

Cuadernos de Investigaciones 3

La reparación de daños colectivos:

**Daños con motivo de
encuentros futbolísticos**

Lidia M. R. Garrido Cordobera



**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L.
Gioja"**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.
1988**

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------------|----|
| Introducción | 3 |
| <i>Capítulo I</i> | |
| Responsabilidad Civil | 4 |
| <i>Capítulo II</i> | |
| La violencia | 12 |
| <i>Capítulo III</i> | |
| El poder de policía | 18 |
| <i>Capítulo IV</i> | |
| Responsabilidad Colectiva | 22 |
| <i>Capítulo V</i> | |
| Daños colectivos y garantías | 29 |
| <i>Capítulo VI</i> | |
| Daños ligados a eventos futbolísticos | 33 |
| Conclusiones | 37 |
| Bibliografía | 38 |

INTRODUCCIÓN

Al avocarnos al estudio y análisis del tema que nos ocupa, rápidamente comprendimos que nos hallábamos ante un problema con múltiples aristas y que, además de enfrentarnos a un tema que podía ampliar aún más los nuevos marcos de la responsabilidad civil, debíamos analizar, también, normas de derecho público, y sobre todo, no olvidar que nos hallamos frente a un fenómeno social de gran magnitud y que el Derecho es en realidad, una unidad.

Como hemos dicho, vamos adentrarnos en las nuevas fronteras de la responsabilidad civil, que ya no descansa exclusivamente en el elemento subjetivo de "dolo" o culpa".

El desoír los signos en que vivimos puede llevarnos a pagar un precio demasiado elevado frente a situaciones inicuas que no están previstas. Pero como dice Konrad Zweigert "todo pensar presupone el asombro y al pensar el estado en que se encuentra el derecho en el mundo actual, encontraremos motivos suficientes para asombrarnos".

El fin de este trabajo es más específico que el de un replanteo de la responsabilidad civil, pues nos hemos limitado a uno de sus temas al que denominamos "daño colectivo". Analizaremos cuáles son los conceptos que abarca esta locución, qué supuestos se hallan comprendidos en él [v. gr.: daño ecológico, daños por tumultos, daños originados en espectáculos deportivos], el problema de la responsabilidad colectiva, etc.

Hemos elegido para este trabajo un supuesto de daño colectivo: *Aquel daño producido por un grupo indeterminado de personas que se congregaron en razón de un evento futbolístico.*

Ante el daño producido deberemos dar una solución jurídica y, a la vez, analizar el por qué de tal postura. El meollo de la cuestión será dilucidar si el daño debe ser soportado por la víctima o si alguien deberá ser responsable de repararlo.

Veamos algunas de las cuestiones: Además tratar el problema desde el punto de vista sociológico de la sociedad de masas en la que vivimos, que conlleva sus riesgos, examinaremos si el moderno remedio del seguro colectivo nos puede dar una solución adecuada o justa.

Habremos de tratar, necesariamente, el famoso tema de la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado; ya que, como lo enseñan los administrativistas, el Estado desempeña el Poder de Policía.

Estamos frente a un tema apasionante y de suma actualidad en todo el mundo, ya que, lamentablemente, en estos últimos tiempos la violencia se halla ligada al deporte y, en muchos casos, el o los autores no son identificados.

Nos proponemos con el planteo de estas cuestiones observar cómo funcionan los principios de reparación del daño y de la equidad. Y no olvidarnos -sobre todo- que el derecho está hecho por y para los hombres y lo que busca el derecho es ordenar su sistema.

Tampoco podemos olvidar que en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional se habla de " ... promover el bienestar general para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino..." ésta es una función ineludible, sobre todo para los hombres

de derecho y aquellos ligados a su cumplimiento; y como se verá, prevenir y preparar adecuadamente son dos maneras de cumplir este supremo mandato que emana del pueblo y vuelve al pueblo que lo integra.

Las consecuencias de este estudio pueden ser múltiples, esto es sólo un intento de aproximación sobre este tema.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL

Nociones Generales:

Es en el tema de la Responsabilidad Civil, donde, a nuestro entender, se advierte más notablemente la repercusión que en el derecho positivo tienen las conductas en las que se desenvuelve la vida del hombre.

Muchas veces en este campo el jurista y el juez se encontraron y se encuentran ante la insatisfacción de aquél que no puede dar una respuesta a un problema urgente de justicia como es la reparación de los daños.

Si bien debemos dar por supuesto un dominio sobre el apasionante tema de la Responsabilidad Civil, estimamos necesario que nos detengamos someramente en algunas consideraciones que desarrollaremos.

Con respecto a que expresión da origen al término "Responsabilidad Civil" todos coinciden en que tiene su raíz en la palabra del latín "respondere" que significa "estar obligado". Su comienzo como institución se pierde en el tiempo, en un momento imperó, entre los hombres, la venganza privada que se consagra en la famosa "Ley del Talión" [Código de Hammurabi].

Por la regla "nemínem lædere" los legisladores han tratado y tratan de atacar todos los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden en la Sociedad; esto se presenta tan natural que no parecería que se precisaron siglos de evolución y que todavía estamos en camino para dar solución a todos los supuestos.

En el derecho romano se daba una confusión entre "pena" y "reparación". Al respecto señala Bustamante Alsina que en Roma se advierte la evolución desde la venganza privada a la pena privada de las composiciones, primero voluntaria, luego obligatoria, hasta llegar -en la época de Justiniano- a la distinción entre las acciones puramente penales y las acciones reipersecutorias por daños y perjuicios [Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 17 y sgtes., Ed. Abeledo Perrot - 41 edición, año 1983].

En Francia, Demogue dice que en la segunda mitad del siglo XII fue cuando se puso en claro la separación de la reparación y de la pena. El antiguo derecho francés llegó a establecer como regla la reparación de todo daño causado por culpa, en tal sentido Domat se expresaba en los siguientes términos: "Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquello que ocasione algún daño, sea por haber contravenido algún deber o haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho" [citado por Bustamante Alsina, op. cit., Pág. 341].

El Código Civil francés sienta las bases de la responsabilidad extracontractual sobre los siguientes principios: a) Obligación general de responder el daño causado por otro; b) No hay responsabilidad sin culpa; c) La culpa puede ser intencional o una simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) Sin daño no hay responsabilidad civil; f) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva

que consiste en reparar el daño causado. Y en materia de responsabilidad contractual, se asienta sobre los principios de que: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor por el incumplimiento; b) El incumplimiento hace presumir la culpa del deudor, e) La culpa se juzga en abstracto; d) No existe graduación de culpa con relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

El desarrollo de la gran industria y el maquinismo obligó a la jurisprudencia francesa a buscar algún medio de dispensar a las víctimas de los accidentes, de probar la culpa. El 16 de junio de 1896 la Corte de Casación acoge la tesis de Laurent de que el art. 1384 del Código Civil francés establecía un principio de responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, o sea, las cosas que se tienen bajo la guarda.

Las ideas positivistas en el campo penal [Ferri lo reconoce con orgullo] influyeron en buena medida para que naciera la idea de responsabilidad sin culpa en su versión moderna y ésto ganó también adeptos en Francia. Dicen Mazeaud y Tunc que con su aparición se marca una fecha memorable porque por primera vez se va a discutir un principio que hasta entonces parecía intangible, que era: La necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad civil de aquel que por su actividad haya causado un daño [Mazeaud H. y Tunc A., Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, t. I, pág. 86, Bs. Aires, 5ta. edición, año 1961].

Con el dictado de la Ley de Accidentes del Trabajo [año 1898] se estableció una responsabilidad de tipo objetivo, dispensando a la víctima de probar la culpa del empleador y se fijaba una indemnización limitada a parte del daño sufrido.

Lo primero que hay que dejar sentado cuando hablamos de "responsabilidad" es que nos hallamos ante un término multívoco. Siguiendo a Boffi Foggero podemos enunciar algunas de sus acepciones: a) Situación económica obligada; b) Deber jurídico de cumplir una prestación; c) Deber jurídico de realizar una determinada conducta por no haber cumplido, sin excusa válida, con la prestación a que se estaba obligado; d) Deber jurídico de responder por el acto de otro; e) Deber jurídico de responder por hechos de las cosas [Boffli Boggero Luis María, Tratado de las Obligaciones, t. 5, pág. 374, Ed. Astrea, año 1981].

Cazeaux y Trigo Represas manifiestan que la responsabilidad es un concepto secundario que presupone una relación entre dos sujetos y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación. Dicen los citados autores que la "responsabilidad" es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación [Cazeaux Pedro y Trigo Represas Félix A., Derecho de las Obligaciones, t. III, pág. 14, Ed. Platense, año 1971].

Algunos autores también sostienen que el vocablo "reparación" es de una mayor claridad que el de "responsabilidad" y que se asienta sobre dos ideas básicas: la de compensar y la de satisfacer un daño o una ofensa [Gherzi Carlos A., Juicio de Automotores, pág. 144, Ed. Hammurabi, año 1985]

Al respecto nos dice José María López Olaciregui, en su trabajo "Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil", que prefiere el término "responder" al de "responsabilidad", pues expresa que este último por derivado y abstracto resulta más difícil de ser pensado [publicado en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Sección Doctrina, . Pág. 941/3].

El tema de la responsabilidad es sumamente amplio, uno de los puntos en que todos los autores coinciden es en la manifestación de que se trata de un fenómeno que liga todos los dominios de la vida social. Ello ha ocurrido siempre y es por tal motivo que cuando se estudia la evolución de este tema se ve que nace con el derecho mismo, y es más, podemos afirmar que nace con el hombre mismo.

La responsabilidad se nos presenta entremezclada con la religión y la moral de cada época, a tal punto que a través del devenir del tiempo se le ha ido dando notas diferenciales a ese deber preexistente para distinguirlo de los otros dos [deber moral y deber religioso].

Los tres órdenes que inciden en la vida del hombre dan una respuesta al acto lesivo. Para algunos, aquellos para quienes la regla moral y la regla jurídica no tienen diferencia de naturaleza y de fin, ya que el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral, la responsabilidad civil no sería más que la organización jurídico-técnica de la responsabilidad moral [Ripert George, *Le Reglé Morale dans les Obligations Civiles*, pág. 11, N° 6, 3ra. edición, París, año 1935].

Con respecto a este tema debemos recordar las diferencias que entre moral y derecho enseña Del Vecchio en su obra, expresa que la moral se refiere a la interferencia subjetiva de acciones, considera los actos humanos en relación al sujeto que los efectúa, al lado de la acción realizada aparecen las omisiones de las otras acciones posibles, mientras que el derecho toma la interferencia intersubjetiva y tiene en cuenta las acciones humanas en relación con los otros actos de otros sujetos y analiza la posible resistencia por parte de éstos; otra diferencia radica en que se caracteriza la valoración moral como subjetiva y unilateral, lo que indica que es una guía sólo para aquel que debe obrar mientras que las reglas jurídicas son objetivas y bilaterales, y presentan la característica de autónoma y heterónoma respectivamente.

Una nota sumamente importante, de ser tenida en cuenta es la coercibilidad del derecho, la norma es obligatoria y se puede constreñir su cumplimiento, o si esto es imposible, se deberá reparar las consecuencias generadas.

Señala Acuña Anzorena al. respecto, que no existiría, en realidad, la pretendida contradicción que otros autores apuntan, ya que la regla moral al ser un asunto de conciencia, tiene un contenido más amplio que el de la regla jurídica, ya que escaparán a este último término casos como la práctica de los deberes de caridad, pero, señala con justeza que a la vez, para la reparación del daño originado en el incumplimiento de un precepto de derecho no se requiere que éste sea el producto de una deliberada y conciente decisión, sino que basta que obedezca a una imprudencia o negligencia. Dice, además, que las causas que pueden originar la responsabilidad jurídica son más numerosas que las que pueden dar nacimiento a las responsabilidades morales [Acuña Anzorena Arturo, *Adiciones a Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, t. IV, pág. siete y sigtes., 2da. edición, Ed. TEA, año 1958].

Hay que recordar que la noción de Responsabilidad Civil es única y sus presupuestos son comunes, ya se trate del incumplimiento de una obligación contractual o de la violación de los mandatos genéricos del orden público.

Se ha ido produciendo con el correr del tiempo y la evolución de la sociedad, y por consiguiente del derecho, como hemos reseñado, un ensanchamiento y un repensar de los límites y fundamentos de la responsabilidad. Si observamos la evolución de la sociedad notaremos que los estudiosos del derecho se han ido manifestando hacia lo que se ha dado en llamar la "socialización del derecho".

En un primer momento este tema era estudiado, o mejor dicho, se centraba la óptica en el elemento subjetivo [dolo o culpa], con normas moldeadas como expresión de la filosofía individualista.

La nueva realidad conduce a la eliminación del carácter absoluto de la idea de la culpa, el régimen de la responsabilidad civil no puede en el derecho moderno basarse exclusivamente solo en la culpa. Según lo expresa Gabriel Stiglitz la "rigidez del subjetivismo comienza a ceder terreno y surgen principios más aptos para dotar a la institución

resarcitoria de una estructuración axiológica crecientemente ponderable" [Stiglitz Gabriel, La Responsabilidad Civil, pág. 6, Ed. La Ley, año 1984)

Como se ve, con la industrialización y la aparición de nuevos riesgos, todo el tema tuvo que ser replanteado; tan es así, que manifiesta André Tunc, que es banal comprobar una explosión de la responsabilidad civil, en todos los países industrializados los procesos de responsabilidad civil se multiplican [Tunc André, Directivas de las Comunidades Europeas en materia de Responsabilidad por el hecho de los Productos Defectuosos, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, N°1, pág. 19, año 1977)

Roscoe Pound dice que puede verse un cambio respecto a la obligación de responder de los daños y perjuicios ocasionados por terceros, si examinamos retrospectivamente el desarrollo del derecho sobre esa cuestión en cada uno de los sistemas jurídicos del mundo moderno encontraremos una sucesión de cinco ideas como base de tal responsabilidad.

Estas son:

1) Al principio una simple idea de causalidad, en su forma original de idea de venganza. El derecho se limitaba a preguntarse: Ejecutó el demandado el acto físico que perjudicó al demandante?, si lo hizo, suscitó en la persona agraviada, un deseo de vengarse que conduciría a la guerra particular entre ellos y perturbaría la paz de la sociedad. Por lo tanto debe liberarse por medio del pago del deseo de venganza que ha suscitado.

2) Aparece la idea de falta, una idea moral, sustituye la idea de seguridad general por la de moral general; la pregunta sería: Era el acto censurable?

3) Surge la idea de control del factor causal, se retorna a la base de la seguridad general [caso de responsabilidad sin culpa].

4) Surge la idea del seguro, todos deberíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgos de la vida en una sociedad civilizada y como medio de lograr esa justa distribución de la carga que significa la pérdida. El derecho debería imponerla en primera instancia sobre aquellos que tienen la posibilidad de trasladarla al público en general.

5) Paralelamente se forma la idea de mayor capacidad para soportar la pérdida como responsable [Roscoe Pound, Justicia conforme a Derecho, pág. 8, y sigtes., Ed. Letras S.A., año 1965).

Citando a Ripert dicen Mazeaud y Tunc la famosa frase: "Allí donde antaño se soportaba el daño causado, inclinándose ante el azar nefasto se intenta hoy encontrar el autor del daño". Veremos que han aparecido diversos factores objetivos de atribución de la responsabilidad: El riesgo creado, la equidad, el abuso de derecho, la garantía.

Comenta Pound que "algunas veces se nos dice francamente que la responsabilidad se impone sobre uno porque la ley no encuentra alguien que soporte la carga" y que otras veces es un método de distribuir la carga de la pérdida en la forma y medida que lo exige la política social [Pound, op. cit., pág. 10].

Aguiar Dias en su Tratado de la Responsabilidad Civil, en el título preliminar, dice algo que si bien puede parecer obvio, no debemos olvidar: Que toda manifestación de la actividad humana trae consigo el problema de la responsabilidad. Todos estamos de acuerdo en que el solo hecho de vivir conlleva riesgos y que todos podemos ser, potencialmente dañados y dañadores u obligados a reparar el daño.

Quizás nos convenga recordar que el derecho debe dar una adecuada respuesta a las nuevas situaciones que fluyen de la sociedad, a la vez que debe tratar de mantener el orden social.

Al respecto nos dice Konrad Zweigert que cada norma legal que esté escrita en una ley o desarrollada en una sentencia judicial, es siempre la solución de un problema social concreto (Zweigert Konrad, *El Derecho Comparado y la Modernización del Derecho*, Universitas, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, edición trimestral en lengua española, noviembre 1973, N° 2, pág. 97).

Siguiendo con el problema del ensanchamiento de las fronteras de la responsabilidad civil, creemos necesario recalcar que en su evolución se pone el acento en el daño, y lo que se busca es que no queden daños sin ser reparados, se pone la mira en la víctima no ya en la responsabilidad por reprochabilidad de la conducta del autor.

En las "V Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en la ciudad de Rosario en el año 1971, en su Tema N° 5 se trató sobre: La fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil.

En esa oportunidad se reiteró que en el derecho moderno ya estaba en crisis el concepto de basar la responsabilidad exclusivamente en la culpa, porque el progreso tecnológico lo ha dispuesto y el derecho, como emanación social no puede apartarse de la realidad ambiental. En muchos supuestos a la víctima no le interesa quien, ni como, ha causado el daño; lo importante es que el mismo sea reparado. A eso debe tender un moderno régimen de responsabilidad civil [Ponencia presentada por Roque Fortunato Garrido, UNNE].

Dice, respecto a ese ensanchamiento del que hablamos, Mosset Iturraspe en un artículo intitulado "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil" que el derecho moderno que quiere progresar en la búsqueda del bien común debe luchar por la solución justa en materia de responsabilidad civil. La certeza de que atrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo [Mosset Iturraspe Jorge, op. cit., Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, pág. 136, año 1977, N° 1].

Tomando estas últimas palabras y en cuanto al tema que nos ocupa que abordaremos más adelante, cabe ya preguntarnos: Qué ocurrirá con el daño ocasionado por un grupo indeterminado, no encontraremos al autor, no encontraremos al grupo determinado para hacerlo colectivamente responsable, puede funcionar el riesgo como factor de atribución?

Con referencia a esto, el Prof. Zweigert de la Universidad de Hamburgo, se pregunta si no sería posible que en ciertos tipos de accidentes, ampliando o hasta reprimiendo los ordenamientos tradicionales de responsabilidad, se introduzca un sistema según el cual de dañado, sin consideración de la culpa del causante del daño, e incluso, sin considerar que el daño proviene de un causante, pueda exigir compensación de alguien que operando como el que asegura, distribuya sus gastos a una sociedad mayor a la que puede imputarse el riesgo concreto del accidente [autor y op. cit., pág. 108].

En el derecho comparado vamos a observar leyes especiales y convenciones internacionales cubriendo riesgos que no afectan ya al individuo tomado aisladamente sino a poblaciones enteras, como es el caso de la responsabilidad originada por daños provenientes de la energía nuclear y de la responsabilidad por el daño ecológico.

Se observa gran evolución con respecto al daño ecológico, problema de enorme interés ya que por su naturaleza puede presentarse en regiones que escapan la frontera de un solo país, se ha ido desarrollando el problema de los intereses colectivos o difusos que amplían el campo de protección del derecho, antes se centraba en el derecho subjetivo o en el interés legítimo, hoy la vida moderna nos presenta estos intereses colectivos con una necesidad de legislación.

En otro orden de cosas nos encontramos con legislaciones como la alemana que establece la responsabilidad colectiva por daños causados por tumultos civiles y guerras.

Creemos que estos ejemplos bastan para demostrar la constante evolución reelaboración del tema de la responsabilidad civil, aunque sigamos partiendo de esa obligación básica "de no dañar a otro" que nos deviene ya de las enseñanzas romanas [alterum non laedere]. Habíamos dicho que podía variar los elementos de la imputación, que antes de la aparición del auge de la responsabilidad objetiva, de la teoría del riesgo creado, solamente se valoraban las conductas desde el punto de vista subjetivo tratando de resolver todos los problemas a través de la culpa.

Siguen siendo elementos de la responsabilidad: El daño, la relación de causalidad, un factor de imputación, y con respecto a la antijuridicidad podría haber un replanteo ya que se indemnizan también, daños ocasionados por un actuar jurídicamente permitido; existe una gran elaboración y reelaboración con respecto a este último elemento ya que según sea el concepto de juridicidad o de derecho que se tome, variará el de antijuridicidad.

Creemos conveniente dejar asentado que así como se ha ido evolucionando en esta parte del derecho con respecto a los daños reparables y a los factores, también se ha evolucionado con respecto a los sujetos que pueden ser obligados a reparar. Nos referimos específicamente al Estado y su responsabilidad.

Señalan Garrido y Andorno, siguiendo a Aguiar Días, que la evolución con respecto a la responsabilidad del Estado se ha desenvuelto en tres partes: I) Fase de la irresponsabilidad, noción de fondo, esencialmente absolutista; II) Fase civilista, de fondo basado en la individualidad; III) Fase del derecho público, en la que se afirma el derecho social, a la que dio impulso y sistematización el notable trabajo de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Indican que la responsabilidad del poder público tiende a restablecer el equilibrio en los patrimonios, inspirado en la idea de igualdad de los ciudadanos entre las cargas públicas, idea inserta en la concepción jurídica moderna [Garrido Roque y Andorno Luis, El Art. 1113 del Código Civil, Comentado y Anotado, pág. 148 y sigtes., Ed. Hammurabi, 2da. edición, Bs. Aires, año 1983].

Sobre este tema deberemos, también, volver más adelante, pero conviene que recordemos que a partir de la reforma del año 1968 [Ley 17.711], que modificó -entre otros- el art. 43 del Código Civil, se ha simplificado mucho la cuestión, se logró la armonía con el art. 1113 del mismo cuerpo civil, ya que la actividad ilícita recae sobre el Estado por ser éste una persona jurídica [Garrido R. y Andorno L., Op. cit., pág. 149 a 165].

Al hablar del Estado y su responsabilidad, vamos a tener que preguntarnos si debe o no excluirse la responsabilidad extracontractual por la ejecución de una actividad correspondiente al Poder Público, en especial, al Poder de Policía; coincidimos con Garrido y Andorno al no compartir los criterios que pretenden exonerar de responsabilidad al Estado cuando el acto ilícito se ha ejecutado como cumplimiento de una actividad correspondiente al Poder Público.

Con relación a las garantías colectivas dice Mosset Iturraspe que la responsabilidad se despersonaliza día a día hacia la elección de una masa patrimonial que asuma la carga reparadora [Mosset Iturraspe Jorge, op. cit., pág. 136 y sigtes].

Coincidimos con lo expresado por Roque Fortunato Garrido, en el Punto Segundo de su Ponencia ya antes mencionada donde afirma que la moderna sociedad de consumo, no puede asistir al espectáculo de situaciones en que las reparaciones del daño causado, llegue tarde para cumplir sus fines de garantía; en la medida que el régimen de garantías se vincule con el seguro social podrá evitarse el hecho de que algún daño quede sin reparación.

También coincidimos con lo vertido en el Punto Cuarto y opinamos que debe rechazarse todo sistema tarifado, debiendo la indemnización fijarse de conformidad a las circunstancias de persona, tiempo, lugar y características particulares del caso.

Dice Gabriel Stiglitz que el fenómeno de la socialización de la responsabilidad civil parece también integrarse con formas de garantías colectivas a través de la cuales la carga resarcitoria queda puesta en cabeza de comunidades categorizadas según el tipo de incidente. Cita a Sabatier y manifiesta una conclusión a la cual adherimos, ésta es: Que a partir del momento en que en verdad se quiera que la víctima deba ser resarcida, que haya un deudor solvente pronto a reparar el daño, es necesario tomar obligatoria la aseguración [Stiglitz Gabriel, op. cit. pág. 104 y sigtes].

Muchas veces la idea del "riesgo social" ha motivado una serie de leyes que ponen a cargo de la colectividad ciertos daños que alcanzan, accidentalmente a algunos miembros de la comunidad; se juzga injusto dejar a la víctima expuesta sola a los golpes de la suerte: La carga será más fácil de soportar si se divide entre todos [Ripert y Boulanger, Derecho Civil, Obligaciones, 2da. parte, t.V, pág. 320, Ed. La Ley, año 1965].

La Seguridad Social es el sistema de distribución de daños que mayor atractivo tiene a simple vista, su virtud reside en permitirnos alcanzar de modo notablemente económico, el grado de fraccionamiento del riesgo. El Seguro Privado o Voluntario es el sistema más frecuente de distribuir los daños; pero, para determinados accidentes se impone el Seguro Obligatorio.

Pese a esto hay autores que critican este avance del seguro pues temen que engendre más accidentes [Guido Calabresi, El Coste de los Accidentes, Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil, pág. 81, Ed. Ariel-Derecho, Barcelona, año 1984].

No compartimos tal concepción, ya que igual deberemos poner énfasis en los sistemas de prevención del daño, aspecto que consideramos de suma importancia.

Se ha hablado de la creación de una nueva especialidad a la que se ha denominado "derecho de accidente". André Tunc dice que es un fenómeno que se impone cotidianamente a una muchedumbre y que pese a esto, raros son los juristas que han comprendido que los mismos principios deberían gobernar el accidente, cualquiera fuera su origen y su forma.

Manifiesta el mencionado autor que el "derecho de accidente" debe responder a cuatro objetivos básicos:

- 1) Asegurar la indemnización de las víctimas;
- 2) La indemnización debe, en lo posible, provenir de una fuente colectiva;
- 3) designa claramente la persona que asume el riesgo; y
- 4) Tener medidas de prevención [André Tunc, op. cit., pág. 19 y sigtes.)

Un tema interesante del cual se viene hablando es el de la "culpa social", al respecto señala Bueres que ha motivado en doctrina diversas consideraciones ya que suele usársela para referir a la protección de la víctima o de Sociedad o bien a la apreciación de la culpa en abstracto.

Afirma este mencionado autor que en su opinión la culpa social no importa la presencia de una culpa sin culpa, no alude a una ficticia "culpa objetiva", ni a una pena de que supuestamente pretendería la comunidad. Se expresa diciendo: "Creernos en cambio que esa comunidad ansía el imperio del los justos, del equilibrio entre sus integrantes. Y que, en el caso, ello se colma considerando que la culpa es una razón de justicia para imputar legalmente el daño al autor e imponerle en consecuencia el resarcimiento de ese perjuicio" [Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil del Escribano, pág. 80, nota N° 124 bis, Ed. Hammurabi, año 1984].

Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad civil está en la idea de justicia que enfoca al hombre en coexistencia y no en mera existencia, universalmente y no nominalísticamente y que apunta a la proporción, a la simetría, al todo, al conjunto [Bueres, op. cit., págs. 81 y 82].

Creemos conveniente recordar algo que está grabado a fuego en el alma de todo estudioso, que es: Que si el Derecho no se acomoda a las nuevas circunstancias, fracasará irremediabilmente, si no atiende a las nuevas exigencias del individuo en colectividad se corre el riesgo de que algunas normas sean letra muerta.

CAPITULO II

LA VIOLENCIA

ASPECTO SOCIOLOGICO DEL PROBLEMA:

Sabemos que el hombre no vive aislado y que en ese continuo interactuar pueden presentársele situaciones que lo enriquezcan -ya sea física o espiritualmente- como así también situaciones que lo empobrezcan. También es cierto que nos movemos en un mundo en el cual se producen grandes aglomeraciones y muchas veces hay muy pocos contactos profundos entre los habitantes de una gran ciudad. En nuestra vida diaria estamos inmersos en la masa.

Es interesante que pensemos un poco el tema, ya que ese hombre va a ser sujeto activo o sujeto pasivo del hecho dañoso, va a ser la víctima o puede ser el responsable del daño. Por otra parte la sociedad va a nutrir al derecho, va a tratar de que este último actúe como instrumento y como factor fundamental del mantenimiento del orden social. Dice Durkheim que el derecho es la forma más estable de organización de la vida social y en el derecho debemos buscar las formas de manifestarse la solución social.

En opinión de Ortega y Gasset asistimos a la rebelión de las masas, que pretenden actuar por sí y cuya característica es la fuerza, la masa no desea la convivencia con lo que no es ella, odia a muerte lo que no es [José Ortega y Gasset, La Rebelión de las Masas, Ed. Hispamérica Ediciones Argentina S.A., año 1984].

Le Bon por su parte, nos dice que la masa tiene caracteres psíquicos distintos de los individuos que la componen, que en ella se transmiten los estados por contagio y existe una tendencia a la acción. Al respecto suele señalarse que no hay unión en lo más elevado, noble e íntimo del individuo, sino en lo aparente y más visible.

El deporte ha sufrido también ese proceso de masificación, el espectáculo deportivo moviliza una muchedumbre que se concentra en días y horarios predeterminados, en el estadio designado o realiza largas colas con bastante antelación al inicio del evento deportivo.

En la actualidad el deporte se ha adentrado tanto en las estructuras sociales que vemos que en aquellos, en los cuales el triunfo se logra al vencer al oposición de un contrario, los espectadores tienen un rol protagonista y activo, se encuentran impulsados por un fanatismo de divisas que recuerdan, según Bosso, a las arcaicas luchas de las Comunas Italianas, por Ej.: La fiesta del Palio en Siena.

A la psicología social le interesa saber por qué una persona, que de lunes a viernes es un ser tranquilo y con ciertas pautas de conducta, puede dejarse llevar fácilmente fuera de dichas normas cuando forma parte de una muchedumbre enardecida, por qué los frenos inhibitorios en algunos supuestos no actúan.

El tema de la violencia ha sido objeto de innumerables estudios y ha llevado a que los belgas Yamarello y Kellens esbocen la frase de que "en un mundo anónimo en donde la comunicación con el prójimo ha cedido a la indiferencia, la violencia puede convertirse en un lenguaje..."

La agresividad es un rasgo esencial de todo ser humano y necesario para su supervivencia y su desarrollo. Pero, el comportamiento violento se inscribe a menudo en el contexto de anomia social, dominado por agitaciones en el seno de la familia, en la escuela, las instituciones sociales, el medio económico, político y urbano. Puede interpretarse dentro de una perspectiva psicológica como una respuesta a la frustración; este sentimiento es también exacerbado por las injusticias sociales.

Pareciera ser que existe un tipo de violencia y delincuencia especial en las ciudades, donde la mayor densidad demográfica y los factores socio-económicos, las presiones de ansiedad por la realización y las búsquedas de éxito parecen ser hechos determinantes [Eugenio Juan Zappietro, *Violencia y Vandalismo*, Revista Mundo Policial, pág. 32/34, Año 15, N° 50, diciembre de 1984].

Para algunos con el deporte estamos ante un fenómeno social esencial, ya que representa una total evasión de las cuestiones sociales, sería el "Pan y Circo" de los romanos.

Dentro de la gente que acude a un estadio deportivo tendremos a los simpatizantes de ambos equipos, con un natural antagonismo entre ellos, lo cual lleva a la necesidad de separarlos, dentro y fuera del estadio, ya que por ese enfervorizamiento que analizaremos más adelante, es muy probable que se produzcan roces o enfrentamientos; la mejor manera es prevenir adecuadamente la cuestión. Dentro de los simpatizantes o "hinchada" tenemos un grupo que merece principal atención: Es la "barra brava" de cada club, es el brazo fuerte o fuerza de choque, suelen tener ya lugares estratégicos dentro del estadio y son quienes más disturbios ocasionan, responden a un cabecilla y, teóricamente, no tendrían una relación directa con el club, opinión que no compartimos, ya que ellos tienen incidencia muchas veces sobre qué jugadores juegan o van al banco, cesación o no del contrato del técnico y, es reiterativa la pregunta que toda la comunidad se hace y a la cual se acogen los medios de difusión, de si reciben o no un subsidio por parte del club, si reciben entradas gratis o algunas facilidades, etc.

Hay que recordar que está la figura del deportista, que a veces es endiosado y convertirlo en un ser divino, un iluminado y por quien se discutirá y se peleará; la turba en un momento lo aclamará y en otro momento lo silbará.

Siguiendo lo expresado por Juan Carlos Agulla y observando el problema desde la Sociología podemos decir, cuando nos encontramos ante estas hinchadas, que nos hallamos ante grupos no organizados efímeros, que se agotan en la expresión de su objetivos, hay conciencia de un "nosotros" pero enfrentado a un "ellos" y por eso pueden ser agresivos y a veces fanáticos e intolerantes [Juan Carlos Agulla, *La Promesa de la Sociología*, pág. 279 y sigtes., Ed. Belgrano, año 1983].

Más adelante nos expresa el citado autor que aparece un comportamiento social amparado en la cantidad, el anonimato, la impersonalidad. Se superan inhibiciones formales, se incentivan frustraciones preexistentes y movilizan acciones irracionales que suelen llevar al paroxismo [Juan Carlos Agulla, op. cit., pág. 283].

El carácter de efímero que se da es porque el grupo desaparece con la obtención de la meta u objetivo, por un desvío de ella, por una disuasión interna o por un agotamiento físico de sus miembros, ya que la actividad es intensa y agotadora.

Se compone de personas heterogéneas que se unen por relaciones primarias y que se sostienen en el número o la cantidad. Por eso son siempre expresiones de fuerza -espiritual o física- que pueden ser manipuladas con cierta facilidad por activistas hábiles.

El carácter de la "hinchada", como un grupo no organizado y efímero, es sumamente importante por todas las características ya anotadas precedentemente.

Todo lo expuesto nos da la pauta y trascendencia del problema como acontecimiento y fenómeno social con implicancia jurídica, se crea la necesidad de ordenar esas grandes aglomeraciones que aglutina el espectáculo deportivo, obligación que corresponde a la Municipalidad en el ejercicio de su función de Policía Edilicia y Policía de Espectáculos Públicos, por la Policía de Seguridad, en síntesis, por diferentes órganos del Estado Nacional, Provincial y Municipal.

Lo cierto es que en estos días los accidentes sufridos por quienes asisten o se hallan cerca de los centros donde se desarrolla el espectáculo deportivo -cancha de fútbol- es algo bastante frecuente, para Vázquez Ferreyra este hecho tiene sus causas tanto en la violencia de las hinchadas como en la inadecuación de los estadios y la falta de medidas de seguridad tendientes a evitarlos [Roberto Vázquez Ferreyra, La Violencia en el Espectáculo Deportivo: Responsabilidad Civil en la Ley N° 23.184, diario L. L. del 4 de noviembre de 1985].

Los excesos que se cometen pueden tener como objetivo a los integrantes de la hinchada rival, a los jugadores, a las autoridades, a las instituciones donde se realiza el evento, o bien las personas o bienes que encuentran los grupos en su camino, al ir o al regresar del estadio deportivo [Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daños, t. II, pág. 90, Ed. Ediar].

La gravedad de los sucesos es tal que se han registrado numerosas pérdidas, tanto de vidas humanas como pérdidas económicas, a consecuencia de los deplorables ataques irracionales de violencia. Para tratar de encontrar una solución a nivel gubernamental se han realizado declaraciones y se han reforzado las medidas de seguridad, pero, sin evidentes resultados positivos.

El Poder Legislativo dictó una ley agravando las sanciones que pesan sobre los responsables, para tratar de evitar, en cierta medida, la producción de estos eventos delictuosos, la Ley N° 23.184 fue promulgada el 21 de junio de 1985 y publicada el 25 del mismo mes y año. Vázquez Ferreyra es optimista respecto de esta nueva norma legal, ya que al menos servirá como elemento persuasivo sobre las "barras bravas", e incluso, sobre los agentes de las entidades deportivas ya que para eludir la responsabilidad de sus clubes deberán extremar las medidas de seguridad tendientes a evitar los hechos vandálicos.

Analizando la realidad social a través de los medios de comunicación [diarios, radio, y televisión] observarnos que si bien parecieran ser más frecuentes los fenómenos dañosos en nuestro país que en el extranjero, esta afirmación es sumamente peligrosa, ya que es factible que solamente tengamos noticias del exterior con respecto a las grandes masacres como la ocurrida entre los simpatizantes que asistieron al cotejo entre un club inglés y uno italiano en el estadio sito en territorio belga en el año 1985.

Recordemos que lo que en sus inicios comenzó como algo sublime en la época griega, buscando que a través del cuerpo se elevara el espíritu, ha ido tomando senderos muy diversos; no podemos decir que todo deporte esté teñido de violencia, que un cotejo de natación, de polo, esgrima, tenis u otro haya dado lugar siempre a transformaciones por parte de los espectadores con total pérdida de sus frenos inhibitorios y nacidos en su simpatía o admiración hacia una de las partes intervinientes en el cotejo deportivo.

El individuo, centro de la sociedad, necesita distribuir su tiempo en actividades productivas y actividades recreativas. De otra manera puede crear un hondo sentimiento de insatisfacción que buscará abrirse camino a través de conductas agresivas, que en el caso que nos ocupa debido a las circunstancias propicias del "clima" de exaltación que se vive en torno a un evento deportivo, probablemente aflorarán.

LA VIOLENCIA LIGADA AL FUTBOL:

Ya hemos hablado -sumariamente- acerca de este tema, pero conviene que lo precisemos un poco más. Nos hallamos frente al deporte que es "a pasión de multitudes" según sus seguidores.

El medio físico en el que se desenvuelven los partidos de fútbol no son esas viejas canchas con tablones y para un número reducido de asistentes, en la actualidad son grandes estadios con una capacidad para miles de personas que acuden a presenciar los partidos, número de espectadores que se acrecienta cuando en dichos estadios se juegan los llamados "clásicos" o bien, algún cotejo de fútbol clave.

El estadio deportivo tiene y debe ser un lugar seguro, tanto para el espectador que acude a presenciar el evento como para los participantes del cotejo; no debe presentar fallas en sus estructuras [tribunas, escaleras, muros, etc.] y además debe, internamente, hallarse suficientemente cubierta la seguridad de vigilancia antidisturbios. También se debe cuidar el detalle de la rápida desocupación del estadio, mediante la adecuada habilitación y control de las puertas respectivas

para que no vuelva a ocurrir el trágico suceso de la "famosa Puerta 12 del estadio de River Plate", que en su momento consternó a la República Argentina y que aún se recuerda.

Dentro de los simpatizantes de cada club que acuden al estadio, habíamos dicho, que encontrábamos a la "barra brava" como un grupo perfectamente delimitado, cuyos componentes son en cierta medida identificables y cuyo cabecilla es siempre conocido, acostumbran tener un lugar clave dentro de la tribuna, a veces denotaban su entrada y salida del estadio como una turba violenta profiriendo gritos y cánticos, muchas veces "atropellaban" ingresando al estadio eludiendo el control adecuado para saber si portaban armas o no. Debido a la cantidad de disturbios que ocasionaban se trató de que se controlara más eficazmente el ingreso, los disturbios provocados por esa masa de espectadores muchas veces obligó al ingreso de los bomberos para su contención mediante el uso de las mangueras con agua.

No podemos olvidar que estas "barras bravas" dan a sus integrantes una sensación de respaldo y de fuerza que los induce, en cierta medida, a considerarse omnipotentes y a perder la justa apreciación de la circunstancia y esto puede dar origen y de hecho, da, a casos como el reciente de la bengala náutica en el estadio de Boca Juniors que dió muerte, el 3 de agosto del año 1983, a Oscar Basile [partido disputado entre los clubes de Boca Juniors y Racing]. Cabe señalar que a los autores del hecho la Sala I de la Cámara del Crimen les aplicó dos años de prisión en suspenso y ocho años de inhabilitación por portación de armas de fuego, en un fallo suscripto por los Dres. Gustavo Mitchell, Abel Bonorino y Mario Gustavo Costa; el tercero de los nombrados, el Dr. Costa, destaca que es conocido el factor debilitante de los frenos inhibitorios que deriva de la incorporación a una multitud sobre todo cuando en la misma se dan estímulos similares a los que se exteriorizan en un estadio deportivo.

Señala el diario "La Prensa" del día 3 de diciembre de 1985 en un artículo donde publicita el fallo, la ausencia del dolo eventual tanto por parte de la jueza Correccional Dra. Dina Elsa Rende de Cagide como por la Sala I de la Cámara del Crimen; se señala por uno de los Camaristas, en el fallo que comentamos, que nada autoriza a suponer, en ese asunto, que los justiciables tuvieron concreta representación de las consecuencias de su obrar y que a pesar de la gravísima imprudencia que revistió especial peligrosidad por haber sido desplegada en medio de una enorme concentración de personas, a criterio del magistrado no hay obstáculo para la reducción de la pena [Dr. Costa].

Un carril completamente distinto siguió la Cámara del Crimen por medio del voto de la Sala V respecto del homicidio de Raúl Martínez Servín, hecho acaecido una vez finalizado el partido disputado entre los clubes de Boca Juniors y Quilmes el día 5 de enero de 1983. El occiso fue herido por un disparo mientras transitaba por la calle A. de Valle entre Magallanes y Pedro de Mendoza, el disparo -según los testigos- provino de un automóvil en el cual una persona exteriorizaba su entusiasmo por el resultado del partido.

La Sala V condenó a nueve años de prisión a Carlos Alberto de Godoy, (a) "el Negro Thompson" integrante de la "barra brava" del Club Atlético de Quilmes [diario La Nación, 5 de diciembre de 1985]; el diario La Prensa por su parte, en su ejemplar del mismo día 5 de diciembre de 1985, en su Sección Policial informaba que la Cámara subrayó que en atención a las circunstancias en que se consumó el hecho, a la incalificable motivación que animó a la gente, a la irracional intolerancia revelada en cuestiones que como las deportivas debieran ser sólo animadas por un sano y respetable sentimiento de competitividad y, fundamentalmente, al empleo de un arma de fuego contra un peatón indefenso, la pena debería ser mayor a la requerida por el Ministerio Público. Integraban la Sala V, en su decisorio, los Dres. Guillermo Ouviaña, Eduardo Vilá y Liliana Catucci, que impuso la pena de nueve años de prisión revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia de Instrucción Dr. Julio Corvalán que había dictado la absolución.

Una víctima más de la ola de violencia en el fútbol se produjo cuando un grupo de simpatizantes de Racing se retiraba del estadio de Boca Juniors festejando su victoria lograda ante el equipo de Banfield que le posibilitaba el ascenso a primera división, cuando cerca de la Plaza Matheu fueron interceptados por integrantes de la "barras bravas" del club Boca Juniors produciéndose un enfrentamiento que fue el marco para que Daniel Alejandro Souto recibiera un impacto de bala que le perforara el pulmón, dejando de existir a consecuencia de ello.

Referido a este caso es impresionante, y da mucho que pensar, la declaración que trae el diario "La Prensa" en su ejemplar del día 20 de diciembre de 1985, página 3, del Subsecretario del Interior Raúl Galván: "Con respecto a la muerte del joven Souto, afirmó que fue un hecho que sucedió fuera de la cancha, ya que dentro del ámbito del mismo la ley protege y sobre todo es responsabilidad primaria y de las policías intervinientes" (sic). En el Ministerio del Interior se han ido realizando reuniones relacionadas con el tema de la represión y prevención de la violencia para tratar de encontrar alguna salida.

Como hemos ido observando, esto sirve solamente como muestra de la larga lista de hechos violentos que se producen con motivo de un partido de fútbol.

Viendo esta realidad que aterra y mirando hacia atrás podemos prever que determinados lugares son peligrosos, que ese conglomerado humano tiene fuerzas de choque muy predisuestas a enfrentarse, que mientras festejan el triunfo o descargan su bronca suelen, también, descargar sus emociones sobre los bienes que se encuentran a su paso, entre las adyacencias del estadio. Que la cierta impunidad de la que gozan los enardece aún más.

El ámbito de acción en el cual se desenvuelven es tanto dentro del estadio como fuera de éste, en la vía pública y va a ser éste el supuesto que nosotros analizaremos en profundidad.

La protección al hombre y a sus bienes tiene diferentes vertientes y se manifiestan a través del derecho civil, del derecho penal, del derecho constitucional, del comercial, etc. La lesión de las personas o bienes están normadas por el derecho penal que lo sanciona como delito o falta y por el derecho civil que busca lograr una adecuada reparación.

Cuando a un individuo se le daña un bien, por ejemplo, la vidriera de un negocio, nace la necesidad de la reparación; el problema que nos interesa a nosotros es saber qué ocurre con los daños que son ocasionados por los concurrentes a los estadios cuando se concentran o desconcentran con tal motivo. Qué debe tener preeminencia, la concepción de que al ser imposible identificar al autor debe el dueño del inmueble dañado, soportar, necesariamente, el daño como una carga o bien, por otro lado, considerar con fundamento en la solidaridad social que la víctima debe ser resarcida.

Pasando también ya de lo puramente sociológico a lo jurídico, se nos plantea el problema de la previsibilidad o no por parte de quien ejerce el Poder de Policía con respecto a la conducta potencialmente dañosa de esas multitudes congregadas. Como hemos podido ir observando, existe una previsibilidad y debe reforzarse las medidas preventivas de los posibles daños, o bien, llegado el caso, podría nacer la obligación de resarcir.

Conviene recordar con Mosset Iturraspe de que el daño va a agudizar las necesidades y que cuando no hay una condigna satisfacción, además de mantener situaciones inicuas profundiza las diferencias sociales, aviva los odios y resentimientos [Jorge Mosset Iturraspe, op. cit. pág. 136].

No podemos continuar pensando que atrás del daño está el azar o la Voluntad Divina, tenemos siempre un actuar o la creación de un riesgo que para muchos se asemeja a la culpa social.

Cuando se lesiona uno de los derechos esenciales que rodean al individuo se produce una sensación de irritación en la sociedad sino se da una adecuada solución al problema, cuando no existen leyes comienza la presión. Para que la situación se regle y, la jurisprudencia al recoger las inquietudes va abriendo nuevos caminos en el devenir del derecho.

Ante la variación de la realidad social por nuevas situaciones, se va imponiendo la adecuación del derecho, ya que no encontramos con leyes que han sido superadas o que callaban determinadas cuestiones, pero recordemos nuestro tan valioso art. 16 del Código Civil que determina que: "Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

CAPÍTULO III

EL PODER DE POLICIA

GENERALIDADES:

Conviene que en primer término tratemos de separar conceptualmente los términos de "policía" y "poder de policía", ya que los autores de Derecho Administrativo suelen poner especial énfasis en ello, aunque lo aprecian de manera muy diversa.

Históricamente la noción de "policía" aparece en Francia a principios del siglo XV, mientras que la de "poder de policía" es una creación moderna y aparece en el año 1827 en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los E.E.UU.

"Policía" sería una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública y de la economía pública en cuanto afecte jurídicamente a la primera según lo expresa Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo [Miguel Marienhoff, op. cit., t. IV, pág. 510 y sigtes., Ed. Abeledo Perrot, año 1980].

El "poder de policía" en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los individuos.

Bielsa por su parte, expresa que el concepto de "poder de policía" sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal [individual y colectiva] y que "policía" significa en su acepción más amplia el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas [Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, t. IV, pág. 1 y sigtes., Ed. El Ateneo, año 1947, 4ta. edición].

En nuestro país el contenido que se le asigna al "poder de policía" es amplísimo, de contornos difíciles de establecer, se acostumbra a recurrir a la noción de "emergencia" para justificar la validez de su ejercicio, así como a la noción de "prosperidad".

En el derecho comparado los criterios son el "narrow" [criterio restrictivo] que legisla sobre medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y el "broad and plenary" [criterio amplio] que abarca la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y el bienestar general [Miguel Marienhoff op. cit., págs. 520 y 521].

EL PODER DE POLICIA Y LA LIBERTAD PERSONAL:

La "policía" conlleva, esencialmente un poder de reglamentación de los derechos individuales tiene su fundamento en el carácter relativo de las prerrogativas del individuo.

La Constitución Nacional al reconocer como un derecho esencial y primordial la libertad personal, también regula esa libertad de acuerdo a los principios generales del derecho, imponiéndole sus limitaciones [posición coincidente de los tratadistas Bielsa y Marienhoff].

Refiere Bielsa en su Tratado, en nota muy importante, la nota N° 9, pág. 9 del tomo IV, que no se concibe un derecho indefinido e ilimitado y por ende, tampoco un derecho de

libertad personal que no esté regulado por las leyes, que lo garanticen toda vez que como dice Montesquieu la libertad consiste en hacer todo lo que las leyes permiten, pues si un ciudadano pudiese hacer lo que ellas prohíben, no estaría mucho en posesión de esa libertad, porque sus conciudadanos querrían aprovechar de esa misma facultad.

Al derecho administrativo le incumbe la obligación como autoridad de tutelar el orden público y la seguridad jurídica contra las causas que la perturban. Una perturbación material de la tranquilidad pública, aunque no lesione el orden público y si es ilícita, afecta al orden jurídico [Rafael Bielsa, op. cit., pág. 4]. Da este autor un ejemplo sumamente interesante y muy útil para nuestro estudio específico, habla de una manifestación sin autorización y dice que se impone su disolución no sólo por la falta de ese recaudo sino "porque la multitud presenta ese fenómeno de psicología colectiva que puede causar una perturbación del orden público y a la vez debilitar la responsabilidad de los autores o componentes de ella".

El empleo de la fuerza se justifica ante el peligro real e inminente de que se cause un daño material y con mayor razón, ante manifestaciones de temeridad delictual; mientras el individuo defiende su integridad, el Estado a través del "poder de policía" defiende la integridad y el bienestar general, ejerce sus funciones en interés colectivo [Bielsa, op. cit., pág. 28].

Un punto sumamente importante a considerar en esta materia que estamos tratando, es el fundamento que halla el "poder de policía" [en el aspecto de policía de prosperidad] en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional en cuanto se habla de promover al bienestar general y, en el art. 67 del mismo cuerpo, Cuando atribuye al Congreso Nacional la facultad de proveer lo conducente a la prosperidad del país.

Esto tiene importante incidencia para aquellos supuestos de daño colectivo tales como el de contaminación ambiental.

Señala Quiroga Lavié que esta posibilidad social debe estar abierta a todos aquellos que se hallen convocados a ejercer prestaciones de bien público, de este modo, con la colaboración activa del apoyo estatal, la sociedad podría colocar las condiciones necesarias, contar con los insumos necesarios para mejorar la calidad de vida y hacer posible una vida acorde con la dignidad humana, [Humberto Quiroga Lavié, Los Derechos Públicos Subjetivos y la Participación Social, pág. 85, Ed. Depalma, año 1985].

Proporcionar al ciudadano y a la sociedad los medios apropiados para exigir y obtener de los entes públicos todo lo que es necesario para subsistir dignamente implica un severo control y nos enfrenta con el problema de la discrecionalidad. Al respecto señala Quiroga Lavié, que la entidad moral colectiva de la sociedad es el sustrato donde se apoya el sentido jurídico del derecho público subjetivo, categoría que vendría a ser la cuarta clase de derecho, pero que es un tipo englobante pues en el derecho público de la sociedad se desarrolla el freno a la pretensión expansiva del Estado, se controlan sus excesos, se desarrolla el cumplimiento de la política legislativa y se reclama la operativización de la legislación que promete ese "bienestar general" para cumplir el postulado constitucional [Humberto Quiroga Lavié, op. cit. pág. 87].

Como hemos venido analizando, el "poder de policía" presenta un amplísimo marco, y hoy los autores pugnan por la defensa de los derechos sociales de todos aquellos que conforman el anónimo y desposeído ser de la masa social y se trata de que puedan acceder a través de alguna acción a la justicia [Mauro Cappelletti y Briant Garth, El Acceso a la Justicia, Colegio de Abogados de La Plata, año 1983].

EL PODER DE POLICIA Y LA RESPONSABILIDAD DE 1 ESTADO:

Aquí tenemos varias cuestiones a tratar, primero, sabemos que en el ejercicio de una función -medie o no culpa- el Estado puede lesionar a los particulares en sus derechos o en sus bienes y, otra cuestión sería la de saber si el ejercicio del "poder de policía" por sí sólo, podría generar la responsabilidad del Estado.

Sabemos que la responsabilidad del Estado puede ser dentro del ámbito contractual o extracontractual, según que estemos o no ante el incumplimiento de obligaciones convenidas, supuesto éste en el cual no nos detendremos y que a la vez puede regirse por el derecho público o por el derecho privado, lo que dependerá de la índole de la cuestión que se promueva.

Conviene que recordemos que si bien se ha evolucionado en este aspecto, no siempre se admitió la responsabilidad del Estado y que habíamos fijado tres fases evolutivas con respecto a este tema, reiterándolas ellas son: I) Fase de la irresponsabilidad, noción de fondo esencialmente absolutista; II) Fase civilista, de fondo basado en la individualidad; y III) Fase del derecho público, en la que se afirma el derecho social [Roque Garrido y Luis Andorno, op. cit., pág. 148 y sigtes].

Nuestra doctrina nacional presenta también diversas etapas, enseña Acuña Anzorena que se produce una antinomia entre la responsabilidad y la soberanía, en especial si esta última es entendida como un atributo de orden metafísico por el cual el Estado goza de absoluta impunidad.

Cuando se abandona este concepto de soberanía, lógicamente la idea de un Estado irresponsable deberá desaparecer y en lugar de la presunción de la infalibilidad del Poder Público se erigió como principio la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido [Arturo Acuña Anzorena, Estudios sobre Responsabilidad Civil actualizada por Augusto Mario Merello, págs. 165 y 166, Ed. Platense, año 1963].

Al respecto señalan Garrido y Andorno, en su libro "El art. 1113 del Código Civil" que la reseña realizada " ... permite concluir señalando la admisión en el derecho contemporáneo, de la plena responsabilidad del Estado, tanto por los actos ilícitos como por los lícitos" [Garrido y Andorno, op. cit., pág. 150].

Marienhoff también se expresa diciendo que ab-initio sólo se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Privado, salvo casos especialmente previstos por la ley, "el Estado Soberano no puede dañar"; luego se aceptó la responsabilidad de ambos y, finalmente, la responsabilidad del Estado en forma directa.

El nombrado autor coincide en sus pensamientos con la opinión sostenida por la mayoría al considerar que se trataba de ideas equivocadas el pretender que la soberanía implica infalibilidad, y cita a Bullrich, quien reseña su pensamiento de la siguiente manera: "Nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero siempre dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado" [Miguel Marienhoff, op. cit., págs. 693 y 694].

El fundamento que se suele dar para la responsabilidad del Estado es el de Estado de Derecho cuya finalidad es proteger al Derecho, esos principios o postulados que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados. Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, de su importantísimo Preámbulo y de ciertos principios básicos del derecho [no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo, etc].

El Estado de Derecho presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado que incluye el tema de la responsabilidad por actos o hechos que sean jurídicamente imputables.

Encontramos, como otro fundamento, el considerarlo como regla implícita de la lógica jurídica o bien, el de los riesgos sociales.

Al respecto Cavalcanti decía que el objeto y fin del Estado incluye un poder superior destinado a regir los intereses comunes y la obligación de ese poder de guardar y hacer guardar a los miembros de la comunidad. El Estado existe en vista y para el bien de ella puede sacrificar intereses individuales cuando el bien general lo exige, pero el bien colectivo es el bien de los individuos que componen el Estado, de tal modo que los efectos del mal impuesto por el Estado deben ser distribuidos entre la colectividad, así como ella aprovecha los efectos del bien común.

Esta opinión, según nos dicen Garrido y Andorno, coincide con la de Marq, que nos habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley como principio constitucional y de la repartición de cargas, manifiesta Marq que imponer al particular la carga de reparar el daño producido por el funcionamiento del Poder Público equivale a reclamarle una prestación excepcional, desproporcionada con sus facultades y sin relación con las cargas impuestas a los demás [Garrido y Andorno, op. cit., pág. 150].

En cuanto al fundamento de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, se sostiene que ella nace en la garantía de inviolabilidad de la propiedad y que se halla consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, y que la forma de hacer efectiva esa garantía hay que buscarla en los principios de derecho común, ello aparte de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería irrisoria.

Sobre la responsabilidad aquiliana del Estado Manuel María Diéz señala que debe investigarse, también, el buen uso de los criterios en que debe inspirarse la administración para el ejercicio de sus poderes discrecionales [Derecho Administrativo, t. IV, pág. 19 y sigtes.].

La función de policía es indelegable y además, quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas, para cumplir a través del mismo, el fin u objetivo para el cual se ha establecido. Recordemos que los derechos individuales garantizados por la Constitución Nacional lo son de conformidad a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Las funciones que implican el poder de policía constituyen la potestad de restringir la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía del todo, de implantar reglas de buena conducta, evitar conflictos y establecer normas tendientes a proteger la vida, la propiedad y la salud de todos los habitantes del pueblo en general.

Por todo lo dicho precedentemente vemos que el Estado [Municipal, Provincial o Nacional] tiene siempre a su cargo el cuidado de la comunidad y ha de actuar -cada Estado en su ámbito- en carácter de "gerentes" del bien común. La función policial se convierte en el instrumento coactivo idóneo para el cumplimiento de esa función, por lo tanto, cuando el Estado no cumple con ella comienza entonces a estructurarse su responsabilidad [Carlos María Bosso, La Responsabilidad Civil en el Deporte y en el Espectáculo Deportivo, Ed. Némesis, Bs. Aires, año 1984].

Vemos que con motivo de la actividad deportiva pueden ocasionarse múltiples daños a raíz del espectáculo y habrá que ver si no se hallan comprometidas las funciones del Estado por el Poder de Policía.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD COLECTIVA

NOCIONES GENERALES:

Ante la producción de un daño sabemos que estamos ante un caso de responsabilidad individual, cuando el daño es producido por un sujeto determinado o varios sujetos perfectamente individualizados, o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos, también determinados; en estos casos debe indemnizar a la víctima ya sea él o los autores del daño o quien deba responder por otro o como dueño o guardián de la cosa.

Presenta este tipo de responsabilidad los caracteres de la individualización inmediata del responsable y la inexcusable demostración de la relación de causalidad entre el daño y el hecho del autor o de la cosa.

También puede ocurrir la cuestión que nos interesa, la que se da cuando el sujeto no está individualizado entre un grupo de posibles responsables [autor indeterminado, grupo determinado] y cuando tampoco es posible determinar al grupo [autor indeterminado y grupo indeterminado].

En estos casos la primera pregunta que debemos hacernos es si sería justo que la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad de todos los posibles responsables y al consiguiente desamparo de la víctima.

Pensemos que los nuevos fenómenos sociales presentan a las personas en grandes aglomeraciones [espectáculos públicos, manifestaciones, reuniones bailables, etc.], que influyen sobre el concepto clásico de conducta y acción humana, sobre un replanteo del espectro de la figura del ilícito y sobre todo, que esos daños causados por grupos, traen como corolario la aplicación de la responsabilidad colectiva.

Hoy en día se ve más aún la reiteración de hechos dañosos producidos por grupos de personas no individualizadas y esto, unido al consenso de que no debe dejarse a la víctima sin reparación del daño sufrido, ha llevado a los estudiosos del derecho, no sólo en la Argentina sino en casi todos los demás países, a la jurisprudencia emanada de los distintos tribunales y a la legislación a tratar de establecer soluciones -perfectibles- en lo que, se ha dado en llamar "responsabilidad colectiva".

A fin de tener más en claro la situación que estamos tratando, nos conviene señalar que hay varios supuestos en que nos encontraremos ante una pluralidad de sujetos enlazados en la producción del daño. Es así que podemos hablar de intervención o causalidad común cuando son varios los que de algún modo toman parte, o cooperan, en la producción del daño, el enlace causal no necesariamente se establece entre un solo hecho y el resultado dañoso que ese hecho produce. Cada participante opera en relación causal en pro del efecto del acto conjunto, aunque no haya perpetrado personalmente aquella parte del acto que es la determinante inmediata del resultado contrario a derecho [Enneccerus y Lehmann, Derecho de Obligaciones, t. II, N° 2, vol. 2º pág. 1140, Ed. Bosch, Barcelona, año 1966].

También puede ocurrir que personas con una acción independiente entre sí provoquen el daño y que el resultado dañoso se hubiera producido igualmente, se da entonces lo que se

ha denominado "causalidad o intervención acumulativa o concurrente", cada uno es responsable individualmente del daño causado, si cualesquiera de los que actuaron no lo hubiese hecho, el resultado hubiera sido el mismo, pero esto ¿lo es admisible como defensa ya que la mutua alegación de tal circunstancia determinaría la irresponsabilidad de los intervinientes [Bustamante Alsina, op. cit., pág. 536, parág. 1697].

Otro supuesto se presenta cuando no se puede señalar cual de varios individuos es el autor de un daño; señalan López Cabana y Lloveras que en este supuesto el problema radica en establecer si, "producido el daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir a cuantos hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y/o lugar de las cuales ese perjuicio derivó" [Roberto M. López Cabana y Néstor Luís Lloveras, La Responsabilidad Colectiva. Pautas para su Aplicación en el Derecho Civil Argentino, E. D. 48, pág. 799].

Se ha denominado "intervención o causalidad alternativa o disyunta" cuando el hecho parece atribuible a una u otra persona de manera excluyente.

La cuestión se va a centrar en que ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño, qué solución debe darse-, nadie responde?... o responden todos?

A este respecto señalan los citados López Cabana y Lloveras que se enfrentan dos concepciones, la primera, que mira el hecho ilícito desde la víctima y que admite la responsabilidad colectiva, y la otra, que postula la exoneración y prefiere prevenir la injusticia que ocurriría en casos de obligar a indemnizar a quienes aún vinculados circunstancialmente al hecho dañoso, no fueron sus causantes.

Veamos qué ha ocurrido en el derecho comparado con el problema de la responsabilidad colectiva.

Una línea en la cual encontraremos al Código Civil alemán (BGB) va a contener una norma general que contemple la institución de la responsabilidad colectiva. El art. 830 del BGB expresa que: "Si varios han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quien entre varios participantes, ha causado el daño con su acto...". Esta norma se refiere al supuesto en que no se puede averiguar quien de los varios intervinientes ha causado el daño por su acción, no se quiere dejar sin satisfacción al lesionado, simplemente porque no se pueda hallar quien ha sido realmente el causante del daño; los alemanes hablan de culposa participación en una conducta peligrosa, culposa en el sentido de que tenía que preverse la posibilidad de lesión de bienes jurídicos ajenos.

Con relación a esto señalan Enneccerus y Lehmann que el que toma parte en lugares públicos en juegos que son notoriamente peligrosos para el público, tiene que ser responsable [si no prueba quien es el autor de la lesión] aunque no hay ordenanza de policía que prohíba el juego en ese lugar [Enneccerus y Lehmann, op. cit., pág. 1143].

Además, el derecho alemán tiene unos supuestos interesantes a los que ha denominado "responsabilidad colectiva por daños causados por tumultos civiles y guerras" [Ley Federal de Pensiones de 1950, Ley de Nivelación de Cargas de 1952], que establecen una responsabilidad colectiva por los daños derivados de perturbaciones civiles y por los daños sufridos por personas y cosas a consecuencia de los hechos de guerra.

También el Código japonés en su art. 719 contempla la responsabilidad en los siguientes términos: "Cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, está obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cual de los co-autores del acto ha causado el daño".

Solución similar se encuentra en el Código Civil polaco [Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daño, t. I, pág. 206, nota 48, Bs. Aires, año 1971].

La otra línea legislativa prefiere receptar disposiciones concretas de aplicación de la responsabilidad colectiva. En ella encontraremos al Código Civil de Chile que, en su art. 2328 establece que "El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola ...".

Una norma similar aparece en los Códigos de Colombia [art. 2355], del Salvador [art. 2079] y el Uruguay [art. 1330].

El art. 1910 del Código Civil español, el art. 1529 del Código Civil brasileño y el art. 1119 del Código Civil argentino receptan la vieja acción romana "de effusis et dejectis" [germen del instituto del riesgo].

Nuestro art. 1119 establece que son responsables "...los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre del tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer, pero no cuando el terreno fuese propio o no se halla sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede responderán todos del daño causado. Si se supiere cual fue el que arrojó la cosa él será el responsable" Sobre el alcance de esta norma volveremos más adelante.

Veamos ahora lo que sucedió en Francia que mantuvo durante mucho tiempo el principio de la responsabilidad individual tratando de evitar la injusticia que se cometería al condenar a un inocente. Bustamante Alsina analiza de una manera exhaustiva el problema en Francia y hace referencia al argumento de la indemnización de los daños injustos y expresa que desde esta óptica no se puede decir que sea menos injusto el daño causado por una persona no individualizada dentro de un grupo determinado que el que ocasiona una persona perfectamente individualizada.

La jurisprudencia pasó por varias etapas, la primera negatoria de la responsabilidad colectiva hasta el año 1955 aproximadamente. Exigida por las circunstancias y por una natural simpatía por la víctima, la jurisprudencia trata de encontrar un medio para asegurarle a la víctima una indemnización, alguna sentencia le da acción directa a la víctima contra el asegurador cuando todos los miembros del grupo están cubiertos por el mismo asegurador; en otros casos se basan en la culpa del organizador o del iniciador de la actividad colectiva dañosa.

La segunda etapa se vive a la luz de la jurisprudencia que admite la responsabilidad colectiva indirectamente en la culpa común del grupo. A veces esa culpa común se basa en el hecho de haberse agrupado, o en las circunstancias en que el hecho se ejecutó [art. 1382 del Código Civil francés], o bien, reside la culpa en la guarda común de la cosa de la que se originó el daño [art. 1384, primer párrafo, Código Civil francés]. un ejemplo de esto último nos da el fallo de la Corte de Riom que condenó solidariamente a los participantes de un partido de fútbol a reparar el daño causado por medio de la pelota por un jugador anónimo, fundándose en que tal responsabilidad resulta de "la guarda ejercida colectivamente" por todos.

Finalmente llegamos a la jurisprudencia que admite directamente la responsabilidad colectiva sin apelar a la búsqueda de una culpa individual o a una culpa de todos. La Corte de Riom resolvió un caso de agresión a un campo de scouts por una banda de jóvenes, un

scout fue herido por una piedra y ante la incertidumbre sobre la identidad de su autor se condenó a los distintos participantes; se aplicó directamente la responsabilidad colectiva, este fallo precedentemente comentado fue confirmado por la Segunda Cámara Civil de la Corte de Casación de Francia, quien dijo al fundar su decisorio que: "Se llegaría si no a esta situación singular de ver a la víctima de un hecho dañoso causado por un conjunto de personas peor tratada que si hubiese sido cometido por una sola de ellas ... ; la equidad y el buen sentido quieren que en caso de daño causado a un tercero por un miembro de un grupo, en el curso de una acción colectiva, sin que sea posible determinar con certidumbre el autor del acto dañoso, la responsabilidad incumbe a cada uno de los participantes, los cuales deben ser considerados como habiendo concurrido a causar todo el daño" [Jorge Bustamante Alsina, op. cit., pág. 548].

Conviene señalar que en Francia fue dictado el 4 de junio de 1970 una ley de reformas al Código Penal denominada "Ley de Represión de ciertas formas nuevas de delincuencia". Las figuras delictivas se configuraban por la iniciativa, la organización y la participación voluntaria, sean en grupos de acción concertada o reuniones ilícitas de las que resultan daños y del hecho de introducirse en una reunión lícita para provocar desórdenes.

En cuanto a la responsabilidad civil, ella sería impuesta a las personas declaradas culpables, el hecho de hallarse dentro de las conductas tipificadas da nacimiento a la responsabilidad civil solidaria.

Coincidimos plenamente con la opinión sentada por Bustamante Alsina en la nota N° 926 [págs. 553 a 555] de su obra ya citada sobre responsabilidad, de que: "Si los más calificados tribunales de Francia, la Corte de Casación a la cabeza, condenan a todos los que participan en una partida de caza o en deportes como el fútbol o el tenis, por el daño causado por una actividad lícita desarrollada en común, con cuanta más justicia y razón debe imponerse igual solución cuando el daño resulta de una acción de comando concertada para la destrucción, o de vías de hecho y violencias provocadas por grupos organizados con el mismo fin".

Cabe recordar que existía ya en Francia una ley para reparación de los daños causados por tumultos que fuera dictada el 10 vendimiario del Año IV, que establecía la obligación de reparar que pesaba sobre las Comunas [Ripert y Boulanger, Derecho Civil, Obligaciones 2da. Parte, t. V, págs. 226 y 227, Ed. La Ley, Bs. Aires, año 1965].

Las bases mismas del sistema clásico de responsabilidad individual deben reverse ya que el número e importancia de los grupos crece día a día, los intereses individuales se van reuniendo en un fin único que son los esfuerzos colectivos que se logran mediante la coordinación de los trabajos individuales. Estas actividades colectivas son generadores de daños que ya potencialmente pueden ser más graves, ya que una reunión de individuos multiplica su poder y su eficacia, además, el anonimato nos va a dar lo que se llama "fuga ante las responsabilidades".

Así se da el fenómeno colectivo que según su canalización puede obrar en pro de la sociedad en la cual se lleva a cabo, o en detrimento de la misma y de sus integrantes que desean llevar una vida ordenada y pacífica. Hemos dicho que la violencia se ha unido últimamente a los espectáculos deportivos, especialmente en el fútbol, y en la mayoría de los supuestos nos hallaremos ante un caso de responsabilidad colectiva.

Veamos qué ocurre en nuestra legislación. Contamos con el art. 95 del Código Penal y el art. 1119 del Código Civil; la primera norma, el art. 95 del Código Penal citado, incrimina al partícipe en una riña o agresión en el que tomaren parte más de dos personas, de la que resultare muerte o lesiones de autor desconocido, si aquél ha ejercido violencia sobre la persona del ofendido.

Debido a su espectro esta norma significa que siempre estará habilitado el juez civil para apreciar, a los fines de la indemnización correspondiente, si se producen los extremos condicionantes: a) Que hay mediado riña o agresión con intervención de más de dos personas; b) Que haya resultado muerte o lesiones de riña o agresión; c) Que no se haya identificado al autor del hecho; d) Que el demandado haya participado del hecho ejerciendo violencia sobre el ofendido.

Aclara al respecto Llambías que si no media denuncia criminal no hay impedimento para que tramite el juicio civil y se dicte sentencia; si hay paralela denuncia penal es viable la tramitación del juicio, pero, no el dictado de la sentencia hasta tanto haya pronunciamiento penal [art. 1101 del Código Civil].

Podemos decir que coincidimos con lo expresado por López Cabana y Lloveras en que en este supuesto la influencia de la sentencia penal sobre la sentencia civil implicaría la atribución de responsabilidad a cuantos participaron en la gresca o agresión sobre bases totalmente alejadas de las tradicionalmente exigidas para que surja la obligación de resarcir, algunos inculcados sólo tendrán el elemento "daño" y se verá obligados a reparar, quizás en ausencia de culpa o dolo y conexión causal entre la violencia ejercida sobre la víctima y las lesiones o muerte sobreviniente.

En el ámbito civil habíamos hecho referencia al art. 1119 donde se contempla la situación en la cual tenemos a un grupo de individuos vinculados con elementos dañosos en virtud de habitar el edificio desde el cual cayó o fue arrojada la cosa, se los hace responsables por presumirlos a todos causantes del perjuicio, con prescindencia de investigación sobre la culpa; esto significa que es una responsabilidad de tipo objetivo y a nuestro modo de ver, por el factor riesgo. Nuestro codificador, con magistral visión, estableció casos de responsabilidad objetiva, no puede desconocerse el alcance del art. 1119 ya aludido, que no admite prueba de ausencia de culpa y ello es establecer un tipo de responsabilidad más allá de la culpa [Roque Fortunato Garrido, La Responsabilidad Objetiva y la Culpa Objetiva, J. A. Sección Doctrina, t. I, año 1969].

En caso que se dé el supuesto específico del art. 1119 del Código Civil, no se suscitara mayor problema, la pregunta que debemos hacernos es que si de esta norma particular podemos admitir un sistema de responsabilidad colectiva, aplicable a todos los casos en que comprobado un daño no puede identificarse a quien lo causó dentro de un grupo individualizado. Es también, al igual que en el supuesto de posible responsabilidad por el hecho de un autor anónimo, un problema de equilibrio entre diversos puntos de vista e intereses, siempre habrán de cuidarse los límites para no llegar a responsabilizar indiscriminadamente a sujetos que sólo tienen una vinculación circunstancial con el daño causado y no presentan un factor de imputación adecuado. Estamos en la corriente que propugna la generalización del esquema contenido en el art. 1119 del Código Civil.

Por supuesto, habrá que ver que los indicados como responsables estén vinculados por circunstancias temporales o locales relevantes, que no dejen lugar a dudas con respecto a la participación de aquellos. Hemos dado como fundamento de la responsabilidad colectiva al "riesgo" y será su existencia la que nos dará la posibilidad de ampliar el específico caso del art. 1119 que estamos tratando.

Atilio A. Alterini señala, en sentido contrario, que: I) En el Código Civil subsiste como regla de imputación la que exige "culpa" en el autor [art. 1109 Cóg. Civil]; II) La imputación objetiva del art. 1113 del Código Civil sólo rige respecto del riesgo de la cosa pero no cuando el riesgo proviene de una "actividad"; III) En consecuencia, como la solución del art. 1119 del Código Civil es particular y concreta y el factor riesgo en tal caso es la actividad del grupo y no resulta legalmente posible llevarla más allá de su ámbito específico ya analizado [Atilio

A. Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana, curso de Obligaciones, t.2, pág. 527, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires, año 1982].

También se puede hablar ante este tipo de daño de una indemnización de equidad [art. 907 del Cód. Civil], todos los intervinientes crearon la actividad riesgosa al participar en el grupo [es un acto voluntario], por lo cual, desde que se admite la indemnización por equidad en casos de daños provenientes de actos involuntarios, no parece haber impedimento para que es le acoja en el supuesto de daños involuntarios provenientes de manera mediata de actos voluntarios.

Señala Jorge Mosset Iturraspe que la responsabilidad colectiva se halla perfilada perfectamente en los presupuestos comunes del sistema unitario de la responsabilidad civil, destaca el mencionado autor que se dan: a) La antijuridicidad [el comportamiento antijurídico se desprende de la participación activa en el grupo, es decir, en el quehacer riesgoso de éste con menosprecio del resultado]; b) La dañosidad [la víctima del daño es un verdadero inocente al cual nada puede imputarse como no sea el riesgo de vulnerabilidad que acompaña a todo sujeto por el sólo hecho de existir]; c) La imputabilidad [existiendo un daño de autor anónimo el derecho imputa a todos los miembros del grupo un hecho propio que debe ser claramente demostrado por la víctima -su participación en la acción común-; los miembros del grupo participan de la culpa del conjunto o bien de la "comunidad de peligro" o mejor de riesgo] y d) La causalidad [el daño se encuentra en relación causal adecuada con la acción del conjunto a título de consecuencia mediata pero perfectamente previsible según las reglas de la experiencia y normal cálculo de probabilidades] [Jorge Mosset Iturraspe, Daños Causados por un Miembro no Identificado de un Grupo Determinado, J. A. Sección Doctrina, año 1973].

Como hemos visto la responsabilidad colectiva importa un proceso en el desenvolvimiento del sistema general de la responsabilidad civil y es aplicación de la teoría objetiva del riesgo creado y se ve en ella la orientación hacia la repartición de los daños con un criterio de socialización de riesgos.

El autor del daño no resulta individualizado y por ello deben responder todos los que participaron en el hecho o integraron simplemente el grupo donde se originó el perjuicio, el hecho de intervenir resulta suficiente para atribuir responsabilidad sin autoría material, la sola demostración de la relación causal del daño con la acción del grupo impregna a todos.

Se ensancha el círculo de responsables alcanzando a todos los integrantes del grupo en virtud de una solidaridad en la acción de conjunto ante los riesgos de su actuación común.

Con respecto a cómo deben responderlos integrantes del grupo, compartimos el criterio del Punto 13 del Despacho de la Comisión N° 5 de las ya mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Rosario, cuyo texto expresa: "Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado todos sus integrantes están obligados in solidum a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo".

Recordemos que la responsabilidad in solidum se caracteriza por que: 1) Cada uno de los codeudores estaría obligado al todo con respecto al acreedor; 2) El deudor que ha cumplido puede repeler contra los demás y demandarles su contribución; y 3) La representación se desestima: La sentencia obtenida por la víctima contra uno de los codeudores no es oponible a todos los demás, la prescripción interrumpida respecto a uno de los codeudores no lo es con respecto a los demás [Josserand].

Para la corriente moderna el fundamento de este tipo de obligación se encuentra en la idea de garantía, que significa ofrecer a la víctima la mayor probabilidad de ser indemnizada por los diversos codeudores.

Parece justo que quien abona la totalidad pueda luego dirigirse contra los restantes a fin de exigirles la contribución que corresponde. Se presenta un problema que puede ser sumamente complejo cuando se procure establecer la proporción en la que cada uno deberá contribuir, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa o su parte viril.

Sin embargo la posición que sustentamos no es en doctrina, unánime, ya que, algunos autores se pronuncian por el carácter simplemente mancomunado de la obligación de reparar, debe dividirse entre todos por partes iguales atendiendo a la razón de ser del resarcimiento de la responsabilidad, reconocen que desde el punto de vista del damnificado esta situación perjudica su crédito, pero recalcan el modo excepcional con que se admite esta responsabilidad.

Con respecto a la tarifación o no de la indemnización de este tipo de responsabilidad nos pronunciamos por la postura que rechaza la existencia de un tope cuantitativo.

Habíamos dicho que nos preocupaba el hecho dañoso proveniente de un grupo indeterminado, es el supuesto en el que se desconoce al ejecutor y no se pudo individualizar a los integrantes del grupo donde se encontraba el agresor.

Dice Bosso, al respecto, que "si no se ha podido individualizar al autor directo del daño, y tampoco se ha podido determinar quienes eran los integrantes del grupo desde el cual se cometiera la agresión, quedarían aún algunos responsables contra quienes intentar la acción resarcitoria por parte de la víctima, por estar éstos debidamente legitimados pasivamente como para ser citados en justicia" [Carlos Mario Bosso, op. cit., pág. 196].

Se requerirá que exista daño resarcible, que medie acción de un responsable desconocido, perteneciente a un grupo indeterminado de personas; que medie nexo causal entre los supuestos antedichos y que medie imputabilidad hacia una persona jurídica de carácter público o de carácter privado por no adoptar las conductas que se le imponían a efectos de prevenir o impedir el hecho dañoso.

CAPÍTULO V

DAÑOS COLECTIVOS Y GARANTÍAS

NOCIONES GENERALES:

En la sociedad de nuestros días, masificada, con grandes manifestaciones, en muchos casos dañosas, se presentan nuevas formas peligrosas con nuevas expresiones de ilicitud y tendremos también una nueva víctima de tipo plural, que serán los grupos o comunidades cuya integridad física es objeto de la agresión.

Al respecto señalan Morello y Stiglitz que los derechos humanos podemos sistematizarlos en tres grupos: a) Los que reconocen y tutelan la integridad física y moral del individuo; b) Los que garantizan su libre actuación; y, c) Los que promueven una ordenación justa de las relaciones sociales que asegura el ejercicio de los derechos de integridad y libertad.

Recalcan estos tratadistas algo sumamente importante: "Que el derecho a la vida, catalogado tradicionalmente entre los derechos civiles, se enlaza con el derecho a un nivel de vida adecuado, con el derecho a la salud y a la protección de la salud, con el derecho a la seguridad social y a otros que se consideran como pertenecientes al campo de los económicos y sociales pero que en realidad están destinados a proteger la vida, la salud en su integridad" [Augusto Mario Morello y Gabriel Stiglitz, Valor de la Vida Humana como Costo de Garantía Colectiva para Prevención del Daño a la Persona, Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 13 al 15 de setiembre de 1984].

Coincidimos con los citados autores en que hoy desfilan ante nuestros ojos acontecimientos de tamaña magnitud tales como la guerra, el problema de la eliminación de los residuos nucleares, la contaminación del medio ambiente, la desinformación al público respecto de ciertos peligros o cualidades de los productos que se adquieren para uso diario, la insalubridad reinante, etc., que hacen que debamos replantearnos el panorama de la responsabilidad civil, el aspecto preventivo y, por supuesto, el problema procesal del acceso a la justicia.

El derecho a la vida se resguarda en una sucesión de corazas que lo preservan de las vicisitudes que atrapan a la persona, situada y sitiada, en el decir de los mencionados autores, estas facetas serían el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y al respeto al patrimonio común de la sociedad.

Ya hemos visto que la dirección moderna en responsabilidad civil, puede decirse que, recepta a intereses más amplios que los individuales y comprende, o va comprendiendo paulatinamente a la colectividad que está sujeta a violaciones en masa debido a los riesgos propios de los tiempos actuales, y va protegiendo a estos intereses que son también atendibles.

Es muy difícil, ante el agravio de los intereses de la comunidad o quizás de los intereses de quienes habitan en un determinado radio, que con el criterio clásico sobre los requisitos y extremos de la responsabilidad civil se pudiera llevar a un tribunal de justicia un reclamo por indemnización o restitución de cosas al estado anterior.

Dice Casiello en su Ponencia presentada en las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en Mar del Plata en el año 1983, sobre el tema "Daño Ecológico", que: "No se advierte, al menos en forma nítida, la violación de un derecho subjetivo sino la lesión a veces mínima de simples intereses, salvo que, según piensa Stiglitz, nos remitiéramos a los derechos de la personalidad".

La responsabilidad civil debe tender, prioritariamente, a la prevención y cesación de los daños colectivos, recordemos que se debe tratar de lograr la realización de los principios de justicia y solidaridad social y que se debe tratar de mantener el orden, la paz y la seguridad, alejando de la colectividad situaciones dañosas producto de actividades o conductas desequilibrantes de la convivencia pacífica.

El daño colectivo no surge de la simple suma de daños individuales, presenta una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión.

La protección del derecho no se da ahora solamente al interés legítimo y al derecho subjetivo, se ve que algunos fenómenos de la vida colectiva ponen hoy en juego típicos intereses supra-individuales a los que deberá dárseles atención ya que, con palabras de Morello, son incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección.

Ya hemos dicho que los nuevos fenómenos sociales se nos presentan ligados a la aglomeración y que esto se va a traducir en el plano de la ilicitud, al proceso de masificación, se correlaciona la automatización y la mecanización de las actividades que obligó a los juristas a hablar de ese nuevo derecho que se llamó "derecho de accidente". También habíamos señalado que al ensancharse el ilícito se va a complicar la acreditación del nexo causal.

Se ha tratado de distinguir dos tipos de daño colectivo: a) Daño colectivo propio, que es aquél donde no existe centro de imputación sobre un grupo determinado pero existe una actividad antisocial que causa el perjuicio, nota característica de este tipo de daño, Vg.: un artefacto explosivo detonado por sujetos anónimos, actividad general de daños en espectáculos públicos sin determinación de grupo o parcialidad deportiva; b) Daño colectivo impropio, se da cuando sin individualización del autor de esa actividad antisocial es posible delimitar los sujetos integrantes del grupo, de los cuales -uno o varios- causaron los daños y no existe posibilidad de acreditar la coautoría [Roque Fortunato Garrido].

En tal sentido creemos que al analizar "daño colectivo" tendremos un gran marco de fenómenos en los cuales, a modo de ejemplo deberemos analizar situaciones dañosas provenientes de hechos de guerra, huelgas, espectáculos deportivos, degradación del medio ambiente, todo tipo de espectáculos públicos, situación de las patotas, las vías de comunicación y su estado de conservación, etc.

Todos esos fenómenos atacan a la sociedad, si bien producen daños individuales también, pero, la cuestión girará sobre el problema del bienestar general garantizado en el, Preámbulo y reflejado en varios artículos de la Constitución Nacional. *hasta aquí chequeado!

Los daños colectivos inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad.

La aparición de los llamados "riesgos sociales" que abarca una actividad colectiva, daños de origen anónimo, o un hecho exterior al hombre, han sido detenidamente estudiados en Francia por Genevieve Vienéy; la aparición de filosofías sociales que dieron lugar preeminente a la noción de solidaridad social

ha llevado a la idea de que ciertos riesgos no deben ser dejados a cargo de los individuos,

pues es necesario absorberlos en comunidad a fin de amortiguar de una manera mejor sus incidencias.

Hay que recalcar que el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1956, al cual refiere la Constitución de 1958 que prevé la igualdad y la solidaridad de todos los franceses sobre las cargas que resultan de las calamidades públicas".

Por otra parte, la intervención creciente del Estado en la vida económica y social ha puesto en evidencia el rol que corresponde a la colectividad nacional en lo que concierne a la protección de los ciudadanos contra los riesgos que los amenazan en sus intereses esenciales.

Fue así que apareció la noción de "riesgo social" en la doctrina francesa, el cual no ha dejado de crecer en la legislación contemporánea y el derecho comparado.

Señala la citada autora que a fin de paliar "la insuficiencia de la responsabilidad individual en su función reparadora ha aparecido como necesario el hecho de tener que recurrir a procedimientos de indemnización diversos, cuyo punto común consiste en una socialización directa de la reparación sin necesidad de designar un individuo como responsable" [Genovieve Viney, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, La Responsabilité: Conditions*, Ed. L.G.D.J., París, año 1982].

Existe en Francia una ley del 3 de enero de 1977 que cubre a los daños corporales por infracciones [crimen, delito y contravención] cuando no se puede obtener reparación por otra vía, ya a fines del siglo XIX Ferri había defendido esta posición en razón de que el autor del acto delictuoso, que es anónimo o insolvente, no indemniza y es chocante ver a la víctima sin reparación.

Austria, Alemania Federal, Finlandia y otros países, cuentan con un sistema de indemnización para víctimas de hechos violentos.

En Francia el sistema es original ya que el garante subsidiario es el Estado como encargado de pagar a las víctimas por atentados a su integridad personal y que se hallen en una grave situación, también por la ley del 2 de febrero de 1981 el beneficio se extiende a las víctimas de robo, abuso de confianza, estafa, pero siempre que sus recursos sean inferiores a ciertos cánones.

Para ciertos riesgos se han ido formando "fondos de garantía" como ser en el caso de accidentes de circulación, accidentes de caza, calamidades agrícolas, fondo internacional de polución, seguro de construcción, etc.

El fenómeno de la socialización de la responsabilidad civil parece también integrarse con formas de garantía colectiva, a través de las cuales la carga resarcitoria queda puesta en cabeza de comunidades categorizadas según el tipo de incidente.

Se trata de los sistemas de aseguración de riesgo mediante un fondo de garantía gestado por el acreedor, aunque alimentado por las primas pagadas por la colectividad de los potenciales autores del daño.

Debemos recordar nuevamente las palabras de Sabatier, de que si queremos realmente el resarcimiento de la víctima y que haya un deudor solvente para reparar el daño, es necesario que sea obligatoria la aseguración.

Es necesario también, que recordemos que al hablar de los bienes colectivos pareciera que el ciclo estaría volviendo a los orígenes pretorianos romanos, se analiza el fin del derecho y su función social, se lo ve como una multitud de lazos que engendran ventajas y cargas a destinatarios múltiples.

Lo cierto es que tanto el Derecho Público como el Derecho Privado se ocupan del tema, aparece el rubro de los derechos públicos subjetivos, que al decir de Quiroga Lavié pugnan por la defensa de los derechos sociales de todos aquellos que conforman al anónimo

y desposeído ser de la masa social y de los que precisan acceder a la justicia y carecen para ello de recursos.

Se trata, entonces, de una transformación del proceso para que se encuentre en condiciones de atender a las necesidades de lo colectivo, es darle a lo "público" el carácter práctico que no se le ha reconocido.

Vamos a encontrar en el derecho comparado las acciones dirigidas a obtener la reparación de daños producidos al patrimonio de la sociedad que incluye tanto el entorno ambiental como el humano y social-

Se suele hablar de derecho público subjetivo, de interés colectivo, de interés difuso, derechos debilitados, intereses colectivos, como términos que abarcarían las cuestiones que hemos planteado y que están en constante evolución y diferenciación, pero algunos de ellos suelen utilizarse indistintamente.

El interés se nos presenta como una facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de necesidades, tendiendo a la consecución de bienes jurídicos, pero no todos los intereses particulares son protegidos por los ordenamientos jurídicos. Estaremos ante un interés legítimo cuando la ley confiere a su titular la posibilidad de actuar para exigir su satisfacción.

Los intereses de hecho suelen ser categorizados como otros intereses privados de protección, porque el derecho no asume una posición tuitiva, sin embargo veremos que no son del todo extraños al mundo jurídico ya que suele tutelárselos en forma global.

Se los ha llamado "intereses supraindividuales" y se suele categorizarlos en intereses difusos e intereses colectivos.

Relacionando esto con el tema del daño resarcible, apunta Gabriel Stiglitz que "las situaciones de hecho generadoras de intereses suficientemente estables y ciertos, aún cuando no constituyan el presupuesto de un derecho subjetivo, merecen la protección de los mecanismos jurídicos. Y en caso de resultar menoscabado, y con el solo límite que la lesión resultante asuma la condición de daño cierto, es operativo el sistema de la responsabilidad civil" [autor y op. cit., pág. 33].

Es necesario que recalquemos que se debe volcar la tensión en la reparación de los llamados daños colectivos, recordemos las palabras de Zannoni de que "de nada valdrían las conceptualizaciones, por sí, si no conducen a una solución justa", la tarea será conceptualizar la indemnizabilidad de todo interés lesionado [Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Ed. Astrea, Bs. Aires, año 1981].

Ya hemos trazado un bosquejo de cuales son los daños colectivos que pueden presentarse día a día y que la asunción del riesgo social impuesto por leyes especiales se toma imperativo.

Para nuestro derecho es de singular importancia la frase de nuestro Preámbulo Constitucional donde se habla de " ... promover el bienestar general para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino..."

CAPITULO VI

DAÑOS LIGADOS A EVENTOS FUTBOLÍSTICOS

NOCIONES GENERALES:

Hemos ido haciendo referencia en varios pasajes de este trabajo a la pasión por los deportes, y en el específico caso de los encuentros futbolísticos, y a la circunstancia que parece estar tipificando a nuestro tiempo, que es, lamentablemente, la inclinación a la violencia.

Planteando el problema del daño hemos de reconocer que en la realidad de los hechos pocas veces se demanda por el tipo de daño que estudiamos, pero esta actitud bien puede atribuirse a la ignorancia acerca del derecho a una reparación, a esa pasividad de soportar el daño como un infortunio.

Recoge Mosset Iturraspe una idea de Ulpiano para demostrarnos a través de un curioso texto romano que la preocupación por las consecuencias de los deportes es antigua. Señala que está sometido a la acción prevista en la Ley Aquilia el jugador de pelota que al lanzarla con violencia dé en el brazo de un barbero que esté afeitando a un cliente y a consecuencia de los cuales resulta herido; pero advierte que la acción no prospera cuando el cliente se hace afeitarse en lugar donde habitualmente se juega a la pelota [Jorge Mosset Iturraspe, Estudios sobre Responsabilidad por Daños, t. II, nota N° 13, pág. 188, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980].

Recordemos que se sostiene que una de las finalidades del Estado es la de garantizar el bienestar general, ese bienestar social y particularmente la salud física y mental de cada uno de los miembros de la comunidad, así como la integridad de su patrimonio. Todo esto es materia del Poder de Policía dentro del cual encontraremos inserta la actividad de reglamentar y reglar los eventos deportivos.

El deporte, como nuevo fenómeno de la vida social, necesita también de un nuevo ordenamiento jurídico que lo vea en toda su magnitud y solucione las cuestiones que se plantean con la producción de daños. Es importante recordar la tendencia que ya hemos visto hacia la socialización de los riesgos y a los seguros obligatorios y fondos de garantía.

Se da una situación particular en los estadios deportivos, desaparece la ciudad, la historia, el destino individual, se rompe todo vínculo -lon la familia y el deber. Al decir de Mosset Iturraspe "han borrado de su memoria todo pasado, han suprimido de su existencia de ciudadanos con nombre, edad, domicilio, oficio, para reducirse a entes abstractos, entidades de pasión incandescentes, de libres e irresponsables efusiones"

Es notoria la actividad de grupos de inadaptados o antisociales que con cualquier pretexto ponen en grave peligro la vida o los bienes de los demás, sea con ocasión del evento deportivo, o por el mero deseo de divertirse, vemos casi a diario a través de los medios de información los daños ocasionados por "hinchas" que se retiran de un partido de fútbol, por los componentes de una patota, etc.

Ya hemos dicho que en nuestra concepción el derecho debe tender a que todo daño encuentre su reparación adecuada, impidiendo que las víctimas queden insatisfechas.

La actividad deportiva crea u origina un haz de relaciones entre los sujetos que se encuentran ligados a ella, veremos así a quienes practican el deporte por un lado, quienes lo presencian como espectadores, los clubes, el dueño o guardián del estadio y el Estado ejerciendo su actividad de policía.

Con relación a tema del incumplimiento de las funciones que nacen del Poder de Policía, sobre todo de contralor y vigilancia, deberá el Estado responder, así como por la habilitación de un estadio peligroso o riesgoso, por permitir la venta de entradas más allá de la capacidad del lugar y por no controlar en la medida de lo posible el comportamiento del público.

Mosset Iturraspe sostiene que la conducta de quienes asisten a un espectáculo deportivo, miembros de grupos, "barras o hinchadas" rivales, no puede ser controlada hasta el punto de evitar los daños que puedan causarse unos a otros, por organizadores ni por los clubes a los cuales son adictos ni por la policía presente en el lugar. Sostiene dicho autor que el anonimato en el que se refugian los autores de desmanes, golpes, lesiones, actúa como agravante. Los dañadores son ubicados como terceros anónimos por cuyo obrar no responde el organizador ni el dueño del estadio o su guardián a menos que hayan cometido algún error en sus funciones, lo asimila al hecho fortuito o de la naturaleza, por el cual nadie responde [Jorge Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 204].

Por nuestra parte adoptamos la posición de que el contrato de espectáculos deportivos o de espectáculos públicos lleva ínsita una cláusula de garantía de indemnidad para el concurrente, quien, con absoluta buena fe, presume el cumplimiento de las medidas de seguridad [art. 1198 primera parte del Código Civil].

Señalan Garrido y Andorno que en función del art. 902 del Código Civil se tiene el deber de adoptar las más eficaces medidas de contralor, la experiencia habitual indica 'la reiteración de riñas, agresiones, actos vandálicos, hurtos en grupo [patotas] por liberación de los instintos primitivos, en algunos casos impulsados por la pasión y en otros por la inclinación delictiva, en estos lugares el peligro de daños es permanente [Garrido y Andorno, op. cit., pág. 132].

La falta de individualización del agresor no puede ser sostenida como supuesto de fuerza mayor por aquellos que con su negligencia han permitido el acceso de individuos peligrosos portadores de objetos contundentes por falta de la adecuada vigilancia y contralor, la posibilidad del acceso subrepticio es, precisamente, el riesgo a cargo -como eventualidad- frente al beneficio económico que se obtiene con la explotación deportiva.

Hay una concurrencia de la responsabilidad contractual con la aquiliana derivada del hecho de los dependientes [art. 1113, primera parte, del Código Civil], esto es interesante ya que se presenta la posibilidad de doble acción, directa contra el empresario con base contractual, y por imperio del art. 1107 del Código Civil se podrán aplicar las normas de los cuasidelitos, la acción es indirecta o refleja con base en la negligencia notoria de los dependientes por omisión de los deberes de contralor y es deducida por la responsabilidad extracontractual de la empresa organizadora.

Por todo lo expuesto sostenemos que el empresario u organizador de un espectáculo deportivo, en este caso en particular un partido de fútbol, debe responder por los daños sufridos por un espectador derivados de agresiones cometidas por otros espectadores, ya que tales hechos demuestran negligencia por parte del organizador en la adopción de adecuadas medidas de contralor tendientes a mantener indemnes al espectador.

Hay que recordar, también, lo que ya hemos dicho, con respecto a la responsabilidad colectiva aplicada al espectáculo, ya que la violencia colectiva como se puede comprobar, es bastante común en el fútbol.

Existe también el problema del cumplimiento de la función policial y por nuestra parte considerarnos que los grupos de individuos no están debidamente controlados por los organismos estatales encargados de hacer efectiva la seguridad y el orden público. Recordemos lo que se ha recogido en numerosos fallos con respecto a las funciones que implica el Poder de Policía del Estado, que constituye la potestad de restringir la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía del todo; de implantar reglas de buena conducta, para evitar conflictos y establecer normas tendientes a proteger la vida, la propiedad y la salud de los habitantes y del pueblo en general.

En este trabajo ya hemos señalado que cuando el Estado no cumple, esa función comienza a estructurarse el tema de la responsabilidad, cuando se habla de fútbol existen normas que obligan a dividir debidamente los lugares desde los cuales presenciarán el evento los simpatizantes de cada club, a fin de evitar agresiones recíprocas, la policía acostumbra a ir con armamento específico como ser escopetas lanzagases, perros y caballos, etc., y cumplen sus funciones dentro y en las adyacencias del estadio por ser un lugar público afectado y cuyo cuidado le es adjudicado.

Coincidimos con Bosso de que la administración pública a través de sus órganos dependientes de la Policía de Seguridad, sería responsable *In solidum*", conjuntamente con los organizadores del espectáculo, en el supuesto de hallarnos ante un desorden en el que resulte lesionado algún espectador, no participante en la riña, como consecuencia de no haber adoptado los organizadores las medidas de prevención particulares que se le imponen y no haber adecuado su conducta los órganos que ejercían la función de Policía de Seguridad en cuanto a la prevención o represión M incidente con la eficacia que se requiere en tales casos [Bosso, op. cit., pág. 166].

También, en el supuesto del daño producido por un grupo indeterminado, hemos sostenido que puede este hecho generar la responsabilidad de la entidad organizadora y/o de la administración pública, lo cual nos llevaría a la debida satisfacción de la víctima.

Es importante recordar que los problemas también se suscitan fuera de las canchas, en su radio de influencia, teniendo como víctimas a bienes y personas que se encuentra en las adyacencias y no ya motivados, siempre, por el calor del espectáculo.

Esa conducta está lejos de ser imprevisible y no creemos que pueda hablarse de irresistibilidad por parte de quienes ejercen la función policial.

Por otra parte se podría formar un fondo de garantía con un por ciento de lo abonado por quienes concurren a los estadios que estaría incluido en el costo de la entrada, esto nos garantizaría una adecuada reparación a la víctima cuando no encontremos al autor o al grupo del cual partió la agresión o no juegue la obligación de seguridad como ocurre dentro del estadio; pero, consideramos que hasta tanto esto no sea implementado satisfactoriamente, siempre cabrá accionar contra el Estado.

Debemos tener siempre en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar y la previsibilidad de las consecuencias dañosas que ocurren con motivo de los eventos futbolísticos.

Creemos también conveniente establecer un radio de "zona máxima de seguridad" que abarque las adyacencias de los estadios cuyo límite será fijado según las condiciones del lugar.

Un comentario aparte merece la sanción de la ley N° 23.184, publicada en el B.O. del 25 de junio de 1985, denominada "Régimen Penal y contravencional para la Violencia en Espectáculos Deportivos. Responsabilidad Civil".

La referida ley está dividida en cuatro capítulos, cuyos tres primeros están dedicados al aspecto penal y contravencional mientras el capítulo cuarto habla de responsabilidad civil.

En el art. 1º se establece que se aplicará: "A los hechos previstos en él cuando se comentan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública, o inmediatamente antes o después de él'.

El art. 33 fija el régimen de la responsabilidad civil, los sujetos responsables serán las entidades o asociaciones participantes, quienes están obligadas en caso de ser más de una, en forma solidaria frente a las víctimas, gozando aquella que hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde de la acción de reintegro contra los otros codeudores.

Se sostiene que la responsabilidad es objetiva basada en el riesgo creado, y recordemos que ya en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil se sostuvo que en los casos de responsabilidad objetiva el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad sobre la que pesa una, presunción de responsabilidad.

El art. 33 fija como ámbito de aplicación a los estadios y limitado en el tiempo al desarrollo del espectáculo, habla de "en los estadios y durante su desarrollo", entendemos que se refiere a todo el tiempo de afectación para el evento. Asimismo da como eximente de la responsabilidad civil la culpa por parte del damnificado.

Esta ley que comentamos trata de desanimar las conductas que originan estas consecuencias dañosas que tanto tratamos de reparar, estableciendo agravantes. En el art. 32 se establece que el Poder Ejecutivo, en jurisdicción nacional, podrá disponer la clausura temporaria o definitiva de los estadios y habla de las razones de deficiencia en los locales, fallas de organización para el control y vigilancia, lo cual recalca aún más que el Poder de Policía está comprometido en el tema.

Ya hemos sostenido que está en juego el interés general y que a la vez no considerarnos al daño como un infortunio que debe ser tolerado por designios divinos, lo que nos lleva a indagar como ya lo hemos hecho al hablar de las nuevas fronteras de la responsabilidad civil, sobre quien o quienes en definitiva deberá distribuirse el daño.

CONCLUSIONES

- 1.- Ensanchamiento del marco clásico de la responsabilidad civil. Socialización de riesgos.
- 2.- Todo daño debe ser reparado. Detrás de un daño hay un riesgo o el actuar de una persona.
- 3.- Necesidad de los seguros y los fondos de garantía.
- 4.- Valorización de los daños colectivos. Tendencia a su reparabilidad.
- 5.- El Estado está obligado a reparar en virtud del Poder de Policía.
- 6.- La responsabilidad colectiva existe en nuestro derecho con base en el riesgo y puede inferirse analógicamente un sistema del art. 1119 del Código Civil.
- 7.- Con respecto a los daños ligados a los eventos futbolísticos son factibles de ser obligados a reparar los organizadores, los clubes intervinientes, grupos determinados, un sujeto determinado o bien el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA ANZORENA, Arturo: "Adiciones a Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuente de las Obligaciones", t. IV, 2da. ed., Ed. TEA, Bs. Aires, 1958.
- AGUIAR DIAS, José: "Tratado de la Responsabilidad Civil", Bs. Aires, Cajica, 1957.
- AGULLA, Juan Carlos: "La Promesa de la Sociología", Ed. Belgrano, 1983.
- ALTERINI, Atilio A.: "Límites de la Responsabilidad Civil", 2da. ed., Bs. Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1979.
- ALTERINI, Atilio A., Oscar AMEAL y Roberto M. LOPEZ CABANA: "Curso de Obligaciones", t. II, 2da. ed. Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1982.
- ANDORNO, Luis O.: "La Responsabilidad Civil y la Obligación 'in solidum'", J. A. Doctrina 1972.
- "Primer Simposio Ibero-americano sobre Seguro y Reaseguro", "La Responsabilidad de las Entidades Deportivas", Bs. Aires, 1984.
- BARBERO, Doménico: "Sistema del Derecho Privado", t. IV, Ed. Ejea, Bs. Aires, 1967.
- BIELSA, Rafael: "Derecho Administrativo", t. IV, Ed. El Ateneo, 4ª ed., Bs. Aires, 1947.
- BOFFI BOGGERO, Luis M.: "Responsabilidad", Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XXIV.
- "Tratado de las Obligaciones", t.5, Ed. Astrea, Bs. Aires, 1981.
- BOSSO, Carlos M.: "La Responsabilidad Civil en el Deporte y en el Espectáculo Deportivo", Ed. Némesis, Bs. Aires, 1984.
- BREBBIA, Roberto H.: "Accidentes de Automotores", Ed. Astrea, Bs. Aires, 1961.
- BUERES, Alberto J.: "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos" Ed. Abaco, Bs. Aires, 1981.
- "Responsabilidad Civil de los Médicos", Ed. Abaco, Bs. Aires, 1979.
- "Responsabilidad Civil del Escribano", Ed. Hammurabi, Bs. Aires, 1984.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, 4ª ed., Bs. Aires, 1983.
- CALABRESI, Guido: "El Coste de los Accidentes - Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil", Ed. Ariel-Derecho, Barcelona, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro y Briant GARTH: "El Acceso a la Justicia", Colegio de Abogado de La Plata, 1983.
- CASIELLO, Juan José: "Homenaje a la Prof. Dra. María Antonia Leonfanti - Notas sobre el concepto de Responsabilidad Civil", Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Rosario, 1982.
- "Daño Ecológico", Ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983.
- CAZEUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix A.: "Derecho de las Obligaciones", Ed. Platense, La Plata, 1976.
- COLOMBO, Leonardo: "Culpa Aquiliana", Ed. La Ley, Bs. Aires, 1944.
- "Culpa Aquiliana", 3ra. ed. actualizada, Ed. La Ley, Bs. Aires, 1965.
- CHABAS, Francois, Henri, Leon y Jean MAZZEAUD: "Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle", t. III, 2do. vol., Ed. Montchrestien, París, 1983.
- DAVID, Pedro: "Conducta; Integrativismo y Sociología del Derecho" Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. Aires, 1970.
- DEL VECCHIO, Giorgio: "Filosofía del Derecho" con adiciones de Luis Recaséns Siches, 2ª ed., Barcelona, 1935.

- DEMAREZ, Jacques: "L'Indemnisation du Dommage Occasioné par un Membre Inconnu d'un Groupe Déterminé", Ed. L.G.D.J., París, 1967.
- DIAZ, Manuel María: "Derecho Administrativo", t. IV, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. Aires, 1969.
- ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heinrich: "Derecho de Obligaciones" Ed. Bosch, Barcelona, 1966.
- FARINA, Juan M.: "El Seguro y el Lenguaje Jurídico", Revista del Derecho Comercial y de la Obligaciones, Doctrina, Ed. Depalma. N°76/77, Bs. Aires, 1980.
- FREITAS, A. T. de: "Esbozo de Código Civil", traducido al castellano por Arturo Pons, Ed. Revista Nacional, Bs. Aires, 1901.
- GARRIDO, Roque Fortunato: "Fijación de los Lineamientos Generales del Sistema de la Responsabilidad Civil" Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971.
- "La Responsabilidad Objetiva y la Culpa Objetiva (el nuevo artículo 1113 del Código Civil)", J.A., Doctrina 1969.
 - "Responsabilidad Objetiva y Riesgo Creado", J. A., Doctrina 1974.
- GARRIDO, Roque Fortunato y ANDORNO, Luis O.: "Reformas al Código Civil, 2da. ed., Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. Aires, 1971.
- "El art. 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado", Ed. Hammurabi, Bs. Aires, 1983.
- GHERSI, Carlos A.: "Reparación por Incumplimiento", Ed. Hammurabi, Bs. Aires, 1983.
- "Juicio de Automotores", Ed. Hammurabi, Bs. Aires, 1983.
- GIL IGLESIA, Roberto A.: "Derecho Civil. Obligaciones", Ed. La Justicia, Bs. Aires, 1982.
- GOLDENBERG, Isidoro H.: "La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil", Ed. Astrea, Bs. Aires, 1984.
- LARENZ Karl: "Derecho de Obligaciones" Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LEVENE, Ricardo (h): "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. Aires, 1978.
- LOPEZ CABANA, Roberto M.: "La Responsabilidad Colectiva en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Latinoamericano", Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho Latinoamericano, Roma, 1986.
- LOPEZ CABANA, Roberto M. y LOVERAS, Néstor: "Responsabilidad Colectiva, pautas para su aplicación en el Derecho Civil Argentino", E.D. t. 48.
- LOPEZ OLACIREGUI, José María: "Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1978.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones" 2da. ed. Ed. Perrot, Bs. Aires, 1973.
- MAIHOFER, Werner: "La Legislación y la Administración de Justicia en el Campo de Tensión entre el Estado y la Sociedad", Ed. Universitas, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, edición trimestral en lengua española, N° 3, 1971.
- MARIENHOFF, Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1980.
- MAZEAUD, Henri y TUNC, André: "Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civile", Ed. Montchestien, París, 1970.
- MORELLO, Augusto Mario: "La Defensa de los Intereses Difusos", J. A., 1982.
- MORELLO, Augusto Mario y STIGUIZ Gabriel: "Daño Moral Colectivo", Ponencia presentada a las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. San Juan, 1984.

- "Valor de la Vida Humana", ponencia presentada en las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín (Prov. de Bs. As.), 1984.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: "Responsabilidad por Daños", Ed. Ediar, Bs. Aires, 1971.
- "Estudios sobre Responsabilidad por Daños", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980.
- "Daños Causados por un Miembro no Identificado de un Grupo Determinado", J. A., Doctrina, 1973.
- "Responsabilidad del Banco por el obrar de un Agente Anónimo", J. A., 1973.
- "Nuevas Fronteras de la Responsabilidad Civil", Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 1, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1977.
- MOISSET DE ESPANES, Luis: "Reflexiones sobre el 'Daño Actual' y el 'Daño Futuro' con relación 1-1 Daño Emergente y al Lucro Cesante", E. D., N° 59. "El Cambio Social y el Derecho Comparado", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Doctrina, Año XLIV, 1981.
- OLMSTED, Michael S.: "El Pequeño Grupo", Ed. Paidós, Bs. Aires, 1981.
- ORTEGA Y GASSET, José: "La Rebelión de las Masas" Ed. Hyspamérica Ediciones Argentinas S.A., Bs. Aires, 1984.
- ORGAZ, Alfredo: "El Daño Resarcible", Ed. Lerner, Córdoba, 1980.
- POUND, Roscoe: "Justicia Conforme a Derecho", Ed. Letras S.A., 1965.
- POVIÑA, Alfredo: "Tratado de Sociología", Ed. Astrea, Bs. Aires, 1977.
- QUIROGA LAVIE, Humberto: "Los Derechos Públicos Subjetivos y la Participación Social", Ed. Depalma, 1985.
- REIRZ, Ma. Graciela: "La Responsabilidad del Estado", Bs. As., 1969.
- RIPERT, George: "La Regle Moralé dans les Obligations Civiles". 4ta. ed., 1949.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t V, Bs. Aires, Ed. La Ley, 1965.
- SALERNO, Urbano Marcelo: "La Libertad en el Código Civil", E. D. t. 83.
- SANTOS BRIZ, Jaime: "La Responsabilidad Civil", 2da. ed., Ed. Montecorno, Madrid, 1977.
- "Adiciones a Larenz en Derecho de Obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- SPOTA, Alberto G.: "Responsabilidad por Accidentes Deportivos", J. A., t. II, 1942.
- STIGLITZ, Gabriel A.: "La Responsabilidad Civil. Nuevas Formas y Perspectivas" E. La Ley, Bs. Aires, 1984.
- TUNC, André: "Directivas de las Comunidades Europeas en Materia de Responsabilidad por el hecho de los Productos Defectuosos", Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 1, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1977.
- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto: "La Violencia en Espectáculos Deportivos: Responsabilidad Civil en la Ley N° 23.184" Diario La Ley, 4 de noviembre de 1985.
- VINEY, Genevieve: "Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité: Conditions" Ed. LG. D. J., París, 1982.
- ZANNONI, Eduardo A.: "El Daño en la Responsabilidad Civil", Ed. Astrea, Bs. Aires, 1982.
- ZAPPIETRO, Eugenio Juan: "Violencia y Vandalismo", Revista Mundo Policial, Año 15, N° 50, Bs. Aires, 1984.
- ZWEIGERT, Konrad: "El Derecho Comparado y la Modernización del Derecho, Universitas, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, edición trimestral en lengua española, N° 2, 1973.