

Globalización y enraizamiento en el programa reformista del derecho de daños argentino de algunos temas del nuevo actuarialismo

Victoria HAIDAR¹

Sumario

Introducción. El “nuevo” actuarialismo: algunas herramientas conceptuales para su caracterización. La presencia de temas del “nuevo actuarialismo” en el programa reformador del derecho de daños. Conclusiones.

Resumen

El presente texto explora la presencia de algunos temas del nuevo gobierno actuarial de las conductas en el programa reformista del derecho de daños argentino, tal como se encuentra formulado en el Proyecto de Reforma del Código Civil unificado con el Código de Comercio del Año 2000 y en diversos textos de doctrina que se orientan en la misma dirección reformista que el Proyecto.

Sostenemos que la problematización suscitada en torno de la cuestión política de la “reforma” del sistema de responsabilidad civil consiste en un diagnóstico y en la formulación de una serie de objetivos (es decir, en un

programa de gobierno) que traducen un vocabulario, unas justificaciones y una concepción del sujeto que se procura gobernar, que son propios de una racionalidad neoliberal, y que dicha problematización prevé “instanciar”, en el propio cuerpo normativo reformado y en el aparato judicial, unas tecnologías de gobierno actuariales (como los topes indemnizatorios o los baremos, ambas sustentadas en cálculos actuariales) o bien facilita o refuerza el funcionamiento de tecnologías actuariales de gobierno controladas por actores privados (como los seguros forzosos).

¹ Auxiliar Sociología (FCJS-UNL).

Introducción

En este trabajo nos proponemos explorar el caso del enraizamiento en el programa reformador del derecho de daños argentino formulado en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 2000⁽¹⁾, y en la serie de textos publicados en las revistas jurídicas especializadas cuya dirección reformista es la misma del Proyecto, de algunos temas del nuevo actuarialismo o managment privatizado de los riesgos sociales. Particularmente, escrutaremos la presencia de temas del nuevo actuarialismo en la agenda de la problematización relativa a la ineficiencia del sistema de la responsabilidad civil para compensar debidamente a las víctimas de los daños o, en su caso, prevenir la producción de daños.

Sostenemos que tanto a) algunos de los diagnósticos que integran dicha problematización, como b) la formulación de los objetivos a alcanzar para conjurar los problemas y las estrategias de reformas, c) las justificaciones de los males detectados y de las alternativas de resolución proyectadas (es decir, el específico programa de gobierno en el que consiste el proyecto reformista del derecho de daños) guardan una relación de traducción con justificaciones y formas de pensar propias de una racionalidad política neo-liberal y que d) algunos de los mecanismos y procedimientos que se debaten y ponen a prueba son típicamente actuariales o bien facilitan o refuerzan el funcionamiento de tecnologías de gobierno actuariales.

El "nuevo" actuarialismo: algunas herramientas conceptuales para su caracterización El enfoque de la gubernamentalidad

Partiendo del supuesto del que el derecho "vehiculiza", transmite y hace funcionar relaciones de poder⁽²⁾, proponemos un ejercicio de analítica del poder en el micro-ámbito del discurso de los expertos que teorizan e intervienen (como juristas en el primer caso y abogados o miembros del aparato de justicia en el segundo) sobre el conjunto de prácticas referidas a la responsabilidad civil, en términos de la analítica alternativa del poder político⁽³⁾ esbozada por Foucault en *"La gubernamentalidad"*⁽⁴⁾ y continuada por los *governmentality studies*.

La gubernamentalidad es definida por Foucault como *"un conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones que han permitido ejercer esta forma específica de poder (el gobierno), que tiene por blanco la población, por forma principal de saber la economía política y por instrumentos técnicos esenciales los dispositivos de seguridad"*⁽⁵⁾.

Analizar el "gobierno" que se ejerce "a través" del derecho de la responsabilidad civil en términos del enfoque de la gubernamentalidad, tiene la ventaja de que permite focalizar y circunscribir críticamente el ensamble o articulación⁽⁶⁾ entre: a) la *conducción de conductas*, es decir, la regulación o dirección de conductas tanto de sí (gobierno de sí) como de los otros (gobierno de los otros)⁽⁷⁾, b) las

⁽¹⁾ Vid. AAVV; *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio para el año 2000*, San Isidro Labrador; Buenos Aires; 1999.

⁽²⁾ Foucault, Michel; *Poder, derecho, verdad*, Curso del 14 de enero de 1976 en el College de France; en *"Genealogía del racismo"*; Caronte Ensayos; La Plata; pág. 30.

⁽³⁾ Cf. Rose, Nikolas y Miller, Pete; *Political power beyond the State: problematics of government*, en *"British Journal of Sociology"* (43), 2, 1992. (173-205).

⁽⁴⁾ Foucault, Michel; *La gubernamentalidad*; en AAVV *"Espacios de poder"*; La Piqueta; Madrid; 1991; págs. 9 a 26.

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁾ Como sostiene Pablo De Marinis, *"su analítica general (la de la gubernamentalidad, el paréntesis es nuestro) debería por tanto localizarse en algún lugar intersocial (...)".* (De Marinis, Pablo; *Gobierno, gubernamentalidad, Foucault y los anglofoucaultianos* (C: un ensayo sobre la racionalidad política del neoliberalismo) (O: variaciones sobre un nuevo objeto postsocial)); Ponencia presentada en el VI Congreso Español de Sociología; Mimeógrafo; pág. 9).

⁽⁷⁾ De Marinis, Pablo; *Ibidem*.

racionalidades políticas, que son los discursos políticos que expresan y justifican los esquemas ideales a través de los cuales se representa, analiza y rectifica la realidad, y que tienen un tono moral, se basan en ciertas consideraciones epistemológicas acerca del sujeto sobre el gobierno debe ser ejercido, y resultan pensables a través de un cierto vocabulario⁽⁶⁾; c) *los programas de gobierno*, es decir, el conjunto de formulaciones, diseños, objetivos deseables y posibles de realizar en virtud del despliegue de estrategias por parte de unas fuerzas políticas, que tornan —a través de la operatoria de cierta “maquinaria intelectual”— al objeto de gobierno pensable en forma tal que sus afecciones parecen susceptibles de diagnóstico, prescripción y cura a través de intervenciones calculadas y normales⁽⁷⁾ y d) *las tecnologías de gobierno*: una serie de procedimientos y técnicas a través de las cuales se pretende conformar, guiar, instrumentalizar, dirigir las acciones y pensamientos de los sujetos⁽¹⁰⁾.

Esta perspectiva de análisis interraccional entre el gobierno de sí y de los otros, racionalidades, programas y tecnologías permite, evitando toda suerte de ontologización (por ejemplo del neoliberalismo, welfarismo, fascismo), calificar una articulación histórica dada como de coexistencia de elementos de épocas diferentes, en vez de pensar en desfasajes⁽¹¹⁾.

Tecnologías actuariales y su acople con la racionalidad neoliberal

Caracterizar a la problematización actual de la responsabilidad civil, como permeada por un conjunto de temas del “nuevo” gobierno actuarial de las conductas, requiere responder, al menos en forma aproximada y provisional, a las siguientes cuestiones: ¿En qué consisten las *tecnologías actuariales* de regulación de conductas? ¿Con qué esquemas justificativos y formas de pensar (morales y epistemológicos) y vocabularios se articulan en la actualidad? ¿En el contexto de qué programas políticos se piensan como alternativas de efectivización de qué objetivos?

Las tecnologías actuariales se enmarcan en un *discurso de la seguridad*: decodifican los conflictos sociales en términos de *riesgos* susceptibles de ser gestionados (*management de riesgos*) por distintos aparatos de seguridad entre los que se distribuyen los costos de la gestión del riesgo.

No obstante la diversidad de opiniones sobre las tecnologías actuariales, optamos por seguir a Pat O'Malley, que las caracteriza como el conjunto de prácticas diversas orientado hacia la manipulación del mundo físico o social y basado en el “riesgo”: “Sugiero que lo que todos los análisis comparten es un enfoque sobre el riesgo como concepto central subrayando esas prácticas diversas como la modificación del ambiente físico (por ejemplo la instalación de reductores de velocidad, mejoramiento de la seguridad inmobiliaria), intervenciones basadas en la identificación de personas de alto riesgo y diversos programas basados en el seguro”.⁽¹²⁾

La gestión de problemas sociales a través de las técnicas actuariales opera dividiendo a la población en categorías estadísticas y comportamentales que se configuran alrededor del riesgo, y que en general no se corresponden con experiencias vitales de los sujetos que se procura gobernar, lo que favorece la inmovilización social.⁽¹³⁾

No obstante la evaluación y gestión de los riesgos por diversas agencias estatales a los efectos de la distribución de beneficios sociales a la ciudadanía, se asoció históricamente a una racionalidad welfarista (de allí el énfasis en la seguridad social y en la creciente socialización de la seguridad propios de las estrategias y retóricas welfaristas) las técnicas actuariales son *moralmente neutras*—el riesgo, en palabras

⁽⁶⁾ Cf. Rose, Nikolas y Miller, Peter; *Ob.cit.*; pág. 179.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, pág. 182.

⁽⁸⁾ Cf. Miller, Peter y Rose, Nikolas; *Governing economic life*, en “*Economy and Society*”, 1990; págs. 1-30.

⁽⁹⁾ De Marinis, Pablo; *Ob.cit.*; pág. 18.

⁽¹⁰⁾ O'Malley, Pat; *Risk, power and crime prevention*, *Economy and Society*; 21, 3, 1992; págs. 252-275; traducción de Augusto Montero y Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral).

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

de Jack Young, “es una cuestión de calcular y evitar, no de moralismo”⁽¹⁴⁾ de allí que en las últimas décadas (concomitantemente con el retroceso del welfarismo) se advierta una transformación parcial del actuarialismo socializado en *actuarialismo privatizado* (un “nuevo” actuarialismo).

Puesto que las tecnologías –aunque tienen su propia dinámica– se desarrollan en función de su rol en programas de gobierno específicos, es posible caracterizar el nuevo actuarialismo como una adaptación o un “ajuste” de las técnicas actuariales para satisfacer los objetivos propios de diversos programas políticos (por ejemplo, en el ámbito del derecho de daños, “la eficiencia” de los mecanismos indemnizatorios) que traducen –más o menos exitosamente– una racionalidad neo-liberal; lo que básicamente se logra atribuyendo la gestión de los riesgos al dispositivo del mercado. De allí que la inteligibilidad del nuevo actuarialismo como re-asignación de la gestión del riesgo a cada individuo y subsiguiente delegación parcial de la gestión a agentes privados expertos, dependerá de la adecuada caracterización de los programas políticos en los que dichas tecnologías se insertan y de las racionalidades que esos programas traducen.

Una aproximación a algunas dimensiones de la racionalidad neoliberal

Si las tecnologías actuariales cambiaron parcialmente de forma con la modificación de los programas de gobierno específicos respecto de los cuales cumplen una función general de “efectivización”, los programas –recetas para una intervención transformadora– se encuentran en una relación de “traducción” respecto de las racionalidades políticas; una relación que es de reciprocidad entre lo que es “deseable” –en el plano de las justificaciones y las fórmulas de gobierno más general– y lo que es “posible” –en la arena de las luchas políticas.⁽¹⁵⁾

Esta secuencia justifica la necesidad de caracterizar la racionalidad política neo-liberal, como tarea previa al abordaje del caso específico del programa reformista del derecho de daños que, sostenemos, se encuentra permeado por temas del nuevo actuarialismo.

La *racionalidad política neo-liberal* comprende un conjunto de *justificaciones, formas de pensar, procedimientos tácticos* históricos,⁽¹⁶⁾ entre otros:

* La reactivación del dispositivo del mercado, concomitante con una des-socialización y creciente mercantilización de la gestión de los asuntos sociales, que constituye el contexto de emergencia de una “nueva cuestión social”.⁽¹⁷⁾

* La reactivación de la estrategia de gobierno “a la distancia”⁽¹⁸⁾, a través de la cual se regula la acción social sin vulnerar la autonomía de diversas esferas sociales (la familia, la economía, etc.) sino que se conducen las propias energías sociales hacia la auto-regulación, lo que se logra a través de la formación de alianzas entre el Estado y agentes independientes (doctores, higienistas, planificadores, trabajadores sociales, etc.).

* Un nuevo patrón de relaciones entre los ciudadanos y el Estado, que Pegoraro denomina –por oposición a la estrategia aseguradora propia del Estado de bienestar– “el paradigma de la inseguri-

⁽¹⁴⁾ Young, Jock; *Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía*, Ponencia presentada en Barcelona, en octubre de 2000, en el marco del Common Study Programme of Criminal Justice and Critical Criminology, traducción del inglés por Diego Zysman Quirós (UBA). Revisión de Juan S. Pegoraro (UBA); en Juan Pegoraro (Dir.); *Delito y Sociedad*; Universidad Nacional del Litoral-Instituto Gino Germani; pág. 29.

⁽¹⁵⁾ Rose, Nikolas y Miller, Peter; *Political power beyond the State: problematics of government*, pág. 182.

⁽¹⁶⁾ De Marinis, Pablo; *Ob.cit.*; pág. 12.

⁽¹⁷⁾ Cf. Castel, Robert; *La metamorfosis de la cuestión social*; Paidós; Buenos Aires; 1997.

⁽¹⁸⁾ La expresión “gobierno a la distancia” es utilizada por Nikolas Rose en *Ob.cit.* pág. 180, no obstante el autor aclara que dicho término fue tomado y adaptado de la obra de Bruno Latour y Michel Callon (Vid. nota 18 pág. 203).

dad”.⁽¹⁹⁾ Esta reconfiguración de la relación entre el Estado e instancias de gobierno no estatales (como las Compañías de Seguro, las A.R.T), no significa una simple “retirada” del Estado, sino de una autonomización del Estado de otros sujetos –“agencias distantes del centro estatal”, en palabras Miller y Rose⁽²⁰⁾– que ejercitan la función de regulación de conductas, y con los que el Estado permanece vinculado a través de mecanismos indirectos de responsabilización, etc.. Esta reconfiguración no es sino una expresión de la especie de *desinversión*, de *economización del ejercicio del poder*, que caracteriza a los nuevos órdenes estatales neo-liberales, una de cuyas dimensiones es la constitución de un consenso (en nuestro caso, en torno de “prevención de los daños”), que produce la autorregulación por obra de agentes no estatales liberados por el Estado para resolver sus propios conflictos⁽²¹⁾.

* Una reconceptualización del tema de la eficiencia en términos de la reafirmación de la iniciativa individual y el espíritu de empresa, lo que conduce a Pat O’Malley a caracterizar el nuevo actuarialismo como “una forma de gobierno que remueve la concepción clave de la regulación de los individuos a través de la gestión colectivizada de los riesgos y le impone al individuo la responsabilidad de administrar sus propios riesgos. Ésta puede ser defendida por sus sostenedores como ‘eficiente’, puesto que los individuos son conducidos hacia mayores esfuerzos y emprendimientos por la necesidad de asegurarse contra circunstancias adversas y cuanto más emprendedores son, mejor es la red de seguridad que pueden construir”⁽²²⁾.

* Una nueva configuración del sujeto que se procura gobernar como un *homo prudens*: un sujeto al que se le asigna la responsabilidad de conducir su vida mediante un cálculo permanente de costos y beneficios. “No sólo es la empresa la que domina las actividades propiamente económicas, sino que la conducción de la propia conducta se ha vuelto una empresa, donde se refuerza además la representación de que nadie puede saber mejor que uno mismo cómo deben atenderse los propios negocios”⁽²³⁾. El cuidado de sí se articula con la modalidad de orden estatal basado en la desinversión y economización de los medios de gobierno: “se trata de gobernar contando con la mayor cantidad posible de la energía que para su propio gobierno aporten los gobernados mismos”⁽²⁴⁾. Las distintas autoridades de gobierno requieren del sujeto que asuma la responsabilidad de su propia seguridad y la de su familia. Se concibe al sujeto como un agente “activo y responsable” en la persecución de los objetivos de seguridad personal y de su entorno, cuyo *ethos* consiste en la maximización de la calidad de vida⁽²⁵⁾.

La presencia de temas del “nuevo actuarialismo” en el programa reformador del derecho de daños

Nuestra tesis es que la problematización de la doctrina civilista argentina relativa a la cuestión política de la reforma del derecho de daños –un programa de gobierno específico– se encuentra permeada en la actualidad por algunos de los temas del nuevo actuarialismo (es decir, tecnologías actuariales estilizadas según los tópicos antes referidos de la racionalidad neo-liberal).

El programa reformista del derecho de daños es un conjunto más o menos articulado de objetivos concretos de intervención sobre el campo del derecho de daños (en sentido amplio: normas y prácticas de los operadores intervinientes: abogados, jueces, juristas, clientes, compañías de seguros, peritos),

⁽¹⁹⁾ Pegoraro, Juan; *Las relaciones Sociedad-Estado y el Paradigma de la Inseguridad*, en AAVV “Delito y Sociedad”, N° 3; La Colmena; Buenos Aires; 1997; págs. 51 a 63.

⁽²⁰⁾ Miller y Rose; *Ob.cit.*

⁽²¹⁾ Cf. la interpretación que Pablo de Marinis efectúa de la conferencia que Michel Foucault brindó en la Universidad de Vincennes publicada en la revista *El Viejo Topo*, N° 7; Año 1978; *Ob.cit.*; págs. 7 y 8.

⁽²²⁾ O’Malley, Pat; *Ob.cit.*

⁽²³⁾ De Marinis, Pablo; *Ob.cit.*; pág. 16.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*; pág. 17.

⁽²⁵⁾ Rose, Nikolas; *The death of the social? Re-figuring the territory of government*, en “*Economy and Society*”, Volume 25; N° 3, Agosto 1996; pág. 342.

configurado a partir del diagnóstico y la proposición de alternativas de resolución, efectuado por la “maquinaria intelectual” de teorías jurídicas y socio-jurídicas que sustentan el conjunto más o menos homogéneo de juristas que se auto-presentan y reconocen en la comunidad jurídica local como “la doctrina”. Como texto en el que se encuentra parcialmente plasmado dicho programa hemos seleccionado el “Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio” del año 2000 y algunos artículos publicados en revistas jurídicas especializadas que refieren a los temas objeto de reformas⁽²⁶⁾.

El diagnóstico: un sistema de responsabilidad civil ineficiente

Un momento de la actividad de problematización en el que consiste cualquier programa de gobierno es el del diagnóstico. Observemos de qué manera los expertos formulan los problemas que atañen al “sistema de la responsabilidad civil”.

Uno de los problemas que aqueja al aparato judicial que se encarga de la resolución de los conflictos suscitados en razón del acacimiento de un daño civil es la “alta litigiosidad”; de allí que para los expertos “disminuir la litigiosidad es un desiderátum”⁽²⁷⁾.

Otro de los problemas (que depende parcialmente del anterior) es la inefectividad de los mecanismos de cobro de las indemnizaciones (por insolvencia, demora, etc.), por lo que en términos de los autores del Proyecto, urge que “(...) existan los mecanismos legales necesarios para que las víctimas cobren rápida y efectivamente, una indemnización razonable y predecible”⁽²⁸⁾.

En un texto anterior al Proyecto, la “inefectividad” a la que se alude en los fundamentos del Proyecto es precisada como una “insuficiencia” del sistema de responsabilidad civil para compensar adecuadamente a las víctimas: “(...) aun cuando algunos mecanismos judiciales compensatorios contribuyen a restaurar la justicia y prevenir los accidentes, son insuficientes en la forma en que compensan a las víctimas. Los costos administrativos y los honorarios profesionales absorben un importante porcentaje de las indemnizaciones. También el tiempo transcurrido entre el accidente y la percepción de la indemnización es excesivo. (...)”. En ese mismo texto se establecen los límites de las intervenciones redireccionadoras (es decir se establecen las condiciones de posibilidad de una transformación): “(...) Existe un error en pretender que la legislación sobre daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito pueda establecer criterios suficientes para la compensación de las víctimas. En primer lugar porque ninguno de los sistemas conocidos es completamente eficiente”⁽²⁹⁾.

La inefectividad del sistema indemnizatorio es puesta en conexión con el problema de la impredecibilidad de las decisiones judiciales que fijan los montos indemnizatorios⁽³⁰⁾, que tiene reper-

⁽²⁶⁾ La circunstancia de que la normativa y los fundamentos del Código Civil proyectado, (que significan el enraizamiento en el nivel de la producción discursiva legislativa de cierta tecnología de poder y cierta racionalidad), no sean más que “otra producción textual” (además de los artículos publicados en revistas especializadas, libros, ponencias presentadas en Jornadas y Congresos), aunque con una efectualidad político/jurídica diferente, del discurso de un sector de la doctrina civilista argentina, es decir, que el enfoque del sistema de responsabilidad civil que describiremos responda al *juego estratégico* de unos sujetos, no rompe con las prácticas de producción de reformas del derecho civil, sino que es continuista con la tradición local de asignación de un privilegio reformista a los expertos en derecho civil. En palabras del prof. Jorge Mosset Iturraspe: “¿Qué se puede esperar de la evolución del Derecho de Daños en las primeras décadas del próximo milenio (...). Debemos buscar un punto medio entre el Derecho mejor y el Derecho posible (...). Y, a la vez, debemos encontrar un criterio que permita desentrañar las tendencias, que no puede ser, obviamente el propio, el de nuestros anhelos y esperanzas. Ni el de otros sectores de la doctrina nacional también con un marcado sello de propiedad o autoría. Pensamos que nada mejor, entonces, que ‘mirar’ a las decisiones de Congresos y Jornadas, a las tesis mayoritarias, a las preocupaciones reiteradas, al ‘clamor de la doctrina’ de los juristas”.

⁽²⁷⁾ Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 2000; Fundamentos, pág. 95.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²⁹⁾ Álvarez, Gladys; Gregorio, Carlos G. y Highton, Elena; *Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*, L.L-1997-C-págs. 1046.

⁽³⁰⁾ La circunstancia que el tópico “seguridad jurídica” integraba la agenda del *Washington Consensus* es prueba del pedigree neo-liberal del objetivo de maximizar la predecibilidad de las operaciones del sistema jurídico.

cusiones en todo el ámbito social (impredecibilidad de los costos empresarios, de los riesgos, desfuncionalización del sistema de seguros).

A su vez, esta serie de problemas: “alta litigiosidad”, “inefectividad de la reparación de los daños”, “impredecibilidad de las decisiones judiciales” (susceptibles tanto de una análisis independiente como conectado) es percibida por la doctrina civilista, desde una perspectiva más amplia, como un problema de “ineficiencia del sistema de la responsabilidad civil” sea para prevenir los daños, sea para compensar a las víctimas; de allí que algunos autores –como Ricardo Lorenzetti– hayan optado, frente a este diagnóstico, por la estrategia intelectual de formular los presupuestos de un sistema de responsabilidad basado en la protección eficiente⁽³¹⁾.

La ineficiencia que aqueja al sistema y su reverso “la eficiencia”, es un reclamo más político que técnico-jurídico abrazado por todos los actores involucrados en el sistema de la responsabilidad civil (víctimas, operadores jurídicos, Compañías de Seguros), que los expertos reformadores expresan como el logro de una serie de objetivos bastante específicos: efectividad en el pago de las indemnizaciones a las víctimas y prevención de los daños.

Circunscrito el diagnóstico de la doctrina: ¿Qué relación guarda éste con las justificaciones y el vocabulario que caracterizan a la racionalidad neo-liberal y con las tecnologías actuariales que aleatoriamente se acoplan a dicha racionalidad? Sugerimos que la propia lectura de la situación por los expertos depende del vocabulario de la racionalidad neo-liberal: se expresa en términos de “inefectividad” e “ineficiencia”. Así mismo (y como se explicará más detalladamente en los puntos siguientes) el revés situacional desde el que se mide y compara el estado actual (la “eficiencia”) es pensada como un esquema de “daños efectivamente compensados o prevenidos” que se efectivizaría a partir de las relaciones que libremente entablan diversos actores (víctimas, dañadores, Compañías de Seguros) en el mercado. La función del derecho de daños reformado consistiría en condicionar ciertas acciones sociales (las de los jueces que fijan las indemnizaciones) a los efectos de facilitar el funcionamiento de ciertas relaciones privadas de mercado (aquellas que se establecen entre los clientes –obligados a contratar seguros forzosos– y las Compañías de Seguros) y de ciertas tecnologías de gobierno (las actuariales privadas).

Alternativas de resolución

En este punto cabe considerar separadamente: a) los objetivos formulados por el programa reformista del derecho de daños, cuyo “logro” significaría la neutralización o “cura” de los males diagnósticos, b) su justificación y c) las tecnologías específicas que fueron seleccionadas para alcanzarlos y que se instancian en el propio cuerpo normativo del Proyecto, o bien aquellas tecnologías (no propiamente jurídicas) cuyo funcionamiento se facilita o refuerza.

Objetivos: “evitar, predecir, asegurar”

Uno de los objetivos del Proyecto, la *prevención de los daños*, no se corresponde directamente con el diagnóstico (factual) de ineffectividad de los mecanismos legales establecidos para el cobro de las indemnizaciones y de alta litigiosidad, sino con el diagnóstico más general de la ineficiencia del sistema y, por otra parte, responde a la presión ejercida por un sector de la doctrina civilista para ampliar las funciones del derecho de daños sumando a la función resarcitoria una función preventiva.

“El proyecto se apoya en algunos ejes fundamentales: (...) la prevención (...). El Código Civil no aceptó la cautio dani infecti (artículo 1132), pero la ley 17.711 dio lugar a la denuncia de daño temido, autorizando la traba de

⁽³¹⁾ Vid. Lorenzetti, Ricardo; *Las normas fundamentales del derecho privado*; Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 1995; págs. 258 a 265 y Lorenzetti, Ricardo; *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños*; LL-1996-B-pág.1114.

*medidas cautelares en la eventualidad de que de una cosa deriven daños (...). Son aplicaciones de la teoría de la prevención del daño, protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido.(...)*⁶².

No obstante, tal como lo explicaremos en el punto siguiente, cuando tratemos “las justificaciones” del Proyecto, el objetivo de la “prevención” se piensa según los patrones del nuevo actuarialismo: se trata de una “prevención eficiente”, lograda a partir de un cálculo total de costes (vid. punto siguiente) que no se realiza a través de los mecanismos de seguridad social, sino que su realización se asigna —como deber jurídico— en forma individual a los sujetos, configurados desde el mismo texto legal como agentes responsables de su seguridad personal, de su entorno familiar y de aquel entorno con el cual se vinculan al desarrollar diversas actividades de su vida diaria (como conducir un automóvil) o de su propia esfera económica. El sujeto jurídico al que refieren las normas reformadas es un ser activo que se responsabiliza por su propio destino, que maneja sus asuntos “como si” fuera un empresario. El correlato en el ámbito de la juridicidad de la idea (propia de la racionalidad neo-liberal) de gobernar con la mayor cantidad de energía aportada por los propios gobernados, es la multiplicación de obligaciones de prevención que el sujeto debe adoptar para eximirse de responsabilidad por la causación de daños, y la propia ampliación del campo de la experiencia de la responsabilización, que se actualiza ante la mera creación de situaciones de peligro. Dicho sujeto, para actuar eficientemente, debe haber internalizado el cálculo costo-beneficio y ser capaz de ciertos mecanismos de autocontrol que aseguren el ajuste de su conducta a dicho cálculo.

El objetivo de prevención de los daños se instancia en el cuerpo mismo del Proyecto en una serie de deberes de evitación que refuerzan el ethos neo-liberal del sujeto activo y responsable, maximizador de su calidad de vida y la de su entorno (*homo prudens*⁶³); orientados hacia la satisfacción de una función asegurativa que se asigna a un sujeto responsable de la seguridad de sí mismo y del entorno en el que desarrolla las actividades de su vida diaria (tengan una repercusión económica o no, aunque en el primer caso, la asignación de deberes de prevención se amplifica y precisa):

- a) El establecimiento de una serie de *deberes genéricos de prevención* (art. 1585), que se imponen a “toda persona”; configurando así el sujeto jurídico “genérico” como un *homo prudens*: “*Toda persona tiene el deber, en cuanto depende de ella, a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud (...). c) De no agravar el daño, si ya se ha producido.*”
- b) La asignación de virtualidades positivas a la satisfacción de las medidas de prevención adecuadas en los casos en los que se prevén limitaciones de la responsabilidad. Así, “*el responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación: a) si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas*” (art. 1634 inc. a).
- c) La ampliación del ámbito de actuación de la *obligación tácita de seguridad*—antes restringida casi con exclusividad al ámbito contractual—: “*Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad (...)*” (art. 1668) y la posibilidad de liberarse si “*...quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad (...) prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas*” (art. 1669); en este caso se asigna una función especial de prevención al que se
- d) La multa civil, desuinada a la disuasión de daños provocados por la desconsideración/despreocupación por la adopción de un standard de cuidado razonable en el desarrollo de una actividad riesgosa, que el juez puede aplicar “*(...) a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*” (art. 1587); es decir al sujeto que se desvía del modelo del *homo prudens*.

⁶² Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 2000; Fundamentos, pág. 89.

⁶³ Cf. O'Malley, Pat y Palmer, Darren; *Post-keynesian policing*, en “*Economy and Society*”; 19; 1990; págs. 1 a 31.

El otro macro-objetivo del Proyecto se encamina directamente a revertir el diagnóstico de la alta litigiosidad y la ineffectividad de los mecanismos vigentes para el cobro de las indemnizaciones, y se vincula de manera instrumental con el ideal de *“una justicia concreta y eficaz para que la víctima sea resarcida efectivamente”*: facilitar el régimen del seguro forzoso.

Existe acuerdo en la doctrina argentina, como bien lo expresan las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en que el derecho de daños puede obstaculizar o facilitar la operatoria de la institución del seguro –es decir, la puesta en marcha de técnicas actuariales–. Obstaculiza la operatoria del seguro, la circunstancia de la falta de homogeneidad en las decisiones judiciales que fijan los *quantums* indemnizatorios, en tanto imposibilita la predicción de los costes sin la cual el cálculo actuarial no puede funcionar.

De allí la necesidad de hacer de la homogeneización de las decisiones judiciales que determinan las indemnizaciones y de su consecuencia para el control social: la posibilidad de predecir los montos indemnizatorios, uno de los logros a alcanzar por el derecho de daños: Los hipotéticos actores de un proceso de daños (víctima, dañador y frecuentemente una Compañía de Seguros) deben poder predecir el monto de las indemnizaciones: *“las partes debieran poder predecir con cierta medida de exactitud el monto que probablemente será sentenciado en un caso particular, para que los casos puedan ser arreglados pacíficamente y no llevados al tribunal, lo cual satisface el bien público”*⁽³⁴⁾. Citando a Posner: *“(…) las negociaciones de arreglo fracasarán, y sobrevendrá el litigio, sólo si el mínimo monto que el acreedor está dispuesto a aceptar para transar su reclamo, es mayor que el máximo monto que el deudor está dispuesto a pagar para satisfacer ese reclamo”*⁽³⁵⁾.

Que la predicción del monto de las indemnizaciones sea un objetivo de un programa de reforma de las instituciones jurídicas, supone una ratificación dentro del campo del derecho, del procedimiento de cálculo coste-beneficio que gobierna las prácticas de los sujetos según la matriz de la racionalidad neo-liberal.

La asunción de tal objetivo conduce subsiguientemente a los expertos, a una empresa de prueba (del tipo ensayo-error) de las diversas tecnologías jurídicas dirigidas a remover el mal de la incertidumbre a través de una homogeneización “inducida” de los *quantums* indemnizatorios (en el Proyecto se optó, entre otros posibles, por el mecanismo del “límite o tope indemnizatorio”), y conecta directamente las prácticas jurídicas con las tecnologías actuariales efectivizadas por actores privados (las Compañías de Seguro).

Justificaciones: “eficiencia, seguridad y solidaridad”

La defensa de los objetivos de reforma antes referidos se sustentan en tres justificaciones diversas: la necesidad de maximizar la eficiencia del sistema de responsabilidad civil, de alcanzar un cierto standard de seguridad en el desempeño de actividades riesgosas a partir de la ampliación del campo de la “responsabilidad individual asegurable”, y de profundizar la protección de la víctima de los daños en un sentido socializante. Dichos objetivos pueden inscribirse, el primero y el segundo, en la lógica de una racionalidad neo-liberal y de unas tecnologías actuariales de gestión privada, y el último en una racionalidad welfarista.

Esas tres justificaciones, en los fundamentos del Proyecto, aparecen fusionadas en torno del objetivo de la prevención de los daños; de allí que la posibilidad de distinguirlas radique en la constatación y subsiguiente análisis de la “polivalencia estratégica” del objetivo de la prevención de los daños.

Partiendo de una concepción foucaultiana del discurso como *“una serie de segmentos discontinuos cuya función táctica no es uniforme ni estable”*⁽³⁶⁾, es posible afirmar que la discursividad referida a la función

⁽³⁴⁾ Lord Denning, en “Ward vs. James”; 1966; 1 QB 273 299; citado en los *Fundamentos del Proyecto*, pág. 95.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*; pág. 95.

⁽³⁶⁾ Foucault, Michel; *Historia de la Sexualidad. La voluntad de Saber*; Siglo Veintiuno Editores; Buenos Aires; 2002; pág. 122

preventiva de la responsabilidad civil, fue utilizada por variados sectores de la doctrina civilista argentina en estrategias distintas, para obtener la consecución de programas diferentes y hasta opuestos. La idea de la “polivalencia estratégica” de los discursos lleva implícita la negación de la existencia de “(...) un universo del discurso dividido entre el discurso aceptado y el discurso excluido o entre el discurso dominante y el dominado. Concibe dicho universo “como una multiplicidad de elementos discursivos que pueden actuar en estrategias diferentes”⁽³⁷⁾. “Los discursos son elementos o bloques tácticos en el campo de las relaciones de fuerza; puede haberlos diferentes e incluso contradictorios en el interior de la misma estrategia; pueden por el contrario circular sin cambiar de forma entre estrategias opuestas”⁽³⁸⁾.

Se trata de, en palabras de Foucault, una “fórmula idéntica” —la “prevención” del daño— que fue objeto de un desplazamiento o corrimiento desde la matriz de una *racionalidad welfarista* (prevención de los daños como *solidaridad* con la víctima), en cuyo seno comenzó primeramente a teorizarse en la Argentina, hacia una *matriz eficientista y asegurativa* (*racionalidad neo-liberal*), sin que ello significase que la tematización solidarista propia de la racionalidad welfarista fuera abandonada.

Antes bien, en la trama discursiva que se gestó en torno del Proyecto, coexiste:

- * la fórmula de la prevención bajo el signo *solidarista-humanista*, propio de un proyecto de reforma welfarista del derecho civil iniciado en el año 1968,
- * la fórmula de la prevención concebida a la manera *eficientista*;
- * la fórmula de la prevención entendida en su forma más pragmática y neutral (por lo que compatible con las dos anteriores) como la obtención de un *standard de seguridad* caracterizado por la evitación y/o reducción al mínimo de los riesgos de daños.

Rastreado la prevención de cuño welfarista, es posible individualizar, en la doctrina civilista argentina, una tendencia o tradición reformista del derecho civil —que gestó la reforma del Código Civil del año 1968—, orientada según una ética humanista (el centro es la persona humana) y cuyo objetivo estratégico consiste en construir un sistema de responsabilidad civil centrado en la víctima y no en el dañador, que procure una progresiva extensión e intensificación de la reparación del daño injustamente sufrido y/o una progresiva eliminación o reducción de los daños injustamente sufridos; se busca una socialización creciente de los riesgos. En este contexto, la función y el dispositivo prevencional es uno de los últimos movimientos progresistas hacia la supresión del daño injusto⁽³⁹⁾, que viene exigido en cierta medida por el aumento en el número de accidentes, no obstante las medidas de seguridad dispuestas por la administración⁽⁴⁰⁾. Del análisis de los artículos de doctrina referidos a la responsabilidad civil publicados en el período 1980-2003, surge explícito el giro hacia la prevención en el año 1987, comentado uno de los fallos pretorianos en materia de prevención, Morello y Stiglitz escribían: “(...) dentro de la idea según la cual las fuerzas insitas en el ordenamiento estatal no sólo están enderezadas hacia propósitos sancionatorios o coactivos, sino manifestando su eficacia también en forma preventiva, comienza a subrayarse, dentro de las técnicas del derecho de daños, la noción de prevención a la par del

⁽³⁷⁾ Ibidem.

⁽³⁸⁾ Ob.cit.; pág. 124.

⁽³⁹⁾ Mosser Iturraspe sostiene prístinamente que los daños deben ser evitados, y por ello la idea de prevención es anterior a la compensación que entra en escena recién cuando se produce el evento dañoso (Vid. *Responsabilidad por daño*, T.I; Ediar; Buenos Aires; 1971, pág. 231).

⁽⁴⁰⁾ Tunca, A.; *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle*, en “Revue Internationale de Droit Comparé”; París; 1967; pág. 39, citado por MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A.; *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia*, comentario al fallo de la Capel.CC Morón, sala II, recaído en autos “Altamirano, Elsa R c/ Cerámica Martín S.A. y Otros”, febrero-5-1987; en LL 1987-D-pág. 366.

⁽⁴¹⁾ Ibidem. En el mismo sentido Stiglitz, Gabriel A.; *La responsabilidad civil*; Ed. La Ley; 1981; pág. 91. Alterini señala también la tendencia actual del derecho de daños a dar soluciones “ex ante” (evitar el daño) en vez de confiar el remedio a una solución ex post (la indemnización) (Vid. Alterini, Atilio; López Cabana, Roberto y Amcal, Oscar; *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*; Abeledo Perrot; 1995; pág. 307).

resarcimiento⁽⁴¹⁾, y en el año 1989, Jorge Kraut decía lo siguiente: “En nuestros días la vanguardia jurídica resalta la función preventiva del derecho de daños que apunta no sólo al resarcimiento del afectado sino a contrarrestar, a neutralizar los efectos dañinos. En nuestro país se va abriendo el cauce tendiente a resaltar la función preventiva del derecho de daños para garantizar, junto al tradicional sistema indemnizatorio, la necesidad de disuadir a ulteriores hechos análogos⁽⁴²⁾”.

En el marco de esta matriz discursiva, la prevención se concibe bajo una *forma benefactora*, es un mecanismo dirigido a mejorar la posición de la víctima. De Cupis, que es un autor que la doctrina local cita frecuentemente, destaca que:

“(…) desde el punto de vista de la víctima, no puede negarse que la prevención del daño sea preferible a su represión, ya que a través del resarcimiento del daño no se elimina del mundo de los hechos, sino que se quiere nada más que restaurar el equilibrio de intereses comprometido⁽⁴³⁾, imponiéndose por una intrínseca razón de justicia, puesto que:

“Pretender que el sistema de responsabilidad civil deba actuar únicamente cuando se ha producido el daño, como lo sostenía la doctrina civilista clásica, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir⁽⁴⁴⁾”.

No obstante el impuso benefactor, la *función de seguridad* ya se encuentra presente:

“Se persigue la evitación o cesación de las situaciones lesivas, porque en verdad también el peligro de daño incide negativamente sobre la seguridad en el goce de los bienes, por parte de los miembros de la comunidad⁽⁴⁵⁾”.

Pero esa *función de seguridad* no se procura llevar hacia sus antípodas —como sí se procura hacer bajo el discurso eficientista— puesto que choca contra la ética personalista que inspira el proyecto benefactor, determinando los límites de la prevención: la evitación de daños simplemente temidos puede crear el riesgo de oprimir la libertad de los demás.

“Desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su reparación; pero actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, escoge una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro⁽⁴⁶⁾”.

Más recientemente se ha fundado incluso la función preventiva en un “derecho a la prevención” que gozaría de amparo constitucional⁽⁴⁷⁾.

Este tema de la prevención, concebido originalmente en la doctrina civilista nacional bajo la *forma solidarista-benefactora*, fue reutilizado por los impulsores de la modernización eficiente del sistema, en clave de la elaboración del enfoque del *law and economics*⁽⁴⁸⁾; se utilizó, así, como punto de partida para una estrategia opuesta.

En la perspectiva discursiva de la “eficiencia de mercado” la prevención es una función que debe

⁽⁴¹⁾ Kraut, Alfredo Jorge; *Función preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, en LL-1989-III-pág. 908.

⁽⁴²⁾ De Cupis, A; *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, N° 4; Bosch; Barcelona; pág. 571; citado por Morello y Stiglitz; *Ob.cit.*; nota N° 9.

⁽⁴³⁾ Aguiar, Henoch; *Hechos y actos jurídicos*, T.IV; Ed. Tipográfica Argentina; Buenos Aires; 1951; pág. 172. Vid. también Besalú Parkinson, Aurora; *Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil frente al daño ambiental*, LL 1999-F-1138.

⁽⁴⁴⁾ De Cupis; *Ob.cit.*; pág. 91 y 575; en Morello y Stiglitz, *Ob.cit.*; nota N° 5 y en Fernández, Madero; Jaime; *Las nuevas ideas en el derecho de daños*, LL-2002-A-pág.1773; nota N° 35.

⁽⁴⁵⁾ Morello y Stiglitz; *Ob.cit.*; nota N° 9.

⁽⁴⁶⁾ Vid. Fernández Madero; *Ob.cit.*; pág.1772 y Besalú Parkinson, Aurora; *Prevención del daño ambiental*, J.A. 1997-I-pág. 782.

⁽⁴⁷⁾ Acciarri reconoce explícitamente que la caracterización de la culpa que el Proyecto adopta en el art. 1668 CC se basa en elementos económicos y que dicha construcción tiene como objetivo atender a criterios económicos de eficiencia: “En lo relativo a la institución que me ocupa, los autores del Proyecto claramente se apoyan en una fundamentación eficientista, y de allí, como lo señaló su especial interés” (Acciarri, Hugo; *Ob.cit.*; pág. 31).

cumplir el sistema de responsabilidad, para satisfacer un criterio o valor de eficiencia, es decir, un óptimo concebido en términos macroeconómicos: si el “derecho de daños” debe incluir técnicas que incentivan la adopción de medidas de prevención por los individuos, es porque dicha solución es económicamente eficiente, es decir, contribuye a alcanzar una situación de equilibrio de costes que beneficia a la generalidad de individuos, y no porque “mejora” la situación de la víctima.

Al mismo tiempo, se reconfigura la prevención como *maximización de la seguridad*, resultado que se obtiene en razón de la propia lógica eficientista, pero que también viene exigido por la discursividad de la *sociedad del riesgo*⁽⁴⁹⁾.

En este contexto *eficientista y asegurativo*, la función de prevención se encuentra emparentada con la orientación analítica *ex ante* que, en lo atinente a la conducta individual de cada uno de los agentes (víctima-dañador), redefine la “prevención” como *predictibilidad* en una serie de niveles simultáneos: del acaecimiento del accidente, de los costos, del monto de la indemnización, de la posibilidad de evitación, etc. y *previsión*, encarnada en una serie de medidas “adecuadas y razonables” destinadas a la evitación del daño.

La prevención, sin cambiar radicalmente de forma—puesto que el resultado esperado por las dos estrategias opuestas (benefactora y eficientista) es el mismo: una reducción de la tasa de daños—; fue astutamente capitalizada para introducir y cimentar en Argentina un programa reformador del sistema de responsabilidad civil que traduce algunas lógicas de la racionalidad neo-liberal.

Obsérvese que en los propios fundamentos del Proyecto se teoriza sobre la prevención del daño con el doble signo de la “solidaridad” y la “eficiencia”, a los efectos de servir a la estrategia global de justificación y propulsión de un sistema de responsabilidad que contenga técnicas de regulación de conducta que propendan a algún tipo de objetivo de “óptimo”:

“El proyecto se apoya en algunos ejes fundamentales: (...) la prevención (...). El código Civil no aceptó la cautio dani infecti (artículo 1132), pero la ley 17.711 dio lugar a la denuncia de daño temido, autorizando la traba de medidas cautelares en la eventualidad de que de una cosa deriven daños (...). Son aplicaciones de la teoría de la prevención del daño, protagonista principal del pensamiento moderno, (1) que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido.(...). La prevención tiene un sentido profundamente humanista (2) pero, a la vez, es económicamente eficiente (3). Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico (4): por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia(5)”⁽⁵⁰⁾.

En este texto tienen lugar una serie de operaciones del discurso que responden a la idea de una utilización estratégicamente polivalente del tema de la prevención y que hemos señalado en el mismo texto con números:

- * Se reafirma la general aceptabilidad de la “teoría de la prevención” (1), como un rasgo común presente en los diferentes discursos de la comunidad jurídica.
- * Se vincula el tema de la prevención al proyecto solidarista de los posreformistas del ‘68, es decir, se lo sitúa en un campo conocido y generalmente aceptado (2)
- * Se admite la filiación eficientista de la prevención, utilizando la misma fórmula para un objetivo distinto (3)
- * Se rotulan ambos proyectos como “el de una ética” y el de una “reforma macroeconómica”, atribuyéndose al tema de la prevención aptitud para satisfacer ambos (4).
- * Finalmente se ilustra la referida función macroeconómica, con un ejemplo que sigue a aquellos del

⁽⁴⁹⁾ La “sociedad del riesgo” es aquella en la que la lógica de la producción de riesgos domina la lógica de producción de riquezas. Cf. Beck, Ulrich; *La sociedad del riesgo*; Paidós; Barcelona; 1998; pág.19.

⁽⁵⁰⁾ *Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio del año 2000*; Fundamentos; pág. 89.

law and economics, mostrándose cómo un accidente puede ocasionar distintos tipos de costes, que deben ser internalizados y re-distribuidos por el sistema de la responsabilidad civil, en forma eficiente (5).

A lo largo de todos los fundamentos del Proyecto, se reproduce, bajo argumentos diferentes, ese doble-signo que adopta discursivamente el tema de la prevención: la ética humanista y la eficiencia macroeconómica; aunque la fórmula de la prevención termina sirviendo a la estrategia eficientista, como surge de la indicación de instituciones introducidas que satisfacen dicha función.

Así, el Proyecto se autopresenta, en su orientación general, como tributario de aquella empresa solidarista-humanista, que otro sector le imputa desconocer:

“boy importa la justicia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque el derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (Ripert)”⁽⁵¹⁾.

Se alude nuevamente a la eficiencia al justificar la regla del *cheaper's cost avoider*⁽⁵²⁾ y la limitación de la responsabilidad⁽⁵³⁾.

Al mismo tiempo, están quienes se sitúan del lado de una estrategia de ampliación e intensificación de “la justicia en el derecho de daños”, y critican al Proyecto del '98 diagnosticando un retroceso de dicha estrategia y un avance de la estrategia eficientista-economicista:

“El extraordinario corrimiento de las ‘fronteras de la responsabilidad civil’, comenzado en 1968, con la ley 17.711 (...) sufrió, a partir de los primeros años de esta década, una especie de ‘desaceleración’, que fue, por momentos, detención y, en ocasiones, retroceso (...). Intereses poderosos, lobbys irresistibles, empezaron a trabajar y a lograr frutos estimables, desde otros puntos de vista: se instaló una ‘interpretación económica del derecho de Daños’ que no aparta la mirada de la ecuación costos-beneficios; se imputó a los hombres de Derecho haber ido muy lejos en una especie de obsesión, locura o ‘enfermedad profesional’”⁽⁵⁴⁾.

Comparten con la estrategia opuesta la fórmula de la prevención, aunque entendida en función de la propia empresa solidarista: entre los logros de ese proceso de “corrimiento de las fronteras de la responsabilidad civil”, el prof. Mosset Iturraspe enumera “la prevención de los daños en aras de una mayor seguridad”⁽⁵⁵⁾ y, entre los aciertos del Proyecto, señala la prevención de los daños:

“La prevención del daño viene siendo un anhelo, una expresión de deseos, largamente acariciada (1). Toda reparación, por más plena e integral que fuere, ‘no borra el daño’, sino que meramente lo compensa y con mezquindad. El Proyecto, haciéndose eco de estos reclamos (2), incorpora textos lúcidos, que comprenden tanto el deber de evitación, que alcanza a todas las personas y respecto de todo tipo de menoscabo o perjuicio, como el de impedir su agravamiento, disminuir su magnitud y a esos fines hacer cuanto estuviere en sus manos (3)”.

Obsérvese en este texto, las siguientes operaciones del discurso que hemos señalado con números:

- * Se reivindica la filiación “solidarista” del tema de la prevención, que reconoce una tradición en la doctrina local (1)
- * Se indica que la introducción de la temática en el Proyecto no se debe a ningún giro particularista de sus autores, sino a una forma meramente reproductiva (“eco del clamor de la doctrina”) (2) y
- * Se circunscribe la fórmula de la prevención a su signo solidarista puesto que únicamente se la vincula con los deberes específicos de prevención establecidos en el art. 1585 del Proyecto, y no con las otras instituciones de clara filiación economicista.

En esta dirección analítica, la circunstancia de que también sea posible verificar en el discurso de cierto sector de la doctrina ciertas *justificaciones solidaristas* indica la presencia –aún reducida a la mínima expresión de “unas justificaciones”– de una racionalidad welfarista que, aunque casi resulta estéril en su intento de decodificar las nuevas técnicas y procedimientos en las que consiste el propio

⁽⁵¹⁾ Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, fundamentos; pág. 87.

⁽⁵²⁾ Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, punto XV del art. 265; pág. 95.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*; art. 264, pág. 95.

⁽⁵⁴⁾ Mosset Iturraspe, Jorge; *Ob.cit.*; pág. 820.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*.

sistema de responsabilidad civil, no sólo no se ha contraído del todo, sino que aporta la retórica de la crítica que efectúa un sector de la doctrina al Proyecto de reforma del Código de 1998.

Tecnologías: Mecanismos de homogeneización de las decisiones judiciales que facilitan el funcionamiento de las técnicas actuariales de los seguros

El objetivo de facilitar el funcionamiento del seguro forzoso exige conjurar los males que engendra el propio aparato judicial que obstaculizan la operatoria del seguro. Exige, resumidamente, instaurar ciertas tecnologías jurídicas a través de las cuales se homogenicen (a través de la intervención tecnológica) las decisiones judiciales que fijan los montos indemnizatorios, si dicha homogeneidad no es posible de lograr a través de la mera aplicación de las reglas jurídicas que indican a los jueces cómo cuantificar los daños.

Así, la problematización relativa al sistema de responsabilidad civil (y la cuestión política de la reforma) incluyó el debate sobre la *puesta en práctica*⁽⁵⁶⁾ de los diversos procedimientos y técnicas (que circularon en la comunidad jurídica local importados de otros ámbitos socio-culturales) que efectivizaría el objetivo de facilitar y reforzar el funcionamiento del sistema del seguro. Una vez que los motivos de la “eficiencia” y la “seguridad” estaban suficientemente instalados y eran compartidos por la mayoría, los problemas que restaban eran de orden meramente técnico: seleccionar una entre las variadas técnicas de homogeneización de las indemnizaciones, lograr la familiarización de los jueces con las mismas, etc.. Este debate ulterior no sólo fue posible en razón del previo acuerdo sobre la profundización eficientista-actuarial a imprimir al derecho de daños sino que sirvió para hacer avanzar el proyecto en sí mismo⁽⁵⁷⁾ y perfeccionar las mismas técnicas⁽⁵⁸⁾.

La unificación de los montos de las indemnizaciones se procura realizar, en el corpus del Proyecto, a través del mecanismo de la limitación cuantitativa de la responsabilidad (art. 1634). La limitación cuantitativa de la responsabilidad integra el catálogo de las técnicas jurídicas de homogeneización del quantum de las indemnizaciones, recaudo sin el cual las técnicas actuariales de cálculo y evaluación de los riesgos (puestas en acción desde la institución del seguro), no pueden funcionar. En consecuencia, el programa de reforma del derecho de daños prevé, en el mismo texto legal, un mecanismo que facilita la gestión actuarial de los riesgos. Los topes indemnizatorios, sostienen los autores del Proyecto, permiten la asegurable y “*garantizan a la víctima que un ente solvente (la aseguradora) cubrirá las eventuales defecciones del responsable y que el monto indemnizatorio estará prontamente a su disposición*”⁽⁵⁹⁾. La propia cantidad de \$ 300.000 propuesta como tope se justificó en términos actuariales: “*La cantidad propuesta como tope (\$ 300.000) es enteramente razonable: el tope cuantitativo de la responsabilidad no necesita ser exiguo para que el seguro por responsabilidad civil pueda ser tomado sin costos prohibitivos, pues el valor de la prima tiene relación con la franja indemnizatoria en la que se concentra la siniestralidad, porque las indemnizaciones mayores son reaseguradas, y el costo del reaseguro no se relaciona directamente con el monto de la cobertura que excede esa franja de concentración (...)*” (vid. a continuación el ejemplo extraído del ramo de seguro de vehículos particulares)⁽⁶⁰⁾.

Obsérvese el consenso que existe en la doctrina—mucho antes del Proyecto—en cuanto al ideal del “resarcimiento efectivo de la víctima”, el objetivo de facilitar la operatoria de los seguros forzosos y la conciencia acerca de la necesidad de imponer tecnologías jurídicas orientadas a tal fin: “*El objetivo de*

⁽⁵⁶⁾ Cf. Dreyfus, Hubert L. y Rabinow, Paul; *Ob.cit.*; pág. 227.

⁽⁵⁷⁾ Cf. Foucault, Michel; *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*; Siglo XXI; México; 1992; pág. 242.

⁽⁵⁸⁾ Como lo señala De Marinis, una noción común a todas las tecnologías es que estas son lanzadas al campo a modo de ensayo luego, sobre la base del análisis de la resistencia del “material”, se perfeccionan y se las vuelve a lanzar (*Ob.cit.*; pág. 13).

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

una justicia concreta y eficaz para que la víctima sea resarcida efectivamente aconseja que, junto a la responsabilidad por riesgo, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago, a fin de facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo⁽⁶¹⁾.

Las tecnologías de homogenización de los montos de las indemnizaciones y su relación con los seguros forzosos, no sólo eran perfectamente conocidas sino preconizadas por la doctrina civilista con mucha anterioridad al Proyecto de Código, como bien lo señalan sus mentores: *"Distintas reuniones de juristas aceptaron los criterios limitativos de las indemnizaciones: las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1981) estimaron que el daño proveniente del riesgo es estadísticamente previsible; pero el aseguramiento de quien lo introduce en la sociedad, para salvaguardar los intereses de la víctima, no es viable si no se establece un quantum indemnizatorio, según criterio de las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980) y de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay, 1986)"*⁽⁶²⁾.

"La importancia del seguro ha sido encomiada reiteradamente, sosteniéndose la necesidad de seguros obligatorios para el desarrollo de múltiples actividades (...) accidentes de tránsito (II Jornadas de Derecho Civil; I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil, Junín, Provincia de Buenos Aires, 1984 (...) contaminación ambiental (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, 1983)"⁽⁶³⁾.

El tema de la homogenización de las indemnizaciones como procedimiento orientado funcionalmente hacia la gestión actuarial de los riesgos, ya había sido largamente tematizado por una parte de la doctrina civilista argentina con anterioridad al Proyecto. En un interesante texto publicado en el año 1997⁶⁴ encontramos una serie de temas que constituyen una problematización de las cuestiones de la gestión de riesgos, las técnicas actuariales, así como una reflexión sobre un diseño de la responsabilidad civil funcional a la gestión actuarial.

Por una parte, hallamos en este texto configurado el bloque *"responsabilidad civil—análisis económico—, seguros"* que luego se efectivizará—aunque parcialmente— en el Proyecto de Código: *"El tema de la cuantificación del daño y su relación con el seguro se inscribe en la problemática general del análisis económico del derecho". Una de las áreas del derecho a la que se ha aplicado este enfoque es el de la responsabilidad civil, cuyo análisis se conecta con el tema del seguro de responsabilidad civil como uno de los sistemas que ha ideado la sociedad para hacer frente al riesgo. La solución legislativa óptima es aquella que maximiza todos los objetivos (...). En este sentido la legislación sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito debería poner también en juego mecanismos sobre: regulación del mercado asegurador y promoción de instrumentos que hagan de las operaciones de seguros un sistema robusto; y apoyarse en aspectos de la administración de justicia que incluyan incentivos para la solución extrajudicial"*⁽⁶⁵⁾.

El objetivo al que se tiende es robustecer el sistema de seguros.

En el análisis que efectúan los autores sobre el caso especial de la responsabilidad de las empresas que prestan servicios de transporte, es posible identificar una *tematización de algunas tecnologías actuarialistas de regulación de conductas:*

a) La estimación y evaluación de los riesgos a través de la obtención de información, lo que permite determinar tanto el nivel de precaución de todo un ámbito de actividad como de agentes individuales: *"Un área que requiere soluciones específicas y que debería contemplarse especialmente en la legislación es cuando*

⁽⁶¹⁾ Recomendación aprobada por las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, conforme una propuesta conjunta de Atilio Alterini y Roberto López Cabana, Junín, 1994; citada por López Cabana, Roberto; *Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización*; LL-TF-2000-pág.1333.

⁽⁶²⁾ López Cabana, Roberto M.; *Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización*; LL-2000-F-pág. 1329.

⁽⁶³⁾ López Cabana, Roberto M.; *El Proyecto de Unificación legislativa civil y comercial*; LL-1987-D-pág.849.

⁽⁶⁴⁾ Álvarez, Gladys; Gregorio, Carlos G. y Highton, Elena; *Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*; LL-1997-C-págs. 1045 a 1059.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*; pág. 1046.

la responsabilidad recae en empresas que prestan servicios de transporte. La primera diferencia con otro tipo de accidentes surge de que es posible disponer de cierta información capaz de estimar los riesgos y de mecanismos para controlarlos (...) Para este tipo de casos la legislación debería establecer mecanismos para que los riesgos (...) sean evaluados periódicamente⁶⁶⁾.

b) La medición del nivel de producción o actividad.

c) La construcción de ambos estándares: nivel de precaución y nivel de producción o actividad, posibilita determinar la probabilidad del acaecimiento de los accidentes. "La probabilidad de un accidente se incrementa en la medida en que el nivel de producción aumenta y supera al nivel óptimo de funcionamiento de la empresa"⁶⁷⁾.

d) La medición/evaluación de los riesgos permite su percepción social. "La percepción de los riesgos y la evaluación de los daños esperados por parte del potencial pasajero dependen de la información que éste tenga sobre la empresa"⁶⁸⁾.

e) Todos estos estándares (nivel de precaución, de actividad, percepción del riesgo por los usuarios, probabilidad de acaecimiento del daño) se utilizan a los efectos de la determinación de los precios, tanto de las pólizas de seguro como de los servicios de transporte.

Sin embargo, en el texto se asume correctamente la cuestión de que el sistema de seguro propugnado no funciona si los montos indemnizatorios fijados en las decisiones judiciales no guardan una distribución o tendencia razonable y una dispersión adecuada, es decir, si no son más o menos homogéneos para franjas de casos diferenciados. De allí que los autores problematizan la cuestión de la "precisión con la que los tribunales evalúan los daños": "Entre los aspectos relacionados con la administración de justicia, uno de los más relevantes es la precisión con que los tribunales evalúan los daños. (...) Es cierto que una precisión implica mayores costos, pero la precisión y la uniformidad se refleja en muchos aspectos, entre ellos también está la factibilidad de la resolución alternativa del conflicto"⁶⁹⁾; y además reflexionan con relación a los diversos mecanismos (tecnologías jurídicas) orientados a maximizar la precisión de la valuación de los daños. Los daños que más gravitación tienen en el monto total de la indemnización y los más difíciles de estimar son: el daño moral, el valor vida, la incapacidad sobreviniente y la pérdida de *chance*. Su estimación depende de un cálculo sobre los ingresos futuros de la víctima, que se realiza en función de variables tales como: la evolución que en el futuro puedan tener los ingresos de la víctima, la tasa de interés, la edad de sobrevivencia. Previa a la proposición de mecanismos específicos, los autores (varios de ellos jueces) reconocen que, en la práctica, muchos jueces se orientan en base a cálculos actuariales: "En la práctica muchos jueces se orientan en base a cálculos actuariales que intentan estimar cuál sería el capital que, invertido en condiciones de riesgo mínimo en el mercado de capital, produciría una renta mensual igual a los ingresos actuales (...). El cálculo actuarial más difundido es el utilizado en *Dabmiro S. Vuolo vs. Telefunkon Argentina*"⁷⁰⁾.

En sí, el texto se dedica a evaluar la "puesta en práctica" de diversos mecanismos aplicados a la consecución del objetivo de maximización de la precisión en la valuación de los daños: *baremos, sistemas de información, topes*, criticándose —por "ineficiente"— la solución de la limitación cuantitativa de la indemnización adoptada en el Proyecto, pero lo que no se cuestiona es el objetivo, compartido por las diversas propuestas de los juristas antes analizadas, de alcanzar "niveles aceptables de seguridad jurídica"; lo que estos autores hacen más explícito es la tecnología que se busca aceptar (e imponer) a través del incremento de predecibilidad de las decisiones judiciales: "operaciones de seguros predecibles y eficientes"⁷¹⁾.

⁶⁶⁾ Ibidem; pág. 1046 y 1047.

⁶⁷⁾ Ibidem; pág. 1047.

⁶⁸⁾ Ibidem; 1047.

⁶⁹⁾ Ibidem; pág. 1054.

⁷⁰⁾ Ibidem; pág. 1054/55.

⁷¹⁾ Ibidem; pág. 1056.

Conclusiones

La intención de este trabajo fue presentar una perspectiva de análisis de algunos tópicos del programa de reforma del derecho de daños argentinos, que no es la de la dogmática jurídica; razón por la cual no fueron considerados los debates referentes a las diversas propuestas de modificaciones normativas.

En lugar del método de la interpretación y el comentario jurídicos, seleccionamos el enfoque de la gubernamentalidad para ensayar un análisis sobre una cuestión que juzgamos teórica y políticamente relevante: de qué manera se piensa y efectiviza “por y a través” del derecho privado argentino el control social actuarial y de qué manera el derecho resulta funcional al mismo.

Hemos intentado mostrar que el propio Proyecto de Reforma del Código Civil unificado con el de Comercio del año 2000, y las producciones intelectuales de la doctrina civilista orientadas en el sentido reformador del Proyecto, son los discursos textualizados de una problematización acerca del campo del derecho de daños que guarda relación con la temática del nuevo actuarialismo: esto es, con una forma de regular conductas a través de tecnologías actuariales puestas en acción por actores privados según la lógica de la racionalidad neo-liberal a la que dichas tecnologías se acoplan. El análisis del diagnóstico, de los objetivos y de las técnicas puso de manifiesto la vinculación discursiva entre el programa reformador del derecho de daños, ciertas dimensiones de la racionalidad neo-liberal y las tecnologías actuariales, mientras que el análisis de las justificaciones, en tanto reconoció la existencia de una retórica solidarista, puso en cuestión la posibilidad de discernir un modelo homogéneo. La subsistencia de justificaciones welfaristas prueba que las tecnologías actuariales no son perfectamente autónomas sino que pueden ser puestas en funcionamiento en proyectos políticos de diverso signo: Así, en el programa transformador del derecho de daños (que inauguró la reforma del Código Civil en el año 1968), cuyo sentido era la socialización de los riesgos, el tema del seguro forzoso fue introducido por los juristas reformistas en el marco de un combo de estrategias de protección típicamente welfaristas: seguro forzoso-fondos de garantía-seguridad social; mientras que en el actual programa, el tema del seguro forzoso se despojó de la retórica solidarista y se presenta bajo su forma pura: la de un conjunto de técnicas de regulación basadas en el riesgo, que son moralmente neutras, y a través de las cuales se logra maximizar la eficiencia del sistema.

Es este carácter ambivalente de las tecnologías actuariales (que son semi autónomas, en tanto reconocen cierta lógica propia pero su desarrollo depende de los programas políticos y las racionalidades que éstos traducen) el que permite analizarlas en un campo como el del derecho privado que sufrió, al igual que otros ámbitos de regulación social en la Argentina, un viraje en las motivaciones políticas, y que se ve colonizado y transformado por la lógica del management privado de los riesgos sociales, encarnada por los actores que protagonizan las nuevas reformas: las Compañías de Seguros.