Pita, Enrique Máximo “EL HECHO DE LA VÍCTIMA COMO EXIMENTE PARCIAL DE RESPONSABILIDAD (La llamada "culpa concurrente"), Año 2009 / N° 2 / Pag. 245 /

Sumario

I. Factores de atribución y eximentes en la responsabilidad extracontractual II. La culpa o el hecho de la víctima como eximente III. Dolo de la víctima y del causante del daño IV. El hecho de la víctima como causa concurrente del resultado dañoso V. Determinación del porcentaje de incidencia causal del hecho de la víctima en el resultado dañoso VI. Concurrencia de la culpa o hecho de la víctima con la responsabilidad por riesgoVII. La determinación judicial de la culpa concurrente

I. Factores de atribución y eximentes en la responsabilidad extracontractual

1. Los factores de atribución en la responsabilidad civil extracontractual

a) Culpa y riesgo. Prevalencia o coordinación

En la mayoría de los ordenamientos coexisten diversos sistemas de responsabilidad civil extracontractual. Lo usual es que, a la par de un régimen general construido con base subjetiva, donde el título de imputación es la culpa o dolo del agente, se estatuya otro donde la imputación sea de índole objetiva, normalmente sustentada en el riesgo creado. Esa dualidad de régimen genera, a su vez, el debate acerca de los vínculos y eventuales subordinaciones que se establecen entre uno y otro sistema. En ese sentido, si bien hay ordenamientos que carecen de una previsión normativa que reglamente un sistema de responsabilidad objetiva, se ha dicho que el criterio general al que hay que atenerse es al de la idea de culpa y que el precepto que así lo establece -como nuestro artículo 1109- constituye la norma de base y de cierre categorial, aunque vive inserta entre otros criterios que tienen carácter más o menos excepcional y se aplican en segmentos o parcelas específicos [1]. Entre nosotros también ha sido sostenido que -a pesar del reconocimiento normativo de la responsabilidad objetiva en el artículo 1113 del Código Civil y en otras disposiciones particulares- la culpa continuaría siendo el centro del sistema, el principio general, debiendo las responsabilidades objetivas ser emplazadas en un plano subsidiario o excepcional [2].

No constituye el expuesto el criterio prevaleciente sino que, por el contrario, se propone una posición policéntrica o poligenética según la cual coexisten varios sistemas de imputación en relación de coordinación -culpa y riesgo, fundamentalmente-, los cuales deben ser reconocidos como paralelos o equivalentes y donde cada precepto funciona con autonomía, no pudiendo decirse que el que determine la responsabilidad objetiva opere en forma supletoria cuando -por ausencia de culpa- no sea aplicable el que regule la responsabilidad subjetiva [3].

b) Responsabilidad subjetiva y objetiva. Variantes y subsistemas. El Derecho argentino

Los dos modelos descriptos -subjetivo y objetivo- admiten, a su vez, variantes o modulaciones que pueden sistematizarse de este modo: a) Una responsabilidad subjetiva atenuada, donde no se prescinde de la culpa como título de imputación pero, a diferencia del sistema subjetivo puro de responsabilidad o de culpa probada, se establece legalmente una presunción iuris tantum de culpa del agente dañoso quien, para liberarse, debe demostrar su falta de culpa; b) Una responsabilidad objetiva absoluta o ultraobjetiva, donde la responsabilidad deriva de la mera causalidad física, sin posibilidad de alegar circunstancia exoneradora alguna, aun cuando ésta cuente, en abstracto, con idoneidad suficiente para interrumpir el nexo causal.

Por lo demás, la enunciación de esta última categoría -responsabilidad objetiva absoluta- permite reconocer, a contrario, una modalidad relativa o atenuada donde, si bien la responsabilidad deriva de la mera comprobación de los presupuestos objetivos fijados por la norma (una específica actividad, la intervención de una cosa riesgosa o viciosa, etc.), al mismo tiempo se permite -o no se prohíbe- la invocación por el responsable de eximentes más o menos acotadas.

Las categorías precedentes -abstractamente enunciadas- pueden ser trasladadas al Derecho nacional. La regla de la responsabilidad subjetiva pura está contenida en el artículo 1109 del Código Civil. El artículo 1113, segundo párrafo, primer apartado del Código Civil se adscribe al subsistema de "responsabilidad subjetiva atenuada". La responsabilidad objetiva atenuada o relativa deriva, básicamente, del precepto general contenido en el segundo párrafo, segundo apartado del citado artículo 1113. A partir de allí encontramos regulaciones especiales que, en general y sin llegar a sostener una responsabilidad objetiva absoluta o ultraobjetiva, determinan el margen de actuación de las eximentes admisibles, delimitándolas y fijando sus condiciones de procedencia según el tipo de riesgo al que se pretende dar cobertura (responsabilidad por productos -art. 40, LDC-, espectáculos deportivos -art. 52, ley 24.192-, daño ambiental -ley 25.675-, residuos peligrosos -ley 25.612- o establecimientos educativos -ley 24.830-).

2. Factores de atribución y eximentes

a) Eximentes. Extensión del concepto

Las eximentes permiten una conceptualización amplia que las identifica con toda circunstancia que tenga virtualidad para incidir en cualquiera de los presupuestos de la responsabilidad civil [4]. También y en relación específicamente con la responsabilidad por riesgo, se ha dicho que la señalada noción puede ser aplicada no sólo respecto a la existencia del nexo de causalidad -que es su emplazamiento natural-, sino también a la propia existencia del factor objetivo de atribución, a la prueba del "no riesgo" [5]. A los fines de este trabajo y en tanto el mismo refiere exclusivamente al "hecho de la víctima" como vicisitud eventualmente alegable a título de eximente parcial, el instituto será examinado en su específica vinculación con la relación de causalidad.

Como regla y cualquiera que sea el subsistema de responsabilidad civil de que se trate -salvo el caso de responsabilidad objetiva absoluta- las eximentes referidas al nexo de causalidad -y en especial el hecho de la víctima- pueden ser válidamente utilizables en todo reclamo resarcitorio. No obstante ser ése el principio general, no puede dejar de advertirse -conforme se señalará luego- que la eximente bajo examen -el hecho de la víctima- debe ser analizada dinámicamente, en función del sistema de responsabilidad en que se halla inserta. Pero, aun así, lo que resulta claro es que donde las eximentes vinculadas a la causalidad despliegan su mayor eficacia y operatividad es en el ámbito propio de la responsabilidad objetiva en tanto allí se erigen en las únicas circunstancias válidamente invocables por el responsable para enervar una responsabilidad que deviene de la ley y ante la cual no puede alegarse un actuar diligente o una eventual falta de culpa, como ocurre en los casos de responsabilidad subjetiva (pura o atenuada).

b) Eximentes en particular. Categorías tradicionales. Regulación

A la hora de tipificar o catalogar las eximentes admisibles usualmente se señalan tres supuestos:

a) El hecho de la víctima;

b) el caso fortuito y la fuerza mayor, y

c) el hecho de un tercero por quien no se debe responder.

El Derecho argentino se encarga de caracterizar en forma general a las dos primeras (a la culpa de la víctima en el art. 1111, Cód. Civ. y al casus en los arts. 513 y 514, Cód. Civ.) y en forma específica, a propósito de la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa, al hecho de un tercero (art. 1113, Cód. Civ.).

Sin embargo, cuando el ordenamiento procede a dar tratamiento a supuestos especiales de responsabilidad objetiva, o bien omite toda referencia a las eximentes y a su posible invocación -como ocurre con la responsabilidad de los organizadores de espectáculos deportivos, artículo 52 de la ley 24.192, o las enuncia parcialmente -como acontece con la responsabilidad de los establecimientos educativos, artículo 1117 del Código Civil, texto según ley 24.830, que alude sólo al caso fortuito-. También es parcial la enumeración contenida en el artículo 1113 del Código Civil para la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, donde no se incluye al caso fortuito.

A su vez, las normas específicas se encargan, en más de un caso, de precisar las condiciones bajo las cuales se admiten determinadas eximentes, y así puede establecerse que la culpa de la víctima debe ser exclusiva y no concurrente (art. 29, Ley 25.675 General del Ambiente) o se modalizan algunas de las expresamente previstas (art. 42, Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales, que determina las condiciones bajo las cuales puede invocarse el hecho de un tercero).

c) La "causa extraña no imputable" como eximente genérica

Si bien la triple categorización de las eximentes (hecho de la víctima, hecho de un tercero y el casus) tiene un amplio desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial, lo cual ayuda al intérprete a la hora de determinar su presencia en las situaciones concretas, tal forma de razonar puede llevarnos a pensar que se trata de una suerte de tipificación cerrada (numerus clausus) de circunstancias eximentes y que éstas no pueden ser reconducidas a una regla general.

Es por ello que, a propósito de la responsabilidad contractual, pero en valoraciones que consideramos aplicables al ámbito de la responsabilidad aquiliana, se ha propuesto una noción unitaria que engloba y comprende a todas: la causa extraña no imputable, la cual asume así una significación genérica, donde todas estas figuras particulares resultan intercambiables o equivalentes en cuanto representan el mismo principio general que las abarca a todas, pues se trata, en definitiva, de causas que interrumpen el nexo causal [6].

El criterio de referenciar genéricamente a las circunstancias eximentes es el que se sigue en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a propósito de la responsabilidad por productos. En ese sentido, su artículo 40 (texto incorporado por ley 24.999) determina que "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Como puede verse, acá el legislador ha optado por establecer una regla general, ciertamente abarcativa de las categorías tradicionales, pero sin enunciarlas en modo expreso.

d) Virtualidad exoneratoria parcial de las eximentes

Como regla, cualquiera de las eximentes -o su formulación genérica como "causa ajena no imputable"- pueden operar en forma parcial. Si la norma nada dice al respecto debe siempre entenderse que cualquiera de ellas -aun el caso fortuito [7]- pueden tener una incidencia sólo parcial en el resultado dañoso. Esto es derivación necesaria de la doctrina de la causalidad adecuada, que permite distribuir un daño entre todas sus causas jurídicas, mediante la llamada causalidad parcial (causalité partagée), concepto elaborado por la doctrina francesa, según el cual cabe dividir el nexo causativo entre todos sus componentes, valorando la incidencia causal que cada uno ha tenido en la producción del daño, permitiendo así el reconocimiento de la virtualidad parcialmente liberadora en la causación del daño tanto a la fuerza mayor como a la contribución aportada por el hecho de la víctima [8]. Por el contrario si, como acontece en la norma ya citada de la Ley General del Ambiente (art. 29, ley 25.675), el legislador se ha encargado de precisar que una determinada eximente -en el caso, la culpa de la víctima- sólo puede ser admitida cuando es total y no concurrente, deberá estarse a la expresa previsión legal.

e) Eximentes y sistema de responsabilidad objetiva. Reglas generales

De lo expuesto deben colegirse las siguientes reglas:

a) En los casos de responsabilidad objetiva puede invocarse cualquier circunstancia que demuestre que el daño obedece a una causa extraña no imputable -en particular, el caso fortuito, el hecho de la víctima o el de un tercero por quien no debe responder- con virtualidad suficiente para interrumpir el nexo causal.

b) A esos fines es indiferente que la norma que regule la responsabilidad objetiva de que se trate las enuncie o lo haga parcialmente, incluyendo alguna o algunas de las eximentes enunciadas y guardando silencio sobre las restantes [9].

c) De idéntica manera tales eximentes pueden ser valoradas para concluir en su virtualidad exoneratoria total o solamente parcial, según la respectiva incidencia causal en el daño producido.

d) De las reglas precedentes cabrá apartarse cuando surja clara la voluntad del legislador de excluir determinadas eximentes o de establecer que, en el caso, sólo se admiten aquellas que cuenten con idoneidad suficiente para interrumpir en forma total el nexo causal [10].

e) Lo expuesto no impide que las eximentes se juzguen en función de la especie de responsabilidad de que se trate y así valorar que ellas sean o no extrañas al específico riesgo tenido en cuenta por la norma.

II. La culpa o el hecho de la víctima como eximente

1. Culpa o hecho de la víctima

a) Culpa de la víctima

Es común, tanto en la jurisprudencia como en los propios textos legales, aludir a la eximente bajo análisis como "culpa de la víctima". En nuestro Derecho ello tiene correlato en las previsiones del artículo 1111del Código Civil, que alude a una falta "imputable" al damnificado, y en el propio artículo 1113, que refiere derechamente a la "culpa de la víctima". Esa forma de nominarla -además de otras consecuencias colaterales como la no operatividad de la eximente respecto a personas inimputables- implicaría reconocer virtualidad exoneradora a la conducta de la víctima sólo si le es reprochable, afirmándose así la existencia de un principio de autorresponsabilidad basado en su actuación culpable. Se trata de una teoría subjetiva, sustentada en una reprobación de la conducta de la víctima, que parte de un paralelismo o igualdad de tratamiento entre las posiciones de agente y víctima [11]. En el Derecho argentino también ha sido sostenido un criterio similar, afirmándose así que el efecto eximitorio de responsabilidad sólo puede ser predicado respecto a la culpa de la víctima en sentido estricto y no puede ser extendido al llamado "hecho de la víctima", salvo que éste revista, al mismo tiempo, las características del caso fortuito [12].

b) Identidad entre culpa de la víctima y culpa del responsable. La metáfora del espejo

Para afirmar que los presupuestos de la concurrencia de culpa de la víctima son los mismos que los de la culpa del causante del daño se ha recurrido a la llamada "metáfora del espejo" (spiegelbild). La concurrencia de la culpa de la víctima sería entonces algo así como la culpa del causante del daño vista en el espejo y, por ello, los presupuestos necesarios para determinar que la víctima debe asumir una parte del daño (culpa, daño y relación de causalidad) también son los necesarios para dilucidar si existe o no responsabilidad del causante del daño. Se señalan, también, las consecuencias que de ello se derivan en los supuestos de responsabilidad objetiva o cuando la propia víctima lleva a cabo una actividad peligrosa, de tal modo que debería responder objetivamente si en lugar de víctima hubiera sido causante del daño [13].

A tal forma de razonar se le ha objetado que confunde la culpa, en cuanto título de imputación de la responsabilidad del agente, con la culpa de la víctima, que no es título de imputación de autorresponsabilidad sino título de exoneración de la responsabilidad para el agente dañoso, porque es demostrativo de que éste no causó el daño, esto es, de que no se lo puede imputar objetivamente [14].

c) Culpa "impropia" de la víctima

Ha sido debidamente advertida la impropiedad de la expresión "culpa de la víctima". Si por culpa se entiende la infracción de un deber jurídico respecto a un tercero, que en el ámbito propio de la responsabilidad civil se corresponde con el deber de no dañar al prójimo, no puede hablarse estrictamente de culpa en los supuestos en que el perjudicado contribuya a la causación de su propio daño [15]. En ese sentido el concepto se desarrolla a partir del necesario distingo que debe hacerse entre "deber jurídico" y "carga" pues el primero es impuesto a un sujeto para tutelar un interés ajeno y la segunda la tiene un sujeto en interés propio; por ello, sólo existen deberes frente a otras personas, pero no frente a uno mismo, de donde sólo puede hablarse de la existencia de una "carga" y no de un "deber" en la esfera jurídica de la víctima [16]. Es por ello que cuando en los siguientes desarrollos se aluda a la "culpa de la víctima" como eximente lo haremos, en todo caso, en su formulación "impropia" y dando por presupuesto que la conducta es atribuida a un damnificado civilmente imputable.

d) Hecho de la víctima. Causalidad

Por lo ya expresado, la cuestión referida a la virtualidad exoneratoria de la conducta de la víctima debe ser emplazada, no en la culpa, sino en la relación de causalidad. No se trata de ponderar culpas sino autorías materiales y, desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño. Si no existe nexo causal entre la conducta del sindicado como autor material del menoscabo y el daño producido, en modo alguno se puede configurar la obligación de resarcir, por defecto de uno de sus presupuestos ineludibles [17]. En tales condiciones, que la víctima causante de su propio perjuicio sea o no culpable de su actuación resulta indiferente para el sujeto agente, a quien basta con que se trate de una causa ajena a su actuación, debiendo por ello hablarse de la "acción de la víctima" o del "hecho de la víctima" sin acudir a un matiz subjetivista que es innecesario y tergiversador [18].

En la búsqueda de una fórmula que concilie la tradicional versión culpabilística de la eximente con su actual impronta causalista, los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil, elaborados en 2005 por el llamado European Group on Tort Law, a los fines de excluir o reducir la responsabilidad del autor del daño, refieren genéricamente a la "conducta o actividad concurrente de la víctima" (art. 8:101). De esa forma se pretenden superar las deficiencias que se derivan, no sólo de una terminología ampliamente diversa, sino también de la idea que resulta de la calificación tradicional de la conducta de la víctima como "negligencia" o "culpa" y que induce a error, porque la exclusión o reducción también se aplica en casos en que lo que es relevante no es la conducta de la víctima sino el hecho de que ella haya contribuido al daño mediante una actividad cuya puesta en práctica comporta unos riesgos que, al materializarse, contribuyen a su producción o agravación [19].

Este ensanchamiento del ámbito de actuación de la eximente -de la culpa de la víctima a su hecho o actividad- no es óbice para advertir que la causa aportada por la víctima, exoneradora de la responsabilidad del agente dañoso, es casi siempre consectaria a una causación culpable, toda vez que la mayoría de los supuestos en que se reconoce que la víctima aportó la causa eficiente del daño, ésta había omitido la diligencia para evitar su propio daño [20]. Por ello el emplazamiento de la eximente en el ámbito estricto de la causalidad contribuye a resolver aquellas situaciones donde la imputación culpable no puede configurarse por falta de alguno de sus presupuestos -estado de inconsciencia, sujetos inimputables, etcétera-, pero la impronta subjetiva mantendrá su operatividad para los restantes supuestos -ciertamente más numerosos y frecuentes- aun cuando se concluya que lo que en definitiva se valora es la incidencia causal en el resultado dañoso de esa conducta "culpable" del damnificado.

2. La eximente "culpa o hecho de la víctima" en los diversos subsistemas de responsabilidad civil extracontractual

Perfilados -en abstracto y también con especial referencia al Derecho argentino- los tres subsistemas básicos de responsabilidad aquiliana (subjetivo puro, subjetivo atenuado y objetivo atenuado) cabe ahora determinar el modo en que opera en cada uno de ellos la eximente "culpa o hecho de la víctima".

a) Responsabilidad subjetiva pura

En la responsabilidad subjetiva o por culpa probada -artículo 1109 del Código Civil- está a cargo del damnificado la prueba de la culpa del autor del daño. Se parte de una presunción de inocencia que deberá ser destruida por la víctima, demostrando la culpa del dañador. En ese contexto, no se encuentra el demandado impelido a invocar alguna circunstancia eximente, pudiendo adoptar una actitud pasiva, y se pone a cargo del reclamante la demostración de la presencia del factor de atribución subjetivo. Igualmente, ello no es óbice para que la culpa de la víctima sea alegada por el demandado, como forma de acreditar la existencia de una causa ajena y asegurarse así el rechazo de la pretensión [21].

b) Responsabilidad subjetiva atenuada

En tal supuesto -artículo 1113, segundo párrafo, primer apartado, Código Civil- la ley determina una presunción de responsabilidad del autor del daño y al demandado le bastará probar que obró diligentemente, pero nada impide, sin embargo, que su actividad probatoria pueda ir aún más lejos, demostrando la presencia de una causa ajena que interrumpe el nexo causal [22]. En la hipótesis enunciada la culpa es el criterio de imputación y la falta de culpa el de exoneración, y aun cuando la norma no determine específicamente otras eximentes, ellas deben reputarse implícitas, y así siempre que haya culpa de la víctima, en tanto que demostrativa de la ausencia de culpa del reputado responsable, habrá exoneración de responsabilidad [23].

c) Responsabilidad objetiva

Es en la responsabilidad objetiva -salvo que ésta sea reglamentada con carácter absoluto- donde la eximente exhibe su mayor y más amplia operatividad en tanto allí -como regla- se erige en la única defensa -juntamente con las demás que configuran una "causa extraña no imputable"- válidamente argüible por el agente dañoso. Acá no se enfrentan "culpa" con "culpa" -como en los supuestos anteriores- sino que se parte de una responsabilidad objetiva del creador del riesgo, en principio inexcusable, que sólo puede ser enervada mediante la demostración de una causa extraña -entre ellas el "hecho de la víctima"- con virtualidad suficiente para interrumpir -total o parcialmente- el nexo causal [24].

Sobre la concurrencia de riesgo y culpa y la forma en que se determina la incidencia causal de cada factor en el resultado dañoso se volverá luego.

III. Dolo de la víctima y del causante del daño

En el Derecho argentino constituye doctrina recibida que el comportamiento de la víctima que se pretende alegar como eximente debe ser calificado como doloso, o sea que si se corresponde con una actuación consciente y voluntaria de su parte, el dolo del damnificado absorbe íntegramente la incidencia causal de toda posible conducta culpable del accionado. Inversamente, si el accionar doloso debe ser imputado al demandado éste absorbe el hecho, culpable o no, de la víctima [25].

1. Dolo de la víctima

a) Regla general

Cuando quien actúa dolosamente es la propia víctima se considera, con diversos argumentos (buena fe, abuso de derecho), que ello excluye la responsabilidad de quien interviene en la producción del daño. Así, si la víctima se lanzó voluntariamente a las vías del tren, ello se constituye en causa exclusiva del perjuicio (o autodaño) con virtualidad para restar toda incidencia causal a cualquier otra circunstancia atribuible al responsable del servicio ferroviario (falta de señalamiento, inexistencia de cercos o falta de pasos sobre nivel, etc.) que, respectoa otros damnificados -aun negligentes-, hubiera justificado hacerlo responder por el daño causado [26].

b) Excepciones. Deber de seguridad

Sin perjuicio de la regla general precedentemente sentada, se encarga la doctrina de dejar a salvo aquellos supuestos en que pesa sobre el que ha actuado negligentemente el deber de impedir que la víctima se cause un daño a sí misma. O sea que distinta será la situación frente al suicidio o autolesión de una persona detenida en una dependencia policial o penitenciaria o internada en un establecimiento psiquiátrico donde, si bien ha mediado una acción intencional de la víctima, ésta se inserta en el contexto de una relación previa -obligacional o no- que lleva implícita una obligación de seguridad. No obstante, puede igualmente reducirse la indemnización teniendo en cuenta el alcance que tenga ese deber de diligencia de las personas o instituciones que deben garantizar la seguridad de la víctima o el fin de protección de la norma que impone tal deber [27]. La jurisprudencia nacional ha debido ocuparse del tema y así encontramos pronunciamientos que, previo a verificar si se encuentra cumplido este deber de seguridad por el establecimiento sanatorial o penitenciario, han admitido la pretensión [28] o la han desestimado [29], apreciándose en algún caso si la respectiva obligación era de medios o de resultado [30].

c) El dolo de la víctima en la responsabilidad civil de los organizadores de espectáculos deportivos

En relación con el punto, cabe formular algunas especificaciones respecto a la obligación de seguridad que incumbe a los organizadores de eventos deportivos y a la responsabilidad establecida a su respecto por el artículo 51 de la ley 24.192. En tal supuesto la valoración de la conducta de la víctima deberá hacerse, como ocurre con las demás eximentes, en correspondencia con la especial situación tenida en cuenta por la ley -prevenir y sancionar los daños que se producen en los espectáculos deportivos- y con las particularidades que presenta esa actividad. En ese sentido se ha dicho que quien organiza un evento deportivo debe procurar los medios y precauciones para que se desarrolle sin peligros para el público concurrente, aun previendo -porque no es imprevisible- la imprudencia o temeridad del público concurrente a esas justas deportivas, cuyo entusiasmo notorio en ese tipo de espectáculo le hace incurrir a veces en riesgos que una adecuada actividad preventiva puede evitar o disminuir [31].

Pero, cuando el daño se produce mediando un comportamiento consciente y deliberado de quien concurre a un espectáculo deportivo (dolo), éste debería tener virtualidad suficiente para exonerar totalmente de responsabilidad al organizador. Así ocurrirá cuando la víctima ha participado activamente en las agresiones, disturbios o avalanchas como derivación de los cuales se produjeron los daños cuya reparación reclama. Si la finalidad de la ley 24.192 es erradicar la violencia en los espectáculos deportivos y sancionar -penal y contravencionalmente- a quienes participan o promueven tales hechos, no pueden sus autores o partícipes al mismo tiempo pretender que el organizador les otorgue protección e indemnidad respecto a los daños que ellos han generado.

Por lo expuesto no nos convence la solución arribada por las instancias de grado inferior en un pronunciamiento resuelto en instancia extraordinaria por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Se trataba de la muerte de una persona por herida de arma blanca en ocasión de disturbios producidos en un estadio de fútbol y -según se infiere de los considerandos del fallo- el fallecido, que pertenecía a una de las barras bravas en conflicto, no sólo no se retiró del lugar cuando se produjo la gresca sino que participó activamente en ella y se encontraba en estado de ebriedad. La demanda fue admitida contra los organizadores y se fijó la culpa concurrente de la víctima en un 50%. El Superior Tribunal declaró formalmente improcedente el recurso extraordinario provincial deducido pues la potestad de distribuir los porcentajes de responsabilidad civil configura en principio una facultad privativa del tribunal de grado de distribuir porcentajes de responsabilidad, irrevisable en casación, salvo absurdidad [32].

2. Dolo del causante del daño

a) Regla general

Cuando, inversamente a lo expuesto, media dolo del causante del daño y culpa de la víctima, se arriba a similares resultados. La regla general será que tal comportamiento doloso del responsable excluye toda posible relevancia de la concurrencia de la culpa de la víctima. Un caso -resuelto por el Tribunal Supremo de España- explica adecuadamente el principio. Se trataba de un funcionario de correos que se había aprovechado de esa condición para sustraer tarjetas de crédito que algunos clientes habían enviado a sus clientes y, una vez en posesión de las mismas, se ponía en contacto con los titulares haciéndose pasar por empleado del banco y -con diversas excusas- obtenía las claves secretas de esos clientes, apropiándose luego del dinero depositado. La empresa estatal de correos demandada alegó que había mediado falta de diligencia de los titulares de las tarjetas al facilitar sus claves y pretendió se la excusara parcialmente de responsabilidad. El tribunal concluyó desestimando tal defensa señalando, al mismo tiempo, que "del engaño de que se sirvió el empleado para obtener los números secretos, no puede deducirse culpa alguna de los titulares de las tarjetas de crédito, cuyo datos obtuvo aquél utilizando su condición de cartero y aprovechándose de su función, por cuanto aunque efectivamente dichos números secretos no deben facilitarse a nadie, ni siquiera a los que desempeñan cargos en el Banco, su comportamiento no ha de reputarse negligente, al valerse aquél de un engaño que sorprendió la buena fe de aquéllos" [33].

b) Excepción: provocación por la víctima

Se sostiene que la regla precedente -irrelevancia de la culpa de la víctima frente al dolo del causante del daño- debe ser excepcionada cuando aquélla ha provocado o incitado el suceso dañoso. Se dice que aun cuando la provocación como tal no es una causa de exoneración y no implica que la conducta del causante pierda su carácter de ilícito civil, tiene igualmente una repercusión directa en la conducta de éste y, en ese sentido, contribuye al daño y puede, por lo tanto, ser tenida en cuenta para reducir la indemnización [34].

3. Dolo recíproco

Si el demandado causó intencionalmente el daño y la víctima también contribuyó intencionalmente al mismo, se ha sostenido que no corresponderá reparación alguna como derivación del principio propiam turpitudinem allegans non est audiendus, argumentándose también con invocación de lo dispuesto en el artículo 932, inciso 4° del Código Civil, norma que veda la alegación de la nulidad por dolo cuando éste es recíproco [35]. Prevalece en la doctrina nacional, por el contrario, el criterio según el cual el daño debe ser igualmente reparado, aun mediando dolo del demandado y de la víctima, en función de la incidencia que cada conducta dolosa pudiere haber tenido en la producción del menoscabo, único o recíproco [36].

En esa misma línea se ha señalado que en el criterio que no admite el reparto del daño cuando ha mediado dolo de la víctima anida un argumento punitivo, por cuanto se pretende castigarla por haber intervenido en la causación de su propio daño, lo cual representa una concepción delincuencial de la responsabilidad civil, que no es de recibo. De lo que se trata, en definitiva, es de evitar que se impute al agente la parte del daño que ella se causó y ello implica que la conducta dolosa de uno de los sujetos intervinientes no excluye necesariamente la compensación, y el dolo, salvo que acapare la entera causalidad, será un elemento más determinante de la cuota de aportación causal del que lo ha empleado, ya sea el agente dañoso, la víctima sólo, o incluso, los dos concurrentemente. No obstante se reconoce también que ello es así en términos teóricos pues, en la práctica, la conducta dolosa de la víctima suele acaparar la total causación del daño y, en tal caso, debe ser considerada causa única del daño [37].

IV. El hecho de la víctima como causa concurrente del resultado dañoso

1. Caracterización

El hecho de la víctima puede erigirse en causa exclusiva del evento dañoso, en cuyo caso la pretensión indemnizatoria deberá ser desestimada, o -como ocurre con frecuencia- tener una incidencia sólo parcial en el resultado. En este último supuesto el agente queda parcialmente exonerado de la obligación de reparar, indemnizando a la víctima únicamente la parte del daño que causó, según el grado de aportación causal que corresponde reconocerle.

El hecho concurrente de la víctima puede insertarse tanto en un sistema de responsabilidad subjetivo como objetivo, lo cual determinará que sean diferentes los criterios en función de los cuales se cotejen ambos factores -la culpa o el riesgo que aporta el agente del daño y el hecho de la víctima- generándose así una situación dinámica que no siempre resulta reconducible a criterios estrictos o absolutos.

En este capítulo nos abocaremos, entonces, a analizar los criterios en función de los cuales corresponde distribuir entre autor y damnificado las consecuencias dañosas y las soluciones que se han propuesto respecto a la determinación de las cuotas de aportación causal de uno y otro.

2. Precisiones terminológicas. Diferencias con otras categorías

El hecho o la culpa de la víctima es una eximente que guarda relación con otras figuras o institutos de la responsabilidad civil, respecto de los cuales -a veces- se lo suele confundir o englobar, lo cual -sin perjuicio de la imprecisión conceptual que eventualmente se genera- acarrea, también, consecuencias concretas a la hora de establecer los daños y determinar a quién y de qué modo se imputan. Es por ello que creemos necesario formular las siguientes especificaciones, dirigidas a perfilar la eximente bajo análisis y establecer sus relaciones o diferencias con institutos similares.

a) Culpa concurrente

Constituye ésta una expresión que tiene una larga tradición -en correspondencia con el sistema de responsabilidad puramente subjetivo y de culpa probada que imperaba bajo la codificación- pero que, en los tiempos que corren, se encuentra requerido de imprescindibles adaptaciones. Así, por un lado, la categoría "culpa de la víctima", cuya impropiedad ya fuera señalada, resulta ahora referenciada a la noción amplia de "hecho de la víctima" para poner de resalto que la conducta del damnificado no tiene por qué ser reputada culpable, al menos en su sentido propio y específico. Por el otro, la referencia a la "culpa concurrente" da por supuesto que la eximente "culpa de la víctima" se opone o "concurre" con una conducta culpable del agente del daño, lo que puede ser cierto en el ámbito propio de la responsabilidad subjetiva pura pero no cuando se trata de los casos, cada vez más frecuentes, de responsabilidad objetiva.

Es por ello que la doctrina nacional coincide en sostener que, en puridad, más que de "culpas concurrentes" debe hablarse de "causas concurrentes", pues lo que libera es el hecho causal de la víctima, así no sea culpable, y, además, la responsabilidad del demandado puede fundarse en un factor objetivo de atribución [38]. En términos similares se ha dicho que el problema debe ser apreciado desde el punto de vista de la "causalidad bilateral o concurrente", que implica multiplicidad de causas que actúan simultánea o sucesivamente, y la existencia de "causa" concurrente no implica necesariamente "culpa" concurrente, pues puede ocurrir que actúen como causa la culpa del agente y el riesgo imputable a la víctima o viceversa y asimismo los riesgos creados por una y otra parte [39].

b) Compensación de culpas

El supuesto del reparto del daño entre el autor y la víctima ha sido también calificado como una hipótesis de "compensación de culpas". Esta nominación resulta equívoca e incluso errónea. La presencia de un actuar culpable del agente del daño y de la víctima se traduce, en todo caso, en una compensación, no de culpas, ya que éstas quedan por completo al margen del mecanismo propio de ese modo extintivo de las obligaciones, sino de sus consecuencias pecuniarias. En ese sentido se ha señalado que es de una mayor justeza técnico-jurídica el emplear la frase "compensación de responsabilidades" o "compensación de consecuencias reparadoras", más que la tópica de "compensación de culpas", puesto que la culpa como elemento subjetivo de la reprochabilidad no es susceptible de operar en un acto compensatorio [40].

Se ha dicho también que la culpa de uno no extingue la del otro, sino que el fenómeno que se produce es que las conductas de agente y víctima son valoradas con el fin de establecer la proporción que cada uno debe soportar y por ello la compensación de los efectos dañosos de las culpas concurrentes sólo podría ser parcial, porque la compensación total no es una hipótesis realizable, ya que sólo puede negarse la indemnización a la víctima cuando el daño ha sido consecuencia exclusiva de su culpa [41].

En ese sentido, si se tratara de la compensación de las culpas recíprocas yno de lasconsecuencias pecuniarias habría que pensar que la determinación de una culpa concurrente de la víctima del 50%, opuesta al 50% remanente que se deja en cabeza del autor del daño, implicaría -por aplicación de las reglas propias del instituto compensatorio- la extinción total de la obligación del segundo [42]. Si, por vía de hipótesis, la culpa de la víctima se fija en el 30% y la del autor del hecho en un 70% la demanda debería prosperar por el 40% remanente. Como se verá ésa es una de las variantes que adopta el sistema angloamericano (comparative negligence).

c) Reducción o morigeración de la indemnización

Aun cuando la operatividad parcial de la eximente "hecho de la víctima" puede, a la postre, derivar en una reducción del quantum indemnizatorio no se trata, al menos en su conceptualización primaria, de un supuesto estricto de "reducción de la indemnización". Por ello se ha dicho que, en tal supuesto, no es que en rigor sea la indemnización lo que haya de aminorarse, sino que, eliminado del proceso causal el factor que tiene la víctima como protagonista, resta ahora como único daño jurídicamente relevante ese que precisamente se va a indemnizar y no es que se calcule globalmente la magnitud del daño causado y a continuación se reste la cantidad que corresponde a la conducta de la víctima, sino que el agente viene en definitiva a indemnizar el daño efectivamente causado por él [43].

El concepto de "reducción de la indemnización" en sentido estricto se vincula, más bien, con la posibilidad reconocida a los jueces, en función de determinadas circunstancias y con fundamento en la equidad, de morigerar el monto indemnizatorio, tal como lo autoriza el artículo 1069 del Código Civil. En este caso estamos fuera del terreno de la concurrencia de culpa de la víctima y el problema se aleja del ámbito de la valoración jurídica de los presupuestos determinantes de la responsabilidad civil, pues no se trata de distribuir las responsabilidades según la cuota de participación en el suceso, sino de reducir la indemnización una vez constatada la existencia de responsabilidad, porque así lo aconseja la aplicación de la equidad al caso concreto [44].

De lo expuesto se infiere, entonces, que ambos institutos -la culpa de la víctima y la morigeración del daño- tienen fundamentos normativos diferentes y no son incompatibles, pudiendo incluso operar en forma conjunta. Así una indemnización podrá devenir reducida tanto por la alegación y constatación de los presupuestos del artículo 1069 del Código Civil como por la cuota de participación causal que se reconoce a la participación de la víctima en el resultado dañoso.

d) Deber de mitigar el daño

El deber de mitigar el daño, que constituye derivación necesaria del principio de buena fe y puede operar tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como extracontractual, suele ser englobado en el concepto de culpa de la víctima [45]. No obstante, a nivel teórico, los dos conceptos pueden ser distinguidos. Así, en la eximente "culpa de la víctima" la actuación de ésta contribuye a la producción del evento que causa el daño, con lo que la "culpa" concurre en el momento de la causación. El incumplimiento del deber de mitigar, en cambio, se produce una vez que el daño ya ha sido causado y, por lo tanto, no afecta a su producción sino a su extensión [46].

Esta carga mitigadora que se pone en cabeza de la víctima conducirá normalmente a reducir el monto indemnizatorio, atribuyéndole así los daños que negligentemente agravó. Pero -a propósito de la operatividad del principio en el ámbito de la responsabilidad contractual- se ha propuesto que la parte perjudicada -el acreedor- también tenga derecho a ser reembolsado de los gastos "en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas" [47]. En ese sentido se ha sostenido que el deber de mitigar contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de las medidas mitigadoras, ab initio razonables, haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso [48].

La jurisprudencia nacional se ha ocupado del tema y así se ha sostenido que cuando se trata de un daño causado exclusivamente por el demandado, no puede imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por la víctima. O sea que corresponde negar el resarcimiento de la pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base cuya producción puede ser atribuida a la intervención de la víctima. Con ese cometido debe analizarse la conducta ulterior de la víctima que agrava el daño causado, a los fines de determinar qué medidas podía haber adoptado para mitigar las consecuencias que del daño base podían derivarse en el futuro, teniendo en consideración las circunstancias objetivas y subjetivas del caso (si la actividad mitigadora exigía o no a la víctima altas fuentes de financiamiento, si la sometía o no a posiciones peligrosas o riesgosas, o a eventuales daños a terceros) [49].

e) La asunción de riesgos

Esta noción alude al supuesto en que "el daño aparece ligado a una conducta de la víctima que lo sufre cuando se expone de forma consciente a un peligro típico o específico, sin estar obligada a ello" [50]. En la doctrina nacional, o sea a partir de un ordenamiento que regula expresamente la eximente "culpa de la víctima", se sostiene que la figura es artificiosa y carente de justificación y, aun en el hipotético caso de haber el damnificado aceptado un riesgo, habrá que indagar si dicha actitud puede asumir, desde el plano causal, la entidad de hecho de la víctima y, en caso afirmativo, podrá ver afectado su derecho a obtener la reparación integral del daño experimentado, pero no por aplicación de los principios de la denominada aceptación de riesgos, sino por la virtualidad eximitoria del hecho de la víctima [51]. En términos similares se ha dicho que tratar de superar la intrínseca confusión de sus contornos no produce otro resultado que el de desorientar a los operadores jurídicos, y que, por ello, la asunción de riesgos, cuando es relevante de por sí, encaja en la amplia figura de la culpa de la víctima -caracterizada por su gran elasticidad-, por lo que resulta inútil el intento técnico de depurar un concepto que simplemente constituye una forma de manifestarse la actuación culpable (causal) de la víctima [52].

Aun cuando se reconoce que ambas eximentes -culpa de la víctima y asunción de riesgos- presentan notorias similitudes, se defiende, no obstante, la autonomía conceptual de la segunda en función de la concurrencia o no de negligencia en el actuar de la víctima, y así, para que exista asunción del riesgo, en ningún caso es necesario que la víctima actúe de forma negligente, sino que bastará con que realice de forma voluntaria una actividad con algún riesgo inherente y que éste se manifieste en el daño sufrido. En cambio, los casos de culpa de la víctima se caracterizan por que ésta ha actuado en forma negligente y ese comportamiento ha sido el causante en todo o en parte del accidente [53].

A la hora de determinar la justificación dogmática de la eximente se la ha considerado, en general, como una causa de exclusión de la antijuridicidad [54]. Ello así, la particularidad que presentaría la asunción de riesgos y que la diferenciaría de la culpa de la víctima es que mientras la primera, al actuar como causa absoluta de exoneración y neutralizar la antijuridicidad de la conducta, excluye totalmente la responsabilidad, la culpa de la víctima, en cambio, no necesariamente desplaza en forma completa la responsabilidad del demandado, sino que ordinariamente se suma a ella y contribuye a causar el daño, salvo los casos extremos donde la culpa de la víctima debe ser reputada causa exclusiva del daño [55]. Bien se ha dicho que esta regla o solución radical de "todo o nada", propia de la asunción del riesgo, es poco atrayente para los jueces, acostumbrados a decisiones aparentemente equitativas o intermedias, lo cual ha implicado que se lleven al ámbito de la culpa de la víctima lo que en realidad es un problema de asunción del riesgo [56].

Las cuestiones derivadas de la asunción del riesgo se plantean especialmente a propósito de los deportes extracompetitivos o de alto riesgo (montañismo, alpinismo, rafting, turismo de aventura) como respecto a actividades deportivas competitivas (fundamentalmente aquellas que entrañan un alto grado de peligrosidad como las competencias automovilísticas, de moto, karting, etc.) [57]. En ese ámbito -responsabilidad civil por accidentes deportivos- cabe advertir que cuando se habla de dicha eventual causal de exoneración de responsabilidad se lo hace como refiriendo exclusivamente a la situación de aquel damnificado que ha participado personalmente en el evento, o sea la de quien ha contribuido a crearlo. Los supuestos que refieren a terceros en sentido estricto -espectadores- o a sujetos que reciben un tratamiento jurídico similar -árbitros, colaboradores, periodistas- son, en principio, ajenos a la señalada eximente y deben ser en todo caso encuadrados en la causal "culpa de la víctima" [58]. A esos fines se parte de la idea de que la condición de espectador no supone en sí la asunción de ningún riesgo específico, sino la aceptación de los riesgos generales y ordinarios de la vida y, por ello, la exoneración del agente dañoso no puede fundarse en la asunción de riesgo por parte del espectador que se convierte en víctima como consecuencia de un lance deportivo [59].

V. Determinación del porcentaje de incidencia causal del hecho de la víctima en el resultado dañoso

1. Generalidades. La situación en el Derecho nacional

Concluyéndose que el hecho de la víctima puede concurrir causalmente, en forma parcial, en el daño producido, o sea superado ese primer problema, que podemos llamar "cualitativo", debe luego abordarse una segunda cuestión, de carácter "cuantitativo", que consiste en fijar la proporción en que cada uno debe contribuir o responder por las consecuencias dañosas [60].

La cuestión no ha sido específicamente atendida por nuestro Código Civil. Por el contrario, el artículo 1111, que contempla la culpa del damnificado, por sus propios términos ("sino por una falta imputable a ella") parece reconocer virtualidad exonerativa sólo a la culpa exclusiva de la víctima. El artículo 1113, en cambio, admite la posibilidad de concurrencia pues, al enunciar las eximentes, entre ellas la culpa de la víctima, establece que pueden eximir total "o parcialmente" de responsabilidad al dueño o guardián.

El punto sí ha sido objeto de tratamiento por los proyectos de reformas y así el Proyecto de la Comisión creada por decreto 468/92 dispone que "si el hecho del acreedor o de la víctima hubiese contribuido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá en la proporción que contribuyó al resultado" (art. 1562), y el proyecto de 1998 establece que "la responsabilidad también puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del propio damnificado" (art. 1611) [61].

2. La culpa concurrente en el Derecho Comparado

a) España

En el Derecho español se carece de una norma que expresamente regule el tema -sin perjuicio de lo que disponen normas especiales y el Código Penal de 1995-, lo cual ha conferido a la jurisprudencia un rol fundamental a los fines de adoptar una solución y determinar los criterios aplicables [62]. El Código Civil italiano de 1942, siguiendo la jurisprudencia dominante y las previsiones del Derecho Comparado de entonces, procedió a regular el punto en su artículo 1227, disponiendo la disminución o exclusión del resarcimiento debido por el deudor y extendiendo la aplicación de la norma a la responsabilidad por hechos ilícitos en su artículo 2056 [63].

b) Francia

En el Derecho francés la elaboración del concepto de culpa concurrente también devino de la jurisprudencia, evolución que concluyó en su aceptación como factor de limitación o exclusiónde la responsabilidad del agente [64]. Sin embargo, la Ley Badinter sobre accidentes de circulación del 5 de julio de 1985 procedió a establecer -respecto al específico ámbito de aplicación de la normativa- un régimen de responsabilidad acentuadamente objetivo, con limitación manifiesta del ámbito de operatividad de las eximentes. En ese sentido se determina, como regla general, que la fuerza mayor o el hecho de un tercero no puede ser opuesto por el guardián o el conductor implicado en el accidente. Esa objetividad, cercana al reconocimiento de una responsabilidad ultraobjetiva, se acentúa cuando se trata de daños a la persona, en cuyo caso el responsable no puede oponer a las víctimas la propia culpa de éstas, a menos que fuera inexcusable y sea la causa exclusiva del accidente. A su vez, la ley reconoce una suerte de "víctimas superprivilegiadas" (menores de 16 años, mayores de 70 años y personas con incapacidad permanente o con una tasa del 80%), las cuales deben ser plenamente indemnizadas, sin que pueda alegarse la culpa de la propia víctima, salvo que hubieren actuado dolosamente [65].

c) Alemania

En el Derecho alemán -y en la línea de lo dispuesto en la Ley Badinter- la situación de la víctima menor de edad ha recibido un especial tratamiento legal a través de la enmienda al § 828 introducida por la Ley de Reforma del BGB de 2002. Según la nueva normativa, los menores de 7 años no pueden ser responsabilizados de los daños que causen, y los que no sobrepasen los 10 años y en tanto se trate de un daño causado por un accidente de automóvil, ferrocarril o funicular, tampoco pueden incurrir en responsabilidad, salvo que "la lesión se haya producido dolosamente" [66]. Si bien la citada reforma al BGB sólo regula, en las situaciones descriptas, lo atinente a la inimputabilidad de los menores, la doctrina de ese país ha interpretado, análogamente y por aplicación de la llamada "regla del espejo", que su intervención no puede ser alegada para sostener una eventual culpa concurrente y, por ende, no cabe la reducción del crédito resarcitorio que les corresponde como víctimas [67].

d) El common law

El tratamiento de la culpa concurrente en el common law exhibe particularidades y muestra una evolución que ha implicado la construcción de un complejo sistema de contribución de responsabilidades entre la víctima y el causante del daño. La jurisprudencia inglesa, en una primera etapa, se atuvo al principio tradicional del todo o nada (all or nothing rul), o "regla de la negligencia contributiva" (contributory negligente), según la cual la participación negligente de la víctima en el accidente, cualquiera sea su grado, le impide toda posibilidad de reclamar indemnización [68]. La injusticia de la solución, que por lo demás desincentiva al autor del daño a tomar las precauciones debidas, motivó que la regla resultara modificada, tanto en la jurisprudencia inglesa como en Estados Unidos, cambios también reflejados en las diversas legislaciones estaduales de este último país. Así la jurisprudencia y algunas legislaciones estatales de Estados Unidos evolucionaron hacia la "regla de la negligencia comparativa" (comparative negligence) como modo de superar las disfuncionalidades e inequidades que se derivaban de la regla de la negligencia contributiva [69]. La nueva regla admite dos variantes:

a) La negligencia comparativa pura (pure comparative negligence) donde se adopta un criterio similar al que rige en el Derecho continental -y en el argentino- que permite reducir la indemnización en una escala de 0 al 100, y

b) la negligencia comparativa modificada (modified comparative negligence) según la cual deben compararse las negligencias del causante y víctima y esta última sólo tiene derecho a recibir una indemnización, en la medida que su porcentaje de culpa sea menor al del causante.

Esta última regla -modified comparative negligence- exhibe, a su vez, dos subvariantes:

a) La 50 percent bar rule, que implica que la víctima no tiene derecho a obtener indemnización si su porcentaje de culpa es igual o mayor al 50%, y

b) la 51 percent bar rule, según la cual la víctima tiene derecho a percibir una indemnización si su porcentaje de negligencia es del 50% o menor.

El sistema de distribución de culpas concurrentes del common law, cuya complejidad salta a la vista, no resulta compatible con los ordenamientos del Derecho continental. Tal sistema, en sus diversas variantes -salvo en la pure comparative negligence-, es tributario del criterio de "compensación de culpas", cuya impropiedad ya fuera puesta de manifiesto, en razón de que, según los principios que informan nuestra responsabilidad civil, lo que debe compensarse no son las culpas sino sus consecuencias pecuniarias.

3. Determinación de la incidencia causal del hecho de la víctima en el resultado dañoso. Criterios

Establecido que es posible la concurrencia causal de la culpa o el hecho de la víctima con la responsabilidad (subjetiva u objetiva) del autor del hecho, corresponde ahora analizar cuál será el criterio en función del cual se determinará la incidencia en el resultado dañoso de esa conducta o actividad aportada por el damnificado. El punto no constituía un problema para el Derecho Romano o para el Derecho inglés en sus primeras manifestaciones, donde por aplicación de la regla de Pomponio, del todo o nada (o tertium non datur), se negaba todo resarcimiento a la víctima, aun cuando hubiera contribuido, siquiera mínimamente, a la causación de su daño. Tampoco la cuestión exhibe dificultades si se recurre al criterio de la división por partes iguales o por cuotas viriles, según el cual todos los hechos que concurren en la causación del daño son considerados causa de él, sin discriminar entre ellas [70]. Pero es sabido que ambos criterios están francamente superados y son otros los parámetros que se proponen para resolver el punto. En tren de sistematizarlos y prescindiendo de otras variantes que deben considerarse marginales o carentes de recepción jurisprudencial o doctrinaria [71] podemos decir que el debate se centra en los siguientes criterios:

a) Criterio de la gravedad de la culpa

Se privilegia aquí el elemento subjetivo y por ello la mayor o menor gravedad de las culpas en juego determinará la cuota de participación que al damnificado y al responsable le incumben en el resultado dañoso. Si bien este parámetro de ponderación de reparto del daño exhibe mayor racionalidad que el de la responsabilidad paritaria, es merecedor -no obstante- de fundados reproches. Por un lado se ha dicho que no siempre el perjuicio causado por una culpa grave es mayor que el que puede derivar de una culpa leve o menos grave y así mientras una culpa grave puede dar lugar a un daño insignificante, en cambio, una culpa leve puede ocasionar un daño de considerable entidad [72]. Además el criterio expuesto resulta tributario de una concepción punitiva de la responsabilidad civil, pues descansa en la idea de sanción y no de reparación del daño causado [73]. Por lo demás, la insuficiencia e inadecuación del criterio que tiene en cuenta la culpa para distribuir los efectos dañosos se muestra patente cuando se configura un supuesto de responsabilidad objetiva, donde la eventual conducta "culpable" de la víctima se contrapone, no con la culpa del agente dañoso, sino con el riesgo por él creado.

b) Criterio de la preponderancia causal

Según lo que constituye doctrina prevaleciente, la determinación de la cuota de contribución en el resultado dañoso del hecho de la víctima debe realizarse en función de criterios básicamente causales. De tal forma las cuotas de aportación causal del agente dañoso y de la víctima se calcularán en función de su poder genético en la producción del daño, o sea según la eficacia nociva de cada una de las causas confluyentes, y así la función resarcitoria, propia del instituto de la responsabilidad civil, queda dotada de plena coherencia, al incluir en su seno cualquier tipo de causación, ya sea culpable o inculpable [74]. Sin perjuicio de ello también ha sido señalado que la gravedad de la culpa representa normalmente un índice de la eficacia causal y así cuando mayor sea la posibilidad objetiva del daño, más grave suele ser la culpa y de tal manera la eficacia causal y la gravedad de la culpa son, con mucha frecuencia, coincidentes [75].

4. Cuestión: incidencia causal de la culpa de la víctima en el hecho dañoso y en las consecuencias indemnizables

Normalmente la valoración de la "culpa concurrente" de la víctima se realiza en función de su incidencia causal en el hecho dañoso, para luego aplicar el porcentaje resultante sobre la integridad del quantum indemnizatorio que se haya acreditado en la causa. En consecuencia, una vez que ha sido establecida la relevancia causal de la culpa de la víctima, la cuota así fijada se proyecta derechamente sobre el total de los daños verificados.

No obstante se ha propiciado distinguir los supuestos en los que a la actuación culpable del creador del riesgo se une una actuación culpable de la víctima que confluye en la producción del hecho dañoso de aquellos otros en los que a la actuación culpable o inculpable del creador del riesgo se une una actuación culpable de la víctima que no concurre en la producción del hecho dañoso, pero sí en los daños sufridos por ella [76]. Ello permitirá discernir entre dos cursos causales diferentes y así proyectar la culpa de la víctima a los daños que tengan relación causal adecuada con su conducta negligente y restarle eficacia causativa -o reducirla- en aquellos otros que no le sean atribuibles.

La jurisprudencia nacional ha hecho aplicación del señalado distingo, discriminando la incidencia causal de la culpa de la víctima en el hecho dañoso en sí y en los diversos daños derivados del mismo. Así, en un accidente acaecido en una ruta concesionada donde falleció el conductor y su acompañante -quienes circulaban sin los correspondientes cinturones de seguridad- se tuvo en cuenta tal omisión sólo para reducir los daños personales -valor vida y daño moral- pero se la reputó irrelevante a los fines de la reparación de los daños materiales [77].

5. La llamada "absorción de culpas"

La importancia y relevancia causal de la participación de uno de los intervinientes en el hecho dañoso -autor o víctima- puede determinar que, en el caso, se advierta que ella tiene virtualidad suficiente para "absorber" o enervar la que se atribuye a la contraria, que, por hipótesis, se reputa insignificante o de escasa entidad. Esto conduciría a sostener que la imputación deberá hacerse en exclusiva al autor del daño -si la escasa entidad se predica respecto de la víctima- o desestimar la pretensión resarcitoria, si ello se afirma en relación con el damnificado.

Respecto al primer supuesto enunciado -culpa grave del autor del daño y culpa leve de la víctima- la admisión del criterio expuesto implica descartar -a los fines de establecer la relevancia causal de cada conducta- la infracción menor y concluir así en la responsabilidad exclusiva del demandado. Se sostiene, en definitiva, que la entidad y gravedad de la negligencia imputable al agente dañoso ha absorbido la culpa menor y de escasa relevancia causal que se atribuye al damnificado.

La jurisprudencia española ha hecho aplicación de ese criterio y así en un caso, donde un taxista inicia y continúa su marcha estando la pasajera asida a la manija de la puerta del vehículo, se concluyó que la única causa del evento debía ser imputada al demandado, pues "aunque materialmente la damnificada coadyuvó con su obstinación al resultado dañoso, jurídicamente tal participación es irrelevante, porque era el conductor el que, atendidas las circunstancias del caso, debió abstenerse de realizar maniobras que pudieran suponer un peligro para las personas" [78].

Entre nosotros la praxis judicial nos enfrenta más de una vez ante situaciones similares: detención de un camión sobre una ruta, de noche y sin luces que es embestido por un automovilista que circulaba a velocidad escasamente superior a la permitida reglamentariamente, o el vehículo que se introduce sorpresivamente en el carril contrario, colisionando allí a otro vehículo en similar situación.

Inversamente, hay casos en los que no siendo la conducta de la víctima la única causa culpable del daño, su culpa es de tal magnitud que absorbe por completo una culpa leve del eventual responsable [79]. Así frente al cruce sorpresivo por un peatón de una ruta, de noche, siendo embestido por un automotor que circula a velocidad que, aun cuando no se pueda considerar excesiva, supera la reglamentariamente permitida. O la persona que, en estado de embriaguez, trepó a una columna de tendido de cables de alta tensión, y a causa de una descarga eléctrica fallece [80].

Ha sido debidamente advertido en relación con la denominada "absorción de culpa" que en realidad la misma encubre casos de culpa exclusiva de la víctima o del autor del hecho. Se trataría entonces de una categoría que "sólo sirve para sembrar confusiones y malversar los conceptos" pues, en rigor, no puede decirse que una culpa es "absorbente" de la otra, y si en la causación de daño hay dos culpas relevantes, ambas deberán tenerse presentes a los efectos compensatorios, de modo que la presencia de una no puede marginarse declarando que quedó absorbida por la otra [81]. Además, al igual que lo que ocurre con la expresión "compensación de culpas", tampoco las culpas, como estado subjetivo, pueden ser objeto de "absorción", sino que, como mucho, únicamente su gravedad puede ser tenida en cuenta de cara a una disminución o eliminación de la cuantía indemnizatoria [82].

VI. Concurrencia de la culpa o hecho de la víctima con la responsabilidad por riesgo

1. Culpa o hecho de la víctima y responsabilidad por riesgo

La mayor parte de las elaboraciones teóricas y aplicaciones jurisprudenciales de la llamada "culpa concurrente" refieren -como la misma denominación lo está presuponiendo- a supuestos de responsabilidad subjetiva opor culpa (ya sea pura o atenuada, de culpa probada o presumida). La operatividad parcial de la eximente "culpa de la víctima" -entendida la culpa en su acepción "impropia"- exhibe mayor complejidad cuando se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, tal como el previsto en el artículo 1113, segundo párrafo, segundo apartado del Código Civil.

Si el criterio de la preponderancia causal es -según ya viéramos- el que prevalece, no es lo mismo determinar la relevancia causal de cada partícipe cuando se trata de cotejar culpa con culpa que cuando ésta debe ser mensurada en su correlación con un factor objetivo de atribución. Frente a la culpa exclusiva de la víctima la cuestión no presenta, en general, dificultades y así la comprobación de tal extremo producirá derechamente el desplazamiento in totum de la responsabilidad del creador del riesgo. Pero cuando se concluye que la culpa de la víctima no ha tenido suficiente entidad causal para justificar una desgravación total de responsabilidad, corresponderá ingresar en un segundo estadio, consistente en determinar porcentualmente la incidencia de la culpa de la víctima -que previamente ha sido reputada parcial- en el total de la responsabilidad que, por imperio legal y con carácter objetivo, le incumbe al sujeto mentado por la norma de que se trate (dueño, guardián, creador del riesgo, organizador de la actividad riesgosa, etc.).

2. Criterio general: desgravación parcial de la responsabilidad objetiva del responsable

Llambías ha fijado con precisión el criterio que debe regir la labor del intérprete a la hora de valorar la incidencia de la culpa parcial de la víctima en supuestos de responsabilidad objetiva. Así ha dicho que, en tal caso, lo que cabe es "desgravar al dueño o guardián de la parte del daño atribuible a la dosis de causalidad inherente a la culpa del damnificado, quedando el remanente del perjuicio a cargo del dueño o guardián cuya responsabilidad no fue enteramente eliminada" [83]. En términos similares se expide Pizarro, para quien "la presunción de responsabilidad que gravita sobre el sindicado como responsable -por ejemplo, dueño o guardián- se debe reducir en función de la incidencia que el hecho tuvo en la producción del daño" [84].

La particularidad que entonces presenta la eximente bajo análisis cuando se trata de un sistema de responsabilidad objetiva es que la determinación de las respectivas cuotas causales no se realiza confrontando dos conductas, sino que, en tal caso, se parte de una responsabilidad por el todo, atribuida al dueño o guardián, y la cuantificación de la relevancia causal se hace con la mira puesta exclusivamente en la víctima, o sea en forma unilateral. La mayor o menor incidencia causal del riesgo creado no es mensurable -salvo que se pretenda distinguir entre cosas o actividades más o menos riesgosas- de donde el juicio de causalidad se centra exclusivamente en la conducta del damnificado, a propósito de la valoración de la respectiva eximente y para el caso de que ésta hubiera sido alegada por el responsable. La responsabilidad objetiva o por riesgo juega así como un todo, como absorbiendo ab initio el 100% de la causalidad, y las eximentes admitidas -entre ellas la culpa de la víctima- operan autónomamente y en sentido contrario, desgravando aquella responsabilidad originaria, en función de su propia y específica relevancia causal.

3. La cuestión en los daños recíprocos

La cuestión exhibe mayor complejidad cuando se trata de daños recíprocos. Si, como es frecuente en los accidentes de automotores, ambos partícipes en el accidente se atribuyen recíprocamente responsabilidad y en ambas pretensiones cruzadas cada uno alega como eximente la culpa de su contraparte, podría pensarse que la cuestión se desplaza a la determinación de la incidencia causal de cada conducta, y el riesgo deja de tener relevancia.

La afirmación precedente no se ajusta a lo que se viene diciendo y no es coherente con el sistema de responsabilidad objetiva, el cual debe regir en plenitud en todas sus aplicaciones, incluso a la hora de valorar la presencia de circunstancias eximentes. En ese sentido, la posibilidad de que medie la atribución de culpas recíprocas no desplaza el caso del ámbito propio de la responsabilidad objetiva sino que, aun en tal supuesto, las culpas en juego deben ser valoradas con el método propio de tal sistema, o sea, partiendo de que la responsabilidad de la contraparte esté determinada con carácter objetivo e irrefragable por la ley. Lo contrario -o sea, dejar de lado el sistema de responsabilidad objetivo para aplicar criterios subjetivos cuando se constatan daños recíprocos- importaría, en los hechos, volver a la teoría de la "neutralización de los riesgos", que mereciera la crítica mayoritaria de la doctrina y que paulatinamente fuera abandonada por la jurisprudencia, fundamentalmente a partir de un pronunciamiento de la Corte nacional [85].

No se advierte, entonces, razón plausible que justifique apartarse de las reglas propias de la responsabilidad objetiva y del criterio propuesto a los fines de determinar la incidencia parcial de la eximente "culpa de la víctima", sea que se trate de daños únicos o recíprocos, de la participación de dos cosas riesgosas (automotores en movimiento) o de una cosa riesgosa en exclusiva (embestimiento a un peatón).

El hecho de que los eventuales daños recíprocos se reclamen en una misma causa -vía demanda y reconvención o por acumulación de pretensiones- constituye una circunstancia eventual y secundaria, de índole procesal, que no puede tener la virtualidad de modificar el sistema de responsabilidad aplicable al caso, determinado por la ley. Aun en el caso de daños recíprocos y pretensiones acumuladas, deberá el juzgador aplicar a cada reclamo las reglas enunciadas, o sea, partir de la responsabilidad por el todo que le incumbe a cada dueño o guardián de las cosas riesgosas involucradas en el hecho y luego analizar la virtualidad exculpatoria y la relevancia causal de la culpa atribuida a cada reclamante. En ese cometido podrá también el juez computar vicisitudes procesales que -independientemente de lo que disponen las normas de fondo- tengan incidencia en la suerte de cada una de las eximentes invocadas (falta de prueba, caducidades, rebeldía, confesión ficta, etc.).

4. La "culpa adicional" del autor del daño en la responsabilidad objetiva

Si bien en la responsabilidad objetiva o por el riesgo creado la culpa del autor o responsable resulta un dato irrelevante a la hora de atribuirle el daño ocasionado, cabe interrogarse acerca de si alguna incidencia tiene la coetánea comprobación de la presencia de un actuar negligente de su parte. Al respecto se ha sostenido que la conducta negligente de quien ya es responsable en virtud de las reglas de la responsabilidad objetiva -la llamada "culpa adicional"- puede ser tenida en cuenta tanto al fijar el resarcimiento como al juzgar la entidad y relevancia causal de la culpa atribuida a la víctima [86]. Ésa es la solución que adopta el anteproyecto suizo de Ley Federal para la revisión y unificación del Derecho de la Responsabilidad Civil al disponer en su artículo 51.2.1., bajo el acápite Culpa adicional, que "cuando el obrar culposo de la persona que ejerce una actividad específicamente peligrosa o de una persona por la cual ella deba responder ha contribuido a la producción o agravamiento del daño, el mismo será tenido en cuenta como culpa adicional en la fijación del resarcimiento y al establecer la culpa concurrente" [87].

El problema que plantea la llamada "culpa adicional" es que incorpora a un régimen de imputación objetivo un ingrediente subjetivo, produciéndose así un híbrido de sistemas de responsabilidad, desnaturalizando el modelo adoptado por el legislador.

La doctrina y la jurisprudencia nacional han prestado también atención al tema. Así Pizarro sostiene que la prueba de la culpa puede tener efectos favorables para el demandante y -si logra acreditarla- el fundamento de la responsabilidad del demandado será dual: por un lado el riesgo creado que es el factor de imputación aplicable, suficiente, que rige con abstracción de la idea de culpa, la cual es indiferente; y por otro, la culpabilidad, que se sumará a aquél conduciendo al mismo resultado [88].

Así planteada la cuestión no vemos la utilidad de la alegación por el reclamante de la eventual "culpa adicional" del creador del riesgo en la medida que ello en nada incide en la suerte de la pretensión, según las reglas generales de la responsabilidad objetiva, pues sólo se sumaría un factor de atribución -ahora subjetivo- al fijado por la ley. Quizá tendría justificación tal estrategia procesal del damnificado cuando advierta posibles cuestionamientos o dificultades probatorias respecto a la existencia misma del factor objetivo de atribución, o sea la intervención activa de la cosa riesgosa o que el daño provenga de la actividad desplegada. Distinta es la situación en las propuestas realizadas en el Derecho europeo -ya reseñadas- donde a la culpa adicional del creador del riesgo se le reconocen particulares y concretos efectos: restarle relevancia causal a la eventual culpa de la víctima o incrementar el quantum resarcible.

VII. La determinación judicial de la culpa concurrente

El precedente marco teórico determina los criterios en función de los cuales deberá establecerse en cada caso el porcentaje de responsabilidad que incumbe al autor y a la víctima -en el sistema de responsabilidad subjetiva- y el grado en que la culpa de la víctima concurre a desgravar la responsabilidad por riesgo que incumbe al responsable -en la responsabilidad objetiva-. Será, según ya vimos, la relevancia causal de cada factor la que permitirá fijar la cuota de responsabilidad consiguiente.

A pesar de que, en teoría, los criterios están debidamente delimitados no es sencilla su traslación a los casos concretos y es allí donde -al igual que lo que acontece en otros ámbitos de la responsabilidad por daños, verbigracia, la cuantificación del valor vida o del daño moral- la jurisprudencia suele recurrir a valoraciones más o menos indeterminadas e intuitivas, jugando el arbitrio judicial un amplio margen de actuación, con los riesgos de arbitrariedad que tal modo de argumentar conlleva. La cuestión ha sido debidamente advertida por la doctrina y así, en el Derecho español, se ha señalado que "es criticable la opacidad de los tribunales para explicitar los criterios de que se sirven, sea el grado de culpa o la participación causal, para determinar el quantum total" [89], como que las decisiones judiciales "se destacan por su escasa fundamentación, lo que provoca que supuestos similares puedan ser resueltos en forma muy diferente" [90].

La concurrencia de culpas no puede tampoco resolverse con el mero recurso a la equidad. Señala al respecto Díaz Alabart que "los tribunales ocultan tras el concepto de equidad la justificación de la cuantificación de la indemnización y de la distribución de la suma resultante entre los sujetos causantes del daño y de esta forma, al no explicitar los criterios utilizados, tanto la hipotética incorrección de éstos como la de su aplicación en cada caso quedan sustraídas a toda posibilidad racional de control y producen, consecuentemente, un determinado grado de indefensión en las partes, contraria a las respectivas normas constitucionales" [91].

La determinación de los porcentajes de responsabilidad concurrente debe por ello estar debidamente fundada en la relevancia causal que se confiere a la eximente de que se trate, individualizando el juzgador los datos fácticos de la causa en razón de los cuales construye su decisión, argumentando puntualmente al respecto.

En conclusiones que serían plenamente trasladables a la jurisprudencia argentina, en el Derecho español se ha señalado que, en la práctica, los porcentajes de culpa concurrente oscilan entre el 25% y el 75% y, con menor frecuencia, entre el 10% y el 90%, y que raramente se utilizan fracciones menores al 5% o 10% [92]. En sentido similar y cotejando los pronunciamientos del Tribunal Supremo español se ha señalado que las cuotas y porcentajes de responsabilidad oscilan entre un 10% y 90% y que, entre esos extremos, las variantes son numerosas, pero que por debajo del 10% la cuota de responsabilidad deviene irrelevante a efectos de una disminución del quantum [93].

Entre nosotros pareciera conveniente trabajar sobre los precedentes judiciales y así obtener parámetros comparativos útiles para ponderar las cuotas de responsabilidad en la culpa concurrente, en función de situaciones análogas. Basta analizar los repertorios jurisprudenciales para advertir que determinadas circunstancias tenidas en cuenta para establecer la concurrencia de culpa de la víctima (v. gr., falta de casco protector en motociclistas o no utilización del cinturón de seguridad) han merecido valoraciones muy distintas, no siempre fundadas en la diferente relevancia causal reconocida en el caso a tal omisión. De acuerdo con ello sería aconsejable que, tal como se ha propuesto respecto a la cuantificación de los daños a la persona y para evitar la evidente dispersión de criterios y la discrecionalidad judicial, se tengan particularmente en cuenta -a la hora de fijar la concurrencia de culpas- los propios precedentes judiciales que han resuelto situaciones análogas a la que se discute en el caso.

Lo precedentemente expuesto se vincula, además, con la procedencia de los recursos extraordinarios -de casación o inaplicabilidad de ley- como modo de remediar estimaciones inadecuadas -o carentes de fundamentación suficiente- de los tribunales de alzada. En ese sentido prevalece el criterio según el cual "determinar si la conducta de la víctima de un accidente de tránsito ha excluido parcial o totalmente la responsabilidad objetiva que el artículo 1113 del Código Civil impone al dueño o guardián de una cosa riesgosa es una cuestión de hecho que no puede ser abordada por vía del recurso de inaplicabilidad de ley, salvo que se invoque y demuestre que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo" [94]. Nos parece que la causal de "absurdidad" -o su correlato, a propósito del recurso extraordinario federal, la arbitrariedad- deberá tenerse por configurada en todos aquellos casos en que la determinación de las responsabilidades concurrentes no se sustente en argumentos convincentes y en la debida valoración de la relevancia causal que, en el caso, tuvo la culpa de la víctima.

1 MONTÉS PENADÉS, Vicente L., Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, t. II, ps. 2591 y ss. y autores citados en su nota 2.

2 BREBBIA, Roberto, Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el Derecho positivo argentino, en L. L. 1990-B-1074; TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 48 y ss.

3 MEDINA ALCOZ, María, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual, Dykinson, Madrid, 2003, ps. 108 y 121. En términos similares se expide, entre nosotros, PIZARRO, Ramón Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 157 y ss.

4 Con esos alcances lo analizan Jorge A. Mayo (Las eximentes en relación con los presupuestos: eximente y autoría, eximente y antijuridicidad, eximente y relación de causalidad. La no "culpa", en Revista de Derecho de Daños, N° 2006-1, Eximentes de responsabilidad - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 111 y ss.) y Félix Trigo Represas (La noción de las "eximentes" y su vigencia en el Derecho argentino, en Revista de Derecho de Daños, N° 2006-1, ps. 21 y ss.)

5 PIZARRO, Ramón Daniel, La ausencia de riesgo como eximente de responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, en Revista de Derecho de Daños, N° 2006-1, ps. 129 y ss.

6 GAMARRA, Jorge, Responsabilidad contractual, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (ROU), t. II, ps. 27 y ss. Se referencian allí las particularidades del Cód. Civ. uruguayo donde la eximente "causa extraña no imputable" está contemplada a propósito de la responsabilidad contractual (art. 1342) y el caso fortuito en relación con la responsabilidad aquiliana (art. 1322), si bien se trata de nociones aplicables en uno u otro sistema de responsabilidad, como lo ha puntualizado la jurisprudencia de ese país. Un amplio desarrollo de la eximente "causa extraña no imputable", de sus funciones yelementos puede también consultarse en MARIÑO LÓPEZ, Andrés, Los fundamentos de la responsabilidad contractual, ps. 213 y ss.

7 La posibilidad de que el caso fortuito tenga una incidencia causal sólo parcial en el resultado dañoso es una cuestión debatida a propósito del art. 1113 del Cód. Civ. (ver las distintas posiciones y los autores que las sostienen en PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, t. 3, p. 304).

8 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 216 y autores citados en su nota 90.

9 Por eso que no coincidimos con aquella jurisprudencia, ciertamente minoritaria, que sostiene, a propósito de la responsabilidad civil de los organizadores de espectáculos deportivos, que en tanto la ley 24.192 no incluye a la culpa del damnificado como eximente de responsabilidad, ello autoriza a entender que ha sido voluntad del legislador ampliar la protección a la víctima, aunque hubiese obrado en forma imprudente (CNCom., sala E, 26-8-2005, "Ghinassi, Juan Carlos c/D'Port Motor Tercer Milenio SA s/Ordinario", E. D. 221-40).

10 Es, entonces, igualmente desacertada la afirmación realizada por alguna jurisprudencia en el sentido de que, en el régimen especial de responsabilidad civil de las entidades deportivas, el organizador solamente puede excusarse de responsabilidad probando la culpa "exclusiva" de la víctima (CNCiv., sala J, 30-4-96, "Forte, Orlando c/Repetto, Alejandro J.", J. A. 1997-IV-410).

11 Doctrina autoral alemana e italiana citada por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 133 y nota 36.

12 ALTERINI, Atilio A., Incidencia del mero hecho en la ruptura del nexo causal, en La Responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 389; BREBBIA, Roberto, El hecho de la víctima como factor exoneratorio de responsabilidad en los accidentes de tránsito, en L. L. 1985-D-1126. Pizarro sostuvo originariamente esa postura en Responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, pero lo rectificó en trabajos ulteriores, realizando un amplio desarrollo de la tesis que prescinde de la exigencia de la culpabilidad en la conducta de la víctima en Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 246 y ss.

13 MARTÍN-CASALS, Miquel, A través del espejo: concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo cit., t. II, p. 2474.

14 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 309.

15 SOLÉ FELIU, Josep, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en Anuario de Derecho Civil, abril-junio de 1997, t. L-II, Madrid, p. 868.

16 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 130.

17 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 249.

18 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 156.

19 Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil, trad. a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Comentario al art. 8101 por Miquel Martín-Casals, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 180.

20 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 164.

21 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 242, nota 4.

22 Ob. y lug. cits. en nota anterior.

23 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 169, a propósito de normas similares en el Derecho español.

24 Es incorrecto -en los casos de responsabilidad objetiva- hablar de presunción iuris et de iure de culpa, pues afirmar que hay culpa presumida cuando la presunción no puede desmentirse y cuando se responde sin exigirse que aquélla exista constituye una clara contradictio in terminis (MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 106).

25 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 267. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, t. III, parág. 295. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 401. SAGARNA, Fernando A., en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A, p. 434.

26 Fallo del Tribunal Supremo de España (5-12-92), donde se sostuvo que la circunstancia de que la demandada (RENFE) no adoptara las medidas necesarias y legales para impedir el uso de los llamados "pasos de vicios", tenida en cuenta por el tribunal en anteriores precedentes para responsabilizar a la empresa, era irrelevante en el caso (suicida que se arroja a las vías), pues la voluntariedad de la conducta de la víctima rompe totalmente cualquier nexo causal que pudiera pretenderse interponer entre la eventual negligencia dela empresa y el mortal resultado (cit. por SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 891). A idéntica solución ha arribado la jurisprudencia nacional si bien, en el caso, no pudo establecerse con precisiónsi se trata de un suicidio o un accidente (CNCiv., sala G, 20-9-91, "Duarte de Ábalos, Martina c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", L. L. 1993-B-61).

27 MARTÍN-CASALS, en Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil cit., p. 186. Del mismo autor, A través del espejo: concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño cit., t. II, p. 2485.

28 TSJ de Córdoba, Sala Penal, 3-7-2008, "Lescano, Víctor Hugo", L. L. Online; CNCiv., sala M, 14-12-2007, "Busto, Nadia Gimena y otros c/Omaja SA y otro", R. C. y S. 2008-845; CCCom. de Resistencia, sala III, 28-2-2005, "Kohler, Roberto y Kohler, Hugo Oscar c/Policía de la Provincia del Chaco y/o Provincia del Chaco", L. L. Online; CNCiv., sala E, 2-9-2004, "V., I. c/Ciudad de Buenos Aires", L. L. Online.

29 CNFed.CAdm., sala III, 19-12-2007, "Sosa, Nimia Jorgelina c/Estado Nacional", D. J. 2008-II-235, con nota de Juan Manuel Prevot; CApel. de Concordia, Sala Civ. y Com., 18-9-2006, "M., S. A. c/Provincia de Entre Ríos", L. L. Litoral 2007 (junio), p. 564; C1 'CCom. de Bahía Blanca, sala II, 15-6-2006, "O., O. H. c/Clínica Privada Bahiense", R. C. y S. 2006-590, con nota de Manuel O. Cobas.

30 CNCiv., sala H, 17-7-2007, "N., A. M. c/Instituto Almagro de Salud SA y otros", L. L. Online; sala C, 17-6-80, "A., O. P. c/Clínica D. Ch. y otros", L. L. 1980-C-294.

31 CNCiv., sala B, 22-7-69, "Di Dio, José c/Jockey Club", E. D. 34-254.

32 TSJ de Córdoba, Sala Penal, 30-5-2003, "Mercevich, Jorge A.", R. C. y S. 2003761 y L. L. C. 2003-1253. Tal como aparecen descriptos los hechos en el fallo y para el caso que hubieran sido debidamente probados, nos parece -por las razones expresadas en el texto- que la causal de absurdidad o arbitrariedad se encontraba debidamente configurada y que la eximente debió ser admitida en forma total.

33 Sentencia del TS, sala 2 ', 8-6-95, comentada por SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 890.

34 MARTÍN-CASALS, en Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil cit., p. 185.

35 COLOMBO, Leonardo A., Culpa aquiliana (cuasidelitos), La Ley, Buenos Aires, 1965, t. II, N° 86.

36 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 282. LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones cit., t. III, N° 2296. KEMELMA-JER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), Código Civil y leyes complementarias cit., t. 5, p. 401.

37 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., ps. 249/251.

38 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, t. 4, p. 283.

39 KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), Código Civil y leyes complementarias cit., t. 5, p. 397.

40 SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 867.

41 BRASIELLO, I limiti della responsabilità per danni, cit. por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 255, nota 256.

42 En ese sentido se ha expedido la jurisprudencia, y así frente a una sentencia que, ante la determinación de culpa concurrente de la víctima en un 50% había concluido en el rechazo de la demanda, procedió a revocarla admitiendo el daño acreditado, reduciéndolo en la proporción indicada (STJ de Entre Ríos, Sala Civ. y Com., 11-7-83, "Embon de Zitelli c/Gallardo s/Sumario" -inédita-).

43 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Reus, Madrid, 1993, vol. 1°, p. 152, cit. por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 218, nota 96.

44 SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 895 (comentario a propósito de una norma similar contenida en el Cód. Civ. español -art. 1103-).

45 En ese sentido y refiriendo genéricamente a "cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad" se expiden los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil (art. 8:101), habiéndose seguido así "la práctica más común en los ordenamientos jurídicos continentales que no suelen distinguir ambos conceptos" (comentario de Miquel Martín-Casals, p. 181).

46 MARTÍN CASALS, A través del espejo: concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño cit., t. II, p. 2473.

47 Es la solución que se sigue en el art. 9505 (2) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos -"Comisión Lando"- (cfr. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, Los principios del Derecho Europeo de los Contratos, Civitas, Madrid, 2002, p. 70).

48 SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS, 1 ', 15-11-94), en Anuario de Derecho Civil, 1995, vol. 48, N° 2, p. 967.

49 SCJ de Mendoza, sala I, 18-9-2001, "Nadal Nicolau, Carlos A. c/Departamento General de Irrigación", R. C. y S. 2002-564.

50 PROENÇA, José Carlos Brandão, A conduta do lesado como pressuposto e criterio de imputação do dano extracontractual, Almedina, Coimbra, 1997, p. 615, cit. por MEDINA ALCOZ, María, La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Dykinson, Madrid, 2004, p. 40.

51 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 262.

52 MEDINA ALCOZ, La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos cit., p. 51, y autores que cita en su nota 89.

53 PINEIRO SALGUERO, José, Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 108, quien pone de resalto, además, que la noción de asunción de riesgos que propone se corresponde con lo que Medina Alcoz llama asunción de riesgo "propia", siendo que esta autora admite también una forma "impropia", que se configura cuando la víctima actúa en forma negligente, pero sin ser causa del accidente, sino sólo del incremento de sus consecuencias dañosas.

54 VERDERA SERVER, Rafael, Una aproximación a los riesgos del deporte, en Working Paper, N° 116, Barcelona, enero de 2003, www.indret.com. Menciona también este autor la posición de la doctrina española que encuadra el tema, no como un problema de antijuridicidad, sino de "imputación objetiva", acorde con los postulados de la moderna doctrina penal, cumpliendo una función similar al "criterio del riesgo general para la vida", modalizado por las concretas condiciones en que se desarrolla cada deporte. Adscribe a esa posición -emplazar la asunción de riesgos en sede de imputación objetiva- Medina Alcoz (La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos cit., p. 41 y nota 59).

55 SOLÉ FELIU, Josep, Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3494), Daños sufridos en la práctica de un deporte. Responsabilidad civil del organizador de la Vuelta Ciclista a España. Caída de un ciclista profesional mientras participaba en la prueba, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 74/2007, con cita de BUSTO LAGO, José Manuel, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Madrid, 1998, p. 331. El carácter absoluto de la causa de exoneración "asunción del riesgo" es también advertido por PINEIRO SALGUERO, Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos cit., p. 111.

56 VERDERA SERVER, Una aproximación a los riesgos del deporte cit.

57 Cfr. MÜLLER, Enrique C., La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo aventura. Las prácticas deportivas. Otras hipótesis, en Revista de Derecho de Daños, N° 2006-2, Eximentes de responsabilidad -II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 129.

58 Ese distingo ha sido receptado por la jurisprudencia a propósito de daños causados a espectadores o colaboradores de una carrera automovilística que resultan embestidos por uno de los automotores participantes en la competencia (CNCiv., sala F, 9-2-98, "Grynczyk, Elsa E. c/Duarte, Osvaldo y otros", J. A. 1999-II-418; CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 2-11-2004, "Angelakis, Nicolás G. c/Tamagno, Sergio C.", R. C. y S. 2005-V-37 y L. L. B. A. 2005 [febrero], p. 83).

59 MEDINA ALCOZ, La asunción de los riesgos deportivos, Comunicación presentada en el 2° Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 14 al 16 de noviembre de 2002.

60 LORENZETTI, Ricardo L. y SOZZO, Gonzalo, Culpas concurrentes, en Revista de Derecho de Daños, N° 2002-1, Accidentes de tránsito, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 59.

61 Sobre las diversas soluciones propuestas en el Derecho proyectado argentino, cfr.HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, Las eximentes de responsabilidad en los proyectos de reformas al Código Civil, en Revista de Derecho de Daños, N° 2006-1, ps. 243 y ss.

62 FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Negligencia multilateral en accidente de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad?, en InDret 3/2003 (www.indret.com).

63 CATTANEO, Giovanni, Il concorso di colpa del danneggiato, en Rivista di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1967, ps. 460 y ss.

64 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 202 y nota 50.

65 Cfr. comentario crítico de BREBBIA, Roberto H., Acotaciones de la ley francesa 85-677 sobre accidentes de la circulación (ejemplo para no seguir en materia de responsabilidad civil sobre el tema), en La Responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro H. Goldenberg cit.

66 Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), trad. al español bajo la dirección de Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid, 2008.

67 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., ps. 307 y 308 y autores que cita en sus notas 36 y 40.

68 Se señala, como caso fundacional de la regla de la contributory negligence en el Derecho inglés, a "Butterfield vs. Forrester", de 1809 (cfr. FERNÁNDEZ CRENDE ySÁNCHEZ ÁLVAREZ, Negligencia multilateral en accidente de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad? cit.).

69 Seguimos en este punto los desarrollos de PINEIRO SALGUERO, Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos cit., ps. 453-456, autor que individualiza los diversos estados que en EE. UU. aplican las diferentes reglas. También realizan un completo análisis del sistema angloamericano, con una paralela valoración de las diversas reglas según las directivas del análisis económico del Derecho, PARISI, Francesco y FREZZA, Giampaolo, Rischio e causalità nel concorso di colpa, en Rivista de Diritto Civile, Cedam, Padova, 1999, ps. 233 y ss.

70 El criterio de distribución paritaria de la responsabilidad tuvo recepción en parte de la civilística francesa y en la jurisprudencia inglesa, pero actualmente carece de acogida tanto en el Derecho Comparado como en nuestro país (cfr. MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., ps. 232-234; PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 264 y autores que referencia en sus citas 62 y 63).

71 Como el criterio de las "cuotas equitativas" que menciona Medina Alcoz (La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 234).

72 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 265; MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 236.

73 Ibídem.

74 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 241.

75 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H., El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil, en R. D. C. C. C. S. S., N° 136 (Universidad de Concepción, Chile), 1966, p. 46, cit. por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 242, nota 200.

76 MEDINA ALCOZ, La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos cit., p. 64.

77 CNCiv., sala I, 6-6-2002, "P. G. de R. S. c/Sideco Americana SA", L. L. 2003-A-841; sala G, 12-2-2008, "D. P., D. M. y otros c/Huffman, Nicolás Emilio y otros", L. L. 2008-F-483, con comentario crítico de Juan Manuel Prevot, quien señala que lo que debe analizarse es si la conducta del agente tenía idoneidad suficiente, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, para causar el accidente vehicular a secas, desprovisto de toda connotación y, por ello, lo que importa es que el accionar del agente sea capaz de producir la colisión, al margen de que el impacto tenga o no entidad para lesionar o matar a la víctima (Incidencia causal de la omisión de usar cinturón de seguridad).

78 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, p. 208, cit. por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 245, nota 214.

79 Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis, El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor, en Tratado de responsabilidad civil, Thomson-Aranzadi, España, 2008, t. I, ps. 894 y 895.

80 Sentencia del Tribunal Supremo de España glosada en el trabajo citado en la nota anterior, donde se sostuvo que "la situación de culpa exclusiva de la víctima se produce no solamente cuando ella es total o el único fundamento del resultado, sino también cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquélla".

81 MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 247.

82 SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 897, nota 51; autor que advierte que la jurisprudencia española ha ido abandonando el concepto y, cuando se recurre a él, se lo hace más bien obiter dicta.

83 LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones cit., t. IV-A, parág. 2640.

84 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. I, p. 268.

85 CSJN, 22-12-87, "Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Prov. de Buenos Aires", L. L. 1988-D-296, con comentario de Atilio Alterini (Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores). PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. II, ps. 274 y ss. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Responsabilidad por riesgo cit., ps. 77 y ss. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ¿Puede resucitar la teoría de la compensación de los riesgos?, en Revista de Derecho de Daños, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 45 y ss.

86 MARTÍN-CASALS, Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil cit., p. 186.

87 Trad. al español en Revisión y unificación del Derecho de la Responsabilidad Civil. Anteproyecto de Ley Federal Suiza, en R. C. y S. 2001-1291.

88 PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa cit., t. II, p. 291, y fallo de la CCCom. de Morón, sala II, 2-7-96, cit. en su nota 293.

89 FERNÁNDEZ CRENDE y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Negligencia multilateral en accidente de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad? cit.

90 PINEIRO SALGUERO, Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos cit., p. 124.

91 Citada por MEDINA ALCOZ, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual cit., p. 231, nota 144. En la doctrina italiana también ha sido señalado que la equidad, por ser un criterio excesivamente genérico, resulta un fundamento insuficiente a los fines de determinar la culpa concurrente del damnificado (CATTA-NEO, Il concorso di colpa del danneggiato cit., p. 477).

92 MARTÍN-CASALS, Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil cit., p. 184.

93 SOLÉ FELIU, La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cit., p. 896.

94 SCJBA, 18-2-2009, "Campas, Carlos José c/Gutiérrez, Ernesto Luis y otros", L. L. B. A. 2009 (abril), p. 292, y precedentes allí citados.

RUBINZAL-CULZONI EDITORES