación, 1ra. civil, 30.10.2008, 07/13.791.

<sup>211</sup> J. GONTIER, J. ICARD y F.-J. PANSIER, *"Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médical"*, *Gazette du Palais* 2002, 1, doctrina, p. 1748, por L. KOURY, art. cit, cita N°73.

<sup>212</sup> Casación, 1ra. civil, 17.06.2010, N° 09/67.011.

*infección nosocomial es aportada, pero ésta es susceptible de haber sido contraída en varios establecimientos de salud, pertenece a cada uno de ellos, respecto de los cuales su responsabilidad está involucrada, establecer que está al origen de la infección". El caso corresponde a una persona que en el año 2000 había contraído una infección, luego de haber recibido cuidados en dos establecimientos. Si bien la regla es que el afectado demuestre la infección nosocomial y pruebe que ella ha sido contraída en un establecimiento específico, en este caso era imposible acreditarlo.*

**125. En este caso, tal vez es conveniente analizar la situación, mediante una apreciación pragmática: ¿qué es más dañino?, ¿hacer que la víctima soporte el riesgo de la infección, en circunstancias que los establecimientos médicos lo crean, o hacerlos responsables del daño provocado solidariamente?, ¿es realmente justo que por un defecto de prueba de nexo causal la víctima quede sin reparación? Estimamos que no.** La protección a la víctima debe primar. Por otro lado, el resultado en esta figura de daño si bien es el mismo que respecto a las consecuencias del Distilbene, en los hechos es más drástico. Toda vez que en el caso del referido medicamento todos los laboratorios temerariamente mantuvieron en el mercado un producto dañino. Luego, la decisión judicial es más bien una sanción a su negligencia manifiesta en su deber de vigilancia. Es otra la situación de los establecimientos de salud, pues es exclusivamente uno de ellos el que está a la cabeza del daño, y el tribunal, por proteger a la víctima e impedir que quede sin reparación, condena a ambos.

126. Presunciones legales de responsabilidad también han enriquecido el Derecho de la Responsabilidad en Francia, concluiremos nuestro trabajo con referencia al mencionado desarrollo.

#### *b. En cuanto a las presunciones legales*

127. Enfocaremos este punto de acuerdo a las presunciones establecidas por el legislador en la ley de 4 de marzo de 2002, a la que hemos hecho referencia. Así, iniciaremos el análisis por la presunción legal de responsabilidad respecto de la contaminación transfusional con el virus del Sida (**1°**), y terminaremos con la presunción legal de responsabilidad respecto de la contaminación transfusional con el virus de la Hepatitis C (**2°**).

128. A título de generalidad, mencionamos que los productos sanguíneos presentan una particularidad considerable, en la medida en que no es el establecimiento hospitalario el que se hará responsable del hecho del defecto del producto sanguíneo, sino el Establecimiento Francés de la Sangre (EFS), que es un establecimiento público, según lo dispuesto en el artículo L.1223-1 del Código de la Salud Pública. Luego, la responsabilidad es comprometida respecto del EFS, en sede administrativa.

## **1° Presunción legal relativa a la contaminación transfusional con el VIH.**

129. El legislador, según se desprende del artículo L.3122-2<sup>213</sup> del Código de la Salud Pública, ha establecido que a la víctima le basta justificar que es enfermo de SIDA y que ha recibido una transfusión sanguínea, para ser amparado por una presunción de responsabilidad. Por su parte, pertenecerá a la ONIAM (órgano administrativo encargado de la reparación) establecer que no hay causalidad entre la transfusión y la contaminación, o al menos que existe duda seria. La víctima por consiguiente no debe probar una causalidad científica entre la relación de la enfermedad y el hecho de la transfusión. En rigor, la víctima además de probar su enfermedad, el hecho de la transfusión, prueba asimismo que no ha estado expuesta a otros modos de contaminación (infección nosocomial, operaciones, etc). Se ha fallado, sin embargo, que el comportamiento o conducta sexual del afectado no presenta el mérito para desvirtuar la presunción<sup>214</sup>. Llegándose a afirmar que sólo la prueba de no contaminación de todas las unidades de sangre podría privar de resarcimiento<sup>215</sup>.

## **2° Presunción legal relativa a la contaminación transfusional con el VHC.**

130. La solución es la misma que la vista anteriormente. El artículo 102 de la ley, actual L.1221-14 del Código de Salud Pública, dispone: *"que en caso de contestación relativa a la imputabilidad de una contaminación por el virus de la hepatitis C anterior a la entrada en vigor de la ley, el demandante debe aportar la prueba de los elementos que permitan presumir que esta contaminación tiene por origen una transfusión de sangre o una inyección de medicamentos derivados de la sangre. A la vista de estos elementos corresponde a la parte demandada aportar la prueba de que la transfusión o inyección no constituye el origen de la contaminación. El juez forma su convicción después de haber ordenado, en caso de necesidad, todas las medidas de instrucción que estime útiles. La duda beneficia al demandante"*.

**131. Hacemos presente que la disposición se aplica a las contaminaciones que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la ley**, pues con anterioridad a la entrada en vigor de la ley fue generado en Francia el núcleo principal de litigios relativos a la sangre contaminada. **Estimamos que las víctimas de contaminaciones con posterioridad a la ley deberían sujetarse al mismo espíritu legislativo.**

<sup>213</sup> *"En su demanda de indemnización, las víctimas o sus causahabientes deben justificar el daño derivado del virus de inmunodeficiencia humana y las transfusiones de productos sanguíneos o de inyecciones de productos derivados de la sangre"*.

<sup>214</sup> Casación, 2da. civil, 25.01.2007, N° 06/16.000; Casación, 1ra civil, 5 febrero 2009, N° 08/14.798.

<sup>215</sup> Casación, 2da. civil, 24.10.2002, N° 01/06.004; Casación, 2da. civil, 15.12.2005, N° 05/06.005.

